

IL PROCEDIMENTO AMMINISTRATIVO A VENTI ANNI DALLA SUA CODIFICAZIONE  
Le più recenti modifiche - Legami con il codice del processo amministrativo  
di Italo Franco  
consigliere del Tar Veneto

pubblicato sul sito <http://www.giustizia-amministrativa.it> il 28 dicembre 2010

*Sommario:* 1- La centralità della legge generale sul procedimento nel nostro ordinamento amministrativo. 2- Modifiche e integrazioni più recenti. 3- Termine di conclusione del procedimento. 4- Responsabilità da inerzia o da ritardo nella conclusione del procedimento: art. 2-bis l. n. 69/2009. 4- Art. 19: dalla DIA alla SCIA. 5- Campo di applicazione (art. 29).

*1- La centralità della legge generale sul procedimento nel nostro ordinamento amministrativo.*

Nella temperie che ispira (ed anzi domina) il dibattito dottrinale attuale (e che trova riscontro nelle primissime pronunce giurisdizionali al riguardo), grande spazio trovano le tematiche del processo amministrativo, cui il legislatore ha inteso –tra qualche perplessità in proposito, in specie per quanto concerne la necessità stessa di una codificazione- dedicare un codice<sup>1[1]</sup>, ciò che costituisce una novità assoluta per il nostro ordinamento. (Naturalmente, convegni, saggi e articoli hanno luogo anche in merito ad altri argomenti, ma prevalgono le tematiche legate al codice, che peraltro inglobano temi che parrebbero più circoscritti quale la “direttiva ricorsi”, in materia di contratti pubblici di appalto, e le novità di grande spessore concernenti la giurisdizione sulle controversie riguardanti i riflessi sul contratto dell’annullamento dell’aggiudicazione).

Con una qualche diversione rispetto al tema che raccoglie maggiormente l’attenzione e la concentrazione di magistrati, avvocati e studiosi, vorremmo, tuttavia, fare il punto su una materia che precede il processo –il procedimento amministrativo- e che ha largamente dominato per lungo tempo, in un non lontano passato, nella riflessione dottrinale e nella giurisprudenza. Infatti non sono davvero poche né sempre marginali le modifiche e le novelle apportate alla legge n. 241/90, di modo che non sembra inopportuno verificare quale sia lo “stato dell’arte” della relativa disciplina a seguito dei vari rimaneggiamenti da essa subiti (taluni proprio ad opera del menzionato codice).

Sono passati, ormai, più di venti anni da quando, con inusitata rapidità e quasi di soppiatto (almeno, così parve ai più, poiché non era stata preceduta da un dibattito reclamizzato o comunque pubblico) venne introdotta nel nostro ordinamento una disciplina generale sul procedimento amministrativo (in precedenza a lungo vanamente invocata), mediante emanazione della legge 7 agosto 1990 n. 241, che venne accolta, comunque, come una piacevole sorpresa, dandosi atto dell’egregio lavoro compiuto dalla “commissione Nigro”<sup>2[2]</sup>. Rimandando di pochissimo il discorso circa la portata e l’efficacia di tale legge specialmente alla data odierna, va detto subito che –cosa del resto notoria- il *corpus* costituito dalla l. n. 241/90 è stato, nel tempo, modificato, rimaneggiato e integrato in vari

---

<sup>1[1]</sup> Cfr. d.lgs. 2 luglio 2010 n. 104 “Attuazione dell’art. 44 della legge 18 giugno 2009 n. 69, recante delega al governo per il riordino del processo amministrativo”.

<sup>2[2]</sup> A ridosso della pubblicazione sulla G.U. seguì una letteratura via via più vasta di commento alla legge e alle innovazioni da essa recate (piace ricordare che nostro fu il primo commento articolo per articolo, uscito in tre edizioni presso Pragma, BO e poi presso CEDAM- PD, con altra aggiornata edizione, uscita nel 2001: *Il nuovo procedimento amministrativo commentato*, cui è seguito, più di recente, il primo volume del *Manuale del nuovo diritto amministrativo – la funzione amministrativa, il procedimento e il provvedimento*, MI 2007). Tanto è ampia la letteratura sulla 241, che non mette conto citare altri scritti, nel timore di lasciare fuori dall’elenco opere meritevoli.

punti<sup>3[3]</sup> (ma, bisogna dire, mai mutato nel suo nucleo centrale), e su ciò ci si soffermerà più avanti.

Stanti tali modifiche e integrazioni di vario contenuto –apportate qua e là da norme di leggi successive, in modo frammentario e in epoche diverse, dando luogo ad un testo legislativo a volte sensibilmente diverso dal precedente (specie in quelle parti del tutto nuove, come il capo IV-*bis*<sup>4[4]</sup> che, peraltro, introduce nella legge sul procedimento disposizioni concernenti, in realtà, il provvedimento, più specificamente i vizi e la patologia degli atti amministrativi, in generale) - pare opportuno condurre una rivisitazione, per quanto sommaria, del quadro normativo inerente alla disciplina del procedimento, oggi vigente<sup>5[5]</sup>, limitatamente alle più importanti fra le modifiche più recenti. La rivisitazione è tanto più opportuna ove si ricordi che il testo (tanto quello originario, quanto quello di volta in volta modificato nel tempo) conteneva, come è noto, non poche disposizioni in tema di giurisdizione, andando, così, ad interferire anche con le tematiche del processo amministrativo<sup>6[6]</sup>. Ora, invece, queste disposizioni non si rinvengono più nella “legge” (la quale parrebbe, così, *ictu oculi*, stranamente monca), poiché il codice del processo amministrativo (approvato con d.lgs. 2 luglio 2010 n. 104) ha abrogato tutte tali previsioni recate dalla stessa “legge”, al tempo stesso introducendo corrispondenti previsioni normative, nell’apposita sede<sup>7[7]</sup>. Insomma, oggi la legge 241 va letta in maniera integrata e coordinata –quanto ai profili processuali e quelli inerenti alla giurisdizione- con il d.lgs. n. 104/2010 (recante il c.p.a.).

L’introduzione della legge, che al tempo della sua emanazione fece quasi scalpore (come si è accennato), rappresentò una grande novità per l’ordinamento amministrativo, destinata a incidere in maniera sensibile e duratura nei rapporti tra l’apparato dei pubblici uffici –cioè i pubblici poteri- e i cittadini, come pure gli altri soggetti (società, associazioni, enti pubblici e privati, ecc.). In verità, possiamo dire oggi che si tratta di una legge “epocale” come poche altre nel panorama del nostro ordinamento. [Forse solo la l. n. 2248/1865, all. E, regge il confronto –se non altro per la sua longevità-, ma bisogna riconoscere che la materia regolata (intendiamo, taluni aspetti della giustizia amministrativa, in particolare per quanto concerne le norme che successivamente sono state poste alla base dell’individuazione dei criteri di riparto della giurisdizione tra i giudici amministrativo e ordinario) era, al postutto, di meno ampio impatto].

La legge generale sul procedimento ha rappresentato una cesura netta tra vecchio e nuovo ordinamento amministrativo: in un certo senso, si può dire che, dopo l’entrata in vigore della legge, tutta l’attività della p.a. e il suo *modus operandi* –sia pure in maniera sofferta e molto diluita nel tempo- ha dovuto cambiare. Anche se in non poche parti la legge non faceva che recepire pregressi orientamenti ed elaborazioni della giurisprudenza

---

<sup>3[3]</sup> L’ultima novità è costituita dalla recentissima modifica della disciplina della DIA (denuncia –poi dichiarazione- di inizio attività), dettata nell’art. 19 (che già in precedenza era stato sottoposto a rimaneggiamenti vari, con altre norme), mediante sostituzione dell’articolo medesimo, che nel nuovo testo introduce, in luogo della DIA, la SCIA (segnalazione certificata di inizio attività) introdotta, dapprima con l’art. 85 del d.l. 31 marzo 2010 n. 59 e poi con l’art. 49, comma 4-*bis* del d.l. 31 maggio 2010 nel testo integrato dalla relativa legge di conversione (su ciò *infra*, nel testo, par. 4).

<sup>4[4]</sup> Introdotto *ex novo* dalla legge n. 15/2005, e riguardante, in verità, tematiche (del resto molto significative), inerenti non al procedimento, bensì al provvedimento amministrativo.

<sup>5[5]</sup> Tracciano una panoramica analoga a ridosso dell’entrata in vigore della legge 18 giugno 2009 n. 69 (contenente anche la delega al Governo volta all’approvazione di un codice del processo amministrativo) Figorilli – Fantini: *Le modifiche alla disciplina generale del procedimento amministrativo*, in *Urban. app.*, 8/2009, 916 ss.

<sup>6[6]</sup> Previsioni normative di siffatto genere erano contenute qua è nella legge, ed altre se ne erano aggiunte con le modifiche e integrazioni successive, concernenti tanto regole in ordine a specifiche azioni giudiziali e riti processuali (ad es., in tema di diritto di accesso ai documenti), quanto in tema di giurisdizione (cfr. art 11, 21-*quinquies*, 21-*septies*, art. 25, ecc.).

<sup>7[7]</sup> Ad es., tutte le previsioni di attribuzione della giurisdizione esclusiva (su determinate controversie, come, tra le altre, in tema di accordi ex art. 11 e 15) al giudice amministrativo sono, ora, ricomprese (insieme con tutte le altre materie di giurisdizione esclusiva del g.a.) nell’art. 133 del c.p.a.

(ad es., in tema di motivazione dei provvedimenti), che così ricevevano la sanzione e il riconoscimento legislativo, il tasso di novità della gran parte delle sue disposizioni ha costretto l'ordinamento amministrativo (inteso in senso dinamico, nel suo diuturno mutare e nella prassi) a ri-orientarsi, tanto che, da quel momento in poi, ci si potrebbe anche azzardare a dire che il diritto amministrativo non sia più lo stesso rispetto all'epoca precedente alla legge 241/90 (d'ora in avanti: "legge").

Nei paragrafi che seguono abbozzeremo una panoramica sulle parti della "legge" più incisivamente modificate (o innovate) rispetto all'edizione originaria, con riguardo alle più recenti modifiche e integrazioni, in modo da dare, indirettamente (dando per scontata, salvo espliciti richiami, la conoscenza dell'impianto generale della legge e di molte sue parti), un quadro della disciplina attualmente vigente del procedimento amministrativo, e dando conto, inoltre, del raccordo con il menzionato codice del processo amministrativo (c.p.a.), dove sono state integrate le disposizioni in tema di giurisdizione in essa previste, che sono state abrogate, come si è detto e come si vedrà di volta in volta (di ciò si darà conto, brevemente, più avanti).

## *2- Modifiche e integrazioni più recenti.*

Anticipiamo qui, in sintesi, le parti della legge interessate dalle più recenti modifiche (limitatamente agli anni 2009 – 2010), sulle più rilevanti delle quali ci si soffermerà partitamente più avanti.

A) Una prima modifica, che costituisce piuttosto una forma di riassetto della materia, è data dalla revisione dell'art. 2, in tema di tempi di conclusione dei procedimenti di competenza delle singole amministrazioni e degli enti pubblici. B) Una seconda, e più significativa novella, è stata introdotta dall'art. 7 della l. n. 69/2009 in relazione alle conseguenze dell'omessa o tardiva conclusione del procedimento, che d'ora in avanti dà luogo alla risarcibilità del danno da ritardo.

C) Modifiche di minore o difforme rilevanza riguardano la conferenza di servizi disciplinata dall'art. 14-ter, variamente integrata o modificata da norme successive. Quivi, la l. n. 69/2009, al comma 1 (nel segno dell'utilità e praticità) ha aggiunto la novella in forza della quale la stessa potrà svolgersi anche per via telematica; quindi (a parte lievi modifiche apportate al comma 2 circa la convocazione dei soggetti interessati, ecc.), i commi 2-bis e 2-ter sono stati aggiunti dalla l. n. 69/2009. Essi prescrivono, in breve, rispettivamente: l'obbligo di convocare alla conferenza di servizi anche i soggetti proponenti del progetto dedotto in conferenza; la partecipazione alla stessa, senza diritto di voto, dei concessionari e gestori dei pubblici servizi coinvolti, nonché delle amministrazioni "preposte alla gestione delle eventuali misure pubbliche di agevolazione".

D) Ulteriori modifiche in tema di conferenza di servizi reca lo stesso d.l. che, con il comma, 3, lettera b) dell'art. 49, quanto all'art. 14-quater della "legge" (la cui rubrica suona: "*Effetti del dissenso espresso nella conferenza di servizi*"), ha soppresso i commi 3, 3-bis, 3-ter e 3-quater (introdotti dall'art. 11 della l. n. 15/2005), sostituendoli unicamente con il novellato comma 3. Quivi si prevede la rimessione al Consiglio dei Ministri -in ipotesi di dissenso tra amministrazione statale e amministrazione regionale, o di una provincia autonoma, tra più regioni, ovvero tra Stato centrale e enti locali interessati, previa intesa con la regione- delle fattispecie nelle quali sia stato espresso motivato dissenso da parte di amministrazioni preposte alla tutela ambientale, paesaggistico- territoriale, storico-artistico, della salute e della pubblica incolumità, il quale Consiglio si esprimerà entro il termine di sessanta giorni, nel rispetto del principio di leale collaborazione<sup>8[8]</sup>, previa intesa con la regione o la provincia autonoma interessata. (La norma prosegue stabilendo che se un'intesa non è

---

<sup>8[8]</sup> Tale principio viene in rilievo, infatti, in tutte quelle materie in relazione alle quali gli enti di autonomia locale (a partire dalle regioni e dalle province autonome) godono di competenze che, ordinariamente, sono concorrenti con quelle spettanti allo Stato centrale.

raggiunta, il Consiglio dei Ministri adotta comunque una deliberazione, nei successivi trenta giorni), avvalendosi del suo potere sostitutivo con la partecipazione dei presidenti delle regioni o province autonome interessate<sup>9[9]</sup>.

E) Altre variazioni, aggiunte o sostituzioni (commi 3-*bis*, 4-*bis*, 6-*bis* e 7) sono state, opportunamente, introdotte dal d.l. 31.05.2010 n. 78 in tema di partecipazione o assenso della Sovrintendenza preposta all'espressione delle valutazioni di ordine paesaggistico e ambientale, ed anche in tema di formazione dell'avviso della conferenza di servizi, e della conseguente (conforme) determinazione della p.a. precedente. F) Altre modifiche di non particolare impatto riguardano i pareri che le p.a. precedenti debbano acquisire al procedimento (di cui all'art. 16 della "legge"). Per effetto delle modifiche apportate dall'art. 8 della citata legge n. 69/2009, si dispone (comma 1 e 4 modificati) che gli organi consultivi debbano rendere il parere obbligatorio richiesto entro il termine di 20 giorni (e, nel caso di pareri facoltativi, debbano far conoscere il termine entro il quale renderanno il parere richiesto, comunque entro un termine non superiore a 20 giorni), ed entro 15 dalla data di ricezione degli elementi istruttori, nel caso di interruzione del termine per esigenze istruttorie.

G) Infine, è stato migliorato il testo dell'art. 29, scritto in tema di campo di applicazione della "legge".

### 3- *Termine di conclusione del procedimento.*

Sofferamoci, ora, sulla prima delle modifiche di maggiore rilievo ed estensione apportate alla "legge". Si premette, al riguardo, che una delle novità più significative recate dalla "legge" era costituita dalla previsione inerente all'obbligo di fissazione di un termine per la conclusione di ogni procedimento (art. 2). Il tempo massimo andava stabilito, per ognuno dei procedimenti gestiti, da parte delle singole amministrazioni competenti; in caso di omessa specificazione del termine di conclusione –con atti di natura regolamentare o altri atti a carattere generale- valeva il termine suppletivo indicato nella norma (art. 2), che, originariamente di trenta giorni, venne poi portato a novanta e quindi ancora a trenta, ma coevamente alla stesura di una più articolata disciplina in materia.

In effetti, l'art. 2 –il cui testo è stato interamente sostituito, da ultimo, con l'art. 7 della l. 18 giugno 2009 n. 69- detta una compiuta e più articolata e organica disciplina in fatto di tempi di definizione dei procedimenti, disponendo che, per le amministrazioni statali e gli enti pubblici nazionali, qualora questi non abbiano previsto tempi di conclusione diversi (per i procedimenti di competenza), il termine entro il quale il singolo procedimento deve avere fine è di trenta giorni (comma 2). Tale arco temporale assume, dunque, il valore di un termine suppletivo sussidiario, di generale applicazione in via residuale, nei casi in cui i singoli enti non abbiano inteso avvalersi del potere (ordinariamente di rango regolamentare) che il legislatore statale conferisce loro, di autoregolarsi in ordine ai procedimenti di competenza (singoli, o per categorie).

Soggiunge la stessa norma che, nel disciplinare autonomamente i tempi in questione, tali amministrazioni ed enti debbono prevedere durate non superiori a 90 giorni (comma 3). Tuttavia, provvidamente il legislatore ha disposto (co. 4°) che, in relazione alla "*sostenibilità dei tempi sotto il profilo dell'organizzazione..., della natura degli interessi pubblici tutelati e della particolare complessità del procedimento*" (dove la difficoltà di definire i procedimenti nell'arco temporale di novanta giorni), gli enti medesimi possano

---

<sup>9[9]</sup> La determinazione del Consiglio dei Ministri, evidentemente, non potrà che essere favorevole all'una o all'altra delle amministrazioni che non hanno raggiunto l'intesa. È perciò che il Consiglio dei Ministri agisce nell'ambito del suo potere sostitutivo.

prevedere, nei regolamenti inerenti alla disciplina dei procedimenti gestiti, tempi più lunghi (ma mai, però, tali da superare la durata massima di centottanta giorni<sup>10[10]</sup>).

Prima di soffermarsi sulla tematica del risarcimento del danno derivante dalla omessa o tardiva conclusione del procedimento, accenniamo, per ora *en passant*, all'interrogativo circa la portata e l'estensione della norma, in altre parole al suo campo di applicazione, in ordine al quale, occorre dire, perplessità sorgono in merito, da un lato, alla scelta legislativa in sé, dall'altro all'interpretazione, specialmente per quanto concerne le amministrazioni e gli enti non statali. Insomma, ci si chiede se esista, o meno, una disciplina unitaria del procedimento -e, in particolare, delle regole sui tempi di conclusione-, applicabile in tutto il territorio nazionale e a tutte le tipologie di amministrazioni ed enti pubblici, ovvero se vi sia, invece, una differenziazione (e, in caso di risposta affermativa, per quanta parte). Ma di ciò si dirà in fine, in punto di commento delle novelle apportate all'art. 29 della l. n. 241/90, scritto, appunto, in tema di campo di applicazione dell'intera "legge".

Tornando all'argomento dei tempi di perfezionamento del procedimento e delle conseguenze dell'inosservanza degli stessi, diremo che, scritta com'era originariamente, la norma (art. 2) rimaneva bellamente ignorata, data l'assenza di sanzioni (o comunque di conseguenze sfavorevoli) nei riguardi dell'ente o p.a. che non osservasse, da un lato, il precetto in ordine all'obbligo (o piuttosto onere) di approvare i menzionati regolamenti, dall'altro quello -maggiormente pregnante per i riflessi diretti sugli specifici rapporti intercorrenti con i privati che avessero presentato istanza per ottenere un dato provvedimento, ovvero nei confronti dei quali si fosse iniziato d'ufficio un procedimento- di completare l'iter procedimentale entro il termine previsto. Anche nei casi in cui le singole p.a. avevano provveduto a regolare i tempi dei procedimenti di competenza, lo avevano fatto, talora, in modo molto blando (prevedendo, in specie per i procedimenti più complessi o articolati, tempi di tale lunghezza da vanificare, ancora una volta, il comando legislativo volto ad imporre ad amministrazioni ed enti pubblici di concludere i singoli *itinerari* procedimentali in tempi certi prefissati). In ordine alla previsione di forme di misure sanzionatorie quale conseguenza della mancata conclusione di specifici procedimenti entro il termine previsto, ovvero in merito alla tardiva conclusione degli stessi, alquanto si era arrovellato il legislatore, muovendosi con ambiguità ed incertezze, in specie nel 1997 (epoca delle c.d. "leggi Bassanini": cfr. legge n. 59/97). Quivi, infatti, all'art. 17, comma 1, lettera f), era stata conferita una delega al Governo, al fine di prevedere "forme di indennizzo, automatiche e forfettarie", per i casi mancato rispetto del termine di conclusione del procedimento". Ma la delega rimase lettera morta, non essendosene avvalso il Governo (del resto, si trattava di previsioni alquanto pasticciate già nella formulazione della delega, che denotavano perplessità e, secondo una facile previsione, poco efficaci).

#### 4- *Responsabilità da inerzia o da ritardo nella conclusione del procedimento: art. 2-bis l. n. 69/2009.*

Assume, così, una carattere senz'altro determinante e risolutivo la novella apportata alla "legge" con l'art. 2-bis [aggiunto dall'art. 7, comma 1, lettera c) della già citata legge n. 69/2009], la cui rubrica recita: "Conseguenze per il ritardo dell'amministrazione nella conclusione del procedimento". All'apparenza semplice e lineare, e non ridondante, è

---

<sup>10[10]</sup> Bisogna dire che l'arco temporale di 180 giorni -che, in sé considerato, potrebbe apparire eccessivamente lungo- costituisce, invece, una meta apprezzabile (se venisse osservato), ove si abbia riguardo al fatto che, in passato, erano stati previsti, nei regolamenti di talune amministrazioni, tempi dell'ordine anche di oltre tremila giorni (ad es. ai fini della liquidazione della pensione nel settore pubblico) e che, anche oggi, la prassi seguita e l'organizzazione in molti enti pubblici è tale da far prevedere che difficilmente potranno essere portati a conclusione entro sei mesi dall'inizio certi procedimenti (si pensi, ad es., ai procedimenti di approvazione degli strumenti urbanistici e dei piani attuativi).

l'icastica statuizione recata dal primo comma, che testualmente recita: "Le pubbliche amministrazioni e i soggetti di cui all'art. 1, comma 1-ter, sono tenuti al risarcimento del danno ingiusto cagionato in conseguenza dell'inosservanza dolosa o colposa del termine di conclusione del procedimento". Annotiamo incidentalmente al riguardo che gli ulteriori soggetti di cui parla la disposizione appena riportata sono i soggetti privati preposti all'esercizio di attività amministrative (si pensi ai servizi pubblici locali, spesso affidati a società concessionarie, ovvero aggiudicatarie di apposita gara di appalto a evidenza pubblica, non poche volte a capitale misto pubblico-privato), i quali a loro volta, per esplicita statuizione normativa, sono obbligati ad applicarla.

Questa norma costituisce effettivamente la svolta, che si era attesa a lungo, e sblocca una situazione di stallo che si era creata, verosimilmente, a causa del timore che la ricaduta sullo Stato-apparato in termini di onere finanziario per la pubblica amministrazione nel suo insieme sarebbe stato esorbitante. Ed invero, responsabilizzare la p.a. anche sotto questo versante, chiamandola a risarcire anche la mera (?) aspettativa di un provvedimento (di contenuto qualsivoglia, come si dirà meglio più avanti, e non necessariamente favorevole al privato che sia in attesa di un provvedimento concessorio, autorizzativo, *et similia*), sembrava eccessivo –anche se ciò non veniva generalmente detto esplicitamente-, e comunque tale da esporre le stesse amministrazioni pubbliche ad esborsi non indifferenti<sup>11[11]</sup>.

La semplicità solo apparente della norma sta nel fatto che questa compie scelte nette, in relazione a moduli alternativi o aspetti teorico-sistematici diversi finora molto dibattuti, sia in giurisprudenza che in dottrina: basti pensare alla *vexata quaestio* del carattere –extracontrattuale o contrattuale “da contatto”- della responsabilità che definiremmo “procedimentale” della p.a. Qui, parlando la norma di “danno ingiusto” si denota la scelta legislativa a favore del modello di responsabilità extracontrattuale per quanto concerne quella qui in discussione. Che il legislatore abbia optato per il modello aquiliano, è rafforzato dall'espressa previsione, contenuta nella stessa norma, dove si specifica che, al fine di verificare la sussistenza di detto tipo di responsabilità, deve ricorrere l'elemento psicologico (dolo o colpa), sul che molto si era discusso –con riguardo al tema generale della risarcibilità delle lesioni inferte agli interessi legittimi fin dalla sua prima sanzione legislativa<sup>12[12]</sup>. (È facile, del resto, profetizzare che se ne discuterà ancora, alla luce della giurisprudenza formatasi in materia anteriormente alla legge n. 69/2009).

In primo luogo, nella richiamata giurisprudenza pregressa si era affermata la linea che propendeva per la risarcibilità del ritardo nelle ipotesi tanto di silenzio (o inerzia nel provvedere) quanto di emissione del provvedimento oltre il termine prefissato (da legge o regolamento), soltanto quando, con particolare riferimento all'ipotesi di interessi legittimi pretensivi, questo dovesse essere favorevole<sup>13[13]</sup>, quanto meno con buone probabilità, e

---

<sup>11[11]</sup> Insomma, si trattava, possiamo dire, di timori affatto analoghi a quelli che per lunghi decenni avevano ostacolato la sanzione legislativa di risarcibilità delle lesioni inferte a posizioni di interesse legittimo, peraltro rivelatisi, a conti fatti, sicuramente sovrastimati. È il caso di aggiungere, peraltro, che l'obbligo di risarcire anche il ritardo va ad aggiungersi agli altri oneri risarcitori scaturenti dall'illegittimità di atti e comportamenti della p.a., ovvero si verifica in maniera del tutto sganciata dalla possibilità di conseguire l'utilità o vantaggio perseguiti dal privato (nell'ipotesi di risarcimento del danno da solo ritardo).

<sup>12[12]</sup> Dapprima, come è noto, con gli art. 33, 34 e 35 del d.lgs. n. 80/98 (previsione relativa solo a controversie soggette alla giurisdizione esclusiva) e poi con l'art. 7 della l. n. 205/2000 con riguardo all'intera gamma della giurisdizione del g.a., compresa quella generale di legittimità.

<sup>13[13]</sup> La sentenza-guida (però ormai piuttosto risalente) è costituita da AD. Pl., 15.09.2005 n. 7 (fattispecie, tuttavia, inerente alla materia dell'edilizia, dove vigeva l'obbligo di svolgere il procedimento in tempi certi e cadenzati, ex d.lgs. n. 398/93), richiamata anche da Figorilli – Fantini, *op. cit.*, 919, cui erano seguite, tra le altre: Cons. St., sez. IV, 29.01.2008, n. 248 e 8.03.2009 n. 1162, TAR Lazio, sez. 2<sup>^</sup>-bis, 16.03.2009 n. 2694, ecc. In materia sono intervenute anche le S.U., con sentenza 25.03.2010 n. 7160 dove, senza prendere posizione sul punto che qui interessa, si statuisce (confermando l'assunto del G.A.) che detentore della giurisdizione in tema di responsabilità della p.a. per le ipotesi di silenzio o tardiva emissione del provvedimento, è il giudice amministrativo, trattandosi di interessi legittimi (vedila in

non pure in relazione al solo interesse alla conclusione in tempi certi del procedimento<sup>14[14]</sup>, a prescindere dal segno del provvedimento finale dovuto (positivo o negativo). In merito a tale orientamento si è rilevato<sup>15[15]</sup>:

*“Tale impostazione, che disegna l’illecito da atto illegittimo come aquiliano ai sensi dell’art. 2043 c.c. è stata però contrastata da chi riteneva che in realtà la legge 241/1990, prevedendo una serie di obblighi procedurali di correttezza a carico della p.a. e un rapporto diretto instauratosi tra cittadino e p.a. a seguito dell’istanza del privato, configurasse una responsabilità di natura contrattuale da “contatto”. In tale prospettiva anche la violazione del termine del procedimento comportava un diritto al risarcimento del danno risentito dal privato indipendentemente dal contenuto dell’atto.*

*Tale teoria, pur trovando autorevoli sostenitori, ha avuto limitata fortuna, anche in conseguenza del timore di estendere eccessivamente l’area della risarcibilità degli interessi legittimi, in presenza di vizi esclusivamente formali e in ordine ad interessi procedurali svincolati dalla debenza del bene della vita”.*

In merito all’onere probatorio –che nella lettera della disposizione sembra alquanto stringente- lo stesso deve essere a sua volta inteso *cum grano salis*. Ed invero, già la giurisprudenza anteriore, pur orientata prevalentemente in senso contrario (come si è riferito), ha avuto modo di affermare (Cons. Stato, sez. VI, 23.03.2009 n. 1732):

*“Il privato danneggiato può, quindi, invocare l’illegittimità del provvedimento quale indice presuntivo della colpa o anche allegare circostanze ulteriori, idonee a dimostrare che si è trattato di un errore non scusabile. Spetterà, di contro, all’amministrazione dimostrare che si è trattato di un errore scusabile, configurabile, ad esempio, in caso di contrasti giurisprudenziali sull’interpretazione di una norma, di formulazione incerta di norme da poco entrate in vigore, di rilevante complessità del fatto, di influenza determinante di comportamenti di altri soggetti, di illegittimità derivante da una successiva dichiarazione di incostituzionalità della norma applicata”.*

Per contro, ancora dopo l’introduzione nella legge 241 dell’art. 2-bis -nonostante l’apparenza di scelta netta a favore dell’indennizzabilità dell’“interesse procedimentale” (si intende, ad ottenere in tempi certi l’emissione del provvedimento finale, indipendentemente dal contenuto, riguardato come bene della vita ex se, accanto all’interesse sostanziale sottostante), si registrano pronunce di segno contrario:

*“L’art. 2 bis, l. n. 241 del 1990 prevede il risarcimento del danno ingiusto cagionato dall’inosservanza dolosa o colposa del termine di conclusione del procedimento. La norma, come si evince dal suo tenore testuale, non consente il risarcimento del danno da ritardo fine a sé stesso ma in relazione ad un bene della vita ingiustamente sottratto a colui che poteva nutrire una legittima aspettativa di conseguirlo. L’onere di provare il danno incombe sul danneggiato. In altri termini, ciò che si risarcisce non è una aspettativa all’agire legittimo dell’Amministrazione, bensì il mancato conseguimento del bene della vita cui si anelava al momento della proposizione dell’istanza. La norma, infatti, subordina il risarcimento alla causazione di un danno ingiusto (art. 2043 c.c.), a sua volta generato (nesso di causalità) dalla tardiva conclusione del procedimento ovvero mediante una condotta illecita imputabile all’Amministrazione apparato a titolo di dolo o colpa”<sup>16[16]</sup>.*

Ma crediamo di poter dire che atteggiamenti siffatti siano destinati ad essere superati, di fronte all’inequivocabile disposto legislativo, che ha scelto di tutelare anche l’interesse

---

*Urban. app.*, 7/2010, 791 ss. con nota di A. Spezzati, critica quanto all’enunciazione in tema di giurisdizione, appena richiamata, sull’assunto che si tratterebbe, piuttosto, di diritti soggettivi).

<sup>14[14]</sup> Al riguardo Ledda aveva parlato di “diritto alla risposta”.

<sup>15[15]</sup> P.M. Zerman, *Il risarcimento del danno da ritardo: l’art. 2-bis della legge 241/90 introdotto dalla legge 69/2009*, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it), la quale citava, tra gli autori favorevoli alla tesi minoritaria, A. Caringella, *Manuale di diritto amministrativo*, 2008.

<sup>16[16]</sup> TAR Lazio – RM, sez. I, 22.09.2010, n. 32382.

connesso alla certezza dei tempi dell'agire delle amministrazioni pubbliche. Certo, bisognerà dimostrare di avere subito un danno in diretta conseguenza (nesso di causalità) del silenzio o del ritardo della p.a. nel provvedere, e quantificarne, altresì, l'entità, secondo quei canoni probatori "attenuati" che abbiamo cercato di desumere dalla stessa giurisprudenza citata. (Ad es., contando sulla certezza dei tempi di conclusione del procedimento e nella ragionevole aspettativa della sua conclusione con esito positivo, taluno potrebbe essersi indotto ad impegnarsi contrattualmente con terzi, vedendosi, poi, costretto a subire la risoluzione del contratto a causa delle lungaggini o dell'inerzia dell'amministrazione: qui il danno subito potrebbe consistere nel *quantum* che Tizio sia stato costretto a pagare alla controparte, allorquando mai -o tardi- si sia sciolta l'incertezza). Del resto, conoscendo la prudenza del g.a. riguardo ad innovazioni del genere (e, in fondo, la stessa cautela mostrata dal foro nel formulare domande risarcitorie), si può facilmente ipotizzare che non saranno frequenti, né larghe nella quantificazione del danno, pronunce favorevoli al danneggiato (o presunto tale).

Tornando alla formulazione normativa, osserviamo che, nel testo originario dell'art. 2-bis, al secondo comma, si stabiliva la devoluzione al giudice amministrativo della cognizione delle controversie nascenti dall'applicazione della norma, in sede di giurisdizione esclusiva, e, a completamento della stessa previsione legislativa, si precisava che l'azione di risarcimento a tale titolo si prescrive in cinque anni (conformemente alla disciplina civilistica dell'azione di risarcimento per responsabilità aquiliana). Ora detto secondo comma è stato abrogato dal d.lgs. n. 104/2010 (recante il già citato codice del processo amministrativo) che, però, riproduce la disposizione nella norma dedicata alla giurisdizione esclusiva del g.a (art. 133) che reca un lungo elenco di materie le controversie relative alle quali sono soggette alla giurisdizione esclusiva del g.a., proprio al n. 1 della lettera a) del primo comma, con parole pressoché identiche. Tuttavia, occorre notare, al tempo stesso, che non è stata più riprodotta la previsione inerente alla prescrizione quinquennale dell'azione. Ci si potrebbe chiedere, dunque, *ictu oculi*, perché è stato abrogato il secondo comma, e quale sia, ora, il termine di prescrizione per instaurare l'azione di risarcimento del danno al titolo che ne occupa.

Ma dobbiamo registrare, riguardo al tema dell'azionabilità della domanda di risarcimento del danno (in tema, cioè, di azione di condanna, instaurata singolarmente o congiuntamente all'azione di annullamento), un cambiamento significativo del legislatore, sotto due profili (riducibili, comunque, a uno). La disciplina al riguardo è dettata nell'art. 30 del c.p.a, dove si statuisce, in primo luogo (comma 3), che il termine per l'instaurazione dell'azione risarcitoria per lesione di interessi legittimi è (non più di prescrizione, bensì) di *decadenza*. In merito a questa secca innovazione, viene da pensare che la previsione, per legge, di un termine di decadenza anziché di prescrizione debba essere messa in collegamento con i caratteri del giudizio amministrativo, il cui prototipo originale è costituito, notoriamente, dall'azione di annullamento, attivabile, come è noto, entro un termine di decadenza molto breve (60 giorni). La *liaison* sarebbe rappresentata dal fatto che si verte pur sempre in materia di interessi legittimi, sia quanto all'annullamento da provvedimenti che si pretendano illegittimi, sia in tema di risarcimento del danno da ritardo. La seconda innovazione consiste nel fatto che tale termine di decadenza –specie se raffrontato con l'originario termine di prescrizione- è significativamente breve (centoventi giorni, appena il doppio del termine relativo all'azione di annullamento). Il *dies a quo* è precisato nello stesso comma 3: il giorno di accadimento del fatto –è da credere, se si tratti di un comportamento-, ovvero di emissione del provvedimento risultato illegittimo- oppure di conoscenza del provvedimento medesimo, se posteriore, e se il danno discenda direttamente da questo -come precisa la norma-, cosa che del resto dovrebbe costituire l'ordinarietà in materia di danno discendente dall'illegittimità di un provvedimento amministrativo).

Sempre in merito al termine *ex lege* per l'instaurazione dell'azione di condanna al risarcimento, si deve richiamare, d'altronde, la previsione recata dal successivo comma 4 dell'art. 30 c.p.a., dove si prevede che il termine (di 120 giorni), specificamente per quanto riguarda il danno da ritardo, non inizia a decorrere "fintanto che perdura l'inadempimento", il che significa che il perdurare dell'inerzia, laddove risulti obbligatorio per la p.a. competente provvedere, configura una fattispecie di *illegittimità (o illecito) permanente*. La statuizione legislativa è opportuna, anche se a simile conclusione non sarebbe potuta non giungere la giurisprudenza, in applicazione dei principi.

È da credere che l'azione di risarcimento dei danni inferti a diritti soggettivi nelle materie di giurisdizione esclusiva sia attivabile, invece, entro il termine di prescrizione di cinque anni, conformemente alla normativa civilistica sul risarcimento da fatto illecito (ex art. 2043 e 2947 c.c.). Se così è, si sarebbe instaurata una diarchia difficilmente giustificabile, specialmente ove si ritenga (in aderenza ad una linea di pensiero di non pochi autori) che il risarcimento *costituisca comunque un diritto*, anche quando discenda dalla acclarata illegittimità di un provvedimento (o comportamento) della p.a., lesivo di una posizione di interesse legittimo. Inoltre, bisogna sempre tenere presente che talora non è facile distinguere e separare le posizioni giuridiche costituenti diritto soggettivo da quelle appartenenti al novero degli interessi legittimi (tanto più che, nelle controversie soggette alla giurisdizione esclusiva, si intersecano a volte in maniera inestricabile entrambe le tipologie di posizioni giuridiche soggettive, tanto che è proprio questa la giustificazione più risalente della previsione stessa, nel sistema, della giurisdizione esclusiva del g.a. in talune materie o tipi di controversie).

Infine, per quanto concerne la liquidazione del danno (in ordine, cioè, ai profili inerenti al *quantum*) osserviamo che, anche se la norma non ne parla, è prevedibile il ricorso, da parte del giudice, alla liquidazione in via equitativa dello stesso. Poiché, invero, solo in casi determinati l'interessato potrà comprovare l'ammontare effettivo del pregiudizio sofferto in conseguenza del ritardo, pare inevitabile che l'autorità giudiziale adita utilizzi il criterio della valutazione dello stesso secondo equità. Infatti, statuisce il medesimo comma 3° che il giudice è tenuto, nel determinare il risarcimento, a valutare "tutte le circostanze di fatto e il comportamento complessivo delle parti". Inoltre, con implicito richiamo dell'art. 1227 c.c., esplicitamente si prevede che non va risarcito il danno nell'ipotesi che alla produzione del medesimo abbia concorso il danneggiato, statuendosi che il risarcimento non è dovuto in relazione ai danni che si sarebbero potuti evitare usando (evidentemente da parte del danneggiato) l'ordinaria diligenza "*anche attraverso l'esperimento degli strumenti di tutela previsti*".

Quest'ultima parte della disposizione offre il fianco a qualche interrogativo: quali sono gli "strumenti di tutela" che ha di vista il legislatore? In primo luogo si debbono richiamare gli strumenti di tutela giudiziali: se, in altre parole, l'ordinamento prevedesse specifiche azioni –quali, ad es., l'invocazione della conciliazione previa rispetto all'azione giudiziale, o anche l'azione di risoluzione per inadempimento (trattandosi, ad es., di un contratto di utenza con un'azienda preposta all'erogazione di servizi pubblici)- la mancata attivazione di detti strumenti precluderebbe, poi, il risarcimento al titolo che ne occupa (danno ritardo). Ma anche la mancata utilizzazione di strumenti non giudiziali che l'ordinamento mette a disposizione del cittadino preclude il risarcimento a tale titolo: si pensi agli strumenti di tutela contemplati nelle carte di servizi inerenti ai vari servizi resi da soggetti pubblici o equiparati, agli strumenti arbitrali o conciliatori ivi previste, ecc.

In merito al tema dell'inerzia o silenzio della p.a., ricordato che l'apposita azione da sempre prevista al riguardo nell'ordinamento mira, in principalità, a fare ottenere all'interessato una pronuncia esplicita da parte dell'amministrazione che era rimasta silente, si ricorda che già la legge n. 205/2000 aveva previsto che il g.a., avesse il potere di decidere anche della fondatezza della pretesa sostanziale. Ciò, tuttavia, valeva ove non

si versasse in fattispecie di piena discrezionalità della p.a. in ordine al contenuto della decisione (pur dopo la pronuncia giudiziale di accoglimento del ricorso proposto contro il silenzio), rendendo, così, il giudice una pronuncia utile sotto tutti i profili (con riguardo, si può dire, al principio di economia dei mezzi oltre che all'obiettivo di realizzazione di una giustizia il più possibile sostanziale). Vale la pena di sottolineare che, ora, tale disposto legislativo viene confermato (e meglio esplicitato) da parte del codice del processo amministrativo, al comma 3 dell'art. 31.

Ovviamente, anche in fatto di silenzio –sia nell'ipotesi che l'ente pubblico competente emetta il provvedimento solo a seguito della sentenza di accoglimento del ricorso contro il silenzio, sia nell'ipotesi che sia il g.a. medesimo a pronunciarsi, anche sulla fondatezza della pretesa- si pongono problemi in tutto analoghi quanto alla produzione di danni da ritardo. Il silenzio, invero, costituisce in primo luogo fattispecie di inadempimento dell'obbligo di provvedere e, in seconda istanza (quando, cioè, sia intervenuta una pronuncia esplicita dell'amministrazione competente, sia pure a seguito di una sentenza resa dal g.a. in un giudizio contro il silenzio), fattispecie di ritardo. Dunque, la disciplina del risarcimento del danno da ritardo non può che essere la stessa, sia che vi sia stata una sentenza, sia che alcun giudizio sia stato instaurato contro il silenzio (nell'ipotesi, cioè, che l'ente si sia pronunciato *sua sponte*, ma successivamente allo scadere del termine stabilito per la conclusione del procedimento).

Per quanto concerne l'espressa previsione della componente costituita dall'elemento psicologico (dolo o colpa), omessa ogni considerazione circa la ricorrenza di tale elemento quale dato atto a caratterizzare la fattispecie di danno inferto a posizioni di interesse legittimo (di cui tanto si è disputato nel recente passato, sia in dottrina che in giurisprudenza), si rinvia a quanto detto più addietro al riguardo, dove sono state riportate anche talune sentenze che statuivano sul punto. Ci limitiamo, qui, ad annotare che l'esigenza, stabilita per legge, della ricorrenza dell'elemento psicologico, presentando problemi di prova (e di controprova, secondo quanto affermato nella sentenza retro riportata), certamente giocherà un ruolo di rilievo nel senso di limitare le fattispecie di risarcimento.

#### 4- Art. 19: dalla DIA alla SCIA.

Tra le variazioni più consistenti apportate alla "legge" –per i riflessi sul piano operativo nei rapporti dei privati con la p.a. a livello diffuso- sono anche, come già anticipato, quelle inerenti alla riscrittura della norma dedicata alla DIA (dichiarazione – poi denuncia- di inizio attività). È stato, infatti, novellato l'art. 19, mediante sostituzione del suo testo, il che ha dato luogo ad un cambiamento sia della denominazione, sia, in parte, della sostanza stessa dell'istituto, ora designato come "segnalazione certificata di inizio attività" (SCIA).

Ora, è noto che l'istituto originariamente previsto dalla "legge" (DIA) aveva già subito qualche trasformazione nel tempo, e che una disciplina speciale, in parte differenziata rispetto a quella di generale applicazione, era stata dettata in materia di titoli abilitativi dell'attività edilizia (trasformazione del suolo in senso urbanistico)<sup>17[17]</sup>; ma –quanto alle previsioni di carattere generale-, si trattava di variazioni che non incidevano, al fondo, sulla natura e i caratteri della figura giuridica in discorso, mentre quelle relative alla materia dell'edilizia si giustificavano in considerazione delle peculiarità del settore (che il legislatore l'abbia trattata alla stregua di una normativa speciale viene avallato, del resto, dalla denominazione, che per l'edilizia era rimasta "*denuncia* di inizio attività", laddove la denominazione dell'istituto di applicazione generale era stata variata in: "*dichiarazione* di inizio attività", per effetto delle modifiche apportate dall'art. 3 d.l. 14 marzo 2005 n. 35, convertito in l. 14 maggio 2005, n. 80. Ora, invece, la DIA è stata sottoposta, sul piano

---

<sup>17[17]</sup> Si tratta, in realtà, di una disciplina alquanto dettagliata: cfr. art 22 - 23 d.lgs. 6 giugno 2001 n. 380 (di approvazione del testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di edilizia).

generale, a una decisa revisione nella stessa impostazione di base, con una quanto meno apparente estensione a tutti i settori dell'attività amministrativa (dal che dovrebbe conseguire la sparizione della disciplina speciale in materia edilizia, anche se pare doversi inferire che la stessa non possa ritenersi toccata: su ciò *infra*)<sup>18[18]</sup>.

Prima di accennare alla questione già sollevata -inerente all'interrogativo se la portata generale della novella legislativa sia tale da comportare la soppressione della (pretesa?) specialità della disciplina relativa all'edilizia, dato il conclamato effetto sostitutivo della nuova disciplina a quella pregressa nella normativa nazionale e regionale<sup>19[19]</sup>-, senza soffermarsi *ex professo* sulla materia, vediamo, in rapida sintesi, in cosa consista il nuovo istituto della SCIA.

Premesso che il nuovo testo dell'art. 19 l. n. 241/90 è opera, dapprima, dei commi 3, 4, 5 e 6 dell'art. 9, l. 18 giugno 2009 n. 69 (modificativi del testo a suo tempo sostituito dall'art. 3 del richiamato d.l. n. 35/2005), poi dell'art. 85.1 d.lgs. 26 marzo 2010 n. 59 (di attuazione della citata "direttiva servizi"<sup>20[20]</sup>), e, infine, del comma 4-*bis* dell'art. 49, d.l. 31 maggio 2010 n. 78, nel testo integrato dalla legge di conversione 30 luglio 2010 n. 122, e che il tutto nasce dalla spinta, anche a livello europeo comunitario<sup>21[21]</sup> in direzione della semplificazione dell'attività amministrativa al fine di facilitare l'attività (testualmente) imprenditoriale, commerciale o artigianale<sup>22[22]</sup>, va detto che la SCIA si struttura, essenzialmente in una "segnalazione" del soggetto interessato (intenzione di) intraprendere una di tali attività.

La prima novità è data dalla denominazione dell'istituto: non più denuncia o dichiarazione, ma "segnalazione". Quale può essere la ragione di tale modifica? Verosimilmente, si può dire che, rispetto ai termini usati in precedenza dal legislatore, con la nuova terminologia si vuole sottolineare la novità costituita dal fatto che, ora, in principio, *le attività private a carattere economico sono libere*, e non più soggette ad autorizzazioni o concessioni da parte delle competenti ripartizioni, uffici, od organi della p.a. Ciò, se corrispondente alla realtà, costituirebbe –ove per poco si rifletta- un capovolgimento dell'impostazione teorica tradizionale, propria dello *Stato a diritto amministrativo*., secondo la quale il cittadino non può intraprendere determinate attività senza avere previamente ottenuto l'assenso esplicito dell'organo o ente, o ufficio competente per materia. Ma, come si mostrerà di qui a poco, l'assunto che, d'ora in poi, il privato sia libero di svolgere qualsiasi attività senza imbattersi nei "lacci e laccioli" predisposti dall'apparato burocratico pubblico costituito

---

<sup>18[18]</sup> La novità costituita dall'introduzione della SCIA in luogo della DIA è stata già commentata in dottrina: cfr. P. Amovilli, *Le "complicazioni" in materia di semplificazione amministrativa – Brevi note in tema di segnalazione certificata di inizio attività (SCIA)*, con cenni sull'antefatto (la direttiva europea 2006/123/CE del 12.12.2006 (in tema di liberalizzazione dei servizi), e il raccordo con la disciplina nella materia dell'edilizia, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it), 12/2010. Più diffusamente, C. Lamberti, *Nell'edilizia vige ancora la DIA?*, in *Urban. App.*, 11/2010, 1253 ss.

<sup>19[19]</sup> Tale è stata l'interpretazione del Ministro della semplificazione normativa in una nota di chiarimenti (in relazione ai dubbi sollevati da alcune regioni), sulla scorta della dicitura testuale del d.l. 31 maggio 2010 n. 78, art. 49, comma 4-*ter* (introdotto dalla legge di conversione 30 luglio 2010 n. 122) che prescrive la sostituzione dell'espressione SCIA al termine DIA –con la relativa disciplina- in tutte le disposizioni di legge che ne parlano (come ricorda anche Lamberti, *op. cit.* 1254).

<sup>20[20]</sup> Detta anche "direttiva Bolkenstein", che ha avuto notorietà anche sulla stampa e sugli altri *media* per via della liberalizzazione dei servizi al punto tale da consentire l'applicazione, nel paese di svolgimento del servizio, delle tariffe (non vigenti nel paese del luogo della prestazione, bensì) proprie della nazionalità di provenienza della società prestatrice del servizio, il che aveva dato luogo a non poche –del resto giustificate- proteste.

<sup>21[21]</sup> Come ricorda Amovilli, *op. cit.*

<sup>22[22]</sup> Peraltro, come dimostra Lamberti nello scritto citato, detta volontà ha fatto la sua comparsa solo in sede di conversione in legge: inizialmente, come dimostra la rubrica (rimasta invariata: "disposizioni in materia di conferenza di servizi") dell'art. 49, le uniche modifiche alla legge 241/90 riguardavano la conferenza di servizi (cui si è più addietro accennato), laddove, in sede di conversione in legge, nell'art. 49 vennero inseriti i commi 4-*bis* (nuovo testo dell'art. 19 l. n. 241/90), 4-*ter* e 4-*quater* (inerenti alle finalità di tutela della concorrenza e di facilitazione delle attività imprenditoriali, commerciali e artigianali: cfr. *infra*, nel testo).

dall'amministrazione –centrale o periferica che sia, o tutti e due insieme- va preso con il beneficio di inventario.

Quello che è certo è che il legislatore ha inteso rafforzare la novità sancendola con la disposizione posta con il comma 4-ter del menzionato articolo 49, che testualmente recita: “4-ter. Il comma 4-bis” –vale a dire la novella introduttiva della SCIA- “attiene alla tutela della concorrenza ai sensi dell'articolo 117, secondo comma, lettera e), della Costituzione, e costituisce livello essenziale delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali ai sensi della lettera m) del medesimo comma. Le espressioni "segnalazione certificata di inizio attività" e "Scia" sostituiscono, rispettivamente, quelle di "dichiarazione di inizio attività" e "Dia", ovunque ricorrano, anche come parte di una espressione più ampia, e la disciplina di cui al comma 4-bis sostituisce direttamente, dalla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto, quella della dichiarazione di inizio attività recata da ogni normativa statale e regionale”.<sup>23[23]</sup>

A tale riguardo, ci sembra sommessamente di poter dire che l'accostamento dell'istituto della SCIA alla concorrenza (e alla tutela della stessa) appare alquanto inappropriato o forzato, e frutto di una visione in qualche modo strabica delle cose: se, invero, lo spirito di esso pare perfettamente coerente con la finalità di semplificazione dell'attività amministrativa (onde ridurre o eliminare gli ostacoli meramente burocratici o comunque sproporzionati frapposti all'iniziativa privata), non si vede come possa entrarci la tutela della concorrenza, che si estrinseca, essenzialmente, nell'aprire il mercato, e le commesse pubbliche, a tutti i soggetti che ne abbiano requisiti e capacità (eliminando le barriere che vi si frappongano) e nel rispetto della regola della parità di condizioni allorché più soggetti siano messi in competizione al fine di ottenere una *utilitas* a contenuto economico o imprenditoriale.

[Vero è che una simile impostazione risale alla Corte di Giustizia<sup>24[24]</sup> dell'UE: ma non sarà, questo, un ulteriore effetto dell'assoggettamento al *totem* del mercato, di cui è imbevuta l'UE, invocandolo anche quando non ve n'è la necessità, e confidando nel valore salvifico che lo stesso certamente non ha? (In concreto, è la direttiva ricorsi 2006/123/CE, che il legislatore italiano ha inteso recepire con il menzionato d.l. n. 59/2010, che –“con l'obiettivo di creare un quadro giuridico per assicurare la libertà di stabilimento e la libera circolazione dei servizi”, nonché la semplificazione amministrativa, mediante la limitazione dell'obbligo di autorizzazione preliminare ai casi in cui essa è indispensabile, e l'introduzione del principio della tacita autorizzazione da parte delle autorità competenti allo scadere di un determinato termine- ha dettato le linee-guida: cfr. i “considerando” 12 e 43]<sup>25[25]</sup>.

D'altronde, sarebbe illusorio sostenere –o, peggio ancora, teorizzare- che sia possibile (e proficuo) sopprimere tutte le barriere, ovverossia le verifiche e la possibilità di controllo (insomma, ogni tipo di autorizzazione o concessione, abilitazione o altro atto di assenso, comunque denominato) da parte dei poteri pubblici nei riguardi delle attività dei singoli (se è questa la meta cui si tende, al fine di sollecitare e facilitare lo sviluppo): per lo svolgimento pacifico e organizzato della vita sociale non può, verosimilmente, farsi a meno di regole e, quindi, di prescrizioni, condizioni e divieti, da verificare, appunto, mediante atti autorizzativi, preceduti da appropriate istruttorie: anche quando ci si spinga molto avanti in

---

<sup>23[23]</sup> Che la norma di legge dello Stato possa surrogare quelle di emanazione regionale darebbe luogo ad una vera violazione della Costituzione (quanto ai principi vigenti in tema di riparto della potestà legislativa tra Stato e regioni) se non fosse stata sancita l'equiparazione della nuova norma ai livelli essenziali di delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali...

<sup>24[24]</sup> Come ricorda Lamberti, *op. cit.*, che richiama le sentenze della CG 16.12.2008 in c. 213 (in *Riv. giur. edil.*, 2009, I, 48), e 5.10.94 in C. n. 280 (in *Riv. dir. internaz.*, 1995, 183) e, quanto alle barriere e limitazioni poste all'accesso degli operatori economici a un determinato mercato, della Corte costituzionale 30 gennaio 2009 n. 25 (in *Foro amm. CdS*, 2009, 5, 3802).

<sup>25[25]</sup> cfr. quanto, in dettaglio, scrive Lamberti al riguardo: *Nell'edilizia vige ancora la DIA?*, cit., 1258-59.

direzione della liberalizzazione, il problema (gli ostacoli e le barriere) si sposta semplicemente nel tempo (nel senso che, se all'atto delle verifiche successive, emergano difformità dalla normativa vigente, *et coetera*, l'amministrazione competente adotterà provvedimenti inibitori, ovvero "determinazioni in via di autotutela" volte a rimuovere l'attività iniziata in difformità dalle norme) come mostra, appunto, la struttura prima della DIA e poi della stessa SCIA (*infra*).

Quanto alla struttura (*id est*, costruzione normativa) dell'istituto, non possiamo fare a meno di osservare, in primo luogo, la farraginosità sintattica del comma 1, poiché in nessuna delle versioni del testo dell'art. 19 (ancora meno nell'ultima, di cui stiamo discorrendo) la disposizione brilla per comprensibilità e scioltezza: certamente si poteva fare uno sforzo per migliorarne la leggibilità. Nella sostanza, la lettera della norma dà conto di ciò cui si è poc'anzi accennato, vale a dire del fatto che la liberalizzazione delle attività private a contenuto economico -mediante sgombero da ogni ostacolo burocratico superfluo- può sembrare, talora, un mero *flatus vocis*. Infatti, la segnalazione dell'attività -che, invero può essere iniziata, ed è questa una delle modifiche più significative rispetto alla pregressa disciplina afferente alla DIA, il giorno stesso (ma, naturalmente, a rischio e pericolo dell'interessato)- deve essere accompagnata dalle dichiarazioni sostitutive di certificazioni e dell'atto di notorietà, nonché dalle attestazioni e asseverazioni di tecnici abilitati, ovvero dalle dichiarazioni di conformità emesse dall'agenzia delle imprese; queste, a loro volta, debbono essere "corredate dagli elaborati tecnici necessari per consentire le verifiche di competenza dell'amministrazione". La norma (sempre il denso comma 1) prosegue, poi, stabilendo che, ove siano richiesti pareri di organi o enti specifici, questi possano essere sostituiti da autocertificazioni, attestazioni o asseverazioni "*salve le verifiche successive degli organi e delle amministrazioni competenti*".

Per quanto concerne le verifiche dell'ente o amministrazione competente, il meccanismo predisposto dal novellato art. 19 (cfr. comma 3) non si discosta molto dalla precedente impostazione: vi è, però, una modifica apparentemente dimessa o marginale, che, invece, comporta un sensibile miglioramento della situazione dal lato dell'amministrazione competente: questa, infatti, ha a disposizione, al fine di emettere provvedimenti inibitori dell'attività allorquando riscontri la difformità di quanto segnalato rispetto alla disciplina di settore, non più trenta, ma, invece, sessanta giorni. In effetti, non si può fare a meno di osservare che il vecchio termine era, nella sostanza, iugulatorio per la p.a. competente, specialmente ove si tenga presente l'orientamento assunto dalla giurisprudenza al riguardo, che non favoriva certo -specialmente tenuto conto delle lentezze pachidermiche del passato- le verifiche successive da parte dell'amministrazione, da effettuare in termini così ristretti<sup>26[26]</sup>.

Questa, come in precedenza, ha, comunque, la facoltà, successivamente alla scadenza del termine richiamato, di provvedere mediante l'adozione di provvedimenti in autotutela, ai sensi degli art. 21-*quinquies* (revoca) oppure 21-*nonies* (annullamento d'ufficio) della stessa "legge".

In verità, è difficile negare che ci si trovi al cospetto di disposizioni alquanto contraddittorie, per lo meno quanto alla coerenza del sistema: se la finalità è quella, sopra ricordata, di ridurre al minimo quelle che, con linguaggio corrente, chiameremmo difficoltà burocratiche, fino a dare adito e riconoscimento legislativo a strumenti che rappresentano modi di "autoamministrazione" da parte dei privati, consentire, poi, alla p.a. di inficiare (peraltro senza espliciti limiti temporali) gli atti di assenso taciti o impliciti in tal modo formati non

---

<sup>26[26]</sup> in effetti, precisato che, nella precedente versione della omologa disposizione dell'art. 19, i trenta giorni decorrevano dalla comunicazione di inizio dell'attività, la giurisprudenza formatasi in relazione alla tempestività o meno dei provvedimenti inibitori emessi dall'amministrazione aveva in prevalenza affermato l'indirizzo che, entro tale termine, non solo il provvedimento doveva essere emesso, ma anche comunicato all'interessato (trattandosi di un atto recettizio).

pare, appunto, molto coerente. Inoltre, come annotavamo in altra sede<sup>27[27]</sup>, detta previsione dà implicitamente per scontato che il perfezionamento della DIA (ora: SCIA) configuri un provvedimento autorizzativo implicito o tacito, che possa essere rimosso dalla p.a. mediante gli strumenti di autotutela previsti dall'ordinamento, alla stregua di quanto accade rispetto ai veri e propri provvedimenti.

Peraltro, qualche perplessità suscita la disposizione di cui al comma 4, dove si prevede che, decorso il termine entro il quale l'amministrazione può legittimamente assumere atti inibitori dell'attività, la stessa può comunque intervenire ma solo, però, allorquando sia ravvisabile il "*pericolo di un danno per il patrimonio artistico e culturale, per l'ambiente, per la salute, per la sicurezza pubblica o la difesa nazionale e previo motivato accertamento dell'impossibilità di tutelare comunque tali interessi mediante conformazione dell'attività dei privati alla normativa vigente*". Questa disposizione, introdotta *ex novo* nella nuova disciplina della SCIA, è un segno di quanto lo stesso legislatore sia consapevole dei possibili effetti perversi (non desiderati) della liberalizzazione delle attività dei privati (nel senso della possibilità che si creino situazioni di contrasto o difformità con l'ordinamento), e di come le stesse norme semplificatrici vengano, fin dove possibile, mitigate, in specie con riguardo a valori (interessi pubblici) primari già nella carta costituzionale (non solo con una serie di eccezioni leggibili già nella disposizione liberalizzatrice stessa –di cui al comma 1-, ma anche con la previsione del potere di autotutela, e quindi con la previsione del potere di intervento della p.a. competente in presenza di pericolo di danno ai beni tutelati appena richiamati). Ma in tal modo, come è stato già osservato<sup>28[28]</sup>, l'effetto liberalizzatore delle attività in discorso, è più apparente che reale (nel nuovo più ancora che nel pregresso testo dell'art. 19), e molto meno conveniente per il privato, specialmente ove si ricordi che, ora, il falso e il mendacio nelle dichiarazioni del privato interessato vengono colpite anche con sanzioni penali (cfr. comma 6).

In merito alla tesi che la SCIA, così come disciplinata, possa valere anche per l'attività edilizia (sostituendo la disciplina della denuncia ivi vigente, da considerare, almeno in parte, speciale), è lecito esprimere qualche dubbio. La specificità della materia edilizia – che parrebbe avallata dal fatto (già più addietro rilevato) che la denominazione era rimasta "denuncia", e non "dichiarazione" (di inizio attività), di cui alla precedente modifica legislativa dell'istituto- e la dettagliata regolazione del procedimento relativo (cfr. art. 23 d.lgs. n. 380/2001), specie se messa in relazione con le specifiche esigenze della normazione inerente all'attività di costruzione di manufatti edilizi, parrebbero escludere un assorbimento di siffatta disciplina speciale in quella generale. Sul piano formale, è da aggiungere, poi, che il richiamato comma 4-*ter* dell'art. 49 d.l. n. 78/2010, nel prescrivere detto effetto sostitutivo e senza menzionare la materia edilizia, fa, testualmente, riferimento a tutte le disposizioni normative in cui ricorre l'espressione "DIA" o "dichiarazione di inizio attività" (laddove, come si è visto, la disciplina almeno finora vigente in materia edilizia parla di "denuncia"): dunque, la corretta interpretazione del disposto normativo relativo all'effetto sostitutivo pare condurre ad affermare che permane, con la specificità della materia edilizia, anche la disciplina scritta negli art. 22 e 23 del T.U. sull'edilizia.

Del resto, c'è chi, non senza argomenti, ha visto nella disciplina della DIA edilizia un istituto affatto diverso, nella sostanza, dalla DIA generale, e che, a maggior ragione, su tale teorizzata difformità basa l'assunto dell'inconciliabilità della medesima con la SCIA, sul rilievo che la SCIA, aggiunta all'inerzia dell'amministrazione –come la DIA generale pregressa- non implichi (al contrario di quanto accade per la DIA edilizia) la formazione di un provvedimento:

---

<sup>27[27]</sup> Cfr. I. Franco, *Manuale del nuovo diritto amministrativo*, I, MI 2007, 133 ss. e 112 ss.

<sup>28[28]</sup> Lamberti, *op. cit.*, 1261.

“Che tutto ciò sia estraneo alla materia edilizia è sin troppo evidente: nella <<DIA edilizia>> si verifica anzitutto la <<sostituzione della denuncia all’autorizzazione o alla concessione>> che sono provvedimenti ben specifici e <<nominati>> rispetto agli <<atti di assentimento qualsivoglia>> che sono <<aspecifici e innominati>>. Soprattutto però nella DIA edilizia l’effetto sostitutivo si verifica in relazione alla <<denuncia>> o dichiarazione di inizio attività e non in relazione all’<<attività stessa>>. Quel che muta sono i termini dell’equazione: nella DIA edilizia i termini sono <<dichiarazione + inerzia = provvedimento>> nella SCIA certificata i termini diventano <<attività + inerzia = prosecuzione>>. Manca, insomma, nella SCIA, il provvedimento”<sup>29[29]</sup>. (In ciò si ravvisa il riferimento al fatto che, mentre l’attività legittimata da una SCIA regolare è destinata a proseguire indefinitamente nel tempo, la DIA edilizia esaurisce i propri effetti nella realizzazione di un manufatto che, per quanto possa essere complesso, si compie in un arco temporale limitato: cfr., anche, il limite temporale massimo di efficacia della DIA edilizia, fissato in tre anni dall’art. 23.3 d.lgs. n. 380/2001). Più avanti lo stesso A. soggiunge che la SCIA riguarda precise categorie di soggetti (imprenditori, commercianti o artigiani), laddove i “soggetti dell’attività edilizia” non appartengono a determinate categorie produttive, mentre i relativi meccanismi di tutela sono collocati in altre disposizioni della Costituzione e sono poco considerati dalla normativa comunitaria, perché prevalentemente rimessi alla normativa interna degli Stati membri<sup>30[30]</sup>.

Inoltre, non si può non rilevare come, dal confronto tra DIA edilizia e SCIA, emerga il regime più blando della prima, che non è soggetta, ad es., al potere dell’amministrazione di inibire l’attività per gli interessi sensibili sopra indicati (ambiente, salute, ecc.) in qualsiasi tempo, laddove non sia possibile la conformazione dell’attività alla normativa vigente. Un aspetto peculiare, infine, della materia edilizia rispetto alle attività considerate dalla norma sulla SCIA (attinente all’osservazione fatta retro in merito all’inappropriatezza, ad avviso di chi scrive, del regime di tutela della concorrenza in ambito edilizio), è ravvisabile nel fatto che, in detto ultimo ambito, particolare valore assume la figura del controinteressato e della tutela di questi, cui né le pregresse versioni dell’art. 19 né gli art. 22-23 del d.lgs. n. 380/2001 dedicano alcuna attenzione. Come pure da altri osservato<sup>31[31]</sup>, invero, mentre nelle attività imprenditoriali, commerciali e artigianali pare appropriato parlare di concorrenza, riguardo al formarsi dei titoli abilitativi edilizi si configurano, piuttosto che concorrenti, veri e propri contraddittori, quali i soggetti (es., proprietari confinanti) che si dicano pregiudicati dalla formazione tacita dell’assenso, nonché –ove voglia ritenersi applicabile anche all’edilizia il comma 2 del novellato art. 19 che consente, appunto, l’inizio dei lavori dal giorno stesso della segnalazione- dal fatto dell’immediato inizio dei lavori medesimi.

##### 5- Campo di applicazione della l. 241/90 (art. 29)

L’individuazione del campo di applicazione della “legge”, così come prescriveva l’art. 29, anteriormente alle ultime modifiche indotte dalla l. n. 69/2009, anche nel testo (del comma 1) sostituito con l’art. 19 della l. n. 15/2005, suscitava non poche perplessità, segnatamente per quanto concerne la scelta legislativa di limitarne l’estensione alle amministrazioni statali e degli enti pubblici nazionali, mentre per le regioni e gli enti locali, il comma 2 prevedeva –con disposizione davvero sommaria e generica- che questi regolassero le materie disciplinate da essa legge “nel rispetto del sistema costituzionale e delle garanzie del cittadino nei riguardi dell’azione amministrativa, così come definite dai principi stabiliti dalla presente legge”.

---

<sup>29[29]</sup> Lamberti, *Nell’edilizia vige ancora la DIA?*, cit., 1257.

<sup>30[30]</sup> Lamberti, *ibidem*.

<sup>31[31]</sup> Ancora Lamberti, *op. cit.*, 1264.

La “legge”, insomma, innanzi tutto non era di generale applicazione: essa riguardava in principio l’amministrazione dello Stato (diretta e “indiretta”, vale a dire mediante enti pubblici nazionali), lasciando scoperto –o, comunque, rimesso alla scelta degli enti interessati- l’ampio settore costituito dalle regioni (ordinarie e speciali) e province autonome da un lato, e tutti gli altri enti locali (territoriali, e non); dall’altro, gli enti e società a tutti tali enti collegati (o di loro emanazione). Ora, mentre appare chiaro che le caute previsioni normative in discorso furono dettate dall’intento di non comprimere l’autonomia –in specie quella normativa di regioni ed enti locali territoriali (ancora prima della modifica del titolo V della Costituzione) -, si osserva che, per quanto le stesse appaiano conformi all’art. 117, comma 2, lettera g), che riserva alla potestà legislativa esclusiva dello Stato (“ordinamento e organizzazione amministrativa dello Stato e degli enti pubblici nazionali”), non pare ragionevole porre le basi per l’attuazione di un difforme ordinamento amministrativo in ordine a punti fondamentali inerenti alle relazioni dei pubblici apparati con i privati: invero, sulla scorta di simili disposizioni potrebbe avverarsi che ciascuna regione o comune o ente pubblico non nazionale adotti norme sul procedimento amministrativo ognuno in maniera diversa dagli altri.

La “legge”, invero, può dirsi diretta al più corretto funzionamento dello “Stato-apparato” nel suo insieme, e ciò attiene ai principi dell’ordinamento amministrativo.

Ora il legislatore sembra avere individuato strumenti correttivi di una simile impostazione (prevenendo il rischio di cui si diceva), pervenendo, con l’art. 10 della menzionata l. n. 69/2009, a porre disposizioni dirette a salvaguardare, in sostanza, l’uniforme applicazione sul territorio nazionale, da parte di qualsivoglia amministrazione o ente pubblico (o società a capitale pubblico preposta all’esercizio di funzioni amministrative), delle parti della “legge” che ne costituiscono il nerbo e il nucleo centrale.

La nuova –più articolata- disciplina si ricava dalla lettura del testo dell’art. 29, in larga parte rimaneggiato (del previgente testo, risultante dalla sostituzione operata dall’art. 19 l. n. 15/2005, rimane solo il comma 2).

Fin dal novellato comma 1 si coglie l’intento legislativo, per così dire, “riparatore”: dopo avere ribadito che la “legge” si applica alle amministrazioni statali e agli enti pubblici nazionali, invero, si soggiunge che, ad ogni modo, le sue disposizioni si applicano alle società con totale o prevalente capitale pubblico, limitatamente all’esercizio dell’attività amministrativa (senza altra specificazione, il che significa che le stesse valgono anche per le società di tal genere costituite da regioni ed enti locali). Di rilievo se possibile ancora maggiore si manifesta, poi, l’ultimo periodo, con il quale si stabilisce che determinate parti della legge (articoli 2-*bis*, sul danno da ritardo, *retro* esaminato; 11 e 15 in tema di accordi, rispettivamente, fra privati e p.a., e fra enti e amministrazioni pubbliche; capo IV-*bis*, in tema di patologia degli atti amministrativi) “si applicano a tutte le amministrazioni pubbliche”, senza distinzione alcuna<sup>32[32]</sup>.

In un certo senso rafforzativo delle testé menzionate previsioni si rivela, peraltro, il comma 2-*bis*, in forza del quale le disposizioni della “legge” che prevedono obblighi della p.a. di garantire la partecipazione al procedimento, di individuare il responsabile del procedimento, di concluderlo entro un termine prefissato, e di assicurare l’accesso ai documenti amministrativi, nonché quelle relative alla durata massima dei procedimenti “attengono ai livelli essenziali delle prestazioni” (concernenti i diritti civili e sociali che debbono essere garantiti su tutto il territorio nazionale) “di cui all’articolo 117, secondo comma, lettera *m*) della Costituzione”.

Inoltre, per il comma 2-*ter*, attengono ugualmente ai medesimi livelli essenziali le disposizioni concernenti la SCIA, il silenzio-assenso e la conferenza di servizi, salva la possibilità di individuare con intese in sede di conferenza unificata ex art. 8 d.lgs. 28

---

<sup>32[32]</sup> Dunque, a tutte le amministrazioni, enti, organi dello Stato- apparato (costituito da amministrazioni statali e non statali, centrali e periferiche, enti pubblici di ogni tipologia) nel suo insieme.

agosto 1997 n. 281, casi ulteriori di non applicazione di tali disposizioni. La disposizione parrebbe *ictu oculi* non porre soverchie difficoltà applicative. Tuttavia, occorre ricordare il difficile e complicato rapporto che intercorre tra Stato e regioni in tema di potestà legislativa concorrente (come accade nella materia in esame). Al riguardo è stato osservato<sup>33[33]</sup>, infatti, che detta disposizione, in concreto, determina un depotenziamento della facoltà delle regioni di dare luogo a discipline diverse dai modelli disegnati negli art. 19 e 20, per il fatto che occorre la previa intesa di cui si è detto, per conseguire la quale le regioni debbono raggiungere *l'idem consensus*, dovendo esprimersi all'unanimità (cosa che, indubbiamente, rende difficoltoso il raggiungimento di un'intesa con lo Stato).

Comunque sia, in tal modo, gran parte delle disposizioni della l. 241/90 –tutte quelle, cioè, che attengono ai rapporti degli uffici pubblici con i cittadini e alla loro disciplina, oltre che le altre dirette a disciplinare l'organizzazione e il funzionamento della p.a., mediante lo strumento della conferenza di servizi- sono riportate sotto il controllo della potestà legislativa dello Stato, con la conseguente garanzia di unità dell'ordinamento su detto versante.

Infine, dispone il comma 2-*quater* che le regioni e gli enti locali, nel disciplinare i procedimenti di rispettiva competenza, non possono stabilire garanzie inferiori a quelle poste con le disposizioni attinenti ai livelli essenziali (di cui si è detto), ma, invece possono dettare disposizioni migliorative. È ammessa, cioè, solo la *reformatio in melius*. .

---

<sup>33[33]</sup> Morbidelli, *In tema di art. 29 l. 241/90 e di principi generali del diritto amministrativo*, in [www.-giustamm.it](http://www.-giustamm.it), 3/2010. (Ma, da nostro punto di vista –come già osservato-, non parrebbe un male conservare una disciplina omogenea su tutto il territorio nazionale degli istituti regolati dagli art. 19 e 20 della legge nazionale).