

L'attività edilizia e la tutela giurisdizionale del terzo*

di

G. Paolo Cirillo

Presidente di sezione del Consiglio di Stato

Publicato sul sito <http://www.giustizia-amministrativa.it/> il 4 ottobre 2011

1. Il problema e l'ambito della ricerca.

Il tema da affrontare riguarda l'individuazione degli strumenti di tutela a disposizione del terzo che deduca un pregiudizio per effetto dell'illegittimo svolgimento dell'attività edilizia a seguito della denuncia d'inizio attività (ora divenuta Segnalazione certificata di inizio attività).

Dalla stessa enunciazione del tema emergono i punti intorno ai quali deve ruotare la ricerca, ossia la posizione legittimante del terzo rispetto all'attività amministrativa ampliata della sfera giuridica di un soggetto; la natura giuridica della denuncia di inizio attività; le forme e le tecniche di tutela azionabili una volta stabiliti i termini del "contatto" tra l'amministrazione e il terzo che lamenta il mancato intervento dell'amministrazione, laddove ha reso possibile lo svolgimento di attività edilizia non assentibile, vuoi perché lo strumento prescelto non era congruo per il tipo di attività da svolgere, vuoi perché essa si svolge in contrasto con le norme edilizie, generali o particolari, o comunque in maniera da ledere un suo diritto soggettivo privato.

2. La posizione legittimante del terzo in generale.

È utile fare una premessa. Così come la dottrina civilistica ha dovuto occuparsi dei temperamenti alla regola della relatività del contratto, accettando l'idea che essa riguardi solamente l'efficacia diretta del medesimo e non invece l'efficacia riflessa -che a sua volta si sostanzia nella "rilevanza esterna" del negozio quale presupposto di posizioni giuridiche riguardanti i terzi e nella "opponibilità" del contratto in conflitto con terzi-, così la dottrina amministrativistica, proprio sulla scia delle elaborazioni civilistiche affermantici l'idea che i destinatari del contratto siano le parti, ma anche i terzi quando si tratti di effetti favorevoli e salva la facoltà di rifiuto, ha finito, esagerando, con il dubitare che il provvedimento amministrativo abbia dei destinatari in senso proprio. Tuttavia non ha mancato di distinguere anch'essa gli effetti pregiudizievoli e gli effetti a favore di terzi del provvedimento amministrativo, affermando la regola che esso non ha mai efficacia nei confronti di terzi, però può ledere diritti o interessi legittimi di terzi.

È noto come il problema si sia posto, soprattutto, a proposito dei provvedimenti ampliativi (concessioni, autorizzazioni e ammissioni), rispetto ai quali il soggetto terzo, già destinatario di un provvedimento analogo e complementare, si senta pregiudicato. La giurisprudenza non ha mai dubitato che il terzo, in questa ipotesi, si trovi in una posizione legittimante, e quindi abbia la possibilità di proporre ricorso, chiedendo l'annullamento dell'atto pregiudizievole; atto che, in ogni caso, l'amministrazione tende ad emanare con l'apposizione della clausola "salvi i diritti di terzi" onde evitare che eventuali pretese risarcitorie vengano rivolte ad essa anziché al privato, che si è vista illegittimamente ampliata la propria sfera giuridica.

Venendo al campo specifico dell'attività edilizia, è utile precisare come il problema della tutela del terzo a fronte dell'attività edilizia illegittimamente assentita assuma un carattere particolare, nel senso che il terzo non è (o può non essere) destinatario di un precedente provvedimento analogo e complementare, e tuttavia si può trovare in una posizione di fatto tale da essere pregiudicato direttamente da detta attività. Sicché, da questo punto di vista, il procedimento adoperato (permesso di costruire o denuncia d'inizio attività) per ottenere l'assenso dell'amministrazione, è indifferente.

Tant'è che la giurisprudenza, già prima che venisse introdotto nel nostro sistema la c.d. DIA, ha dovuto occuparsi della tutela dei terzi lesi dal permesso di costruire, elaborando il concetto di "stabile collegamento" tra il terzo e la zona interessata dall'attività edilizia assentita, quale fatto di legittimazione al ricorso. Parimenti ha dovuto elaborare i criteri determinativi della cosiddetta "vicinitas", riassumibili: nella residenza del terzo nella zona interessata; nella proprietà possesso detenzione di immobili nella zona; in altro titolo di frequentazione della zona interessata.

Lo sviluppo di questo discorso porterebbe ad affrontare, ma il compito assegnatomi è un altro, la natura giuridica del permesso di costruire, oramai considerato quale atto dovuto e vincolante, che, nella concezione della proprietà c. d. conformata, consente di allargare l'area della legittimazione al ricorso dei terzi, che possono ottenere la tutela annullatoria a protezione di interessi non strettamente proprietari, oltre a quelli, civilistici, squisitamente proprietari, che, ai sensi dell'articolo 872 del codice civile, consentono la tutela risarcitoria e ripristinatoria.

In termini più distesi: per giurisprudenza costante, nel caso di edificazione illegittima, in quanto compiuta in violazione delle norme concernenti la conformazione della proprietà edilizia, l'ordinamento appresta a favore del proprietario "vicino" che sia leso una "doppia tutela", consentendogli oltre alle azioni previste dall'articolo 872, comma 2, del codice civile, anche il ricorso innanzi al giudice amministrativo per l'annullamento della concessione o autorizzazioni

edilizie di cui si è giovato l'edificante. In quest'ultimo caso il ricorso si rivolge nei confronti della P. A. che ha provveduto al rilascio dell'autorizzazione, mentre invece nel primo caso, ove il privato lamenta da parte dell'edificante illegittimo la lesione della sua sfera proprietaria, la controversia, cui rimane completamente estranea l'amministrazione, si svolge interamente innanzi al giudice ordinario, trattandosi di un diritto soggettivo.

3. La denuncia di inizio attività. Le diverse nozioni a confronto e la ricaduta di ciascuna di esse sulla tutela del terzo.

Per comprendere l'ambito delle tutele possibili è necessario preliminarmente fissare la nozione e la natura giuridica dell'istituto della DIA, che è stata introdotta, in via generale, dall'articolo 19 della legge n. 241 del 1990 e dagli articoli 22 e 23 del d.p.r. 6 giugno 2001, n. 380, per quanto riguarda in particolare la materia edilizia.

Il quadro normativo e la storia dei suoi cambiamenti (tranne l'ultimo ad opera del decreto-legge n. 138 del 2011, *ratione temporis*), nonché l'esportazione del modello disegnato dalla norma suddetta ad altri settori dell'ordinamento, vengono riassunti dalla recente sentenza del Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, n. 15 del 29 luglio 2011), su cui torneremo diffusamente in seguito e quindi sarebbe inutile ripeterla qui ora.

È sufficiente ricordare che essa si sostanzia, in via generale, in una denuncia documentata da parte dell'interessato, che consente, immediatamente o dopo un breve lasso di tempo, l'esercizio dell'attività desiderata, fatta salva la possibilità per l'amministrazione di adottare, entro un tempo predeterminato dalla legge, provvedimenti motivati di divieto dell'esercizio di detta attività. Il legislatore ha anche previsto la possibilità per l'amministrazione di adottare provvedimenti in autotutela, oltre a sanzioni di natura amministrativa (e penali), volte a reprimere le dichiarazioni false o mendaci.

Il punto su cui si è avvitata la dottrina e la giurisprudenza riguarda il significato da attribuire al mancato pronunciamento da parte dell'amministrazione nel termine indicato dalla legge dopo la presentazione dell'istanza.

Anche nel nostro caso è utile ricordare come ci siano stati, anche in giurisprudenza, due orientamenti: il primo, in base al quale la DIA rappresenta un modulo di semplificazione procedimentale che consente al privato di conseguire, attraverso la domanda-informativa, un titolo abilitativo costituito da un'autorizzazione implicita di natura provvedimentoale che si perfeziona a

seguito dell'infruttuoso decorso del termine previsto dalla legge per l'adozione del provvedimento di divieto, configurando così una fattispecie a formazione progressiva, che culmina in un atto tacito di assenso, soggettivamente e oggettivamente amministrativo; il secondo, in base al quale la DIA costituisce uno strumento di liberalizzazione che abilita l'esercizio di attività, per sua natura non sottoposta al regime autorizzatorio pubblicistico.

Il primo orientamento, ora superato dall'ultimo intervento legislativo (d.l. n. 138/20011, convertito con modifiche nella legge 14 settembre 2011, n. 148), aveva dalla sua parte argomenti sistematici e testuali molto forti, ma soprattutto aveva il merito di accordare al terzo gli stessi strumenti di tutela che aveva a fronte di un'attività edilizia assentita con l'altro titolo abitativo, ossia il permesso di costruire. In particolare poteva ottenere l'annullamento del provvedimento silenzioso, con la conseguente inibizione dell'attività edilizia silenziosamente assentita, se non ancora svolta, oppure, di vedersi eliminare le conseguenze dell'attività edilizia già svolta -che priva di titolo diveniva illecita- attraverso l'effetto conformativo al giudicato da parte dell'amministrazione.

In altri termini, tale concezione consentiva al terzo una tutela diretta senza la necessità di azionare il meccanismo del silenzio-rifiuto.

Anche chi vi parla, in un piccolo scritto di alcuni anni fa, aveva immaginato di poter superare gli inconvenienti legati alla tesi dell'autorizzazione implicita, ritenendo che sarebbe stata la denuncia stessa a trasformarsi, decorso inutilmente il termine a disposizione dell'amministrazione, da atto privato in titolo idoneo ad evitare sul piano formale lo svolgimento dell'attività.

In altri termini, la norma avrebbe prefigurato il formarsi di un titolo costitutivo non proveniente dall'amministrazione ma direttamente dalla legge. Anche questa tesi è stata esclusa dalla sentenza n. 15 del 2001, "in quanto l'esistenza di un potere amministrativo di divieto, da esercitare a valle della presentazione della DIA e senza necessità della rimozione di quest'ultima secondo la logica del *contrarius actus*, dimostra, in definitiva, l'insussistenza di un atto di esercizio privato del potere amministrativo e l'adesione ad un modello di liberalizzazione temperata e sostituisce l'assenso preventivo con il controllo successivo".

4. L'intervento del Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria n. 15 del 29 luglio 2011.

Il persistente contrasto giurisprudenziale, registrabile soprattutto presso le giurisdizioni di primo grado, aveva indotto la quarta sezione del Consiglio di Stato a sollecitare l'intervento

dell'Adunanza plenaria, che ha fatto propria la seconda concezione, in ragione del fatto che, seguendo il primo orientamento, si sarebbe eliminata completamente la differenza tra l'istituto contemplato nell'art. 19 e quello contemplato nell'art. 20 della legge n. 241 del 1990. In tal modo si sarebbe eliminata la principale caratteristica dell'istituto, creato proprio per sostituire “i tradizionali modelli provvedimentali autorizzatori con uno schema ispirato alla liberalizzazione delle attività economiche private consentite dalla legge in presenza dei presupposti fattuali e giuridici normativamente stabiliti”. Sicché “l'attività dichiarata può quindi essere intrapresa senza il bisogno di un consenso dell'amministrazione, surrogato dall'assunzione di autoresponsabilità del privato, insito nella denuncia d'inizio attività, costituente a sua volta atto soggettivamente e oggettivamente privato”.

Per il supremo giudice amministrativo “ il denunciante è, infatti, titolare di una posizione soggettiva originaria, che rinviene il suo fondamento diretto e immediato nella legge, sempre che ricorrano i presupposti normativi per l'esercizio dell'attività e purchè la mancanza di tali presupposti non venga stigmatizzata dall'amministrazione con il potere di divieto da esercitare nel termine di legge, decorso il quale si consuma, in ragione dell'esigenza di certezza dei rapporti giuridici, il potere vincolato con esito inibitorio e viene in rilievo il discrezionale potere di autotutela”.

Come vedremo, non poteva sfuggire ai giudici di Palazzo Spada che questa concezione avrebbe finito con eliminare la “tutela diretta” del terzo. Quindi, era necessario rinvenire nel nuovo sistema processuale gli strumenti adeguati, ponendo al centro del sistema, non tanto la sua posizione rispetto al procedimento aperto dalla dichiarazione documentata di chi aspira all'edificazione, quanto piuttosto la natura della sua situazione giuridica soggettiva rispetto al procedimento di controllo dell'amministrazione.

Ma prima è bene chiudere il discorso relativo alla nozione e alla natura giuridica della DIA, anche perché questo consentirà di affrontare in maniera più adeguata il sistema della tutela del terzo.

5. La definizione legislativa delle misure di liberalizzazione (SCIA, DIA), contenuta nel decreto legge n. 138 del 2011, convertito con modificazioni nella legge 14 settembre 2011, n. 148. Le dichiarazioni viste come atti privati di intento e non esercizio di diritti.

Dopo qualche mese dalla pubblicazione della sentenza n. 15 del 2011, che, come si è visto, ha accolto la tesi che considera queste figure degli atti privati utilizzabili in settori liberalizzati che

non tollerano forme autorizzatorie nemmeno implicite, è stato emanato il ricordato decreto-legge n. 138 del 2011, che, all'art. 6, rubricato “ liberalizzazione in materia di segnalazione certificata di inizio di attività, denuncia e dichiarazione di inizio attività. Ulteriori semplificazioni”, disponendo ulteriori modificazioni all'articolo 19, della legge n. 241 del 1990, stabilisce di inserirvi il comma 6 ter, che così recita: <<La segnalazione certificata di inizio attività, la denuncia e la dichiarazione di inizio attività si riferiscono ad attività liberalizzate e non costituiscono provvedimenti taciti direttamente impugnabili. Gli interessati possono sollecitare l'esercizio delle verifiche spettanti all'amministrazione e, in caso di inerzia, esperire l'azione di cui all'articolo 31, commi 1, 2 e 3 del decreto legislativo 2 luglio 2010, n. 104>>. Con la legge di conversione n. 148 del 2011 sono state soppresse, dal primo periodo, le parole <<si riferiscono ad attività liberalizzate e>>; mentre nel secondo periodo è stata inserita la parola <<esclusivamente>>, dopo la parola ‘esperire’.

Come risulta evidente, l'impostazione dell'impianto generale del sistema ricostruito dall'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato è stato confermato dal legislatore, anche con la modifica operata in sede di conversione. Quindi ogni ulteriore discussione sulla nozione e natura della dichiarazione di inizio attività non ha più ragion d'essere.

Tuttavia, l'interprete non può sottrarsi al compito di inquadramento nel sistema generale di questa figura sconosciuta al diritto amministrativo classico, e che è destinata ad attraversare interi settori dell'ordinamento, che sta per essere costruito all'insegna della ‘liberalizzazione’. E per quel che qui interessa, non può sottrarsi al compito di rivisitare la natura di tutti, e non solo della DIA e assimilati, i provvedimenti amministrativi in materia di attività edilizia.

In breve, anche le sentenze più elaborate registrabili in materia, pur affermando con dovizia di argomenti che la dichiarazione d'inizio attività sia un atto privato, non chiariscono di che atto privato si tratti, visto che l'ordinamento ne conosce svariate specie.

Personalmente penso, confortato in questo da dottrina autorevolissima (Giannini), che da un punto di vista privatistico la domanda sia semplicemente una dichiarazione d'intento, e non l'esercizio di un diritto, e che lo “ius edificandi” sia un potere pregiuridico, ossia attribuito al proprietario in quanto tale, che tuttavia è stato isolato dalle altre facoltà proprietarie, facendolo diventare oggetto di un'autorizzazione costitutiva, che però non viene amministrata da un provvedimento amministrativo discrezionale, bensì direttamente dal sistema normativo edilizio che conforma e amministra, in via generale, il potere in parola. La norma, in quest'opera di conformazione e di amministrazione in via generale del potere pregiuridico di costruire, si spinge sino alla qualificazione del tipo di intervento e laddove lo giudichi meno compromettente degli altri

valori urbanistici in gioco lo fa diventare oggetto di un semplice controllo successivo, non essendo necessaria nessuna formula autorizzatoria. D'altronde è pacifico che i procedimenti autorizzatori assolvano due funzioni fondamentali, quella di controllo, appunto, e quella di pianificazione.

Pertanto, la dichiarazione d'intento, che è la vera natura giuridica della dichiarazione di inizio attività, non è costruita in funzione di un potere che è già possibile svolgere sulla base della situazione sostanziale così come connotata dalla normativa urbanistica, bensì semplicemente per consolidare la situazione giuridica nuova, costituita dall'attività edilizia da intraprendere o già realizzata.

Va da sé che in questo quadro la posizione del terzo si radica unicamente sull'altrui intento di costruire e quindi, qualora opti per la tutela giurisdizionale amministrativa, la sua legittimazione al ricorso non può che realizzarsi rispetto all'unico procedimento amministrativo individuabile nella complessa fattispecie, ossia quello del controllo da parte dell'amministrazione dell'attività che l'edificante intende svolgere.

6. Le forme e le tecniche di tutela azionabili dal terzo, così come individuate dalla sentenza n. 15 del 2011.

La sentenza n. 15 del 2011 dell'Adunanza plenaria, al fine di garantire al terzo la tutela massima possibile, ha posto al centro del sistema il procedimento di controllo successivo, stabilendo sia che “la protrazione del silenzio amministrativo dà luogo ad un esito negativo del procedimento, idonea a produrre la lesione dell'interesse pretensivo del terzo al conseguimento della misura inibitoria, non tutelabile con il rimedio congegnato dal legislatore con riguardo al silenzio-inadempimento”. Sicché il decorso del termine, oltre a consumare il potere dell'amministrazione, avrebbe l'effetto, da un lato, di consolidare la legittimazione del denunciante a porre in essere l'attività, pur esponendolo al rischio del più limitato potere di autotutela, dall'altro lato, “frustra l'interesse pretensivo del terzo, portatore di una posizione differenziata qualificata, ad ottenere l'adozione del provvedimento interdittivo nel rispetto del principio di imparzialità dell'azione amministrativa”.

Una volta individuate così le situazioni giuridiche soggettive dei tre protagonisti (amministrazione, richiedente e terzo) della vicenda in esame, la sentenza, in punto di tutela del terzo, stabilisce: 1) nella fattispecie il titolo abilitante è rappresentato dall'atto di autonomia privata che, grazie alla previsione legale direttamente legittimante, consente l'esercizio dell'attività dichiarata senza il bisogno dell'intermediazione preventiva di un provvedimento amministrativo; 2)

il silenzio serbato dall'amministrazione va considerato un atto tacito di diniego del provvedimento inibitorio e pertanto il terzo, portatore dell'interesse pretensivo leso, è tenuto al rispetto del termine decadenziale di impugnazione, a soddisfazione dell'esigenza di certezza dei rapporti giuridici e il principio comunitario di tutela dell'affidamento legittimo del denunciante consolidatosi a seguito del decorso del tempo; 3) la qualificazione del silenzio come silenzio significativo, sul piano delle tecniche di tutela praticabili dal terzo, determina in primo luogo la possibilità di esperire l'azione impugnatoria di cui all'articolo 29 del cpa nell'ordinario termine decadenziale, decorrente solo dal momento della piena conoscenza dell'adozione dell'atto lesivo, con l'applicazione dei principi consolidati materia (già a proposito della tutela del terzo nei confronti del permesso di costruire), laddove, in mancanza di univoci elementi probatori circa la piena conoscenza della proposizione dell'istanza, il termine decorre non con il mero inizio dei lavori bensì con il loro completamento; 4) la proposizione dell'azione di annullamento comporta la possibilità di accompagnarla, ai fini del completamento della tutela, dall'azione di condanna dell'amministrazione all'esercizio del potere inibitorio, e questo già in base a quanto statuito dalla decisione Ad. Pl. n. 3 del 2011, che ha stabilito la possibilità di esperire l'azione di condanna pubblicistica all'esercizio del potere autoritativo in materia di interessi pretensivi, purché proposta contemporaneamente a quella di annullamento, salvo il caso dell'azione risarcitoria, dove se ne può prescindere.

L'importante decisione ha affrontato l'ulteriore problema se vi sia spazio di accesso alla giustizia amministrativa da parte del terzo, qualora subisca una lesione nell'arco di tempo anteriore al decorso del termine perentorio fissato dalla legge per l'esercizio del potere inibitorio da parte dell'amministrazione. Sul punto la giurisprudenza, ancor prima dell'emanazione del codice del processo amministrativo, si era espressa in senso positivo (Con. St., VI, 9 febbraio 2009, n. 717).

L'utilità del rimedio deriva dall'introduzione della DIA a legittimazione immediata e dall'avvento della SCIA, laddove rendono possibile che l'attività denunciata inizi prima della formazione del provvedimento negativo, impugnabile in via ordinaria. Per il supremo giudice amministrativo non sarebbe tollerabile un "periodo morto", in cui cioè non sarebbe esperibile nemmeno la tutela ante causam.

L'Adunanza plenaria osserva che, "non essendosi ancora perfezionato il provvedimento amministrativo tacito e non venendo in rilievo un silenzio-rifiuto, l'unica azione esperibile è l'azione di accertamento tesa ad ottenere una pronuncia che verifichi l'insussistenza dei presupposti di legge per l'esercizio dell'attività oggetto della denuncia, con i conseguenti effetti conformativi in ordine ai provvedimenti spettanti all'autorità amministrativa".

Naturalmente si fa carico di dimostrare, in primo luogo, come l'azione siffatta sia possibile in via generale, nonostante nel testo definitivo del codice non compaia più l'azione generale di accertamento; in secondo luogo, come tale azione non violi il limite sancito dall'articolo 34, comma 2, del codice, ossia che in nessun caso il giudice può pronunciare con riferimento a poteri amministrativi non ancora esercitati.

In breve, la presentazione di una denuncia pregiudizievole produce un effetto legittimante istantaneo “o comunque anticipato rispetto al decorso del termine per l'esercizio del potere inibitorio”. Sicchè, la possibilità che “si producano effetti lesivi fa nascere l'interesse ad agire in giudizio in un momento anteriore alla definizione del procedimento amministrativo”.

Tanto premesso in punto di legittimazione del terzo, la sentenza in esame stabilisce che l'indicata disposizione del codice si riferisce alle sentenze di merito e quindi, mentre fino al termine di conclusione del procedimento il giudice non può adottare una pronuncia di merito (impedimento che cessa alla scadenza del termine), il terzo, atteso che la presentazione della domanda della DIA lo legittima comunque alla proposizione del ricorso, facendosi applicazione della nota distinzione tra presupposti processuali e condizioni dell'azione, può comunque esperire l'azione giudiziaria, anche se non può ottenere una sentenza di merito, necessariamente condizionata alla scadenza del termine di conclusione del procedimento.

Questo comporta che il giudice possa accertare la sussistenza dei presupposti per emanare il provvedimento inibitorio e, nel caso in cui il termine decorra senza che l'amministrazione emetta siffatto provvedimento, l'originaria azione si converte automaticamente in un'azione impugnatoria del provvedimento sopravvenuto, senza che vi sia la necessità di proporre ricorso per motivi aggiunti, che invece è obbligatorio proporre nell'ipotesi in cui vi sia un'attività istruttoria svolta dall'amministrazione o vi sia la sopravvenienza di nuovi elementi o addirittura si registri l'emanazione di un atto espresso che giustifichi la mancata adozione dell'atto inibitorio.

Infine, la sentenza stabilisce come il terzo possa esercitare la tutela interinale e chiedere l'adozione delle misure cautelari necessarie al fine di impedire il pregiudizio grave e irreparabile, ai sensi dell'articolo 55 del cpa.

A maggior ragione ritiene che il terzo possa chiedere misure cautelari ante causam, al fine di assicurare gli effetti della sentenza di merito, in presenza dei presupposti di cui all'articolo 61 cpa. In particolare stabilisce che “la proposizione della domanda ante causam può essere idonea a soddisfare l'esigenza di piena tutela del terzo anche senza la proposizione dell'azione di

accertamento laddove i termini di legge (art.61, comma 5) entro i quali la misura provvisoria conserva i suoi effetti prima dell'introduzione del giudizio di merito relativo al silenzio provvedimentale, siano in concreto compatibili con la preservazione delle ragioni interinali del terzo". Stabilisce inoltre che "l'azione di accertamento proposta in via anticipata consente l'adozione di misure cautelari che, lungi dall'implicare una non consentita sostituzione nell'esercizio del potere di controllo, mira ad evitare che l'utilità dell'eventuale adozione della misura inibitoria adottata all'esito dell'esercizio del potere possa essere vanificata dagli effetti *medio tempore* sortiti dall'esplicazione dell'attività denunciata".

7. *La rilettura della sentenza n. 15 del 2011 a seguito dell'emanazione del decreto-legge n. 138 del 2011, convertito nella legge 14 settembre 2011, n.148 .Un primo tentativo di ricostruzione del sistema della tutela del terzo.*

Si è voluto dare lo spazio che merita alla sentenza n. 15 del 2011, sia per il nuovo ruolo che l'articolo 99 cpa assegna alle pronunce dell'Adunanza Plenaria sia perché occorre verificare la tenuta dell'impianto motivazionale -che deve guidare i giudici amministrativi fino a che non vi sarà una nuova pronuncia- a seguito dell'emanazione del provvedimento legislativo di cui si è detto, che, come già ricordato, ha ulteriormente modificato l'articolo 19 della legge n. 241 del 1990.

Dalla lettura della norma si ricava anzitutto la ragione politica su cui essa si fonda, ossia l'intento del legislatore di evitare che l'attività edilizia venga paralizzata da defatiganti impugnazioni da parte di terzi del provvedimento negativo che si formerebbe all'esito del procedimento di verifica e che finirebbe con rallentare una delle più importanti attività economiche del Paese.

In secondo luogo, la prima parte della disposizione -laddove stabilisce che "la segnalazione certificata di inizio attività, la denuncia alla dichiarazione di inizio attività si riferiscono ad attività liberalizzate e non costituiscono provvedimenti taciti direttamente impugnabili"- conferma in pieno l'impostazione data dalla sentenza n. 15 del 2011. E questo vale nonostante nella legge di conversione sia stato soppresso il riferimento al fatto che gli istituti in esame si riferiscano ad attività liberalizzate. Infatti, la soppressione è stata tanto più opportuna, quanto più si consideri che gli istituti della SCIA e della DIA possono essere utilizzati anche per attività rimaste sempre "libere". In ogni caso valgono le osservazioni fatte precedentemente.

La seconda parte della disposizione, invece, pone interrogativi e perplessità.

Vediamoli brevemente.

La norma del decreto legge stabiliva che “gli interessati possono sollecitare l'esercizio delle verifiche spettanti all'amministrazione e, in caso di inerzia, esperire l'azione di cui all'articolo 31, commi 1,2 e 3 del decreto legislativo 2 luglio 2010, n. 104”.

La prima domanda che bisognava porsi, già prima della conversione del decreto legge, era se il legislatore avesse voluto ridurre la tutela del terzo al solo potere sollecitatorio nei confronti dell'amministrazione, affinché effettuasse le verifiche e quindi eventualmente emanasse il provvedimento interdittivo, e alla possibilità di proporre l'azione prevista per reagire al silenzio inadempimento dell'amministrazione, ossia quella disciplinata dagli articoli 31 e 117 del cpa.

Avevo avuto l'impressione che la ragione, non tanto nascosta, del legislatore fosse proprio questa. Con la legge di conversione è stato aggiunto l'avverbio “esclusivamente” e quindi non ci sono più dubbi sul fatto che esso rimane l'unico strumento a disposizione del terzo. A tal proposito, occorre mettere in rilievo come la limitazione disposta per legge all'utilizzo degli strumenti di tutela sembra porsi in contrasto con il principio costituzionale dell'effettività della tutela, che non tollera preclusioni aprioristiche, ossia non derivanti da immanenti impossibilità di ordine tecnico o di sistema. Quindi, è auspicabile una pronuncia del giudice delle leggi sul punto.

E' difficile accettare l'idea che la norma abbia fatto venir meno quanto statuito nella sentenza n. 15 del 2011, ossia che il terzo possa, per le ragioni ampiamente spiegate, impugnare il provvedimento positivo della verifica, implicitamente od esplicitamente formatosi a seguito del decorso del termine di legge.

Parimenti difficile è poter immaginare un diverso regime di tutela a seconda dell'attività edilizia venga assentita con il permesso di costruire oppure con gli strumenti della SCIA o della DIA, anche se per questi ultimi è in teoria possibile un regime diverso, atteso che si presuppone l'esistenza di un'attività liberalizzata, ossia l'esistenza di un potere pregiuridico in capo a chi intende edificare.

Tuttavia, anche per chi (come chi vi parla) ha molto apprezzato lo sforzo sistematico compiuto dall'Adunanza plenaria, bisogna riconoscere che vi sono state alcune consapevoli forzature, giustificate dal proposito di dare la tutela più ampia al terzo, nella individuazione dei punti base dell'impianto motivazionale della sentenza, e che ora vengono inesorabilmente in rilievo a seguito dell'ultima norma emanata in materia.

Il Supremo giudice amministrativo ha ritenuto che il terzo assume una posizione legittimante rispetto al procedimento di verifica, anche cioè quando non sia mai intervenuto nel procedimento con un atto sollecitatorio, includendo, senza adeguata dimostrazione, questa situazione giuridica soggettiva in quella, più generale, che si registra rispetto all'intento edificatorio del richiedente. La necessita' di un approfondimento era (ed è) da farsi, in quanto -almeno nella DIA non ad effetto immediato, perché in quella immediata la legittimazione deriva dall'inizio dei lavori- mentre l'istante nulla può fare se non attendere la determinazione dell'amministrazione o il decorso del termine, il terzo può agire immediatamente con l'azione di accertamento, con evidente asimmetria. Inoltre ha qualificato la situazione giuridica soggettiva del terzo rispetto al procedimento di verifica come un tipico interesse pretensivo al provvedimento inibitorio, pur sapendo che l'interesse si radica rispetto al bene della vita che si intende conseguire e che il provvedimento amministrativo, in quanto tale, non è mai un bene della vita. Pertanto, siccome il bene della vita per il terzo è costituito dall'interesse all'immodificabilità della situazione dei luoghi, trattasi di interesse oppositivo e non pretensivo.

Tuttavia, in punto di legittimazione, è sufficiente richiamare l'art. 19, comma 5, legge n. 241 del 1990, che, laddove stabilisce: <<il relativo ricorso giurisdizionale, esperibile da qualunque interessato nei termini di legge, può riguardare anche gli atti di assenso formati in virtù delle norme sul silenzio assenso previste dall'articolo 20>>, sembra accordare una ampia legittimazione a tutti i protagonisti della vicenda, purchè ricorra l'interesse concreto ad agire.

Il punto più importante, tuttavia, è un altro.

La norma, quand'anche non avesse voluto ridurre -ma sappiamo che ora lo ha fatto espressamente nella legge di conversione- la tutela del terzo alla semplice possibilità di proporre l'azione avverso il silenzio, ha finito con lo smentire quanto ritenuto dalla sentenza in esame proprio sul piano sistematico.

Infatti, la sentenza -dopo aver dato atto che in passato si era affermata l'idea che la tutela del terzo si sostanziasse nella possibilità di esercitare l'azione nei confronti del silenzio rifiuto (o inadempimento) affinché l'amministrazione emanasse il provvedimento inibitorio oppure, secondo altra lettura, in quella di sollecitare l'autotutela decisoria dell'amministrazione- ha ritenuto che tali strumenti, oltre ad essere insufficienti a fornire adeguata tutela al terzo, sono tecnicamente inadeguati, in quanto si fondano sul presupposto, almeno nel primo caso, che permanga in capo all'amministrazione il potere di adempiere e che il decorso del termine non consumi il potere. Invece, come già ampiamente visto, nella sentenza si sostiene che il potere si consumi e che la

lesione diventi definitiva con il decorso del termine per provvedere, producendosi in tal caso il provvedimento negativo silenzioso, impugnabile in via diretta innanzi al giudice amministrativo.

Anche in proposito corre l'obbligo di osservare che la sentenza ha fatto derivare dalla decorrenza del termine la formazione di un provvedimento negativo 'per silentium', senza che vi sia una norma di legge che attribuisca una qualche significanza all'inutile decorso del termine medesimo.

Infatti, mentre sicuramente il decorso del termine consuma il potere dell'amministrazione - altrimenti non avrebbe significato quanto statuito dall'articolo 19, comma 4, laddove stabilisce che "decorso il termine all'amministrazione consentito intervenire solo in presenza del pericolo di un danno"- nulla viene detto sul formarsi di un'eventuale silenzio significativo, che quindi viene attratto nell'area, oramai residuale e molto ridotta nel sistema, del c.d. silenzio-rifiuto (o inadempimento). In altri termini, solo la legge può attribuire significato al silenzio e la certezza dei rapporti giuridici, cui si richiama la pregevole sentenza, è assicurata dalla consumazione del potere in capo all'amministrazione che non può più incidere sul rapporto e non dal preteso formarsi del silenzio.

La norma, dunque, va nella direzione della non immediata impugnabilità del provvedimento negativo silenzioso che si formerebbe all'esito del procedimento di verifica, ed è significativo che abbia ritenuto applicabile alla fattispecie anche il terzo comma dell'art. 31 cpa, consentendo così al giudice la possibilità di valutare la fondatezza della pretesa, che, nel caso di specie, si sostanzia nella possibilità di indicare all'amministrazione quali siano le norme violate dal programma edificatorio proposto dal richiedente, condannandola ad agire di conseguenza.

Tuttavia non è poi un gran male, sol che si pensi all'attuale disciplina del rito sul silenzio (artt. 31 e 117 cpa), dove, pur essendo venuta meno la cosiddetta azione di adempimento di importazione tedesca, i poteri del giudice (e la natura della sentenza) sono tali per cui il terzo può proporre, non solamente un'azione di accertamento, ma anche un'azione di condanna dell'amministrazione ad emanare il provvedimento richiesto, soprattutto se si pensa che il provvedimento interdittivo può essere considerato, in simmetria negativa con il permesso di costruire, come un atto vincolato e dovuto, in presenza di una denuncia di inizio di attività fatta in violazione delle norme urbanistiche. Tanto più che in giurisprudenza si va sempre più affermando l'idea che con il rito del silenzio si possa ottenere la condanna all'emanazione anche dei provvedimenti discrezionali, quando risulti accertato che in concreto non residuino ulteriori margini

di esercizio della discrezionalità e non siano necessari adempimenti istruttori da parte dell'amministrazione.

In altri termini, il rito del silenzio consente di proporre tutte le azioni, e quindi di ottenere in maniera piana tutti i provvedimenti giurisdizionali necessari a fornire adeguata tutela al terzo, senza dover ricorrere alla complessa costruzione operata dalla sentenza dell'Adunanza Plenaria.

Rimane però aperto il problema della possibile assenza di tutela nel periodo che precede il formarsi del cosiddetto silenzio rifiuto, che, come si è visto, la sentenza aveva tentato di superare ammettendo l'azione di accertamento, convertibile nell'azione impugnatoria con condanna, dopo l'annullamento, all'emissione del provvedimento interdittivo.

Va da sé che ora l'unica via praticabile è quella di verificare, ancora una volta, la compatibilità della tutela cautelare con il rito del silenzio.

E' noto come, nella vigenza dell'originario art. 21, comma 7, era prevalsa l'interpretazione conforme al dato normativo, in base al quale, stante l'esclusivo riferimento alla sospensione dell'atto impugnato, la tutela cautelare non era possibile in presenza di un giudizio non impugnatorio, come quello sul silenzio. E' parimenti noto come il rigore della tesi era stato poi attenuato dall'introduzione del rito speciale del silenzio, ad opera della legge n. 205 del 2000.

Il problema ora si ripropone e può essere risolto nel senso dell'ammissibilità della tutela cautelare, laddove si consideri che la formulazione testuale dell'articolo 55 cpa, non riproducendo la tradizionale previsione del danno derivante dalla esecuzione dell'atto, rende possibile includere in essa anche i comportamenti inerti dell'amministrazione. Anche se non bisogna nascondersi che l'articolo 55 ha mantenuto la stessa formulazione del testo licenziato dalla commissione speciale del Consiglio di Stato, che aveva espressamente ritenuto proponibile la tutela cautelare quale che fosse l'azione proposta. Con i tagli operati in sede governativa ciò non sembra essere più tanto sicuro, per le ragioni che ora non è possibile spiegare. Tuttavia la norma è rimasta quella e la si può ritenere applicabile senza il limite dell'atto espresso, salvo segnalare il problema in sede di decreto correttivo al codice sul processo amministrativo.

Quanto agli altri strumenti, primo tra tutti quello della tutela *ante causam*, considerati ammissibili dalla sentenza n. 15 del 2011, mi sembra tutto sommato compatibile anche con il rito del silenzio, atteso che la sua ammissibilità si fonda su presupposti sostanziali e non processuali.

Anzi si può forse intravedere una certa assonanza con la tutela possessoria civilistica (denuncia di nuova opera e di danno temuto), sempre azionabile dal terzo che voglia intraprendere quella via.

Naturalmente la proposizione delle azioni cautelari presuppone la possibilità di proporre l'azione del silenzio già prima che sia decorso lo “spazio deliberante” concesso dalla legge all'amministrazione; forse questo è possibile se si riflette su quanto già ricordato a proposito della legittimazione del terzo a proporre il ricorso già con la semplice dichiarazione d'intento da parte di chi intende edificare. In fondo una cosa è la legittimazione al ricorso, altra è la possibilità giuridica del giudice ad emettere la pronuncia di merito.

Ma su questo sarà ancora una volta la giurisprudenza a ritagliare nell'ambito del sistema spazi di tutela più ampi per il terzo. Anche se nell'immediato sarà chiamata a verificare la tenuta dell'importante sentenza dell'Adunanza plenaria con la norma di legge, che in ogni caso deve prevalere.

Chiudo con la speranza che le mie considerazioni servano ad offrire qualche motivo di riflessione.

*Relazione tenuta al corso di formazione dei magistrati amministrativi nei giorni 3 e 4 ottobre 2011 in Roma presso la Scuola superiore del Ministero degli Interni