

Consiglio di Stato, sez. IV, 4 settembre 2012, n. 4670

Sulla natura giuridica della s.c.i.a. e sul termine a partire dal quale la stessa produce effetti.

Sin dalla sua prima formulazione, è stata oggetto di un acceso dibattito giurisprudenziale la questione afferente la natura giuridica dell'istituto in questione; un profilo problematico di particolare interesse e rilevanza sia sotto il profilo strettamente teorico e sostanziale, che nell'ottica processuale, per i rilevanti risvolti applicativi che esso comporta sul piano dell'esatta definizione della situazione giuridica soggettiva da ascrivere al soggetto denunciante, dei poteri spettanti all'Amministrazione nei confronti della dichiarazione medesima, dei caratteri di differenziazione dell'istituto in commento rispetto a quello del silenzio-assenso di cui all'articolo 20 della l. 7 agosto 1990, n. 241, nonché degli strumenti di tutela da riconoscere ai terzi che si ritenessero lesi dal mancato esercizio, da parte dell'Amministrazione adita, dei propri poteri inibitori.

Secondo una prima impostazione (tesi pubblicistica), invero minoritaria, la D.I.A. era assimilabile ad un'istanza autorizzatoria che, con il decorso del termine di trenta giorni dalla sua presentazione, dava luogo ad un provvedimento tacito di autorizzazione emesso in virtù di una valutazione legale tipica ed idoneo a rendere lecito l'esercizio dell'attività che il privato intendeva intraprendere.

Una diversa ricostruzione (tesi privatistica) dell'istituto in commento veniva, al contrario, proposta da quella parte della giurisprudenza, invero maggioritaria, che attribuiva all'istituto della D.I.A. connotati prettamente privatistici. Secondo quest'ultimo indirizzo, la D.I.A. costituiva una dichiarazione del privato a cui la legge, in presenza di determinate condizioni, ricollegava effetti tipici. Essa, dunque, oltre ad essere priva del carattere provvedimentoale, in quanto non costituiva esercizio di una potestà pubblicistica, essendo la pubblica Amministrazione mera destinataria e non anche autrice dell'atto in questione, non dava luogo ad alcun provvedimento amministrativo, neanche in forma tacita (silenzio-assenso), non sussistendo il potere-dovere dell'Amministrazione di provvedere sull'istanza del privato.

Aderire all'uno o all'altro indirizzo interpretativo comportava importanti conseguenze sotto molteplici profili.

Anzitutto, sulla esatta configurazione della situazione giuridica soggettiva ascrivibile in capo al privato che decideva di avvalersi dello strumento procedimentale in questione: i sostenitori della natura pubblicistica di detto istituto rinvenivano in capo al privato una posizione giuridica soggettiva di interesse legittimo; i sostenitori della tesi contraria, una posizione di diritto soggettivo.

In secondo luogo, la natura dell'istituto in esame incideva sul corretto modo di intendere l'attribuzione alla Pubblica Amministrazione del potere di autotutela: secondo la tesi della natura pubblicistica della dichiarazione di inizio attività, il richiamo contenuto nell'articolo 19 l. n. 241/1990 al potere di autotutela decisoria confermava la rispondenza di detta tesi alla volontà legislativa di riconoscere carattere provvedimentale alla natura giuridica della D.I.A.; di contrario avviso gli autori che consideravano la D.I.A. un atto oggettivamente e soggettivamente privato, secondo i quali il riferimento compiuto dal legislatore al potere di autotutela non andava inteso come riconoscimento implicito della natura provvedimentale di tale fattispecie, bensì come attribuzione all'Amministrazione procedente del potere di inibire l'attività intrapresa anche dopo la scadenza del termine perentorio di trenta giorni, seppur nel rispetto dei presupposti e del procedimento che caratterizzano l'esercizio del potere di autotutela.

Ma, il profilo applicativo di certo più rilevante su cui dispiegava i propri effetti l'avallo di una delle due tesi sopra esposte era quello attinente all'individuazione degli strumenti di tutela che potevano riconoscersi al terzo che si ritenesse danneggiato dall'attività intrapresa dal denunciante: i sostenitori della tesi della natura pubblicistica suggerivano l'ordinario rimedio impugnatorio con cui avversare la determinazione formatasi in forma tacita, dopo il decorso del termine di trenta giorni previsto per l'esercizio, da parte dell'Amministrazione, dei poteri inibitori; molteplici, invece, le soluzioni offerte dai sostenitori della tesi della natura privatistica: alcuni di loro suggerivano l'utilizzabilità della procedura sul silenzio – rifiuto; altri prospettavano, non senza critiche, la possibilità di esperire un'azione di accertamento dell'insussistenza dei presupposti per la presentazione della D.I.A.; altri ancora sostenevano che il silenzio serbato dall'Amministrazione nel periodo di tempo utile per l'esercizio del potere inibitorio andava considerato alla stregua del silenzio-inadempimento (senza necessità di un'apposita istanza da parte del privato) avverso il quale il terzo, danneggiato dall'attività intrapresa dal denunciante, avrebbe avuto l'onere di attivare il rito speciale di cui all'articolo 21 bis l.n.1034/1971.

Il passaggio dalla D.I.A. alla S.C.I.A. è stato determinato dall'articolo 49, comma 4-bis e comma 4-ter del d.l. n. 78 del 31 maggio 2010, conv. in l. n. 122 del 2010 che ha interamente sostituito l'intero art. 19 della L. n. 241/1990. Tra le novità introdotte dalla nuova normativa: la rideterminazione dei confini dell'ambito applicativo dell'istituto, che è più ristretto rispetto a quello della precedente D.I.A. (sono state, infatti, eliminate tutte le attività economiche a prevalente carattere finanziario, ivi comprese quelle regolate dal Testo Unico delle Leggi in materia bancaria e creditizia di cui al D.Lgs. n. 385/1993 e dal TU in materia di intermediazione finanziaria, di cui al D.Lgs. n. 58/1998); un iter procedurale differente, perché così articolato: presentazione da parte del soggetto che dispone del titolo per intervenire della segnalazione all'amministrazione competente e contestuale inizio dell'attività oggetto della segnalazione; decorso del termine di sessanta giorni entro i quali l'amministrazione può vietare la prosecuzione dell'attività e ordinare la rimozione dei suoi effetti qualora accerti la carenza dei requisiti e dei presupposti per l'intrapresa dell'attività medesima; possibilità per l'amministrazione di intervenire anche oltre la scadenza dei suddetti sessanta giorni in caso di pericolo di danno per il patrimonio artistico e culturale, per l'ambiente, per la salute, per la sicurezza pubblica o la difesa nazionale e previo motivato accertamento dell'impossibilità di tutelare comunque tali interessi mediante conformazione dell'attività del privato alla normativa vigente. Tra le introdotte novità anche una documentazione più specifica richiesta a corredo della S.C.I.A., l'introduzione di un regime sanzionatorio *ad hoc* nel caso di mendace certificazione (art. 19, comma 6), la previsione che i pareri di organi o enti appositi possono essere sostituiti da autocertificazioni, attestazioni, asseverazioni o certificazioni.

Il legislatore ha, tuttavia, ommesso di pronunciarsi in ordine al dibattutissimo tema della natura giuridica dell'istituto in questione. Su detto profilo problematico, dunque, è stata chiamata a pronunciarsi l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato che, nella sentenza n. 15/2011 ha avallato la tesi sostenuta in misura maggioritaria dalla giurisprudenza, della natura privatistica della S.C.I.A. qualificando la stessa come strumento non già di semplificazione procedimentale ma di liberalizzazione, ancorché parziale, di determinate attività private, il cui esercizio è riconosciuto senza che sia richiesto un preventivo vaglio da parte dell'Amministrazione. Quanto all'individuazione delle posizioni giuridiche ascrivibili in capo ai soggetti coinvolti, il Collegio ha riconosciuto al denunciante una posizione giuridica di vantaggio che

trova fondamento nell'ordinamento ed un interesse legittimo oppositivo a contrastare le determinazioni della P.A. che siano a lui sfavorevoli ed al terzo una posizione di interesse pretensivo all'esercizio del potere di verifica disposto dalla legge. Infine, in ordine agli strumenti di tutela a disposizione del terzo che volesse contrastare l'intrapresa dell'attività oggetto di S.C.I.A., il Supremo Consesso amministrativo ha distinto quelli di cui il terzo può servirsi prima del decorso del termine di sessanta giorni a disposizione dell'amministrazione per inibire l'attività del privato e quelli che il medesimo soggetto può utilizzare decorso il termine suddetto. Se i sessanta giorni sono già decorsi e l'amministrazione non ha emanato alcun atto inibitorio nei confronti dell'attività del privato, il terzo avrebbe potuto esperire l'azione di annullamento (ex art. 29 c.p.a.) del silenzio – assenso (che il Collegio definisce “silenzio significativo negativo”) entro sessanta giorni decorrenti dal momento della piena conoscenza dell'atto lesivo e l'azione di condanna o pubblicistica (c.d. azione di adempimento) tesa ad ottenere una pronuncia che imponga all'amministrazione l'adozione del negato provvedimento inibitorio (in concomitanza con l'esercizio dell'azione di annullamento).

Prima del decorso del termine in questione, il privato avrebbe potuto esperire un'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”*.

La soluzione proposta dall'Adunanza Plenaria in merito agli strumenti di tutela a disposizione del terzo è stata smentita dal legislatore che con il D.l. 138/2011 ha introdotto all'art. 19 un nuovo comma: *“6-ter. La segnalazione certificata di inizio attività, la denuncia e la dichiarazione di inizio attività non costituiscono provvedimenti taciti direttamente impugnabili. Gli interessati possono sollecitare l'esercizio delle verifiche spettanti all'amministrazione e, in caso di inerzia, esperire esclusivamente l'azione di cui all'art. 31, commi 1, 2 e 3 del decreto legislativo 2 luglio 2010, n. 104”*.

Orbene, la disposizione sopra riportata, per un verso recepisce la tesi privatistica, ma per altro verso appare in contraddizione con l'esito dell'Adunanza Plenaria n. 15/2011 rispetto agli strumenti di tutela a disposizione del terzo. La norma prevede, infatti, espressamente che l'unico strumento di tutela a disposizione del terzo, è il ricorso avverso il silenzio ex art. 31, commi 1, 2 e 3 c.p.a. esperibile decorsi i

sessanta giorni a disposizione dell'amministrazione per inibire l'attività del privato. E' stato, dunque, esclusa la possibilità di un intervento processuale in fase precedente il decorso del suddetto termine ed è stata esclusa l'esperibilità dell'azione di annullamento e di quella di condanna.

Nella decisione indicata in epigrafe il Collegio ha affermato che poiché la S.C.I.A. ha natura privatistica e produce effetti già dal momento della sua presentazione, eventuali modifiche normative sopravvenute tra la presentazione di essa e il decorso del termine di sessanta giorni sono del tutto irrilevanti. Sicchè, non rilevano eventuali variazioni delle disposizioni regolamentari, tra cui la disciplina pianificatoria e le tariffe degli oneri: *“In questo senso, appare consequenziale e condivisibile la ricostruzione della natura del silenzio tenuto dall'amministrazione (sempre come ritenuto dalla citata Consiglio di Stato ad. plen. 29 luglio 2011 n. 15), per cui “il passaggio del tempo non produce un titolo costitutivo avente valore di assenso ma impedisce l'inibizione di un'attività già intrapresa in un momento anteriore”. In tal modo, appare chiaro che l'efficacia del titolo formatosi in base all'atto del privato (rectius, la modalità abilitativa alla realizzazione dell'intervento edilizio) si determina indipendentemente dal mancato esercizio del potere di interdizione da parte della pubblica amministrazione, trattandosi di fattispecie che operano su piani giuridici diversi. Deve quindi convenirsi con l'appellante in merito all'immediato sorgere dell'obbligo di corrispondere gli oneri di urbanizzazione ed il costo di costruzione in relazione alla situazione esistente al momento della presentazione della domanda ...”*.