

Natura giuridica della DIA e connessi aspetti processuali: deciderà l'Adunanza Plenaria.

di Gianmarco Poli

Sommario: 1. Remissione all'Adunanza Plenaria: quale futuro per un'eventuale decisione? 2. Una DIA contesa tra semplificazione e liberalizzazione. 3. I riflessi sulla tutela giurisdizionale.

1. Remissione all'Adunanza Plenaria: quale futuro per un'eventuale decisione?

L'ordinanza n. 14 del 5 gennaio 2011, con cui la IV sezione del Consiglio di Stato ha rimesso la controversia sottoposta al suo esame all'Adunanza Plenaria, ha il sapore dell'intervento tardivo in una problematica, quale quella della DIA, che vede dibattere la dottrina e la giurisprudenza fin da quando l'istituto della dichiarazione (già denuncia) di inizio attività ha cominciato a muovere i primi passi tra gli strumenti di controllo pubblico dell'attività privata.

I *puncta dolentia* toccati dalla sezione rimettente, di cui diremo, non rivestendo certo il carattere della novità, per la frequenza e la sistematicità con cui si sono posti nella pratica giudiziaria, meritavano probabilmente di ricevere l'attenzione del massimo consesso della giustizia amministrativa con maggior anticipo. Una presa di posizione chiarificatrice, utile a tracciare un futuro indirizzo operativo per la giurisprudenza, sarebbe stata di certo più produttiva se stimolata prima del d.l. n. 78/2010 "per la semplificazione e l'incremento dell'attività economica", conv. nella l. 30 luglio 2010 n.122, che ha riscritto l'art. 19 della l.n. 241/90 e sostituito la DIA con la cd. SCIA (segnalazione certificata d'inizio attività).

Benché sussista una inevitabile affinità strutturale tra l'istituto "uscente" e la misura che ne ha preso il posto, non va sottaciuta la distanza esistente tra le due fattispecie.

Se, come evidenziato dai primi commentatori della riforma, "la SCIA fa la sua apparizione come un istituto del tutto diverso dalla DIA, nella struttura e nelle finalità, di marca squisitamente comunitaria, di agevolazione e di impulso all'avvio delle attività economiche, imprenditoriali commerciali e artigianali"¹, una simile difformità, che investe tanto il piano teleologico quanto quello operativo, non può non essere di ostacolo al riconoscimento di una sorta di "ultrattività" della decisione della Plenaria rispetto alle vicende soggette a SCIA. Difficilmente, cioè, le conclusioni raggiunte in materia di DIA potranno *tout court* mantenersi valide anche per il nuovo regime dell'attività economica imprenditoriale e professionale.

Ragionando in questi termini, si è costretti a concludere che la decisione invocata con l'ordinanza in commento nascerà già con "i giorni contati", destinata a regolare una platea di controversie, seppur numerose, in via di esaurimento. E questo, fatto salvo che il meccanismo sostitutivo automatico impresso alla SCIA dall'art. 49, comma 4-ter, d.l. n. 78/2010, si reputi inoperante nella materia edilizia, inibito in ragione della specialità che la DIA – titolo abilitativo alla modifica del territorio – possiede².

¹ C. LAMBERTI, *Nell'edilizia vige ancora la DIA?*, in *Urb. e App.*, 2010, 1253.

² Su queste tematiche, cfr. C. RAPICAVOLI, *Segnalazione certificata di inizio attività (Scia) - Applicabilità alla normativa edilizia*, in www.lexitalia.it, nonché C. LAMBERTI, *Op. cit.*, 1253 ss.

Su quest'ultimo aspetto, la stessa ordinanza di rimessione manifesta le proprie incertezze, denunciando la non ancora chiara ampiezza dell'innovazione, specialmente per ciò che concerne i rapporti tra SCIA e la materia edilizia.

2. Una DIA contesa tra semplificazione e liberalizzazione.

La scelta di sollecitare l'intervento unificatore dell'Adunanza Plenaria muove dal rilievo che la problematica giuridica sollevata dalla dichiarazione d'inizio attività, "ha dato luogo" – per esprimersi con le parole della stessa sezione quarta – "ad un articolato orientamento della giurisprudenza, che incide sulla *natura sostanziale* dell'istituto e sui *riflessi processuali* conseguenti alle varie ipotesi ricostruttive".³

Come è chiarito dagli stessi giudici rimettenti, le questioni teoriche con cui è chiamato a confrontarsi il *plenum* del Consiglio di Stato sono di duplice valenza tipologica e riguardano tanto la natura giuridica della DIA, quanto l'ulteriore aspetto, a questo strettamente collegato, della tutela processuale del terzo.

Sotto il primo profilo menzionato, determinante anche per la risoluzione del secondo, l'ordinanza in esame riconosce in giurisprudenza l'affermarsi di due orientamenti contrapposti, uno cd. pubblicistico, con fase procedimentale anticipata ed uno cd. privatistico, a procedimento amministrativo eventuale e differito.

Per meglio intendere i termini della questione, è bene premettere che il modello proposto dall'art. 19, l.n. 241/90 (prima del d.l. n. 78/2010), nel disciplinare il meccanismo operativo della DIA, ha lasciato in ombra alcuni aspetti decisivi per la ricostruzione dell'istituto, non lasciando trasparire (almeno non in modo così eloquente) né gli esatti margini di applicazione ad atti amministrativi non integralmente vincolati, né (e soprattutto) quale fosse il perspicuo intento perseguito dal legislatore statale, intervenuto più volte (da ultimo con la l.n. 80/05) a rimodellare lo strumento della DIA. Non sembrava del tutto chiarito, cioè, se questa peculiare forma di abilitazione all'esercizio di attività privata costituisse, al pari del silenzio assenso, uno strumento di semplificazione dell'azione amministrativa o se piuttosto non si dovesse riconoscere nel regime amministrativo delle attività sottoposte a DIA l'intento di liberalizzare taluni segmenti dell'attività economica privata.

In assenza di un indirizzo univoco per l'interprete, rintracciabile nella norma procedimentale dell'art. 19, si sono formati e confrontati due orientamenti distinti. I primi commentatori, invero, valorizzando l'intento del legislatore di tenere la DIA distinta e separata dall'attività provvedimentale, hanno ravvisato in essa un modo per liberalizzare e restituire alla piena disponibilità (e responsabilità) dei soggetti privati, alcune attività di rilievo economico. Sottraendo l'esercizio di queste alla necessaria, previa acquisizione di atti autorizzativi della pubblica amministrazione, si è lasciato in capo a quest'ultima il solo potere di controllare ed accertare *ex post* l'esistenza dei presupposti in presenza dei quali, a norma di legge, l'attività può essere legittimamente svolta.⁴

³ Sulla giurisprudenza fino al 2007 si rinvia A.Mandarano, *Dia geneticamente modificata. Atto privato, o provvedimento tacito?* in Urb. App. 10/2007 1265.

⁴ È questo il pensiero di E. BOSCOLO, *I diritti soggettivi a regime amministrativo*, Padova, 2001, *passim*, che vede nell'art. 19, l.n. 241/90, il passaggio dalla funzione costitutiva del controllo pubblico al carattere non costitutivo dello stesso, acquisizione decisiva per sostenere l'originarietà della posizione di diritto soggettivo (e non di interesse legittimo) attribuita al privato denunciante. Nello stesso senso, già L. FERRARA, *Diritti soggettivi ad accertamento amministrativo*, Padova, 1996.

Secondo una diversa opinione ricostruttiva, proprio le modifiche intervenute con le leggi del 2005 avrebbero mutato fisionomia alla dichiarazione d'inizio attività, trasformandola da strumento di liberalizzazione a strumento di semplificazione amministrativa. In questo senso la DIA, perdendo la sua originaria connotazione, avrebbe dovuto essere accostata all'istituto del silenzio assenso, atteggiandosi a *species* particolare di quello⁵. In particolare, del silenzio significativo avrebbe condiviso la natura di atto d'assenso formatosi per il decorso infruttuoso del termine entro il quale la legge consente alla p.a. di pronunciarsi in modo espresso, mentre se ne sarebbe discostata per i diversi presupposti legali di ammissibilità e per il termine necessario a conseguire il titolo abilitativo.

La giurisprudenza amministrativa si è appropriata dei percorsi teorici tracciati in sede dottrina e si è divisa, seguendo ora l'una ora l'altra impostazione prospettata. Il Consiglio di Stato prende atto del quadro composito venutosi a formare e, nel motivare l'istanza di rimessione, dà conto dei due orientamenti maturati in seno allo stesso organo decidente: la denuncia di inizio attività intesa come atto avente natura oggettivamente e soggettivamente privata, e la opposta tesi – cd. provvedi mentale – del titolo abilitativo formatosi per il decorso del termine fissato dalla legge alla p.a. per impedire gli effetti della DIA.

3. I riflessi sulla tutela giurisdizionale

Come già accennato, il rilievo primario attribuito dai giudici alla "questione sostanziale" della DIA non rileva solo in astratto, come mero esercizio di dogmatica giuridica, ma contribuisce a determinare, in concreto, i meccanismi rimediali di tutela dei soggetti coinvolti dal funzionamento dell'istituto (in particolare del terzo controinteressato), condizionandone il regime processuale.

Analizzando le ricadute sul processo, delle indagini svolte sulla DIA, si assiste ad un'ulteriore articolazione delle tesi affermate in giurisprudenza. Nell'ordinanza in discorso, il giudice rimettente individua complessivamente quattro orientamenti distinti, ognuno dei quali caratterizzato da proprie conclusioni quanto alle tecniche di tutela ed ai rimedi esperibili dal terzo, pregiudicato dall'attività sottoposta a DIA.

Per i fautori della tesi provvedimentale, i terzi che si reputino lesi dalla realizzazione di un'attività assoggettata a DIA ed assentita in modo implicito, ben potranno, nell'ordinario termine decadenziale di 60 giorni dalla comunicazione al terzo del suo perfezionamento o dalla conoscenza del consenso (*rectius*, della mancata opposizione) all'intervento oggetto della denuncia, convenire l'amministrazione in giudizio e chiedere al g.a. l'annullamento dell'autorizzazione tacita⁶.

A conclusioni opposte sono giunti i giudici amministrativi nelle decisioni che hanno inteso aderire alla tesi dell'atto soggettivamente ed oggettivamente privato. In quel contesto, nel professare

⁵ Così, G. VESPERINI, *La denuncia di inizio attività e il silenzio assenso*, in *Giorn. Dir. Amm.*, 2007, 84 ss. Sembra il caso di precisare che, già prima delle riforme legislative del 2005, si erano fatte largo in dottrina altre proposte di lettura della DIA, nel segno della valenza provvedimentale dell'atto. Talune, inclini a qualificare la dichiarazione in sé come atto oggettivamente amministrativo (cfr. P. FALCONE, *La denuncia di inizio attività*, in *Urbanistica e appalti nella giurisprudenza* a cura di P. Falcone - E. Mele, Torino, I, 2000, 581 ss.), tal'altre più propense ad intendere l'istituto come fattispecie autorizzatoria a formazione tacita o implicita, che si perfeziona con il concorso dell'istanza presentata dal privato (dichiarazione o denuncia) e del silenzio serbato dall'amministrazione decorso un certo termine dalla ricezione della stessa (così A. TRAVI, *Silenzio-assenso, denuncia di inizio di attività e tutela dei terzi controinteressati*, in *Dir. Proc. amm.*, 2002, 16 ss.).

⁶ T.A.R. Veneto, 30 giugno 2003, n. 3405, in *Urb. e App.*, 2003, 1209; T.A.R. Lombardia, 18 giugno 2001, n. 397, *ivi*, 2001, 1119; Cons. St., sez. VI, 5 aprile 2007, n. 1550, *ivi*, 2007, 1265; Cons. St., sez. IV, 13 gennaio 2010, n. 72 in www.giustizia-amministrativa.it.

l'inammissibilità di eventuali impugnative dirette contro l'atto di denuncia in sé, costituendo quest'ultimo atto privato non impugnabile né suscettibile di rimedi demolitori, si è prospettata, come rimedio per il terzo, la possibilità di agire avverso il silenzio inadempimento dalla p.a. Una volta scaduto il termine di 30 giorni per l'esercizio del potere inibitorio, al terzo interessato ad opporsi sarebbe comunque consentito di attivarsi, presentando all'amministrazione formale istanza di adozione dei poteri di autotutela sanzionatoria ad essa esplicitamente riconosciuti ed impugnare il provvedimento espresso o l'eventuale silenzio-rifiuto formatosi sulla richiesta di intervento⁷.

Diversamente, secondo una variante della tesi privatistica dianzi enunciata, al fine di garantire una più efficace e pregnante tutela della posizione giuridica del terzo, si è riconosciuta in capo al giudice amministrativo la possibilità di emettere sentenze di accertamento atipiche, tali da consentire ad ogni terzo interessato di agire dinanzi al giudice amministrativo per l'accertamento dell'inesistenza di presupposti stabiliti dall'ordinamento per l'esercizio delle attività a regime DIA⁸.

Occorre peraltro dar conto (ed è la stessa ordinanza di rimessione che se ne fa carico) di un quarto orientamento formatosi sul punto. In una recente pronuncia, la IV sezione del Consiglio di Stato ha sostenuto la tesi della neutralità degli aspetti sostanziali dell'istituto in commento sul regime processuale applicabile alle controversie in materia di DIA. Ai fini del giudizio di ricevibilità del ricorso, affrontando il problema della tempestività dell'impugnativa proposta avverso una denuncia di inizio attività, il giudice degli interessi ha sostenuto che, tanto aderendo alla tesi privatistica, quanto privilegiando la concezione del titolo abilitativo implicito, l'azione esperita dal terzo per far valere la propria pretesa dovrà comunque soggiacere alla regola del termine decadenziale, fissato in 60 giorni dall'art. 21 l. tar (oggi art. 29 c.p.a.)⁹.

In conclusione, ancorché tardiva, rispetto alla mole di contenzioso prodotta in questi anni – che certamente non ha giovato all'applicazione dell'istituto, specie nell'ambito dell'edilizia che richiedeva, e richiede tuttora certezza delle regole per gli operatori – la decisione dell'Adunanza plenaria potrebbe comunque costituire un punto fermo, rispetto alle pretese di liberalizzazione delle attività private, che non sempre il legislatore introduce con coerenza normativa.

⁷ Cons. St., sez. V, 22 febbraio 2007, n. 948, in *Urb. e App.*, 2007, 1267; Cons. St., sez. IV, 13 maggio 2010, n. 2919, in www.giustizia-amministrativa.it.

⁸ Cons. St., sez. IV, 9 febbraio 2009, n. 717, in www.giustizia-amministrativa.it.

⁹ Cons. St., 4 maggio 2010, n. 2558 in www.giustizia-amministrativa.it.