

procedimento in quanto l'art.7 della legge n.241/90 è applicabile come regola generale a tutti i procedimenti espropriativi (cfr Cons Stato Ad.Pl. 24/1/2000 n.2. idem Ad. Pl. n.14/99 già citata. TSAP 1/10/2002 n.120). La ratio di un siffatto principio risiede nel fatto che in ipotesi di approvazione di progetti di opere pubbliche ove si escluda la partecipazione del privato alle determinazioni relative alle scelte progettuali discrezionali, il proprietario espropriando verrebbe formalmente reso edotto di detta approvazione soltanto al momento dello spossessamento del bene, impedendosi quindi l'apporto di opportuni elementi di valutazione da parte degli interessati".

Consiglio di Stato, sezione IV, ordinanza 5 gennaio 2011, n.14

Sulla natura giuridica della dichiarazione di inizio attività.

Non si è ancora sopito il dibattito giurisprudenziale relativo alla natura giuridica della dichiarazione di inizio attività. Un profilo problematico che può considerarsi di particolare interesse e rilevanza perché, come ricorda il Consiglio di Stato nella pronuncia in esame: *“la qualificazione giuridica dell’istituto sostanziale condiziona l’accesso alle tecniche di tutela della posizione del terzo pregiudicato”*.

Come noto, sul tema si confrontano due diverse posizioni dottrinali e giurisprudenziali. Secondo una prima ricostruzione la d.i.a. è assimilabile ad un’istanza autorizzatoria che, con il decorso del termine di trenta giorni dalla sua presentazione, dà luogo ad un provvedimento tacito di autorizzazione emesso in virtù di una valutazione legale tipica ed idoneo a rendere lecito l’esercizio dell’attività che il privato intende intraprendere. Secondo il riferito orientamento, dunque, la presentazione di una dichiarazione di inizio attività, unitamente all’inutile decorso del termine perentorio di trenta giorni (dalla produzione della stessa o dalla comunicazione all’amministrazione di avvio dell’attività) per la sua inibizione, dà luogo ad una fattispecie complessa o a formazione progressiva, analoga alla procedura del silenzio-assenso e costitutiva di un titolo abilitativo tacito. I sostenitori di questa tesi ritengono, invero, che con la disposizione in commento il legislatore non abbia voluto introdurre uno strumento di liberalizzazione dell’attività del privato, seppur nei soli casi in cui l’attività

dell'amministrazione sia di carattere vincolato, ma un meccanismo di semplificazione procedimentale che consente al denunciante di conseguire un titolo abilitativo ed, in particolare, un'autorizzazione implicita di natura provvedimentoale, a seguito del decorso del termine di trenta giorni dalla presentazione della denuncia, titolo necessario per legittimare il privato all'esercizio dell'attività preannunciata.

Un diverso orientamento attribuisce all'istituto della d.i.a. connotati prettamente privatistici. Secondo quest'ultimo indirizzo, la d.i.a. costituisce una dichiarazione del privato a cui la legge, in presenza di determinate condizioni, ricollega effetti tipici. Essa dunque, oltre ad essere priva del carattere provvedimentoale, in quanto non costituisce esercizio di una potestà pubblicistica, essendo la Pubblica Amministrazione mera destinataria e non anche autrice dell'atto in questione, non dà luogo ad alcun provvedimento amministrativo, neanche in forma tacita (silenzio-assenso), non sussistendo il potere-dovere dell'Amministrazione di provvedere sull'istanza del privato. Ad avviso di tale ultimo indirizzo, dunque, la *ratio* dell'istituto in questione risiede nella liberalizzazione dello svolgimento delle attività contemplate nell'articolo 19 e sottoposte al regime di d.i.a. Invero, per effetto di quanto previsto da detta disposizione, la legittimazione all'esercizio dell'attività si fonda non sull'atto di assenso, ancorché tacito, dell'amministrazione, bensì sulla disposizione legislativa che attribuisce al privato il diritto di svolgere quella determinata attività al ricorrere di determinati presupposti, eliminando il potere autorizzatorio della pubblica amministrazione.

Naturalmente, il profilo applicativo di certo più rilevante su cui dispiega i propri effetti l'avallo di una delle due tesi sopra esposte è quello attinente all'individuazione degli strumenti di tutela che possono riconoscersi al terzo che si ritenga danneggiato dall'attività intrapresa dal denunciante.

Invero, i sostenitori dell'impostazione pubblicistica ritengono di poter riconoscere al terzo la facoltà di azionare l'ordinario rimedio impugnatorio con cui avversare la determinazione formatasi in forma tacita, dopo il decorso del termine di trenta giorni previsto per l'esercizio, da parte dell'Amministrazione, dei poteri inibitori. Diversamente detto, i terzi che si ritenessero lesi dal contegno silente dell'Amministrazione potrebbero agire, secondo questo orientamento, non

avverso il silenzio stesso, avverso, cioè, il mancato esercizio dei poteri inibitori, sanzionatori o di autotutela, ma avverso il provvedimento tacito di autorizzazione formatosi nei modi su indicati, 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.

I sostenitori della seconda tesi, al contrario, hanno fornito al problema del meccanismi di tutela del terzo, soluzioni differenti. Secondo una parte dei giudici amministrativi, il terzo che volesse opporsi all'intervento autorizzato mediante d.i.a., sarebbe legittimato a chiedere all'amministrazione precedente, decorso il termine per l'esercizio del potere inibitorio, di porre in essere i provvedimenti sanzionatori previsti dall'articolo 21, comma 2-bis della legge sul procedimento amministrativo. Indi, nell'ipotesi di inerzia della stessa amministrazione, il terzo istante avrebbe l'onere di attivare la procedura del silenzio-rifiuto. Questa, pertanto, non avrebbe come riferimento il potere inibitorio dell'Amministrazione, essendo decorso per esso il relativo termine, bensì il potere di vigilanza e controllo da questa esercitabile ex articolo 21, comma 2-bis l. n. 241/1990 e il giudice amministrativo non potrebbe costringere l'Amministrazione ad esercitare un potere da cui era decaduta, ma solo il generale potere sanzionatorio.

Secondo altra tesi, invece, l'inaccettabilità della soluzione sopra descritta appare manifesta sol che si consideri il grave pregiudizio che essa arreca alla tutela del terzo il quale, seguendo l'impostazione sopra riportata, non soltanto sarebbe costretto ad avanzare alla Pubblica Amministrazione un'apposita istanza di intervento, ma dovrebbe, altresì, accontentarsi, in sede di giudizio avverso il silenzio-rifiuto, di una mera declaratoria del giudice amministrativo dell'obbligo di provvedere da parte della Pubblica Amministrazione, stante l'impossibilità per il giudice amministrativo di predeterminare il contenuto del provvedimento sanzionatorio. Sicchè, secondo questa seconda impostazione l'unico strumento idoneo ad assicurare effettività di tutela al terzo e, al tempo stesso, ad essere compatibile con la natura privatistica della d.i.a., è l'azione di accertamento autonomo che il terzo può esperire dinnanzi al giudice amministrativo, per richiedere la verifica della sussistenza dei requisiti e presupposti legali necessari per l'avvio dell'attività privata.

Merita, inoltre, di essere menzionato un'ulteriore soluzione prospettata dalla giurisprudenza, per lo più in passato, secondo la quale il silenzio serbato dall'amministrazione nel periodo di tempo utile per l'esercizio del potere inibitorio va considerato alla stregua del silenzio- inadempimento (senza necessità di un'apposita istanza da parte del privato) avverso il quale il terzo, danneggiato dall'attività intrapresa dal denunciante, avrebbe l'onere di attivare il rito speciale di cui all'articolo 21 bis l.n.1034/1971. La tesi riferita è sempre apparsa, tuttavia, inaccettabile alla luce di molteplici considerazioni. Anzitutto, non può ritenersi integrata nell'ipotesi di d.i.a. la fattispecie del silenzio-inadempimento, che presuppone la presentazione di una specifica istanza del privato all'Amministrazione per ottenere un provvedimento a lui favorevole e l'inerzia di quest'ultima oltre il termine finale di conclusione del procedimento. Detta fattispecie non si configurava nel caso di silenzio serbato su una d.i.a.. Questa, infatti, non era una richiesta, ma una mera dichiarazione di intenti e, per altro verso, il comportamento silente dell'Amministrazione non può considerarsi un'inerzia in senso proprio perché sottende un'attività di controllo dall'esito positivo. Inoltre, anche a voler tralasciare le censure su elencate, il ricorso avverso il silenzio dell'amministrazione sarebbe inammissibile perché privo di una condizione fondamentale dell'azione costituita dall'interesse a ricorrere. Invero, nel caso di accoglimento del ricorso il giudice adito non potrebbe far altro che ordinare all'amministrazione di esercitare i poteri inibitori che, tuttavia, si erano già estinti alla scadenza del termine di trenta giorni.

Il dibattito in questione, come sopra anticipato, non è ancora sopito: con l'ordinanza indicata in epigrafe, il Consiglio di Stato ha infatti rimesso il ricorso all'esame dell'Adunanza Plenaria ai sensi e per gli effetti dell'articolo 99 del nuovo Codice del processo amministrativo.

E' possibile, tuttavia, rinvenire nell'ordinanza in questione, un'indicazione di particolare interesse: il problema interpretativo prospettato va risolto alla luce delle caratteristiche che connotano il nuovo istituto della s.c.i.a (segnalazione certificata di inizio attività) che, introdotto dall'articolo 49, comma 4 bis e comma 4 ter del d.l. 78/2010, ha sostituito integralmente la disciplina della dichiarazione di inizio attività contenuta nel previgente articolo 19 della l. n. 241/1990.

Dice, infatti, il Collegio: *“Da ultimo, non può non tenersi in considerazione la ulteriore evoluzione dell’ordinamento che, nel rapporto permanente tra autorità e libertà, sposta la soglia verso la seconda e prevede una accelerazione degli strumenti di liberalizzazione, consentendo immediatamente la attività (la c.d. s.c.i.a.) a seguito della presentazione della segnalazione certificata di inizio attività (art. 19 comma 2 su citato, a seguito delle modifiche apportate dal D.L. 78 del 31 maggio 2010 come convertito dalla legge di conversione n.122 del 30 luglio 2010); tale fattispecie ultima, ispirata ad una maggiore celerità nell’avvio della attività che si intende svolgere e concedendo un minore spazio alla pubblica amministrazione, è stata generalizzata dal comma 1 dell’art. 19 (che prevede che ogni atto, permesso, licenza, autorizzazione è sostituito dalla s.c.i.a.). La s.c.i.a., di cui non è ancora chiara allo stato la ampiezza di applicazione in materia edilizia, enfatizza (in nome di una ulteriore liberalizzazione e semplificazione) ancora di più la natura privatistica dell’atto, ma per converso non può smentire la permanenza della potestà pubblica, che è naturalmente fatta salva in via di autotutela e di divieto di prosecuzione della attività”.*

Le espressioni usate dal Collegio che sottolinea l’intento legislativo di potenziare la libertà del cittadino e di enfatizzare la natura privatistica dell’atto, sembrano suggerire la preferibilità da parte di questa sezione del Consiglio di Stato, della tesi della natura privatistica e la possibilità di rinvenire nella disciplina del nuovo istituto, elementi a sostegno di detta soluzione.

Consiglio di Stato, sezione VI, sentenza 27 dicembre 2010, n. 9421

Sulla giurisdizione del giudice amministrativo in materia di concessione di beni pubblici.

Come noto, l’art. 5 della L. 6 dicembre 1971 n. 1034, stabilisce che le controversie relative alla concessione di beni pubblici sono devolute alla giurisdizione del giudice amministrativo, mentre per le contestazioni relative a canoni, indennità e altri corrispettivi resta ferma la giurisdizione del giudice ordinario. Si tratta di una disposizione interamente trasfusa nel nuovo Codice del Processo amministrativo, il cui articolo 133, comma 1, lett. b) ricomprende nella giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo *“b) le controversie aventi ad oggetto atti e provvedimenti relativi a*