

La denuncia di inizio attività nella legge 80/05 secondo l'ultima giurisprudenza

*Natura giuridica dell'istituto, autotutela della P.A. e tutela giurisdizionale del terzo controinteressato**

(Consiglio di Stato, Sezione IV, sentenza 25 novembre 2008 n. 5811)

SOMMARIO: 1.- I fatti. 2. - La vigente disciplina positiva della d.i.a. 3.- La d.i.a. è istituto di liberalizzazione o semplificazione? 4.- La natura giuridica negli orientamenti della giurisprudenza. 5.- La tutela del terzo.

La quarta sezione del Consiglio di Stato affronta la dibattuta questione della natura giuridica da ascrivere alla dichiarazione di inizio attività di cui all'art. 19, legge n. 241/1990 ed, in particolare, alla species della d.i.a. edilizia, soffermandosi, altresì, sui corollari applicativi discendenti dalla qualificazione dell'istituto, concernenti i poteri spettanti alla P.A. avverso la dichiarazione medesima e la tutela da accordare ai terzi che si ritengano lesi dal silenzio prestato dall'Amministrazione a fronte della presentazione della d.i.a. Le conclusioni cui perviene la quarta sezione, sia pur relative ad una fattispecie di d.i.a. edilizia, confermativa della natura provvedimento della d.i.a. già affermata dalla sesta sezione del Consiglio di Stato, sono trasponibili al modello procedimentale della d.i.a. disciplinato in via generale dall'art. 19, legge n. 241/1990. La questione dei rimedi processuali attivabili dai terzi che subiscono gli effetti della d.i.a. sembra, quindi, aver ricevuto definitiva sistemazione nel senso della riconduzione della tutela del terzo al "sicuro" schema dell'azione di impugnazione ordinaria da esperire avverso il titolo autorizzatorio, che si forma implicitamente con il decorso del termine di legge.

1. I fatti

Il Consiglio Comunale di San Michele al Tagliamento provvedeva a ridefinire, all'interno del Piano Particolareggiato della Zona di Ricomposizione di Bibione, il comparto costituito da tre terreni, il primo appartenente

(*) Successivamente alla pubblicazione del commento che segue si segnala che Cons. St., sezione sesta, 9 febbraio 2009, n. 717, in *www.giustamm.it.*, con note di commento di GISONDI E VETRÒ, ha innovativamente ammesso l'esperibilità dell'azione di accertamento autonomo da parte del terzo che si ritenga leso dall'attività oggetto di d.i.a., per sentire pronunciare che non sussistevano i presupposti per svolgere l'attività sulla base di una semplice denuncia di inizio di attività. Emanata la sentenza di accertamento, graverà sull'Amministrazione l'obbligo di ordinare la rimozione degli effetti della condotta posta in essere dal privato, sulla base dei presupposti che il giudice ha ritenuto mancanti. Tale ultimo arresto sarà successivamente commentato in un prossimo numero di questa Rassegna

alla L.M. S.a.s., i restanti del Condominio S. L'amministrazione provvedeva alla suddivisione in due porzioni, di cui la prima costituita dal solo mappale di proprietà della predetta società, la seconda, invece, costituita dai restanti mappali, con ciò individuando due distinti ambiti ed attribuendo solo al primo la potenzialità edificatoria spettante in precedenza al comparto ai sensi della variante parziale al piano medesimo approvata con deliberazione dello stesso Consiglio. Il Condominio proponeva ricorso giurisdizionale avverso la deliberazione comunale, tuttavia respinto dal T.A.R. per il Veneto. In particolare, il giudice di prime cure dichiarava l'inammissibilità delle censure volte all'affermazione dell'illegittimità degli atti impugnati per sottrazione al Condominio di capacità edificatoria, sul rilievo che il ricorrente avrebbe dovuto avversare la delibera con cui sono stati fissati i prodromi della successiva azione comunale effettivamente impugnata. Con la stessa sentenza, il Collegio accoglieva il ricorso proposto dalla L.M. S.a.s., previa riunione con il primo ricorso proposto; detta società otteneva così l'annullamento del titolo edilizio rilasciato al Condominio dal Comune di S. Michele al Tagliamento a seguito di denuncia inizio lavori. In particolare, il giudice rilevava il mancato accertamento della sussistenza del titolo ad edificare, atteso che il Comune non aveva prestato *"la benché minima attenzione alle misure dei confini indicati nella d.i.a."*, per effetto delle quali il Condominio S. si sarebbe trovato a fruire di un'area di proprietà dei terzi, ovvero della L.M. S.a.s. Il Condominio appellava la decisione di primo grado, cui seguiva la proposizione di appello incidentale da parte del Comune di S. Michele al Tagliamento, che impugnava la sentenza nella parte in cui annullava il titolo edilizio rilasciato al Condominio a seguito della denuncia inizio lavori.

La quarta sezione del Consiglio di Stato, decidendo il giudizio di gravame, previa declaratoria dell'irricevibilità dell'appello incidentale (improprio) proposto dal Comune, in quanto notificato oltre il termine di sessanta giorni dalla data di notificazione della sentenza di primo grado, accoglie parzialmente l'appello principale, quanto all'impugnazione del capo di sentenza che aveva in parte dichiarato inammissibile ed in parte respinto l'originario ricorso, riguardo al solo *petitum* di annullamento, respingendo l'appello proposto dal Condominio in relazione all'accoglimento del secondo ricorso avente ad oggetto l'annullamento del titolo edilizio rilasciato a seguito d.i.a. E' questa la parte della decisione che verrà esaminata nel presente lavoro offrendo la stessa spunti di riflessione in ordine al noto dibattito giurisprudenziale che investe la natura giuridica della d.i.a. e gli strumenti di tutela del terzo controinteressato.

2. La vigente disciplina positiva della d.i.a.

La denuncia di inizio attività (d.i.a.) (1) è disciplinata all'art. 19, legge n. 241 del 1990, la cui versione originaria è stata completamente riformulata

dall'art. 3, d.l. n. 35 del 2005, convertito con legge n. 80 del 2005, che ha notevolmente innovato l'istituto.

La nuova norma stabilisce che gli atti di autorizzazione licenza, concessione non costitutiva, permesso o nulla osta, il cui rilascio sia subordinato esclusivamente all'accertamento dei requisiti e dei presupposti di legge o di atti amministrativi generali e non siano previsti limiti o contingenti complessivi ovvero l'impiego di strumenti di programmazione settoriale per il relativo rilascio, possano essere sostituiti da una dichiarazione del privato contenente le certificazioni e le attestazioni richieste dalla legge. Tale dichiarazione deve essere comunicata alla P.A. e decorsi trenta giorni dalla comunicazione medesima, il privato può dare inizio all'attività oggetto della dichiarazione. Il privato è inoltre tenuto a dare comunicazione alla P.A. dell'inizio dell'attività. Alla P.A. è consentito, nel termine di trenta giorni decorrenti da tale ultima comunicazione, di vietare la prosecuzione dell'attività e ordinarne la rimozione degli effetti, qualora accerti la mancanza dei presupposti fissati dalla legge per il ricorso alla d.i.a.

Volendo schematizzare le novità introdotte in materia, può osservarsi che la novella del 2005:

a) ha recepito, analogamente a quanto è avvenuto per altri istituti con la legge n. 15 del 2005, l'orientamento giurisprudenziale relativo all'ammissibilità del potere di intervento in autotutela della P.A. e, in particolare, del potere di revoca e annullamento di cui agli art. 21 *quinquies* e *nonies*;

b) ha ampliato, secondo una tesi sostenuta in dottrina, il campo di applicazione dell'istituto; la d.i.a. trova applicazione anche laddove il rilascio delle autorizzazioni dipenda da valutazioni tecnico-discrezionali, considerato che il nuovo art. 19, legge n. 241 del 1990, non richiede più che l'accertamento

(1) Le trattazioni dell'istituto sono molteplici: *ex pluribus*, ci si limita a rinviare, per un'analisi successiva alla l. n. 80 del 2005, a ACQUARONE, *La dichiarazione di inizio attività (d.i.a.)*, in CERULLI IRELLI (a cura di), *La disciplina generale dell'azione amministrativa. Saggi ordinati in sistema*, Napoli, 2006, 285 ss.; FORLENZA, *Troppe esclusioni per la d.i.a. a tutto campo*, in Guida al dir., 2005, n. 13; FRANCAVILLA, *La d.i.a. alla ricerca di un'identità tra novità normative e tutela del terzo*, in *Corriere del merito*, 2008, 113, cui, in particolare, si rimanda per la ricostruzione delle diverse tesi in ordine alla natura giuridica della d.i.a., alla luce dei recenti arresti giurisprudenziali; GIOVAGNOLI, *Dia e silenzio dopo la l. n. 80 del 2005*, in *Urb. e app.*, 2005, 1001; GIULIETTI, *Articolo 19. Dichiarazione di inizio di attività*, in PAOLANTONIO - POLICE - ZITO (a cura di), *La pubblica amministrazione e la sua azione. Saggi critici sulla legge n. 241/1990 riformata dalle leggi nn. 15/2005 e 80/2005*, Torino, 2005, 377 ss.; MARZARO GAMBA, *La denuncia di inizio di attività edilizia*, Padova, 2005; MORBIDELLI, *In tema di d.i.a. vecchia e nuova (spunti tratti da Cons. Stato, sez. IV, 22 luglio 2005, n. 3916)*, in www.giustamm.it; PROIETTI, *La denuncia di inizio attività alla luce del nuovo art. 19 della legge 241/1990*, in *Urb. e app.*, 2005, 873 ss.; SCIULLO, *Modelli ricostruttivi di Dia e tutela del controinteressato*, in *Giorn. dir. amm.*, 2007, 975; TRAVI, *La Dia e la tutela del terzo fra pronunce del G.A. e riforme legislative*, *ivi*, 2005, 1328; VACCA, *La natura giuridica della d.i.a., con particolare riguardo alla disciplina introdotta dall'art. 3 comma 1, d.l. 14 marzo 2005 n. 35 convertito con modificazioni nella l. 14 maggio 2005, n. 80*, in *Foro amm.* TAR, 2006, 3, 870.

dei presupposti dell'autorizzazione avvenga senza “*prove a ciò destinate che comportino valutazioni tecnico discrezionali*” e che il comma 3 dello stesso art. 19 prevede il potere di revoca ai sensi dell'art. 21 *quinquies*, che mal si concilia con l'assunto secondo cui la nuova d.i.a. si applichi ai soli provvedimenti vincolati, giacchè l'esercizio del potere di revoca presuppone l'esistenza di margini di discrezionalità in capo all'amministrazione. Nell'ambito applicativo della d.i.a. rientrano anche le concessioni non costitutive e le domande per l'iscrizione in albi o ruoli richieste per l'esercizio di attività imprenditoriale, commerciale o artigianale;

c) ha previsto, al comma 5, la giurisdizione esclusiva del G.A. sulle controversie in materia di d.i.a., così eliminandosi ogni incertezza in ordine ai criteri di riparto in un settore in cui vengono in rilievo quasi esclusivamente provvedimenti vincolati (ad esempio, controversie relative all'iscrizione ad albi professionali) (2);

d) ha ridefinito i termini per lo svolgimento dell'attività e per l'esercizio dei poteri di controllo dell'amministrazione. Come, peraltro, chiaramente affermato nella sentenza in commento, la nuova norma prevede, infatti, che l'attività liberalizzata possa avere inizio non immediatamente dopo la presentazione della dichiarazione, dovendo decorrere dalla stessa un termine di trenta giorni, decorso il quale il privato può esercitare l'attività dichiarata, contestualmente comunicando all'amministrazione l'intervenuta intrapresa dell'attività (cd. *doppia comunicazione del privato*). Da tale seconda comunicazione decorre un successivo secondo termine di trenta giorni, durante il quale la P.A., accertata la carenza dei presupposti e requisiti per l'esercizio dell'attività, può adottare e comunicare all'interessato il provvedimento inhibitorio dell'ulteriore prosecuzione dell'attività, unitamente all'ordine di rimozione dei relativi effetti, ove possibile. È, quindi, previsto un primo spazio temporale di trenta giorni dalla presentazione della denuncia, durante il quale il privato non può iniziare a svolgere l'attività e, correlativamente, la P.A. non può adottare provvedimenti di intervento. Tale termine è, dunque, dedicato

(2) In ordine all'ambito della giurisdizione esclusiva in materia di d.i.a., Cons. St., sez. VI, 8 febbraio, 2008, n. 429, in *Urb. e app.*, 2008, 5, 605, ha osservato che l'art. 19, ult. co., l. n. 241/1990 devolve alla giurisdizione esclusiva amministrativa tutte le controversie aventi ad oggetto i presupposti della d.i.a. ed i provvedimenti inhibitori dell'attività iniziata sulla base di essa; in forza di tale premessa, il Collegio ha ritenuto che rientri nella giurisdizione esclusiva del G.A. una controversia riguardante un provvedimento d'annullamento degli effetti di una d.i.a., essendo tale controversia attinente alle condizioni legittimanti l'intervento edilizio ed alla correttezza del divieto opposto dall'amministrazione alla sua realizzazione (anche nelle parti relative alla cognizione di diritti soggettivi); la giurisprudenza ritiene che rientrino nell'ambito della giurisdizione esclusiva in materia di d.i.a. anche le domande di annullamento della sanzione pecuniaria (in tal senso, Tar Lazio, Latina, 11 maggio 2006, n. 320, in *Foro amm.* Tar, 2006, 5, 1774), nonché le controversie aventi ad oggetto l'inerzia tenuta dall'amministrazione sulla d.i.a. (Tar Piemonte, sez. I, 4 maggio 2005, n. 1369, in www.giustizia-amministrativa.it; contra, per l'affermazione della giurisdizione del G.O., Tar Lombardia, Milano, sez. II, 6 luglio 2005, n. 3230, *ivi*).

all'espletamento di una prima verifica, di natura essenzialmente documentale, che l'amministrazione è tenuta a compiere ai fini dell'eventuale esercizio del successivo potere di intervento. Nel successivo termine di trenta giorni, decorrenti dalla ricezione della comunicazione di effettivo inizio dell'attività, l'amministrazione può effettuare un esame più approfondito, tanto che è previsto che detto termine può essere sospeso qualora l'amministrazione ritenga di richiedere valutazioni tecniche ad organi o enti preposti; la sospensione non può in ogni caso superare i trenta giorni, decorsi i quali la P.A. è tenuta comunque a procedere come se la valutazione fosse stata rilasciata.

Come ritenuto dalla giurisprudenza, il termine per l'esercizio del potere di controllo (*sub specie*, di inibizione dell'attività) è da ritenersi perentorio, essendo conseguente al suo spirare il venir meno del potere di contestare al denunciante i presupposti e i requisiti di legge (3). In particolare, si ritiene che l'effetto giuridico dello spirare del termine previsto dalla legge dalla presentazione della comunicazione è costituito dal consolidarsi della posizione dell'interessato e, nello stesso tempo, dalla consumazione del potere inibitorio da parte dell'Amministrazione procedente (4), pur residuando in capo all'amministrazione un particolare potere di autotutela (5). In sostanziale sintonia con tale impostazione, osserva in proposito la quarta sezione nella decisione in commento che, con lo spirare del termine di legge, "*il titolo si consolida*", restando, tuttavia, "*salvo, naturalmente, l'intervento successivo di interdizione dell'attività, che può intervenire in tutti i casi di accertamento della mancanza, originaria o sopravvenuta, dei requisiti, al cui possesso l'ordinamento di settore subordina l'espletamento dell'attività medesima*"(6).

(3) In tal senso, Tar Campania, Napoli, sez. IV, 27 marzo 2006, n. 3200, in *Foro amm. Tar*, 2006, 3, 1070; Tar Campania, Napoli, sez. II, 27 giugno 2005, n. 8707, in *D&G - Dir. e giust.*, 2005, 30, 103, con nota di PROIETTI, *Dia, il termine per lo stop è perentorio - Poi l'ente può solo applicare sanzioni*; Tar Piemonte 16 gennaio 2002, n. 70, in www.giustizia-amministrativa.it.

(4) Tar Toscana, sez. II, 14 dicembre 2007, n. 4841, in www.giustizia-amministrativa.it; Tar Lazio, Roma, sez. II, 21 gennaio 2004, n. 593, in *Foro amm. Tar*, 2004, 152.

(5) In tal senso, *ex pluribus*, Tar Basilicata, 12 luglio 2007, n. 502, in www.giustizia-amministrativa.it; Tar Emilia Romagna, Bologna, sez. II, 2 ottobre 2007, n. 2253, in *Corriere del merito*, 2008, 1, 113; Tar Emilia Romagna, Parma, 19 febbraio 2008, n. 102, entrambe in www.giustizia-amministrativa.it; Tar Sicilia, Catania, sez. I, 9 gennaio 2008, n. 74, in *Foro amm. Tar*, 2008, 1, 251; Tar Campania, Napoli, sez. II, 7 marzo 2008, n. 1167, in www.neldiritto.it; Tar Liguria, sez. I, 19 marzo 2008, n. 418, in www.giustizia-amministrativa.it; Tar Umbria, sez. I, 29 agosto 2008, n. 549, in www.lexitalia.it, ove, in particolare, si precisa che la formazione del titolo edilizio conseguente alla d.i.a. comporta che gli eventuali provvedimenti repressivi possono essere adottati dall'Amministrazione, a pena di illegittimità, solo a seguito di apposito procedimento di secondo grado di annullamento o revoca d'ufficio dell'atto abilitativo tacito formatosi per effetto del decorso del termine, ai sensi degli articoli 21 *quinquies* e 21 *nonies*, l. n. 241/1990, previo avviso di avvio del procedimento all'interessato e previa confutazione, ove ne sussistano i presupposti, delle ragioni da quest'ultimo eventualmente presentate nell'ambito della partecipazione al procedimento.

(6) Secondo Tar Lazio, Roma, sez. II-ter, 7 aprile 2008, n. 2903, in www.giustamm.it, l'istituto della D.I.A. può configurarsi solo quando l'interessato sia in possesso di tutti i requisiti soggettivi ed

Il provvedimento nel quale si può sostanziare il potere di controllo può avere due contenuti: un contenuto inibitorio, consistente nell'ordine al privato di cessare l'attività intrapresa e di rimuoverne, ove possibile, gli effetti; ovvero un contenuto conformativo, consistente nell'ordinare al privato, in caso di rilevate difformità sanabili, di adeguare l'attività stessa a determinate prescrizioni impartite caso per caso.

Alla luce delle considerazioni che precedono, la P.A., a seguito della presentazione della d.i.a., dispone di tre differenti poteri.

Per trenta giorni, a decorrere dal ricevimento della comunicazione di avvio dell'attività di cui al comma 2, art. 19, legge n. 241 del 1990, l'amministrazione dispone di un potere inibitorio. In tale lasso di tempo all'amministrazione compete un potere di verifica della sussistenza dei requisiti e presupposti normativi per l'esercizio dell'attività oggetto di denuncia: l'esito negativo comporta l'emanazione di motivati provvedimenti di divieto di prosecuzione dell'attività e di rimozione dei suoi effetti o la fissazione di un termine entro il quale il privato possa conformare l'attività ed i suoi effetti alla normativa vigente. La quarta sezione nella decisione in commento osserva che il provvedimento con il quale l'Amministrazione inibisce la prosecuzione dell'attività si estrinseca in *“un atto che ha natura di accertamento dei motivi giuridico-fattuali ostativi allo svolgimento dell'attività e dunque del tutto analogo ad un provvedimento di diniego di un atto autorizzatorio dell'attività medesima, sì che deve ritenersi in tal caso applicabile il disposto dell'art. 10-bis della legge n. 241/90 e che invece, verificandosi in tale ipotesi una sorta di inversione procedimentale, non necessita di previa comunicazione dell'avvio del procedimento”* (7).

Venuto meno il potere inibitorio, residua il generale potere repressivo degli abusi, contemplato dall'art. 21, comma 2 *bis*, legge n. 241 del 1990; con specifico riferimento alla materia edilizia, si pensi ai poteri repressivi degli abusi edilizi che competono all'amministrazione, ai sensi dell'art. 23, d.P.R. n. 380 del 2001 (8).

oggettivi previsti per l'espletamento dell'attività, in quanto questi si atteggiano come elementi costitutivi della fattispecie di cui la parte deduce il perfezionamento, con la conseguenza che, qualora la dichiarazione dell'interessato non sia completa e veridica in ordine al possesso dei requisiti necessari per intraprendere l'attività, è da escludere che il titolo si sia formato ed abbia acquistato efficacia. In tal caso, pertanto, non è necessario attivare alcun procedimento di autotutela, non essendosi formato alcun provvedimento tacito di assenso né, comunque, la d.i.a. ha mai assunto efficacia per il decorso del termine previsto dall'art. 19, l. n. 241/1990.

(7) Contra, nel senso dell'inapplicabilità alla d.i.a. (edilizia) dell'istituto del cd. preavviso di rigetto *ex art. 10 bis*, l. n. 241/1990, Cons. St., sez. IV, 10 luglio 2007, n. 4828, in *Diritto e pratica amministrativa*, 2007, 10, 44, con nota di PAQUINO, *Dia senza preavviso di rigetto; per approfondimenti*, sul punto, si rinvia a GAROFOLI - FERRARI, *Manuale di diritto amministrativo*, Roma, 2008, 518 s., ove sono compiutamente esposti i due indirizzi giurisprudenziali formatisi in proposito.

(8) Riguardo alla d.i.a. in materia edilizia la giurisprudenza, con una serie di argomentazioni ri-

Oltre a questo potere, l'amministrazione dispone del generale potere di autotutela, previsto dall'art. 19, comma 3, legge n. 241 del 1990, che richiama gli artt. 21 *quinquies* e *nonies*.

3. La d.i.a. è istituto di liberalizzazione o semplificazione?

Per una prima impostazione, la d.i.a. rappresenta uno strumento, non già di semplice semplificazione procedimentale (9), quanto di autentica liberalizzazione di determinate attività private, il cui esercizio è riconosciuto senza che sia richiesto un vaglio preventivo della P.A. (10). Alla logica della semplificazione procedimentale risponde, infatti, il diverso istituto, regolamentato dalla norma immediatamente successiva, del silenzio-assenso, che lungi dal liberalizzare talune attività, facoltizzandone l'esercizio senza un preventivo vaglio da parte della P.A., è semplicemente volto, sull'assunto della necessità del vaglio preventivo necessario perché una certa attività possa essere esercitata, a semplificare le modalità di esternazione del suddetto vaglio. Quando un'attività soggiace a silenzio-assenso, invero, la stessa non può dirsi liberalizzata, essendo solo regolamentato un meccanismo procedimentale più semplificato di formazione del provvedimento (pure necessario) di esternazione dell'assenso dell'amministrazione.

La d.i.a. è, invece, secondo una certa impostazione, strumento di autentica liberalizzazione essendo storicamente nata per sottrarre certe attività al vaglio

chiamate dalla sentenza in commento, ha precisato che l'istituto, che costituisce species del procedimento semplificato ed accelerato introdotto dall'art. 19, l. n. 241/1990, risulta regolato non solo dalla disciplina di settore (artt. 22 e ss., d.P.R. n. 380 del 2001), ma anche dalle previsioni generali dell'art. 19, l. n. 241 del 1990, il che comporta, tra l'altro, il riconoscimento in capo all'amministrazione dei poteri di autotutela previsti dagli artt. 21 *quinquies* e 21 *nonies*: in tal senso, Tar Emilia Romagna, Bologna, sez. II, 2 ottobre 2007, n. 2253, in *www.giustizia-amministrativa.it*; Tar Piemonte, sez. II, 19 aprile 2006, n. 1885, in *Foro amm.* Tar, 2006, 3, 865, con nota di VACCA, cit. In dottrina, per approfondimenti sulla d.i.a. edilizia alla luce della disciplina dettata dal T.U. dell'edilizia, si rinvia a CARINGELLA, *Corso di diritto amministrativo, profili sostanziali e processuali*, Milano, 2008, 1525 ss.

(9) Come osserva PORTALURI, *Note sulla semplificazione per silentium (con qualche complicazione)*, in *www.giustizia-amministrativa.it*, tra gli istituti di semplificazione dell'azione amministrativa disciplinati in modo organico dal Capo IV della legge n. 241/1990 alcuni - come la conferenza di servizi, gli accordi tra pubbliche amministrazioni, l'acquisizione di pareri e valutazioni tecniche - risultano finalizzati a rendere possibile la cd. semplificazione organizzativa, ossia ad abbattere principalmente i costi amministrativi; altri - come il silenzio-assenso e la d.i.a. - paiono diretti ad assicurare la "semplificazione di garanzia", ossia ad abbattere i "compliance cost che gravano sul privato", i quali, secondo la definizione fornita da BOSCOLO, *Silenzio assenso in tema di pubblici esercizi*, in *Giorn. dir. amm.*, 1999, 430 ss., "sono i costi che i privati debbono sopportare per conformarsi ad uno scenario normativo eccessivamente complesso e per rapportarsi con una amministrazione, scarsamente efficiente, mentre i costi amministrativi sono quelli sostenuti dalle pubbliche amministrazioni per garantire l'espletamento delle pubbliche funzioni".

(10) In tal senso, CERULLI IRELLI - LUCIANI, *La semplificazione dell'attività amministrativa*, in *Dir. amm.*, 2000, 617, spec. 638; CORSO, *Manuale di diritto amministrativo*, III ed., 2007, Torino, 215, che assimila la d.i.a. al silenzio assenso, ritenendo entrambi istituti di liberalizzazione delle attività private.

preventivo dell'amministrazione. Il meccanismo della d.i.a., difatti, consente al privato di intraprendere l'esercizio di alcune attività sulla base di un atto che lo stesso privato confeziona e presenta all'amministrazione, senza attendere un pronunciamento costitutivo da parte dell'amministrazione. Alla stessa è solo riconosciuto l'esercizio, entro un termine perentorio, di un potere inhibitorio dell'attività già iniziata, non anche la titolarità del potere di esprimere un assenso preventivo all'esercizio di quell'attività.

Questa sarebbe, quindi, la distinzione concettualmente fondamentale tra la d.i.a. ed il silenzio assenso: l'una è espressione di una tendenza del legislatore a liberalizzare certe attività, l'altro, invece, di un'esigenza di semplificare il procedimento da osservare affinché la pubblica amministrazione possa esternare la sua determinazione, ritenuta, tuttavia, ancora necessaria perché il privato possa esercitare una data attività (11). Muovendo da tale prospettiva, la d.i.a. sarebbe, quindi, strutturalmente diversa dall'assenso tacito, sebbene regolata dalla stessa legge e in norme che si susseguono. La d.i.a. avrebbe natura non già di domanda, ma di semplice adempimento ossia di "*informativa, cui è subordinato l'esercizio del diritto*". Con la d.i.a. si adempie all'onere di avvisare l'amministrazione che regola lo svolgimento della attività rilevanti nel mercato che sta per iniziare una nuova attività e che l'attività stessa è iniziata: nulla di più. Nella d.i.a. il controllo di legalità si effettua su un'attività già intrapresa a fronte di un avviso inoltrato all'amministrazione e non presuppone alcun preventivo provvedimento formale: la potestà autorizzatoria o concessoria diviene potestà inhibitoria da esercitare, a seconda dei casi, con l'ordine di porre termine all'attività o di conformarla, se possibile, entro un termine, alla normativa vigente.

Tuttavia, secondo un differente orientamento giurisprudenziale, inaugurato da Cons. St., sez. VI, 5 aprile 2007, n. 1550 (12), successivamente ribadito da Cons. St., sez. IV, 12 settembre 2007, n. 4828 (13), ed accolto anche dalla giurisprudenza di primo grado (14), la d.i.a. e la relativa disciplina, lungi dal rispondere ad un'esigenza di autentica liberalizzazione di talune attività, è istituto di mera semplificazione, non idoneo in quanto tale ad escludere che per le attività sottoposte al relativo regime sia comunque necessario un atto di assenso dell'amministrazione, ancorché espresso per *silentium*.

(11) Sulla distinzione tra d.i.a. e silenzio assenso, quanto al diverso ambito applicativo dei due istituti, si rinvia a GAROFOLI - FERRARI, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., 500.

(12) Tra le altre, in *Giorn. dir. amm.*, 2007, 975 e in *Diritto e pratica amministrativa*, 2007, 5, 32 ss., con nota di GIANNUZZI, *D.i.a., ammissibile il ricorso diretto*.

(13) Tra le altre, in *Foro amm.* CdS, 2007, 9, 2448; *Foro it.*, 2008, 3, 146; *Riv. giur. edilizia*, 2007, 6, 1570.

(14) Si vedano, Tar Emilia Romagna, Bologna, sez. II, 2 ottobre 2007, n. 2253; Tar Sicilia, Catania, sez. I, 9 gennaio 2008, n. 74; Tar Emilia Romagna, Parma, 19 febbraio 2008, n. 102; Tar Campania, Napoli, sez. II, 7 marzo 2008, n. 1167; Tar Liguria, sez. I, 19 marzo 2008, n. 418; Tar Umbria, sez. I, 29 agosto 2008, n. 549, tutte citt.

4. La natura giuridica alla luce degli orientamenti della giurisprudenza

La questione maggiormente dibattuta in giurisprudenza, sulla quale è intervenuta la quarta sezione del Consiglio di Stato con la sentenza in commento, attiene alla natura giuridica della d.i.a., cui è particolarmente correlato il complesso problema delle forme di tutela sperimentabili dal terzo.

Alle origini di tale dibattito si pone la netta contrapposizione tra la posizione del titolare del diritto (da intendere in senso atecnico) ad esercitare appieno le facoltà conseguenti all'inoltro della "informativa" e quella dell'Amministrazione e degli altri soggetti che ne sopportano gli effetti a limitarne le manifestazioni, onde potere esercitare appieno altrettanti diritti e facoltà loro proprie. Per le amministrazioni la facoltà di programmare le attività economiche in funzione della concorrenza o l'uso del territorio in ragione dell'ottimale utilizzo delle risorse, per i privati comunque coinvolti dall'attività, di esercitare allo stesso modo gli altrettanti e analoghi diritti di cui sono titolari. Di siffatti diritti e facoltà, il legislatore si è premurato di garantire l'amministrazione, attribuendole - come detto - il potere di inibire l'attività o di intervenire con l'autotutela; non ha, invece, espressamente garantito i privati. Per questa ragione il dibattito dottrinale e giurisprudenziale si è, in particolare, incentrato sulla tutela del terzo controinteressato, sia amministrativa che giurisdizionale di fronte all'esercizio di un'attività che egli assume pregiudizievole ai suoi diritti. Al fronteggiarsi dell'autorità della P.A. con la libertà del singolo si sostituisce, quindi, lo scontro delle opposte libertà, nel quale l'Amministrazione interviene esercitando poteri inibitori e/o di regolazione e non più poteri di autorizzazione o di concessione.

Il lungo dibattito sviluppatosi sul tema impone di schematizzare le diverse posizioni, dando contezza sinteticamente degli argomenti svolti a rispettivo sostegno e delle correlative critiche.

Due sono le note tesi che si contendono il campo.

Secondo una prima impostazione (15), la d.i.a. costituirebbe una fattispecie a formazione successiva, configurabile come un atto amministrativo tacito destinato a formarsi in presenza di alcuni presupposti formali e sostanziali e per effetto del decorso del termine assegnato all'amministrazione per esercitare il potere inibitorio. A sostegno si è valorizzato il dato letterale dell'art. 19 (prima della sua riscrittura da parte della legge n. 80 del 2005) nella parte in

(15) Tar Piemonte, sez. I, 5 settembre 2006, n. 2762, in *www.giustizia-amministrativa.it*; Tar Abruzzo, Pescara, 1 settembre 2005, n. 494, in *Giur. it.*, 2005, 2405; Cons. St., sez. IV, 22 luglio 2005, n. 3916, in *Corriere giur.*, 2005, 1672 e in *Riv. giur. edilizia*, 2005, 6, 1953, con nota di MARTINEZ, *La natura negoziale della d.i.a. nuoce alla tutela del terzo?*; Cons. St., sez. VI, 20 ottobre 2004, n. 6910, in *www.giustizia-amministrativa.it*; Tar Veneto, sez. II, 10 settembre 2003, n. 4722 e Id. 20 giugno 2003, n. 3405, in *www.lexitalia.it*; Cons. St., sez. VI, 10 giugno 2003, n. 3265, in *Riv. giur. edilizia*, 2004, I, 248; Tar Lombardia, Brescia, 1 giugno 2001, n. 397, in *Urb. e app.*, 2001, 1110.

cui afferma che “*l’atto di consenso si intende sostituito da una denuncia di inizio attività*”: tale espressione è intesa nel senso che la dichiarazione del privato è equiparata ad un atto amministrativo di consenso ed è fonte della legittimazione del soggetto a svolgere l’attività. Si è anche rimarcata l’introduzione da parte della legge n. 80 del 2005 del potere di intervenire in autotutela consentendo di qualificare la d.i.a. come atto amministrativo di primo grado sul quale sono destinati ad incidere i provvedimenti di revoca e annullamento, quali atti di secondo grado. In particolare, la previsione dell’adottabilità di provvedimenti di secondo grado sottende la qualificazione della d.i.a. (o meglio, degli effetti della d.i.a.) in termini di atto abilitativo tacito; da ciò consegue che, qualora la P.A. non eserciti, nel termine di decadenza previsto dalla legge, i propri poteri inibitori in merito all’attività oggetto della d.i.a., si forma un atto di assenso implicito, oggetto di possibile caducazione in via di autotutela da parte della stessa amministrazione ovvero dal G.A. adito dal terzo. Tali conclusioni troverebbero conferma nel nuovo disposto dell’art. 21, comma 2 *bis*, legge n. 241 del 1990, introdotto in sede di conversione dalla legge n. 80 del 2005, che, riferendosi espressamente alle attività iniziate dal privato ai sensi dell’art. 19, assimila gli effetti della d.i.a. alla fattispecie del silenzio assenso *ex art. 20*, accomunando le due ipotesi nella categoria degli atti di assenso.

Diverse le obiezioni formulate al riguardo.

Si è in primo luogo osservato che, se è vero certo che l’art. 19, comma 3, legge n. 241 del 1990, rinvia agli artt. 21 *quinques* e *nonies*, è vero anche che lo stesso legislatore del 2005, dopo l’art. 19, continua a disciplinare, al successivo art. 20, il silenzio-assenso, che, dunque, mantiene una sua caratterizzazione autonoma rispetto al primo istituto. Si è anche osservato che se la d.i.a. fosse davvero un atto destinato ad avviare un procedimento destinato a concludersi con provvedimento di accoglimento per *silentium*, tra d.i.a. e silenzio assenso sarebbe arduo cogliere una sostanziale differenza (16). Di contro, si rileva, le due norme presentano una diversa funzione, in quanto l’art. 20, a differenza dell’art. 19, non incide in senso abrogativo sul regime autorizzatorio, ma costituisce una mera semplificazione procedimentale, prevedendo - per effetto dell’inerzia dell’amministrazione - una modalità di conseguimento dell’autorizzazione equipollente, per natura ed effetti, ad un provvedimento esplicito di accoglimento. In quest’ottica si sottolinea, inoltre, che mentre nell’art. 20 il legislatore compie un’espressa equiparazione del silenzio al provvedimento di accoglimento della domanda, ciò non accade nell’art. 19; sicchè, mentre a fondamento del valore provvedimento del silenzio assenso si pone una domanda dell’interessato, a fondamento della d.i.a. vi è una mera dichiarazione o denuncia attestante l’esistenza delle condizioni richieste dalla

(16) In tal senso, PAOLANTONIO, *op. cit.*, 486.

legge per l'esercizio dell'attività. Il tempo che intercorre dalla presentazione della dichiarazione di cui all'art. 19 o dalla proposizione della domanda di cui all'art. 20 avrebbe, dunque, una funzione diversa: di accertamento della legalità dell'attività nel primo caso, compiuto il quale l'attività del denunciante inizia senza ostacoli; di ponderazione degli interessi in gioco nel secondo.

Secondo altra tesi (17), la d.i.a. è un atto formalmente e soggettivamente privato, cui la legge ricollega direttamente l'effetto di abilitare l'istante all'esercizio dell'attività.

Si è anche osservato che la legge n. 80 del 2005, nel riconoscere espressamente alla P.A. il potere di autotutela, recepisce l'orientamento giurisprudenziale che ammetteva la sussistenza in capo alla P.A. di un potere residuale di autotutela, da intendere tuttavia quale potere *sui generis*, caratterizzato dal fatto di non implicare un'attività di secondo grado insistente su un precedente provvedimento amministrativo. Si osserva, in particolare, che il riferimento agli artt. 21 *quinquies* e 21 *nonies*, legge n. 241 del 1990, contenuto nell'art. 19, consente di esercitare un potere che tecnicamente non è di secondo grado, in quanto non interviene su una precedente manifestazione di volontà dell'amministrazione, ma che con l'autotutela classica condivide esclusivamente i presupposti ed il procedimento. In questo senso si ritiene che il richiamo agli artt. 21 *quinquies* e 21 *nonies* va inteso come riferito alla possibilità di adottare non già atti di autotutela in senso proprio, ma di esercitare i poteri di inibizione dell'attività e di rimozione dei suoi effetti nell'osservanza dei presupposti so-

(17) Cons. St., sez. IV, 4 settembre 2002, n. 4453, in *Giust. civ.*, 2003, I, 1385 e in *Urb. e app.*, 2003, 837 ss., con nota di MANDARANO, *Denuncia di inizio di attività e sindacato del giudice amministrativo*; Cons. St., sez. IV, 26 luglio 2004, n. 5323, in *Foro amm.* CdS, 2004, 2143, con nota di CREPALDI, *La denuncia di inizio di attività: natura giuridica e tutela del terzo*; Tar Campania, Napoli, sez. II, 27 giugno 2005, n. 8707, cit.; Cons. St., sez. V, 19 giugno 2006, n. 3586, in *www.lexitalia.it*; Cons. St., sez. IV, 22 luglio 2005, n. 3916, cit.; Cons. St., sez. V, 22 febbraio 2007, n. 948, in *Foro amm.* CdS, 2007, 2, 545; Tar Puglia, Lecce, sez. III, 3 aprile 2007, n. 1652, in *www.giustizia-amministrativa.it.*; in dottrina, CORSO, *Manuale di diritto amministrativo*, IV ed., Torino, 2008, 256.

(18) Tar Campania, Napoli, sez. III, 27 gennaio 2006, n. 1131, in *www.giustizia-amministrativa.it.*; Tar Campania, Napoli, sez. II, 29 marzo 2007, n. 2902, in *www.lexitalia.it*, ove il Collegio osserva che l'ordine inibitorio dei lavori emesso dal Comune a seguito di denuncia di inizio attività non attiva un procedimento di secondo grado diretto ad annullare o rimuovere un precedente atto di assenso tacito, ma, in esito al doveroso preliminare controllo circa la sussistenza dei requisiti previsti dalla legge - e fermo restando il successivo e distinto potere sanzionatorio - impedisce in via preventiva l'inizio di attività anti-giuridiche; in coerenza con tale premessa, si è escluso che l'ordine inibitorio dei lavori a seguito di d.i.a. debba essere preceduto dalla comunicazione di avvio del procedimento all'autore della d.i.a. stessa, sia perché trattasi di procedura iniziata su impulso di parte, sia perché la stessa è informata ad esigenze di semplificazione e celerità; già, in tal senso, Cons. St., sez. IV, 26 luglio 2004, n. 5323, cit.; Tar Lazio, Roma, sez. II, 2 settembre 2005, n. 6534, in *Foro amm.* Tar, 2005, 9, 2814; *contra*, per la qualificazione di tale potere come autotutela in senso proprio, che comporta l'avvio di un procedimento di secondo grado da comunicare all'interessato e nel quale svolgere una puntuale confutazione delle ragioni da quest'ultimo eventualmente presentate nell'ambito della partecipazione al procedimento, si vedano, in particolare, Tar Umbria, sez. I, 29 agosto 2008, n. 549; Tar Sicilia, Catania, sez. I, 9 gennaio 2008, n. 74, cit.

stanziali e procedimentali previsti da tali norme (18). Peraltro, a sostegno della improprietà del richiamo agli artt. 21 *quinquies* e 21 *nonies* si adduce che il potere di revoca, previsto dalla prima delle norme in esame, fondato su una valutazione dell'interesse pubblico (originario o sopravvenuto) ed avente ad oggetto i soli atti discrezionali, non sarebbe configurabile in relazione alla d.i.a. in cui il titolo ampliativo concerne attività vincolate o, semmai, caratterizzate da discrezionalità tecnica.

Quando sembrava che la giurisprudenza del Supremo Consesso di giustizia amministrava si fosse assestata sulla qualificazione in termini privatistici della d.i.a., con due decisioni del 2007 (19), le cui conclusioni risultano condivise dalla quarta sezione con la sentenza in commento, il Consiglio di Stato mostra di avere decisamente mutato indirizzo.

In particolare, Cons. St., sez. VI, 5 aprile 2007, n. 1550, muovendo dall'assunto secondo cui la d.i.a. è istituto di mera semplificazione, non idoneo in quanto tale ad escludere che per le attività sottoposte al relativo regime sia comunque necessario un atto di assenso dell'amministrazione, ancorché espresso per *silentium*, conclude che, con il decorso del termine previsto dal citato art. 19, si forma una autorizzazione implicita di natura provvedimentoale, impugnabile dal terzo entro l'ordinario termine di decadenza di sessanta giorni, decorrenti dalla comunicazione al terzo del perfezionamento della d.i.a. o dall'avvenuta conoscenza del consenso (implicito) all'intervento oggetto di d.i.a. Ad avviso della sesta sezione, quindi, il ricorso avverso il titolo abilitativo formatosi a seguito di d.i.a. ha ad oggetto non il mancato esercizio dei poteri sanzionatori o di autotutela dell'amministrazione, ma direttamente l'assentibilità o meno dell'intervento.

Tale mutamento d'indirizzo in ordine alla natura giuridica della d.i.a. ha trovato successivamente conferma nella giurisprudenza del Consiglio di Stato; infatti, Cons. St., sez. IV, 12 settembre 2007, n. 4828, intervenendo in ordine alla questione relativa all'applicabilità dell'art. 10 *bis*, legge n. 241 del 1990, alla diffida a non iniziare i lavori adottata a seguito di d.i.a., ribadisce la tesi della natura di autorizzazione implicita della d.i.a., affermando che la d.i.a. non è uno strumento di liberalizzazione dell'attività, ma rappresenta una semplificazione procedimentale che consente al privato di conseguire un titolo abilitativo, *sub specie* dell'autorizzazione implicita di natura provvedimentoale (favorevole) a seguito del decorso di un termine (30 giorni) dalla presentazione della denuncia.

La giurisprudenza di primo grado si è subito allineata alla svolta dell'aprile del 2007, aderendo alla tesi che qualifica la d.i.a. quale autorizzazione implicita proprio richiamando a sostegno la decisione n. 1550 del 2007 della

(19) Sez. VI, 5 aprile 2007, n. 1550 e sez. IV, 12 settembre 2007, n. 4828, *citt.*

(20) In tal senso, si segnalano Tar Basilicata, 12 luglio 2007, n. 502; Tar Emilia Romagna, Bologna, sez. II, 2 ottobre 2007, n. 2253; Tar Sicilia, Catania, sez. I, 9 gennaio 2008, n. 74; Tar Emilia Ro-

sesta sezione del Consiglio di Stato (20).

La ricostruzione in termini pubblicistici della d.i.a. è stata confermata nella sentenza in commento (21), ove la quarta sezione, con riferimento alla d.i.a. in materia edilizia, ma con argomentazioni espressamente estese al modulo generale di d.i.a., come disciplinato dall'art. 19, legge n. 241/1990 (22), definisce la d.i.a. quale *“istanza autorizzatoria, che, con il decorso del termine di legge, provoca la formazione di un ‘titolo’, che rende lecito l’esercizio dell’attività e cioè di un provvedimento tacito di accoglimento di una siffatta istanza”*. In particolare, il Collegio qualifica l’istituto *de quo* come *“fattispecie provvedimento a formazione implicita”*, alla cui formazione concorre una doppia comunicazione da parte del privato: *“la prima consiste in una dichiarazione dell’interessato, ‘corredata, anche per mezzo di autocertificazioni, delle certificazioni e delle attestazioni normativamente richieste’. Con la seconda, invece, il soggetto comunica che ad una certa data (non anteriore ai trenta giorni dalla presentazione della anzidetta dichiarazione) inizierà una certa attività (di solito produttiva) e, se entro un termine stabilito decorrente da tale comunicazione (trenta giorni, il cui computo inizia dal momento in cui la stessa sia stata ricevuta al protocollo generale dell’ente) l’Amministrazione non ne inibisce la prosecuzione, il titolo si consolida, salvo, naturalmente, l’intervento successivo di interdizione dell’attività, che può intervenire in tutti i casi di accertamento della mancanza, originaria o sopravvenuta, dei requisiti, al cui possesso l’ordinamento di settore subordina l’espletamento dell’attività medesima”*.

La pronuncia reca una puntualizzazione ulteriore che suona come esplicita replica all’obiezione, alla quale si è in precedenza accennato, usualmente mossa dai sostenitori della natura privata della d.i.a. alla tesi “pubblicistica”, secondo cui la collocazione della dichiarazione nel contesto degli strumenti di semplificazione procedimentale finisce per fare della d.i.a. una sorta di doppiopione dell’istituto del silenzio-assenso di cui al successivo art. 20, legge n. 241/1990. In proposito, la quarta sezione, recidendo ogni dubbio, osserva che *“l’atto di comunicazione dell’avvio dell’attività, a differenza di quanto accade nel caso del c.d. silenzio-assenso, disciplinato dall’art. 20 (...) non è una domanda, ma una informativa, cui è subordinato l’esercizio del diritto”*, che esita in un provvedimento abilitativo tacito, come tale suscettibile tanto di autotutela

magna, Parma, sez. I, 19 febbraio 2008, n. 102; Tar Campania, Napoli, sez. II, 7 marzo 2008, n. 1167; Tar Liguria, sez. I, 19 marzo 2008, n. 418; Tar Umbria, sez. I, 29 agosto 2008, n. 549, tutte citt.

(21) In senso, sostanzialmente, analogo si era già espressa con riferimento ad identica fattispecie Cons. St., sez. IV, 22 marzo 2007, n. 1409, in www.giustizia-amministrativa.it, ove il Collegio aveva qualificato la d.i.a. come fattispecie provvedimento a formazione implicita, in cui l’atto del privato, comunque assimilabile ad una istanza autorizzatoria, provoca, con il decorso del termine di legge, la formazione di un “titolo”, che rende lecito l’esercizio dell’attività e cioè di un provvedimento tacito di accoglimento di una siffatta istanza.

(22) La frantumazione dell’istituto della d.i.a. in una pluralità di istituti diversi, ciascuno dei quali assoggettato ad un regime più o meno peculiare, era stata già affermata da Cons. St., sez. IV, 22 luglio 2005, n. 3916, cit.

decisoria della P.A. quanto di impugnazione da parte dei soggetti terzi, il quale “*si forma con l’esperienza di un ben delineato modulo procedimentale, all’interno del quale la d.i.a. costituisce pur sempre una autocertificazione della sussistenza delle condizioni stabilite dalla legge per la realizzazione dell’intervento, sulla quale la pubblica amministrazione svolge una attività eventuale di controllo, al tempo stesso prodromica e funzionale al formarsi, a seguito del mero decorso di detto periodo di tempo (e non, dunque, dell’effettivo svolgimento della attività medesima), del titolo necessario per il lecito dispiegarsi della attività del privato*” (23).

Dall’operato inquadramento in chiave pubblicistica della dichiarazione di inizio attività (configurata come “*fattispecie provvedimentale a formazione implicita*”) la sezione trae i relativi corollari procedimentali e processuali, precisando che, anche dopo il decorso del termine di trenta giorni previsto per la verifica dei presupposti e requisiti di legge - di cui all’art. 19, comma 3, legge n. 241/1990 - l’Amministrazione non perde i propri poteri di autotutela, né nel senso di poteri di vigilanza e sanzionatori, né nel senso di poteri espressione dell’esercizio di una attività di secondo grado in senso proprio. In relazione ai primi, la sezione osserva che “*l’odierna previsione espressa del potere dell’Amministrazione di assumere determinazioni in via di autotutela (v. il comma 3 del nuovo art. 19) presuppone un provvedimento, o comunque un titolo, su cui intervenire*”; in ordine ai secondi, il riferimento non può che essere compiuto all’art. 21, legge n. 241/1990, ai sensi del quale le sanzioni già previste per le attività svolte senza la prescritta autorizzazione sono applicate quando un’attività, pur dopo la comunicazione all’amministrazione, viene iniziata in mancanza dei requisiti richiesti o comunque in contrasto con le disposizioni di legge (comma 2) e al comma 2-bis dello stesso art. 21, che configura l’inizio della attività “*ai sensi degli articoli 19 e 20*” non preclusivo dell’esercizio delle “*attribuzioni di vigilanza, prevenzione e controllo su attività soggette ad atti di assenso da parte di pubbliche amministrazioni previste da leggi vigenti*”. Ciò rilevato, il Collegio evidenzia il fondamento costituzionale dell’esercizio dei poteri di vigilanza e repressivi, integrando “*una delle imprescindibili modalità di cura dell’interesse pubblico affidato all’una od all’altra branca dell’Amministrazione*”, come tale espressione del principio di buon andamento di cui all’art. 97 Cost.

(23) Tali argomentazioni sembrano rievocare quella tesi dottrinale che ascrive l’effetto lato sensu abilitativo scaturente dal decorso del termine di trenta giorni dalla presentazione della dichiarazione ad un fenomeno caratterizzato da una duplice valenza giuridica, ossia della coesistenza di un fatto legittimante l’esercizio dell’attività (la dichiarazione) e del contestuale avvio di un procedimento amministrativo di verifica; si avrebbe, dunque, la combinazione tra un atto del privato cui accede un atto di assenso implicito dell’amministrazione: in tal senso, CHITI, *Atti di consenso*, in *Scritti in onore di Feliciano Benvenuti*, II, Modena, 1996, 522.

5. La tutela del terzo

Alla questione della natura giuridica dell'istituto è strettamente connesso il tema delle forme e modalità di tutela dei terzi pregiudicati dall'effetto abilitativo derivante dal perfezionamento della fattispecie di cui all'art. 19, legge n. 241 del 1990. Invero, se per il denunciante non si pongono particolari questioni sul versante dei rimedi di tutela esperibili, potendo lo stesso insorgere avverso il provvedimento inibitorio e/o repressivo dell'amministrazione, molto complesso si presenta il dibattito in ordine alla tutela sperimentabile dal terzo per opporsi allo svolgimento dell'attività, sul quale interviene la quarta sezione con la sentenza in commento.

Come detto, gli esiti di tale dibattito e l'individuazione dei rimedi esperibili da parte del terzo sono strettamente subordinati alla soluzione alla quale s'intenda aderire in ordine alla natura giuridica della d.i.a.

L'adesione alla tesi che qualifica la d.i.a. come atto amministrativo abilitativo tacito comporta che il terzo può proporre ricorso giurisdizionale, nell'ordinario termine decadenziale di sessanta giorni decorrente dalla comunicazione del perfezionamento della denuncia o dall'avvenuta conoscenza del consenso (implicito) all'intervento, avverso tale provvedimento, seppure tacito, innanzi al G.A. in sede di giurisdizione esclusiva (art. 19, comma 5, legge n. 241 del 1990), chiedendone l'annullamento. Sarà ammissibile allora il ricorso proposto direttamente avverso il titolo abilitativo formatosi a seguito della d.i.a., per effetto del decorso del termine di trenta giorni entro cui l'amministrazione può impedire gli effetti della d.i.a., il quale avrà ad oggetto non il mancato esercizio dei poteri sanzionatori o di autotutela della P.A., ma direttamente l'assentibilità o meno dell'intervento oggetto di d.i.a. Il terzo potrà, a seconda dei casi, o dedurre che l'intervento non è affatto consentito e contemplato dalla normativa di settore ovvero (come più frequentemente può verificarsi in materia edilizia) che l'attività in questione non è assentibile mediante denuncia di inizio attività, ma necessita di un provvedimento abilitativo espresso che consegua alla presentazione di un'istanza dell'interessato.

Tale soluzione, consequenziale all'accoglimento della ricostruzione in termini attizi della d.i.a., nel senso sopra esplicitato, è accolta dalla quarta sezione nella sentenza in commento, ove il Collegio ritiene che il rimedio esperibile dal terzo non sia quello dell'azione di accertamento dell'illegittimità del silenzio serbato dall'amministrazione a fronte della presentazione della d.i.a., ex art. 21 bis, legge T.A.R., ma quello impugnatorio, con cui avversare il titolo che, *“formatosi e consolidatosi (...) si configura in definitiva come*

(24) Alle stesse conclusioni erano, in precedenza, pervenute Cons. St., sez. VI, 5 aprile 2007, n. 1550; Cons. St., sez. IV, 12 settembre 2007, n. 4828; Tar Emilia Romagna, Bologna, sez. II, 2 ottobre

fattispecie provvedimentale a formazione implicita" (24). In effetti, se la d.i.a. ha sostanzialmente valore di provvedimento, dev'essere ammessa la figura del controinteressato titolare di un legittimo interesse al suo annullamento ottenibile con il tipico rimedio impugnatorio.

Ben più complessa è l'individuazione degli strumenti processuali di tutela del terzo se si muove dall'opposta tesi che qualifica la d.i.a. come atto soggettivamente ed oggettivamente privato, essendo intuibili le difficoltà per il terzo di tentare di bloccare un'attività privata non legittimata da un atto amministrativo e, comunque, non soggetta a poteri amministrativi.

Muovendo da questa diversa prospettiva, ed escluso quindi che il privato possa intentare l'ordinaria tutela di impugnazione mancando il provvedimento che costituisce oggetto della domanda di annullamento, la giurisprudenza ha indicato tre distinti percorsi di tutela, dai quali espressamente dimostra di rifuggire la quarta sezione nella decisione in commento.

Secondo una prima impostazione, il terzo è legittimato ad esperire un'azione di accertamento dell'insussistenza dei requisiti e presupposti previsti dalla legge per la legittima intrapresa dei lavori o dell'attività. Il rimedio andrebbe sperimentato nel rispetto del termine decadenziale di sessanta giorni dalla conoscenza dell'illegittimità del comportamento silente tenuto dall'amministrazione, conoscenza verosimilmente destinata ad intervenire, salvo prova contraria, con l'intrapresa dei lavori o dell'attività (25). Da un lato, non si ritiene applicabile un diverso termine di natura prescrizioneale, in quanto l'azione, ancorché di accertamento, non è diretta alla tutela di un diritto soggettivo, ma di un interesse legittimo. Dall'altro lato, si precisa che sarebbe irragionevole far decorrere il termine decadenziale dalla formazione del comportamento silente, non essendo il terzo parte necessaria della fattispecie; ben può accadere, pertanto, che lo stesso venga a conoscenza del silenzio serbato dall'amministrazione tardivamente rispetto ad un termine così prefigurato. Una volta emessa l'invocata sentenza di accertamento, graverebbe

2007, n. 2253; Tar Sicilia, Catania, sez. I, 9 gennaio 2008, n. 74; Tar Emilia Romagna, Parma, sez. I, 19 febbraio 2008, n. 102; Tar Campania, Napoli, sez. II, 7 marzo 2008, n. 1167; Tar Liguria, sez. I, 19 marzo 2008, n. 418; Tar Umbria, sez. I, 29 agosto 2008, n. 549, tutte citt.; nonché, con particolare riferimento alla D.I.A. edilizia, Tar Veneto, sez. II, 20 giugno 2003, n. 3405 e Id. 10 settembre 2003, n. 4722, citt., ove si svolgono considerazioni di tenore analogo a quelle sviluppate dalla quarta sezione con la sentenza in commento; Tar Campania, Napoli, sez. II, 9 aprile 2004, in *www.lexitalia.it*; Tar Lombardia, Brescia, 1 giugno 2001, n. 397, cit.

(25) La tesi è accolta, con approfondita motivazione, da Tar Liguria, sez. I, 23 gennaio 2003, n. 113, in *Foro amm.* Tar, 2003, 1, 61, con nota di DEL GIUDICE, *La tutela del terzo in ipotesi di DIA in materia edilizia: una proposta ricostruttiva e in Urb. e app.*, 2003, 581, con nota di TRAVI, *Ancora sulla denuncia di inizio di attività e la tutela dei terzi*; nello stesso senso, Tar Piemonte, sez. I, 4 maggio 2005, n. 1367, in *Giur. it.*, 2005, 1540; Tar Abruzzo, Pescara, 23 gennaio 2003, n. 197, in *Riv. giur. edilizia*, 2003, 2, 575, con nota di BERRA, *Qualche luce sulla tutela del terzo nei confronti della DIA?* e in *Urb. e app.*, 2003, 837, con nota di MANDARANO, cit.

sull'amministrazione l'obbligo di ordinare la rimozione degli effetti della condotta posta in essere dal privato sulla base di presupposti che il giudice ha ritenuto mancanti o meglio in assenza dei presupposti richiesti dalla legge per il relativo esercizio (assenza attestata dalla sentenza del G.A.).

La tesi ripropone tutti i noti dubbi in ordine all'ammissibilità di un'azione di mero accertamento innanzi al G.A. (26).

Secondo una diversa impostazione (27), il terzo, decorso il termine per l'esercizio del potere inibitorio senza che la P.A. sia intervenuta, sarebbe legittimato a richiedere all'amministrazione di porre in essere i provvedimenti di autotutela previsti, attivando, in caso di inerzia, il rimedio di cui all'art. 21 *bis*, legge T.A.R. in tema di silenzio-rifiuto. Il privato, terzo interessato a che non prosegua l'attività iniziata sulla base della denuncia, dovrebbe quindi - non potendo proporre un ricorso di mero accertamento - precostituirsi qualcosa da impugnare davanti al G.A., stimolando l'esercizio (da parte della P.A. che ha già consumato il potere di inibitorio, essendo decorsi i 30 giorni di cui al citato art. 19) del potere di autotutela. Decorsi i termini per l'esercizio del potere di autotutela (e quindi oggi decorso il termine legale di 90 giorni di cui all'art. 2, legge n. 241 del 1990), il privato dovrebbe impugnare innanzi al G.A. il silenzio-inadempimento, proponendo un ricorso ai sensi dell'art. 2, legge n. 241 del 1990 e, sul versante processuale, dell'art. 21 *bis*, legge n. 1034 del 1971 (28).

Secondo una terza tesi (29), il terzo, alla scadenza del termine per l'eser-

(26) Per approfondimenti sul tema si rinvia a FERRERO - RISSO, *Il silenzio inadempimento, il silenzio assenso e la dichiarazione di inizio di attività dopo la legge n. 80 del 2005*, in *Foro amm.* CdS, 2005, 12, 3765, che concludono per l'inammissibilità dell'azione di mero accertamento; in generale, sulla tutela di accertamento innanzi al G.A., si vedano, per tutti, CLARICH, *Tipicità delle azioni e azioni di adempimento nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2005, 3, 557; GAROFOLI, *La giustizia amministrativa: la strada già percorsa e gli ulteriori traguardi da raggiungere*, in www.giustamm.it.

(27) Seguita, in particolare, da Cons. St., sez. IV, 4 settembre 2002, n. 4453, cit.; in senso sostanzialmente analogo, Tar Lombardia, Milano, sez. II, 17 ottobre 2005, in *Foro amm.* Tar, 2005, 10, 3072; Tar Piemonte, sez. I, 4 maggio 2005, n. 1367, cit.; Tar Lombardia, Brescia, 2 aprile 2004, n. 380, in www.giustizia-amministrativa.it; Id., 23 luglio 2004, n. 1321, ivi; Tar Lombardia, Milano, sez. II, 7 ottobre 2003, n. 4504, in *Foro amm.* Tar, 2003, 2849; Tar Lombardia, Brescia, 25 febbraio 2003, n. 284, ivi, 2003, 428; Tar Campania, Napoli, sez. I, 6 dicembre 2001, n. 5272, in www.lexitalia.it.

(28) In tal senso, anche, Cons. St., sez. IV, 22 luglio 2005, n. 3916, cit., ove il Collegio, a sostegno della esperibilità della tutela ex art. 21 *bis*, l. Tar al fine di sollecitare l'esercizio del potere di autotutela dell'Amministrazione in materia di d.i.a., esclude che possa invocarsi l'orientamento diretto ad escludere che un provvedimento sfavorevole non impugnato nei termini possa essere ridiscusso mediante la sollecitazione dell'esercizio del potere di autotutela. L'esigenza a che non sia eluso il termine decadenziale di impugnazione, che si pone a fondamento di siffatto orientamento, non vale - secondo il Collegio - quando l'istanza volta a sollecitare il potere di autotutela sia stata proposta da un soggetto mai posto in condizioni di impugnare un provvedimento, come è nel caso del terzo a fronte della d.i.a. Manca, in tale ipotesi, proprio il provvedimento impugnabile, essendo la d.i.a., nella prospettiva ora in esame, un atto del privato.

(29) Sostenuta, in particolare, da Cons. St., sez. V, 22 febbraio 2007, n. 948, cit.

cizio del potere inibitorio, dovrebbe stimolare non già il potere di autotutela, ma il generale potere sanzionatorio previsto in caso di abusi, facendo ricorso, in caso di inerzia, alla procedura del silenzio-inadempimento. In quest'ottica, ai fini della individuazione delle modalità di contestazione della realizzabilità dell'intervento da parte del terzo, non rileva che l'intervento medesimo sia escluso in radice dalla normativa urbanistica o che lo stesso non possa essere ritualmente avviato tramite d.i.a.: in entrambi i casi occorre che il terzo stimoli il potere repressivo dell'amministrazione, diverse potendo essere soltanto le conseguenze che derivano dall'accoglimento del motivo di illegittimità dedotto dal terzo.

Il *discrimen* tra quest'ultima tesi e quella precedente attiene alle condizioni di esercizio dei due diversi poteri che il privato è chiamato a stimolare; il potere di autotutela, come, peraltro, emerge dalla stessa lettera dell'art. 21 nonies, legge n. 241 del 1990, e a maggior ragione dell'art. 21 *quinquies*, ha natura squisitamente discrezionale, dovendo l'amministrazione, prima di intervenire con il provvedimento di secondo grado, valutare gli interessi in conflitto (quelli del denunciante, quelli del terzo istante, il decorso del tempo e l'eventuale legittimo affidamento che la d.i.a., consolidata a seguito dell'inerzia della P.A., abbia eventualmente ingenerato) e la sussistenza di un interesse pubblico concreto e attuale, che non può coincidere con la mera legalità violata; di contro, il potere repressivo ha natura vincolata, essendo nel suo esercizio l'amministrazione chiamata a verificare la sussistenza o meno dei presupposti richiesti dalla legge per l'attività posta in essere dal privato.

*Avv. Alfonso Mezzotero**

Consiglio di Stato, Sezione Quarta, sentenza 25 novembre 2008 n. 5811 - Pres. Cossu, Est. Cacace - Condominio C. S. A (Avv.ti Bruttomesso, Zambelli e Verino) c. Comune di San Michele al Tagliamento (Avv.ti Borella e Lorenzoni) e La M. s.a.s. di M.D. & C. (Avv.ti Munari e Costa). Riforma in parte T.A.R. Veneto, sezione seconda, sent. n. 3187 del 2007.

(...*Omissis*)

FATTO E DIRITTO

1. – Con deliberazione n. 92 in data 28 settembre 2004 il Consiglio Comunale di San Michele al Tagliamento provvedeva a ridelimitare, all'interno del Piano Particolareggiato della Zona di Ricomposizione di Bibione, il comparto costituito dai terreni identificati nei mappali al foglio 49 nn. 431, 147, 430 e 506 (di cui il primo di proprietà della società odierna controinteressata e gli altri di proprietà dei Condominii "Smeralda A" e "Smeralda B"), dividendolo in due porzioni, di cui la prima costituita dal solo mappale 431 di proprietà della società con-

(*) Avvocato dello Stato.

trointeressata, la seconda dai restanti mappali, con ciò individuando due distinti ambiti ed attribuendo solo al primo la potenzialità edificatoria spettante in precedenza al comparto ai sensi della variante parziale al piano medesimo approvata con deliberazione dello stesso Consiglio n. 274 in data 22 dicembre 1993.

Con la sentenza indicata in epigrafe, il primo Giudice ha in parte dichiarato inammissibile ed in parte respinto il ricorso (R.G. n. 3400/2004) proposto, tra gli altri, dall'odierno appellante principale, per l'annullamento sia della citata deliberazione che della successiva comunicazione fattane dal Comune all'Amministratore dei condominii, nonché per il conseguente risarcimento dei danni da detti atti derivanti.

Il Collegio di prime cure, in particolare:

- dichiarava l'inammissibilità delle censure volte all'affermazione dell'illegittimità degli atti impugnati per sottrazione ai Condominii di capacità edificatoria (come pure delle doglianze attinenti la mancata partecipazione al procedimento), sul rilievo che "i ricorrenti avrebbero dovuto impugnare la delibera n. 274/93, con cui sono stati scolpiti i prodromi della successiva azione comunale oggi impugnata" ("è con tale delibera infatti", prosegue il T.A.R., "che non viene disposto lo scorporo attuando un trasferimento all'intero comparto, come sostengono gli istanti, ma solo, come detto, avuto riguardo ai lotti di pertinenza, sicchè era evidente fin da allora che avendo i Condomini già sfruttato, anche in eccesso, la loro capacità edificatoria, non avrebbero potuto godere di quote aggiuntive di volumetria, che invece veniva garantita alla sola proprietaria del lotto ineditato e al solo ed esclusivo fine di salvarne la edificabilità": pag. 15 sent.);

- respingeva, in quanto infondati, i residui motivi, rilevando, quanto alla dedotta illegittimità della contestata ridefinizione per intervenuta scadenza del Piano attuativo nel quale è inserito il comparto de quo, che "lo stesso è stato recepito nel PRG approvato nel 1985" (ibidem) e, quanto alla dedotta esistenza di una servitù parziale di ineditabilità sul mappale n. 431 in favore degli altri citati mappali del foglio n. 49 (che, pure, secondo l'assunto dei ricorrenti, valeva a viziare gli atti impugnati), che "relativamente all'esistenza della servitù la sentenza allegata dalla controinteressata ha respinto la domanda confessoria, escludendone dunque la sussistenza" (pagg. 15 – 16 sent.).

2. – Con la stessa sentenza è stato altresì deciso, previa riunione con il primo, accogliendolo, il ricorso (R.G. n. 863/2005) proposto dall'odierna controinteressata per l'annullamento del titolo edilizio rilasciato all'odierno appellante principale dal Comune di S. Michele al Tagliamento a seguito di denuncia inizio lavori n. 45.146 del 3.11.2004.

Il Collegio di primo grado ha infatti ritenuto fondata la doglianza di mancato accertamento della sussistenza del titolo ad edificare, formulata dalla ricorrente con riguardo al fatto che il Comune non aveva prestato "la benché minima attenzione alle misure dei confini indicati nella D.I.A.", per effetto delle quali "il Condominio Smeralda A si è trovato ... a fruire di un'area di proprietà dei terzi, nella fattispecie la ricorrente" (pag. 16 ric. orig.).

3. – Con il ricorso in epigrafe specificato il Condominio "Casa Smeralda A" (d'ora innanzi indicato come "Condominio") ha impugnato la sentenza in parola, in relazione ad entrambi i capi di decisione.

Con apposito ricorso incidentale il Comune di S. Michele al Tagliamento ha parimenti aggredito la sentenza già gravata dal Condominio, nella parte in cui ha annullato il titolo edilizio rilasciato al Condominio stesso a seguito della denuncia inizio lavori in data 3 novembre 2004, relativa alla installazione di nuove strutture per la copertura di posti auto, sistemazione dell'area esterna, realizzazione di un tratto di recinzione e rifacimento della fognatura.

Quanto, invece alla reiezione, operata con la stessa sentenza, dell'impugnazione proposta dal Condominio avverso la deliberazione consiliare n. 92 in data 28 settembre 2004, il Comune ne chiede la conferma.

4. - Si è costituita in giudizio, per resistere ad entrambi i ricorsi, la privata controinteressata, in primo grado resistente nel ricorso n. 3400/2004 ed attrice nel ricorso n. 863/2005.

Le parti hanno poi affidato al deposito di memorie l'illustrazione delle rispettive tesi.

La causa è stata chiamata e trattenuta in decisione alla udienza pubblica dell'11 novembre 2008.

5. - Devesi preliminarmente rilevare l'irricevibilità del ricorso incidentale proposto dal Comune avverso la statuizione della sentenza di primo grado di accoglimento del ricorso n. 863/2005 (avente ad oggetto, come s'è visto, il titolo edilizio rilasciato al Condominio odierno appellante principale a séguito della denuncia inizio lavori in data 3 novembre 2004, relativa alla installazione di nuove strutture per la copertura di posti auto, sistemazione dell'area esterna, realizzazione di un tratto di recinzione e rifacimento della fognatura), alla stregua del condivisibile orientamento pretorio, che sottopone il ricorso incidentale agli stessi termini dell'appello principale (termini nella specie spirati alla data di notifica dello stesso), ove l'impugnativa, qualificabile come appello incidentale improprio, sia rivolta avverso la sentenza da soggetto soccombente (al pari di quello proponente l'appello principale) nel giudizio di primo grado, che dunque fa valere un autonomo (se pure coincidente con quello dell'appellante principale) interesse a proporre gravame avverso la sentenza stessa e propone una domanda, riferita allo stesso capo della sentenza medesima impugnato principaliter, che la parte avrebbe potuto utilmente proporre anche mediante appello principale (C. Stato, IV: 15 maggio 2002, n. 2597; 6 maggio 2003, n. 2364; 15 novembre 2004, n. 7449; 10 giugno 2005, n. 3068; 26 maggio 2006, n. 3193; da ultimo, 31 maggio 2007, n. 2806 e 19 maggio 2008, n. 2299).

Nella specie detto appello è, come s'è detto, irricevibile, in quanto proposto oltre il termine di sessanta giorni dalla data di notifica della sentenza di primo grado (31 ottobre 2007), che, com'è noto, è idonea a far decorrere il termine breve di impugnazione nei confronti sia del notificando che del notificante.

Per il resto, laddove invece l'appello incidentale proposto dal Comune resiste all'impugnazione principale chiedendo la conferma della sentenza gravata quanto alla statuizione di inammissibilità e reiezione del ricorso di primo grado n. 3400/2004, non può ritenersi preclusa la qualificazione dello stesso come memoria prodotta dal Comune a sostegno delle proprie difese.

6. - Nel merito, l'appello principale del Condominio è fondato, nei termini che seguono, laddove impugna la sentenza di primo grado, nella parte in cui ha in parte dichiarato inammissibile ed in parte respinto il ricorso (R.G. n. 3400/04) rivolto avverso la deliberazione del Consiglio Comunale di San Michele al Tagliamento n. 92 in data 28 settembre 2004.

6.1 - Difforni da quelle raggiunte dal T.A.R. sono invero anzitutto le convinzioni maturate dal Collegio in ordine al rapporto esistente tra la deliberazione dello stesso Consiglio n. 274/93 (rimasta inoppugnata) e la delibera, oggetto del giudizio, n. 92/2004, rapporto, che, come già accennato, ha determinato la declaratoria di inammissibilità pronunciata dal T.A.R. in ordine a buona parte delle censure avanzate con il ricorso originario.

E' sicuramente vero che, come affermato dal Giudice di primo grado, con la prima "sono stati scolpiti i prodromi della successiva azione comunale" (pag. 15 sent.).

Con essa, invero, rileva il Collegio, il Comune ha provveduto alla ridefinizione dell'"Area Progetto n. 4" prevista dal "Piano Particolareggiato di Ricomposizione di Bibione", per "ricomprendervi", come espressamente sottolineano le considerazioni generali premesse alle controdeduzioni alle osservazioni alla relativa variante approvata con detta deliberazione del

1993, “per altro senza aumento di volumetria tutte le aree occorrenti alla realizzazione dell’impianto termale talasso-terapico” (la cui realizzazione rappresenta la finalità precipua della variante medesima) ed escluderne le aree già “prevalentemente edificate” (così le considerazioni medesime).

Tra le aree così escluse rientrano appunto i lotti, di cui qui si tratta (foglio 49 – mappali nn. 431, 147, 430 e 506, di cui il primo di proprietà della società odierna controinteressata e gli altri di proprietà dei Condominii “Smeralda A” e “Smeralda B”), i quali, con detta deliberazione, risultano dunque classificati, pur sempre all’interno del Piano Particolareggiato, come “unica U.M.I.” e sottratti “all’area Progetto n. 4 nella quale erano precedentemente inseriti” (così le premesse della deliberazione n. 18/2004 in primo grado impugnata).

La possibilità edificatoria attribuita all’unità minima di intervento così individuata dalla deliberazione del Consiglio Comunale n. 274/93 (all’uopo scomputata da quella attribuita alla nuova “area Progetto 4” alla luce del criterio fondamentale, posto a base della variante con la stessa approvata, di “conservazione dei disposti della precedente normativa di P.P. riguardo alla volumetria massima insediabile ...”) veniva quantificata in mc. 7.000= e qualificata come “eccedenza volumetrica”; ciò perché, come risulta dalla necessaria ricostruzione dell’intera vicenda condotta alla stregua degli atti tutti di causa, gli edifici “Smeraldo” avevano sviluppato “una volumetria edificata ... maggiore a quella massima ammessa per la superficie fondiaria di pertinenza” per mc. 3.200= (ch’erano appunto quelli, il cui scomputo dall’area Progetto n. 4 era previsto dalla deliberazione di Giunta Municipale di adozione della variante, poi approvata con la deliberazione consiliare n. 274/93, al fine di garantire comunque il rispetto della complessiva volumetria prevista dal Piano Particolareggiato anteriormente alla variante) e che vengono poi incrementati, in sede di approvazione, di mc. 3.800=, pur mantenendone l’ormai del tutto inesatta qualificazione di “eccedenza”, al fine espresso di “restituire” (o, meglio, conservare) al lotto inedito ricompreso nella nuova U.M.I. (il mappale n. 431, cioè quello di proprietà dell’odierna controinteressata) “la propria capacità edificatoria”, o, come testualmente si legge nella proposta (poi accolta dal Consiglio Comunale con la ridetta deliberazione n. 274/93) di parziale accoglimento dell’osservazione in tal senso presentata dalla società allora proprietaria di detta area, di “lasciare all’area di proprietà della ditta Mc Bells S.r.l., sotto il profilo urbanistico, la volumetria originaria”.

Orbene, se è vero che con la veduta deliberazione n. 274/93 veniva assegnata al nuovo comparto di cui si tratta (identificato nella Tav. 6 alla stessa allegata come Unità Minima di Intervento), costituito da tutti i lotti sopra individuati, una capacità edificatoria di mc. 3.800= (e non certo di mc. 7.000, come sembrano equivocare tanto le parti quanto il T.A.R. - a ciò peraltro indotti dalla infelice formulazione della deliberazione stessa – allorché non tengono conto del fatto che la volumetria detratta dalla nuova area di Progetto n. 4 corrispondeva, per mc. 3.200=, ad edificazioni già realizzate, che, se pure attuate anteriormente all’approvazione del Piano Particolareggiato, rientrano certamente nella volumetria complessiva dallo stesso prevista) e se è altrettanto vero che detta capacità veniva dall’Amministrazione così quantificata per lasciare, come s’è visto, “all’area di proprietà della ditta ... la volumetria originaria”, ciò non significa, ad avviso del collegio, che la sua mancata impugnazione ad opera del Condominio proprietario di alcune delle aree inserite in detta U.M.I. (mancata impugnazione, che vale certamente a considerare come non più suscettibili di esame, riconsiderazione od opposizione in sede giudiziale le relative statuizioni), nella misura in cui rende definitiva la lesione indubbiamente con la stessa prodottasi in capo al Condominio odierno appellante, renda, così come ritenuto dal T.A.R. qualificandola di fatto come meramente esecutiva della prima, non

suscettibile di impugnazione la deliberazione n. 92/2004 oggetto del presente giudizio. Ciò perché, semplicemente, la prima delle citate deliberazioni non esaurisce l'arco delle lesioni apportate nella sfera giuridica del Condominio dal complessivo, combinato, disposto delle due deliberazioni in considerazione.

Ferme, invero, le conclusioni di cui sopra in ordine al contenuto (come s'è detto non certo limpido nella sua formulazione letterale) della deliberazione consiliare del 1993, occorre considerare che mentre tale deliberazione attribuisce la residua capacità edificatoria delle aree di cui si tratta (pur con la significativa specificazione che il computo della stessa deriva dalla ravvisata necessità di conservazione della capacità stessa in precedenza riferibile al solo lotto inedito e cioè al mappale n. 431) pur sempre alla Unità Minima di Intervento (ch'è appunto "unica") composta da tutti i mappali confluenti nella stessa a séguito della effettuata esclusione dei medesimi dalla nuova area di Progetto n. 4, è con la seconda deliberazione (quella del 2004, contro la quale l'odierna appellante principale ha diretto il ricorso in parte dichiarato inammissibile ed in parte respinto dal T.A.R.) che si realizza la modifica del comparto, di cui si tratta, ridelimitandolo in due distinti ambiti di intervento ed attribuendo la volumetria prima riferibile all'intera unità di intervento al solo mappale n. 431 (di proprietà della odierna controinteressata), che svilupperà appunto "la volumetria prevista ed ottenuta dalla sommatoria dei terreni di proprietà, con l'applicazione dell'indice fondiario previsto dal P.P. pari a 3 mc/mq." (punto 2) del dispositivo della deliberazione n. 92/2004) e cioè proprio all'incirca i 3.800 mc., di cui sopra s'è detto.

Or dunque, tanto certamente comporta, per il Condominio appellante principale, una lesione del tutto autonoma e distinta da quella pur derivantegli dalla ormai consolidata deliberazione del 1993, giacché è la deliberazione del 2004, come veniva dedotto con il ricorso originario, che viene ad "alterare il principio della unitarietà dei beni (e dei soggetti) che fanno parte ... del comparto": pag. 6) ed è con essa, come ulteriormente precisato in appello, "che è stata portata a compimento l'operazione di scissione e ridelimitazione del comparto, con successiva creazione di due distinte unità di intervento", laddove "in epoca anteriore all'adozione e approvazione della delibera n. 92/04, i mappali nn. 147, 430, 506 e 431, tutti ricompresi nel medesimo fg. N. 49, costituivano un aggregato di aree che dava vita ad un complesso edilizio di carattere unitario", al quale soltanto "ci si poteva e doveva riferire, pena la violazione della funzione e della disciplina che la legge prevede per i comparti" (pag. 9).

Ed invero, rileva il Collegio, prima delle scelte effettuate dall'Amministrazione con la contestata deliberazione consiliare del 2004, i fondi del ricorrente erano ricompresi, insieme con quelli di proprietà della controinteressata, in un unico comparto, nella cui logica, se è vero che le costruzioni, sulla base della disciplina del 1993 di individuazione del comparto stesso, dovevano necessariamente trovare collocazione entro una zona di concentrazione volumetrica dislocata su fondi di proprietà di soggetti diversi dal ricorrente, ciò non escludeva peraltro una possibile redistribuzione concordata dei diritti edificatori (attribuiti dal piano sempre e comunque al comparto in quanto tale, nella misura in cui pure la deliberazione del 1993 ne aveva comunque stabilito l'unità) e, comunque, ai fini della realizzazione di ogni iniziativa edificatoria nell'ambito del comparto stesso, la necessità di collaborazione fra i privati e fra questi e l'Amministrazione, in un contesto, reso inevitabile dalla stessa logica del comparto, di necessaria consensualità.

Con la scissione del comparto, operata con la deliberazione del 2004, viene invece chiaramente meno il dinamismo, incentrato su una scelta volontaria e concordata di tutti i proprietari delle aree in esso incluse, in cui si sostanzia la vicenda di attuazione del comparto, che comporta,

come s'è detto, sulla base di scelte volontarie (e potestative) di ciascun proprietario, il consenso di tutti i soggetti coinvolti.

Quanto detto rende meglio percepibile la lesione determinata dalla deliberazione oggetto del giudizio in capo all'odierno appellante principale, che vede con essa sfumare il maggior vantaggio derivantegli dalla necessità della sua adesione alla vicenda di attuazione dell'unitario comparto, rispetto a quello, cui può aspirare rimanendo estraneo, in forza appunto dell'effettuata scissione del comparto, all'iniziativa riguardante un ambito, sulle scelte riguardanti il quale non è più in grado di influire.

In definitiva sul punto, nessun ostacolo sembra frapporsi, a differenza di quanto ritenuto dal T.A.R., alla ammissibilità del ricorso di primo grado, le cui doglianze sono poi state dal ricorrente riprodotte in appello.

6.2 - Fondati ed assorbenti si rivelano i motivi attinenti alle violazioni procedurali denunciate con il terzo motivo del gravame introduttivo.

Occorre in proposito ricordare che, come esattamente rilevato dal Giudice di primo grado, il Piano Particolareggiato in questione "è stato recepito nel PRG approvato nel 1985" (pag. 15 sent.).

Come risulta infatti dagli atti di causa, le norme di attuazione dello strumento urbanistico attuativo di cui si tratta sono state assunte "come parti integranti il presente P.R.G." (art. 1.3 delle Norme di Attuazione delle Varianti Generali al P.R.G. entrate in vigore il 15 aprile 1985). Orbene, poiché l'inquadramento dei lotti in questione (esclusi dal perimetro della nuova area Progetto n. 4) come Unità Minima di Intervento, operato con la non più contestabile deliberazione del consiglio comunale n. 274/1993, è stato effettuato mediante "integrazione e/o sostituzione delle norme tecniche di attuazione del Piano Particolareggiato" (v. punto 1. delle "Norme Tecniche di Attuazione" - All. 7 alla deliberazione medesima) e poiché dette norme sono sussunte, come s'è visto, quali NN.TT.A. del P.R.G. (in forza del rinvio dinamico contenuto nel veduto art. 1.3 delle NN.TT.A. del P.R.G. del 1985), non v'è dubbio, a parere del collegio, che la ridelimitazione compiuta con la controversa deliberazione consiliare n. 92/2004 venga ad incidere sulle previsioni delle NN.TT.A. del P.R.G. e dunque costituisca variante al P.R.G. medesimo.

Nell'esercizio, dunque, del potere/dovere del Giudice di qualificare giuridicamente l'azione ed i provvedimenti oggetto della stessa e di attribuire, anche in difformità rispetto alla qualificazione della fattispecie operata dalle parti, il corretto *nomen iuris* al rapporto dedotto in giudizio ed ai suoi elementi costitutivi, la variazione dell'ambito territoriale del comparto di cui si tratta, sebbene ricondotta dal Comune nell'atto deliberativo in esame alla previsione dell'art. 18 della Legge regionale n. 61/1985 (il che rende irrilevante la pur fondata questione, dedotta dal ricorrente, della comunque indubbia intervenuta scadenza, alla data di approvazione della variazione stessa, del Programma Particolareggiato, nel quale l'ambito medesimo si inserisce, atteso che, sulla base di detta previsione, la delimitazione dell'ambito territoriale del comparto può essere deliberata o variata "anche separatamente" dal piano urbanistico attuativo o dal Programma pluriennale di attuazione), va piuttosto annoverata fra le "varianti parziali", di cui all'art. 50 della stessa legge regionale, ch'è proprio la norma, di cui l'appellante, se pure senza qualificare esattamente la concreta natura dell'impugnato atto di variazione dell'ambito, denuncia la violazione, per l'indubbia omissione, nel concreto procedimento nella fattispecie posto in essere dal Comune, delle garanzie procedurali dalla stessa stabilite; omissione in ogni caso sussistente, che rientri la variante de qua tra quelle di cui al comma 2, o tra quelle di cui ai commi 4 e 9 dello stesso articolo.

7. - L'appello principale, in definitiva, è, quanto all'impugnazione del capo di sentenza che ha

in parte dichiarato inammissibile ed in parte respinto l'originario ricorso n. 3400/04, da accogliere, con conseguente accoglimento del ricorso stesso, in riforma della sentenza impugnata. Ciò, si badi, in relazione al solo *petitum* di annullamento fatto valere con detto ricorso, dovendosi invece respingere la domanda di risarcimento danni, con lo stesso avanzata e riproposta in appello, non avendo il ricorrente offerto prova alcuna né dell'intervenuta attuazione dell'intervento avverso, né dei danni subiti in conseguenza della sola deliberazione di ridelimitazione qui annullata e devolvendo peraltro al Giudice, e per esso al C.T.U., anche qui del tutto inammissibilmente, oneri probatorii incombenti esclusivamente sul ricorrente stesso.

8. – Quanto ritenuto dal primo Giudice va invece confermato e l'appello principale va pertanto per tal verso respinto, in relazione all'accoglimento del ricorso di primo grado n. 863/2005, proposto dall'odierna controinteressata per l'annullamento del titolo edilizio rilasciato all'odierno appellante principale dal Comune di S. Michele al Tagliamento a seguito di denuncia inizio lavori n. 45.146 del 3.11.2004.

8.1 – Sotto il profilo, invero, della ammissibilità del sindacato giurisdizionale sulla legittimità della D.I.A., ad avviso del Collegio questa si traduce, in virtù di una preventiva valutazione legale tipica, nell'autorizzazione implicita all'effettuazione dell'attività edilizia, con la conseguenza che i terzi possono agire innanzi al Giudice amministrativo, per chiederne l'annullamento, avverso il titolo abilitativo formatosi per il decorso del termine, entro cui l'Amministrazione può impedire gli effetti della d.i.a." per chiederne l'annullamento (cfr., in tal senso, Cons. Stato, sez. VI, 5.4.2007, n. 1550 e sez. V, 20.1.2003, n. 172).

Un orientamento diverso non è, ritiene la Sezione, praticabile.

Occorre preliminarmente, in proposito, rilevare che, in relazione all'istituto in parola, previsto in via generale dall'art. 19 della legge n. 241/1990 (che ad ogni modo fa salve le discipline di settore: cfr. il comma 4), il moltiplicarsi della normativa in materia ha portato ad una vera e propria frantumazione dell'istituto in parola in una pluralità di istituti diversi, ciascuno dei quali assoggettato ad un regime più o meno peculiare (v., sul punto, Cons. St., sez. IV, 22 luglio 2005, n. 3916).

Sulla base dell'interpretazione tradizionale, che della denuncia d'inizio attività hanno dato sia ampi settori della giurisprudenza (cfr., *ex plurimis*, C.d.S., Sez. VI, 4 settembre 2002, n. 4453), sia parte della dottrina, va escluso che dalla D.I.A. possa nascere un atto amministrativo, perché si tratterebbe di atto soggettivamente e oggettivamente privato, che ha soltanto il valore di una comunicazione fatta dal privato alla Pubblica Amministrazione circa la propria intenzione di realizzare un'attività direttamente conformata dalla legge e non necessita di titoli provvedimenti (sulla natura di mera informativa della D.I.A. v. anche Cass. civ., Sez. I, 24 luglio 2003, n. 11478); si che, si conclude sulla base di tali premesse, la domanda di annullamento della D.I.A. è inammissibile, in quanto la D.I.A. è e rimane un mero atto di iniziativa privata, per ciò solo non impugnabile davanti al Giudice Amministrativo.

Da una tale ricostruzione dell'istituto sorgono tuttavia rilevanti problemi sostanziali e processuali. Si è posto in particolare l'articolato problema dell'esatta natura giuridica del silenzio eventualmente mantenuto dall'amministrazione nei venti giorni successivi alla presentazione di una denuncia di inizio attività (nello specifico modulo delineato in materia edilizia dalla legge n. 662/1996), dei rimedi giurisdizionali di cui il terzo dispone per opporsi all'esecuzione dei lavori intrapresi in base alla semplice denuncia del loro inizio da parte dell'interessato (in particolare nel caso che l'Amministrazione non adotti un formale provvedimento inibitorio nel termine dei venti giorni prescritti dalla norma, prima che l'attività denunciata possa essere intrapresa dall'interessato) e, dunque, se il comportamento silente in questione sia giuridicamente

qualificabile come "inadempimento" e come tale sia quindi giustiziabile (solo) secondo il rito speciale di cui all'art. 21-*bis* della legge n. 1034 del 1971 (tesi appunto sostenuta qui dall'appellante principale).

Alla risoluzione del problema concorrono, sottolinea il Collegio, una serie di elementi logico-normativi.

Occorre premettere che l'art. 2, comma 60, della legge 23 dicembre 1996, n. 662 e successive modificazioni (sostituendo il testo dell'art. 4 del decreto legge 5 ottobre 1993, n. 398, convertito nella legge 4 dicembre 1993, n. 493) ha introdotto nel nostro ordinamento la facoltà di eseguire taluni specifici interventi edilizi previa mera Denuncia di Inizio di Attività, ai sensi e per gli effetti dell'art. 19 della legge 7 agosto 1990, n. 241 (nel testo sostituito dall'art. 2 della legge 24 dicembre 1993, n. 537), per cui in tali casi l'atto di consenso dell'Amministrazione si intende sostituito dalla D.I.A. (c.d. "deregulation").

Il comma undicesimo dell'art. 4 della citata legge 4 dicembre 1993 n. 493 e ss. mm. statuiva, in particolare, che: "Nei casi di cui al comma 7°, venti giorni prima dell'effettivo inizio dei lavori, l'interessato deve presentare la denuncia di inizio dell'attività, accompagnata da una dettagliata relazione a firma di un progettista abilitato, nonché dagli opportuni elaborati progettuali, che asseveri la conformità delle opere da realizzare agli strumenti urbanistici adottati o approvati ed ai regolamenti edilizi vigenti ...".

Disponeva, poi, il comma quindicesimo del medesimo art. 4 che: "Nei casi di cui al comma 7°, il Sindaco, ove entro il termine indicato al comma 11°, sia riscontrata l'assenza di una o più delle condizioni stabilite, notifica agli interessati l'ordine motivato di non effettuare le previste trasformazioni e, nei casi di false attestazioni dei professionisti abilitati, ne dà contestuale notizia all'autorità giudiziaria ed al consiglio dell'ordine di appartenenza".

Insomma, alla stregua di dette norme, spettava all'Autorità Comunale, nel termine di venti giorni dalla presentazione della denuncia (periodo che doveva essere lasciato libero prima di iniziare i lavori), verificare d'ufficio la sussistenza dei presupposti della procedura ed il rispetto delle prescrizioni di legge; qualora venisse riscontrata l'assenza di una o più delle condizioni stabilite, spettava al dirigente del competente ufficio comunale (in virtù dello spostamento di competenze gestorie operato dall'art. 45 del decreto legislativo 31 marzo 1998, n. 80) ordinare agli interessati, con provvedimento motivato da notificarsi entro il termine anzidetto, di non effettuare le previste trasformazioni.

A disciplinare siffatta D.I.A. è poi sopravvenuto il T.U. in materia edilizia 6 giugno 2001, n. 380. Esso, nell'abrogare il ridetto art. 4 del decreto legge 5 ottobre 1993, n. 398, convertito nella legge 4 dicembre 1993, n. 493 (art. 136, comma 1, lett. g)), ha modificato il veduto assetto normativo.

In particolare, l'art 23 (R) [la cui rubrica reca: - (L comma 3 e 4 - R comma 1, 2, 5, 6 e 7) (Disciplina della denuncia di inizio attività) - (legge 24 dicembre 1993, n. 537, art. 2, comma 10, che sostituisce l'art. 19 della legge 7 agosto 1990, n. 241; decreto-legge 5 ottobre 1993, n. 398, art. 4, commi 8-bis, 9, 10, 11, 14, e 15, come modificato dall'art. 2, comma 60, della legge 23 dicembre 1996, n. 662, nel testo risultante dalle modifiche introdotte dall'art. 10 del decreto-legge 31 dicembre 1996, n. 669)] prescrive che:

- comma 1: "il proprietario dell'immobile o chi abbia titolo per presentare la denuncia di inizio attività, almeno trenta giorni prima dell'effettivo inizio dei lavori, presenta allo sportello unico la denuncia ...";

- comma 5: "la sussistenza del titolo è provata con la copia della denuncia di inizio attività da cui risulti la data di ricevimento della denuncia, l'elenco di quanto presentato a corredo del

progetto, l'attestazione del professionista abilitato, nonché gli atti di assenso eventualmente necessari”;

- comma 6: "il dirigente o il responsabile del competente ufficio comunale, ove entro il termine indicato al comma 1 sia riscontrata l'assenza di una o più delle condizioni stabilite, notifica all'interessato l'ordine motivato di non effettuare il previsto intervento ... ".

Il T.U. per l'edilizia ha, quindi, espressamente collocato allo scadere del trentesimo giorno dalla notificazione della D.I.A. il termine dopo il quale l'interessato può iniziare i lavori ed il termine ultimo entro il quale la P.A. può inibire l'inizio delle opere; in altre parole, ha unificato i due termini in questione, ampliando quello relativo all'inizio dei lavori e dimezzando quello relativo all'adozione di eventuali misure inibitorie preventive (Cons. St., V, 29 gennaio 2004, n. 308).

Ciò premesso, va poi ricordato che la D.I.A. edilizia costituisce *species* (la cui disciplina prevale su quella generale) di un particolare tipo di procedimento semplificato ed accelerato, introdotto, come s'è già detto, in via generale dall'art. 19 della legge 7 agosto 1990, n. 241, riguardante, appunto, la c.d. denuncia di inizio di attività, il cui aspetto contenutistico e sostanziale va oggi valutato alla luce delle modificazioni apportate all'istituto dalla legge 14 maggio 2005, n. 80.

Si tratta invero di un istituto del tutto peculiare (che consente oggi al privato l'esercizio di una certa attività comunque rilevante per l'ordinamento, già subordinato a qualsivoglia forma di autorizzazione - il cui rilascio dipendesse esclusivamente dall'accertamento dei presupposti e dei requisiti fissati dalla legge o da atto amministrativo generale - a prescindere dalla emanazione di un espresso provvedimento amministrativo), comunque assimilabile ad una istanza autorizzatoria, che, con il decorso del termine di legge, provoca la formazione di un "titolo", che rende lecito l'esercizio dell'attività e cioè di un provvedimento tacito di accoglimento di una siffatta istanza.

Si prevede a tal fine una doppia comunicazione da parte del privato.

La prima consiste in una dichiarazione dell'interessato, "corredata, anche per mezzo di autocertificazioni, delle certificazioni e delle attestazioni normativamente richieste".

Con la seconda, il soggetto comunica che ad una certa data (non anteriore ai trenta giorni dalla presentazione della anzidetta dichiarazione) inizierà una certa attività (di solito produttiva) e, se entro un termine stabilito decorrente da tale comunicazione (trenta giorni, il cui computo inizia dal momento in cui la stessa sia stata ricevuta al protocollo generale dell'ente) l'Amministrazione non ne inibisce la prosecuzione (con un atto che ha natura di accertamento dei motivi giuridico-fattuali ostativi allo svolgimento dell'attività e dunque del tutto analogo ad un provvedimento di diniego di un atto autorizzatorio dell'attività medesima, sì che deve ritenersi in tal caso applicabile il disposto dell'art. 10-bis della legge n. 241/90 e che invece, verificandosi in tale ipotesi una sorta di inversione procedimentale, non necessita di previa comunicazione dell'avvio del procedimento: Consiglio Stato, sez. VI, 23 dicembre 2005, n. 7359), il titolo si consolida, salvo, naturalmente, l'intervento successivo di interdizione dell'attività, che può intervenire in tutti i casi di accertamento della mancanza, originaria o sopravvenuta, dei requisiti, al cui possesso l'ordinamento di settore subordina l'espletamento dell'attività medesima (Cons. St., IV, 26 luglio 2004, n. 5323).

L'atto di comunicazione dell'avvio dell'attività, a differenza di quanto accade nel caso del c.d. silenzio - assenso, disciplinato dall'articolo 20 della stessa legge n. 241-1990, non è una domanda, ma una informativa, cui è subordinato l'esercizio del diritto.

E il provvedimento, rispetto al quale l'amministrazione potrà esercitare poteri di autotutela

(non solo vincolati a carattere repressivo, ma anche discrezionali di secondo grado, come oggi espressamente previsto dal secondo periodo del comma 3 del nuovo art. 19), si forma con l'esperimento di un ben delineato mòdulo procedimentale, all'interno del quale la D.I.A. costituisce pur sempre una autocertificazione della sussistenza delle condizioni stabilite dalla legge per la realizzazione dell'intervento, sulla quale la pubblica amministrazione svolge una attività eventuale di controllo, al tempo stesso prodromica e funzionale al formarsi, a séguito del mero decorso di detto periodo di tempo (e non, dunque, dell'effettivo svolgimento della attività medesima), del titolo necessario per il lecito dispiegarsi della attività del privato.

Quanto al decorso del termine di trenta giorni, sembra ormai chiaro:

- che il consolidamento del titolo non possa comportare la possibilità che l'attività del privato, ancorché del tutto difforme dal paradigma normativo, possa considerarsi lecitamente effettuata e dunque possa andare esente dalle sanzioni previste dall'ordinamento per il caso di sua mancata rispondenza alle norme di legge e di regolamento, alle prescrizioni degli strumenti urbanistici ed alle modalità esecutive fissate nei titoli abilitativi;
- che il titolo stesso, in tal caso, possa esser fatto oggetto, alle condizioni previste in via generale dall'ordinamento, di interventi di annullamento d'ufficio o révoca da parte dell'Amministrazione.

In proposito, sembra decisivo:

- il fatto che l'art. 21 della legge n. 241 del 1990 stabilisce che le sanzioni già previste per le attività svolte senza la prescritta autorizzazione siano applicate quando una attività, pur dopo la comunicazione all'amministrazione, venga iniziata in mancanza dei requisiti richiesti o comunque in contrasto con le disposizioni di legge (comma 2) e che lo stesso art. 21, al comma 2-*bis*, configura l'inizio della attività "ai sensi degli articoli 19 e 20" non preclusivo dell'esercizio delle "attribuzioni di vigilanza, prevenzione e controllo su attività soggette ad atti di assenso da parte di pubbliche amministrazioni previste da leggi vigenti";
- che la veduta odierna previsione espressa del potere dell'Amministrazione di assumere determinazioni in via di autotutela (v. il comma 3 del nuovo art. 19) presuppone un provvedimento, o comunque un titolo, su cui intervenire;
- che, con specifico riferimento alla D.I.A. edilizia, il comma 2-*bis* dell'art. 38 del D.P.R. n. 380/01 prevede la possibilità di "accertamento dell'inesistenza dei presupposti per la formazione del titolo", detta ipotesi equiparando ai casi di "permesso annullato";
- che l'esercizio dei poteri di vigilanza e repressivi rappresenta, in via generale, una delle imprescindibili modalità di cura dell'interesse pubblico affidato all'una od all'altra branca dell'Amministrazione ed è espressione del principio di buon andamento di cui all'art. 97 Cost.;
- che, nella specifica materia dell'attività urbanistico-edilizia, un potere specifico di vigilanza (esercitabile, per la sua stessa natura, anche mediante provvedimenti innominati), volto ad "assicurarne la rispondenza alle norme di legge e di regolamento, alle prescrizioni degli strumenti urbanistici ed alle modalità esecutive fissate nei titoli abilitativi", è affidato dalla legge al dirigente o al responsabile del competente ufficio comunale (art. 27, comma 1, del D.P.R. n. 380/2001).

Pertanto, anche dopo il decorso del termine di trenta giorni previsto per la verifica dei presupposti e requisiti di legge, l'Amministrazione non perde i propri poteri di autotutela, né nel senso di poteri di vigilanza e sanzionatorii, né nel senso di poteri espressione dell'esercizio di una attività di secondo grado (estrinsecanti nell'annullamento d'ufficio e nella révoca, a proposito dei quali va peraltro rilevato che, nell'ipotesi in cui la legittimità dell'opera edilizia dipenda da valutazioni discrezionali e di merito tecnico che possono mutare nel tempo, il po-

tere di autotutela, esercitabile con riferimento ad una d.i.a. anche quando sia ormai decorso il termine di decadenza per l'esercizio dei poteri inibitori ex art. 23, comma 6, del D.P.R. n. 380/01, deve essere opportunamente coordinato con il principio di certezza dei rapporti giuridici e di salvaguardia del legittimo affidamento del privato nei confronti dell'attività amministrativa); mentre i terzi, che si assumano lesi dal silenzio prestato dall'Amministrazione a fronte della presentazione della d.i.a., si graveranno legittimamente non avverso il silenzio stesso, ma, nelle forme dell'ordinario giudizio di impugnazione, avverso il titolo, che, formatosi e consolidatosi nei modi di cui sopra, si configura in definitiva come fattispecie provvedimentale a formazione implicita.

Né alla opposta tesi, di cui si fa in questa sede portatore l'appellante principale, può aderirsi nemmeno in relazione al periodo, che viene appunto qui in considerazione in relazione alla data di formazione del titolo oggetto del giudizio, anteriore alle modifiche apportate all'istituto dalla legge n. 80/2005, atteso che la veduta introduzione, ad opera di detta legge, di poteri di autotutela in capo all'amministrazione, pur certamente significativa ai fini della ricostruzione dell'istituto come sopra operata, non sembra tuttavia decisiva, ed autonomamente rilevante, ai fini della stessa e della risultante qualificazione dell'istituto stesso; la quale, legata, come s'è visto a ben più ampi e diversificati presupposti e riscontri di carattere logico e normativo, non può che essere riferita anche ai provvedimenti formati anteriormente alla novellazione della legge n. 241/1990 operata dal legislatore del 2005, rilevando in particolare, per quanto specificamente attiene alla D.I.A. edilizia, l'art. 38, comma 2 bis e dall'art. 39, comma 5 bis, del D.P.R. n. 380/2001, in forza dei quali risultano estese agli interventi realizzati con D.I.A. sia la disciplina degli interventi eseguiti in base a permesso annullato (il che presuppone evidentemente che la D.I.A. costituisca un titolo suscettibile di annullamento), sia la possibilità di annullamento straordinario da parte della Regione.

8.2 - Superato lo scoglio della questione di ammissibilità dell'impugnazione della D.I.A., quanto al mérito della questione, che si pone a proposito della D.I.A. oggetto del presente giudizio, il T.A.R. ha concluso per la sua illegittimità, ritenendo che il Comune abbia omesso di verificare la sussistenza, nel caso concreto, dei presupposti necessari per assentire (tacitamente) l'intervento richiesto ed in particolare del titolo di proprietà di una fascia di terreno, secondo la ricorrente originaria di sua proprietà.

La statuizione del giudice di primo grado resiste al proposto appello e dev'essere, come già detto, confermata.

L'art. 4 della legge 28 gennaio 1977, n. 10, attualmente riprodotto dall'art. 11 del d.P.R. 6 giugno 2001, n. 380 (t.u. edilizia), prevede che la concessione edilizia, oggi permesso di costruire, sia rilasciata "al proprietario dell'immobile o a chi abbia titolo per richiederlo": in proposito, costante giurisprudenza (v., per tutte, Cons. Stato, sez. V, 15 marzo 2001 n. 1507) afferma allora che, in sede di rilascio, il Comune è tenuto a verificare la legittimazione soggettiva del richiedente, con il solo limite di non poter procedere d'ufficio ad indagini su profili della stessa che non appaiano controversi.

E se è vero, come qui sostiene l'appellante principale, che il potere/dovere così delineato in capo all'Amministrazione può limitarsi alla verifica dell'esistenza del possesso dell'area (e cioè del concreto esercizio, da parte del richiedente il titolo, del potere sulla cosa, che si concreta in un'attività corrispondente all'esercizio della proprietà o di altro diritto reale), tale accertamento attiene pur sempre ad un livello minimo di istruttoria, che va superato ed approfondito allorché, come appunto avviene nel caso di specie e come ampiamente documentato in atti dall'originaria ricorrente, problematiche di asserita, indebita, appropriazione

del fondo altrui insorsero già all'atto dell'edificazione dei condominii, cui ineriscono le opere, di cui alla D.I.A. in argomento.

Una tale verifica, imposta dai più volte citati artt. 4 della legge n. 10/1977 ed 11 del d.P.R. n. 380/2001 (che, nel richiedere la sussistenza di un titolo legittimante, non possono che riferirsi alla concreta estensione del diritto vantato e fatto valere avanti all'Amministrazione, senza che per questo debba ritenersi devoluto alla stessa il definitivo accertamento di eventualmente confliggenti posizioni di diritto soggettivo, demandato alla sede naturale della risoluzione di tali conflitti ch'è la giurisdizione ordinaria), è nell'istruttoria all'esame del tutto mancata, sì che della stessa deve farsi carico l'Amministrazione stessa nella riedizione dell'attività amministrativa imposta dall'effetto conformativo scaturente dalla presente decisione.

8.3 – L'appello principale va dunque in tale parte respinto, con conseguente conferma dell'impugnata decisione quanto alla statuizione di accoglimento del ricorso di primo grado n. 863/2005.

9. – In definitiva, l'appello principale va accolto in parte, nei termini di cui sopra, con conseguente accoglimento, in riforma della sentenza impugnata, dell'originario ricorso n. 3400/04 quanto al solo petitum di annullamento e conferma dell'impugnata decisione quanto alla statuizione di accoglimento del ricorso di primo grado n. 863/2005.

L'appello incidentale del comune va invece dichiarato irricevibile.

Le spese del doppio grado, in ragione della reciproca parziale soccombenza, possono essere integralmente compensate fra le parti.

P.Q.M.

il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quarta), definitivamente pronunciando sul ricorso indicato in epigrafe:

- accoglie in parte l'appello principale, nei sensi e limiti di cui in motivazione e, per l'effetto, conferma la sentenza impugnata quanto alla statuizione di accoglimento del ricorso di primo grado n. 863/2005, mentre, in riforma della sentenza stessa, accoglie l'originario ricorso n. 3400/04 quanto al solo petitum di annullamento;
- dichiara irricevibile l'appello incidentale.

Spese del doppio grado compensate.