

**T.a.r. Lazio-Roma, sentenza 3 luglio 2013, n. 6571**

**Sugli strumenti di tutela avverso la segnalazione certificata di inizio attività**

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

Come noto, sul punto si confrontavano due diverse tesi: l'una volta a riconoscere alla d.i.a. natura pubblicistica e a considerarla uno strumento di semplificazione amministrativa; l'altra volta ad attribuire alla stessa natura privatistica e a ritenerla uno strumento di liberalizzazione dell'attività del privato.

In dettaglio, l'impostazione pubblicistica, invero minoritaria, assimilava la d.i.a. ad un'istanza autorizzatoria che, con il decorso del termine di trenta giorni dalla sua presentazione, dava luogo ad un provvedimento tacito di autorizzazione emesso in virtù di una valutazione legale tipica ed idoneo a rendere lecito l'esercizio dell'attività che il privato intendeva intraprendere.

L'opposta ricostruzione attribuiva all'istituto della d.i.a. connotati prettamente privatistici. Si riteneva, in particolare, che la d.i.a. costituisse una dichiarazione del privato a cui la legge, in presenza di determinate condizioni, ricollegava effetti tipici. Essa, dunque, oltre ad essere priva del carattere provvedimentale, in quanto non costituiva esercizio di una potestà pubblicistica, essendo la pubblica Amministrazione mera destinataria e non anche autrice dell'atto in questione, non dava luogo ad alcun provvedimento amministrativo, neanche in forma tacita (silenzio-assenso), non sussistendo il potere-dovere dell'Amministrazione di provvedere sull'istanza del privato.

L'avallo dell'una o dell'altra tesi conduceva a conseguenze diverse sotto molteplici profili, in specie in punto di individuazione degli strumenti di tutela attivabili dal terzo avverso l'attività oggetto di d.i.a.

Diversa era, anzitutto, la natura della situazione giuridica soggettiva riconosciuta al privato che decideva di avvalersi dello strumento procedimentale in questione: i sostenitori della natura pubblicistica di detto istituto rinvenivano in capo al privato una posizione giuridica soggettiva di interesse legittimo; i sostenitori della tesi contraria, una posizione di diritto soggettivo.

La natura privatistica o pubblicistica della d.i.a. incideva anche sul corretto modo di intendere l'attribuzione alla Pubblica Amministrazione del potere di autotutela: secondo l'impostazione pubblicistica, il richiamo contenuto nell'articolo 19 L. n. 241/1990 al potere di autotutela decisoria confermava la rispondenza di detta tesi alla volontà legislativa di riconoscere carattere provvedimentale alla natura giuridica della d.i.a.; secondo l'opposta ricostruzione, il riferimento compiuto dal legislatore al potere di autotutela non andava inteso come riconoscimento implicito della natura provvedimentale di tale fattispecie, bensì come attribuzione all'Amministrazione procedente del potere di inibire l'attività intrapresa anche dopo la scadenza del termine perentorio di trenta giorni, seppur nel rispetto dei presupposti e del procedimento che caratterizzano l'esercizio del potere di autotutela.

Ancora più complesso il quadro degli strumenti di tutela che, secondo l'una e l'altra teoria il terzo avrebbe potuto utilizzare per avversare l'iniziativa del soggetto autore della d.i.a.

I sostenitori della tesi della natura pubblicistica suggerivano l'ordinario rimedio impugnatorio con cui avversare la determinazione formatasi in forma tacita, dopo il decorso del termine di trenta giorni previsto per l'esercizio, da parte dell'Amministrazione, dei poteri inibitori.

Diverse, invece, le soluzioni offerte dai sostenitori della tesi della natura privatistica. Una parte della giurisprudenza suggeriva l'utilizzabilità della procedura sul silenzio – rifiuto; altra parte prospettava la possibilità di esperire un'azione di accertamento volta a far rilevare la mancanza dei presupposti per la presentazione della d.i.a. e l'avvio della relativa attività; altri ancora sostenevano che il silenzio serbato dall'Amministrazione nel periodo di tempo utile per l'esercizio del potere inibitorio integrasse la figura del silenzio- inadempimento avverso il quale il terzo, danneggiato dall'attività intrapresa dal denunciante, avrebbe avuto l'onere di attivare il rito speciale di cui all'articolo 21 bis L.n.1034/1971.

L'articolo 49, comma 4-bis e comma 4-ter del d.l. n. 78 del 31 maggio 2010, conv. in l. n. 122 del 2010 ha interamente riscritto l'intero art. 19 della L. n. 241/1990 oggi rubricato “segnalazione certificata di inizio attività”. Diverse, anche se non sostanziali, le novità introdotte dalla nuova normativa: più ridotto l'ambito applicativo dell'istituto (sono state, infatti, eliminate tutte le attività economiche a prevalente carattere finanziario, ivi comprese quelle regolate dal Testo Unico delle Leggi in materia bancaria e creditizia di cui al D.Lgs. n. 385/1993 e dal Testo Unico in materia di intermediazione finanziaria, di cui al D.Lgs. n. 58/1998); il procedimento che conduce all'intrapresa dell'attività è stato interamente rimodulato (le fasi in cui oggi esso si articola prevedono: la presentazione della segnalazione all'amministrazione competente e contestuale inizio dell'attività oggetto della segnalazione; il decorso del termine di sessanta giorni entro i quali l'amministrazione può vietare la prosecuzione dell'attività e ordinare la rimozione dei suoi effetti qualora accerti la carenza dei requisiti e dei presupposti per l'intrapresa dell'attività medesima; la possibilità per l'amministrazione di intervenire anche oltre la scadenza dei suddetti sessanta giorni in caso di pericolo di danno per il patrimonio artistico e culturale, per l'ambiente, per la salute, per la sicurezza pubblica o la difesa nazionale e previo motivato accertamento dell'impossibilità di tutelare comunque tali interessi mediante conformazione dell'attività del privato alla normativa vigente); la previsione di una documentazione più corposa a corredo della s.c.i.a.; l'introduzione di un regime sanzionatorio *ad hoc* nel caso di mendace certificazione (art. 19, comma 6); la previsione che i pareri di organi o enti appositi possono essere sostituiti da autocertificazioni, attestazioni, asseverazioni o certificazioni.

Il legislatore ha, tuttavia, omesso di pronunciarsi in ordine al dibattutissimo tema della natura giuridica dell'istituto in questione. Detta lacuna ha riaperto il dibattito dottrinale e giurisprudenziale e richiesto l'intervento dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato.

Nella sentenza 29 luglio 2011, n. 15 la Plenaria ha avallato la tesi sostenuta in misura maggioritaria dalla giurisprudenza, della natura privatistica della s.c.i.a., qualificando la stessa

come strumento non già di semplificazione procedimentale ma di liberalizzazione dell'attività privata.

Quanto alle situazioni giuridiche soggettive dei soggetti coinvolti, la Plenaria ha ravvisato nel denunciante una posizione giuridica di vantaggio che trova fondamento nell'ordinamento ed un interesse legittimo oppositivo a contrastare le determinazioni della P.A. che siano a lui sfavorevoli; nel terzo, una posizione giuridica di interesse legittimo pretensivo all'esercizio del potere di verifica disposto dalla legge.

Infine, in ordine agli strumenti di tutela a disposizione del terzo per contrastare l'intrapresa dell'attività oggetto di s.c.i.a., il Supremo Consesso amministrativo ha distinto quelli di cui il terzo può servirsi prima del decorso del termine di sessanta giorni a disposizione dell'amministrazione per inibire l'attività del privato e quelli che il medesimo soggetto può utilizzare decorso il termine suddetto. Se i sessanta giorni sono già decorsi e l'amministrazione non ha emanato alcun atto inibitorio nei confronti dell'attività del privato, la Plenaria ha ritenuto esperibile sia l'azione di annullamento (ex art. 29 c.p.a.) del silenzio – diniego (che il Collegio definisce “silenzio significativo negativo”) entro sessanta giorni decorrenti dal momento della piena conoscenza dell'atto lesivo (e, dunque, non dal momento dell'inizio dei lavori, ma dal momento del loro completamento, fermo restando che se il terzo acquisisce piena conoscenza della presentazione della s.c.i.a. prima del decorso del termine per l'esercizio del potere inibitorio, il termine di sessanta giorni decorre dalla scadenza del termine a disposizione dell'amministrazione per l'adozione delle doverose misure interdittive) sia l'azione di condanna o pubblicistica (c.d. azione di adempimento) tesa ad ottenere una pronuncia che imponga all'amministrazione l'adozione del negato provvedimento inibitorio (azione da proporsi congiuntamente all'azione di annullamento).

Prima del decorso del termine in questione, la necessità di opporsi con immediatezza all'avvio dell'attività oggetto di s.c.i.a. al fine di prevenire ed evitare il prodursi di effetti irreversibili, avrebbe potuto legittimare il privato all'esercizio di un'azione di accertamento tesa ad ottenere una pronuncia di verifica dell'insussistenza dei presupposti di legge per l'esercizio dell'attività oggetto della denuncia, con i conseguenti effetti conformativi in ordine ai provvedimenti spettanti all'autorità amministrativa. La stessa Plenaria, peraltro, aveva rilevato come la possibilità per il terzo di esperire un'azione di accertamento ancor prima del decorso del termine utile perché la pubblica amministrazione inibisse l'attività del privato, potesse sembrare in contrasto con quanto previsto dall'art. 34, 2° comma c.p.a. che vieta al giudice di pronunciarsi su “*poteri non ancora esercitati*”. Ad avviso della Plenaria, tuttavia, detta eventualità era da escludere alla luce della differenza tra presupposti processuali e condizioni dell'azione: la scadenza del termine di conclusione del procedimento andava considerato, ad avviso della Plenaria, un fatto costitutivo

integrante non un presupposto processuale ma una condizione dell'azione che, ai sensi dell'art. 34, 2° comma, deve sussistere al momento della prolazione della decisione. La sua assenza impedisce l'emanazione della sentenza di merito, ma non preclude la proposizione della relativa domanda in giudizio.

Se, aveva concluso la Plenaria, nelle more del giudizio fosse intervenuto il provvedimento di divieto cui il terzo era interessato, il processo si sarebbe concluso con una pronuncia di cessazione della materia del contendere. Se, al contrario, detto provvedimento non fosse intervenuto, l'azione esperita si sarebbe convertita automaticamente in domanda di impugnazione del provvedimento sopravvenuto di diniego, senza che occorresse la proposizione di un apposito ricorso per motivi aggiunti.

La soluzione proposta dall'Adunanza Plenaria è stata in parte disattesa dal legislatore nazionale che con il d.l.13.08.2011, n. 138 ha introdotto all'art. 19 un nuovo comma, il 6-ter che così recita: *“La segnalazione certificata di inizio attività, la denuncia e la dichiarazione di inizio attività non costituiscono provvedimenti taciti direttamente impugnabili. Gli interessati possono sollecitare l'esercizio delle verifiche spettanti all'amministrazione e, in caso di inerzia, esperire esclusivamente l'azione di cui all'art. 31, commi 1, 2 e 3 del decreto legislativo 2 luglio 2010, n. 104”*. La menzionata disposizione ha, dunque, per un verso recepito la tesi privatistica sostenuta dall'Adunanza Plenaria; sotto altro profilo, tuttavia, ha disposto che l'unico strumento di tutela a disposizione del terzo che intenda opporsi all'attività del denunciante è il ricorso avverso il silenzio ex art. 31, commi 1, 2 e 3 c.p.a. esperibile decorsi i sessanta giorni a disposizione dell'amministrazione per inibire l'attività del privato. E' stata, dunque, esclusa la possibilità di un intervento processuale nella fase precedente il decorso del suddetto termine ed è stata esclusa l'esperibilità dell'azione di annullamento e di quella di condanna.

Si tratta di una soluzione normativa contestata sia in dottrina che in giurisprudenza per la minore carica garantista che essa assume nei confronti sia del denunciante che del terzo. Il primo, esposto per troppo tempo ad una situazione di incertezza, visto il termine ampio entro cui può essere esperito il ricorso ex art. 31 c.p.a.; il secondo, privo di strumenti di reazione prima del decorso del termine entro cui l'amministrazione può inibire l'attività del denunciante ed onerato, prima di esperire il ricorso avverso il silenzio, ad inoltrare all'amministrazione apposita diffida (per una soluzione opposta a quella suggerita dal legislatore cfr.: T.a.r. Veneto, sez. II, 5 marzo 2012, n. 298 e T.a.r. Lazio – Roma, sez. II-bis, 18 luglio 2012, n. 6564).

Ribadisce quanto sopra rilevato anche il Consiglio di Stato nella pronuncia in esame: *“Tale circostanza ha senz'altro inverato il primo step fondamentale di tutela previsto dalla novella legislativa sopra indicata, consistente nel fatto che il controinteressato procedimentale all'attività*

[www.ildirittoamministrativo.it](http://www.ildirittoamministrativo.it)

*(divenuto oggi ricorrente) possa sollecitare formalmente (in via stragiudiziale) la P.A. all'esercizio dei suoi poteri di controllo, verifica, vigilanza e/o inibizione dell'attività oggetto di D.I.A./S.C.I.A..In ordine al secondo step di tutela (consistente in ciò, che a fronte della inerzia dell'amministrazione il privato può spiccare dinanzi al G.A. un'azione avverso il silenzio-rifiuto ex art. 31 c.p.a.), il Collegio coglie nell'atto introduttivo del giudizio la presenza di tutti gli elementi sostanziali dell'azione volta ad ottenere l'accertamento della illegittimità della condotta omissiva dell'amministrazione e la declaratoria dell'obbligo di provvedere, sicché l'azione esperita dal ricorrente può, in parte qua, esser qualificata (o convertita) in azione ex art. 31 c.p.a..".*