

Margherita Ramajoli

La s.c.i.a. e la tutela del terzo

in Diritto Processuale Amministrativo, 2012

1. Il codice del processo amministrativo non contiene alcuna disposizione riferita all'istituto della s.c.i.a., se si esclude l'art. 133, comma 1, lett. a), n. 3, che, abrogando espressamente il comma 5 dell'art. 19 della legge n. 241 del 1990, si limita a confermare la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo nelle controversie in materia.

Nonostante in giurisprudenza fossero da tempo presenti numerosi indirizzi contrapposti e il dibattito dottrinale fosse vivace, il codice ha del tutto taciuto sulla tutela esperibile dal terzo che lamenta una lesione derivante dall'attività segnalata.

La mancanza di una normativa espressa sul punto è una lacuna grave del codice, il cui scopo dovrebbe essere proprio quello di dotare il diritto amministrativo processuale di una struttura stabile, che limiti al massimo le fluttuazioni della giurisprudenza. All'origine dell'idea di qualunque codice vi è la necessità di fornire un sistema e cioè un insieme ordinato, coerente e completo di disposizioni normative, quale risultato di una selezione delle regole "migliori" tra le molte che si contendono il campo nella legislazione, nella giurisprudenza e nella dottrina in ordine agli elementi strutturali e ai problemi di fondo di una determinata materia ⁽¹⁾.

Dal momento che il problema della tutela esperibile dal terzo nell'ipotesi disciplinata in via generale dall'art. 19 della legge n. 241/1990 ha rappresentato uno dei temi più controversi e irrisolti del diritto processuale amministrativo degli ultimi vent'anni, il silenzio serbato dal d.lgs. n. 104/2010 sul punto non costituisce una lacuna di poco conto, ma rappresenta una grave ipoteca sulla credibilità complessiva del codice nella sua attuale formulazione.

Il fatto che dopo pochi mesi dall'entrata in vigore del codice si sia addirittura verificato un conflitto tra l'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato e il legislatore circa la forma di tutela esperibile dal terzo contro la s.c.i.a., che il legislatore abbia ritenuto di dovere intervenire con lo strumento speciale della decretazione d'urgenza e che tale intervento non abbia né risolto il problema né posto fine all'incertezza, tutto ciò rende manifesto che la questione deve essere oggetto di un intervento autenticamente codificatorio e che i presupposti che renderanno possibile un tale intervento richiedono ancora di essere apprestati.

La riflessione che segue intende essere un contributo in questa direzione, mirando a dimostrare che un mero rinvio alle azioni già disciplinate dal codice non risulta affatto sufficiente. Quelle azioni sono state tutte concepite avendo a riferimento un diritto amministrativo sostanziale caratterizzato da un regime provvedimentale, mentre il tratto distintivo della s.c.i.a., inizio e fine di tutte le difficoltà ricostruttive dell'istituto, è proprio la soppressione del regime provvedimentale e il problema processuale della s.c.i.a. è precisamente quello di capire come possa darsi una tutela del terzo in mancanza di un atto amministrativo da impugnare.

Sia l'Adunanza plenaria sia il legislatore hanno tentato la via del rinvio alle azioni disciplinate dal codice, al fine di risolvere il problema processuale della s.c.i.a., ma il ricorso a questa tecnica nega proprio quello che invece bisognerebbe riconoscere, ossia che sul punto il

¹ P. CAPPELLINI, *Il codice eterno. La Forma-Codice e i suoi destinatari: morfologie e metamorfosi di un paradigma della modernità*, in *Codici. Una riflessione di fine millennio*, Milano, 2002, 11 ss., e, se si vuole, M. RAMAJOLI, *L'esigenza sistematica nel diritto amministrativo attuale*, in *Riv.trim.dir pubbl.*, 2010, 347 ss.

codice presenta una lacuna in senso tecnico, che mette in crisi la completezza del codice stesso perché non suscettibile di essere colmata in via interpretativa.

L'Adunanza plenaria 29 luglio 2011, n. 15, in più passaggi ha fatto riferimento esplicito proprio al c.p.a. e al (presunto) sistema dal medesimo creato per fondare la sua decisione.

In particolare la sentenza n. 15, invocando “le coordinate costituzionali e comunitarie richiamate dallo stesso art. 1 del codice”, “l’interpretazione sistematica delle norme dettate dal codice”, nonché la complessiva “architettura del codice” stesso, ha ritenuto che quest’ultimo abbia introdotto il principio di atipicità delle azioni.

Questi richiami le sono serviti a configurare per la tutela del terzo di fronte alla s.c.i.a. sia un’azione di accertamento preventivo, sia un’azione di adempimento complementare all’azione di annullamento, anche alla stregua di una particolare lettura del combinato disposto dell’art. 30, comma 1, che avrebbe appunto introdotto un’azione di condanna dal contenuto atipico, e dell’art. 34, comma 1, lett. c, ove si stabilisce che la sentenza di condanna deve prescrivere l’adozione di misure idonee a tutelare la situazione soggettiva dedotta in giudizio.

Tuttavia non è affatto chiaro se il codice abbia voluto adottare una sistematica caratterizzata dall’atipicità delle azioni esperibili in giudizio, anche perché secondo una lettura proposta in dottrina il novellato art. 111 Cost. sancisce a livello costituzionale la vigenza del principio di stretta legalità processuale ⁽²⁾.

La decisione dell’Adunanza plenaria costituisce un’ulteriore espressione del tradizionale dominio giurisprudenziale nell’elaborazione dei principi e delle regole del diritto amministrativo processuale ⁽³⁾.

Eppure la creatività giurisprudenziale dovrebbe almeno essere rimessa in discussione di fronte all’emanazione di un codice e non certo ulteriormente rafforzata. La capacità del nuovo codice di creare un sistema del diritto processuale amministrativo viene revocata in dubbio dal fatto che il codice sia immediatamente utilizzato come trampolino per la costruzione di istituti processuali radicalmente innovativi.

La pronuncia si distacca nettamente anche dal dibattito preesistente in dottrina e in giurisprudenza sull’argomento. Vero è che l’Adunanza plenaria risulta profondamente debitrice nei riguardi di una particolare opinione dottrinale ⁽⁴⁾, ma la parte più innovativa della sua decisione, configurante una tutela ultra anticipata e un’azione di adempimento, è frutto di elaborazione autonoma e del tutto originale.

A questo sforzo pretorio proteso nel dettare una compiuta disciplina alla materia ha reagito quasi immediatamente il Governo, con una disposizione introdotta nel d.l. 13 agosto 2011, n. 138, recante misure urgenti per la stabilizzazione finanziaria e per lo sviluppo. Si è qui adottata la stessa tecnica del rinvio al codice, ma di segno opposto, vale a dire indicando l’azione contro il silenzio

² A favore dell’atipicità si sono espressi L. TORCHIA, *Le nuove pronunce nel codice del processo amministrativo*, in *Giorn.dir.amm.*, 2010, 1319 ss.; M. CLARICH, *Le azioni nel processo amministrativo tra reticenze del Codice e apertura a nuove tutele*, in www.giustizia-amministrativa.it; in senso contrario A. TRAVI, *La tipologia delle azioni nel nuovo processo amministrativo*, in *La gestione del nuovo processo amministrativo: adeguamenti organizzativi e riforme strutturali. Atti del XVI Convegno di Studi. Varenna Villa Monastero, 23-25 settembre 2010*, Milano, 2011, 75 ss.

³ S. CASSESE, *Il Consiglio di Stato come creatore del diritto e come amministrativo*, in G. PASQUINI E A. SANDULLI (a cura di), *Le grandi decisioni del Consiglio di Stato*, Milano, 2001, 4.

⁴ G. GRECO, *La SCLA e la tutela dei terzi al vaglio dell’Adunanza Plenaria: ma perché, dopo il silenzio assenso e il silenzio inadempimento, non si può prendere in considerazione anche il silenzio diniego?*, in questa *Rivista*, 2011, 359 ss.

come quella, tra le azioni tipiche previste dal codice, che deve essere esperita dal terzo nell'ipotesi di segnalazione certificata d'inizio attività.

A prescindere da qualunque rilievo sulla razionalità della *sedes materiae*, sotteso all'intervento normativo vi è l'intenzione di ribadire la tenuta del tradizionale e secolare impianto positivistico.

La perentoria presa di posizione legislativa suona come sottolineatura del monopolio normativo nell'elaborazione delle regole basilari del diritto amministrativo, sostanziale e processuale, con la conseguenza che nessuna decisione giudiziale, da qualunque organo proveniente, anche dall'organo supremo della giustizia amministrativa, può aspirare a dettare la disciplina in materia: è sempre solo la legge a definire quali siano le modalità di tutela giurisdizionali ammesse dall'ordinamento ⁽⁵⁾.

Tuttavia la pretesa di affermare un monopolio normativo nella definizione delle forme di tutela giurisdizionale comporta per il legislatore l'onere di essere all'altezza del delicato compito che intende assumersi in via esclusiva. Da questo punto di vista, anche l'intervento legislativo appare inficiato dallo stesso fallace presupposto da cui l'Adunanza plenaria aveva preso le mosse, quello cioè di negare che esista nell'ordinamento una lacuna circa la tutela esperibile dal terzo di fronte alla s.c.i.a. e di non riconoscere che questa lacuna, lungi dal potere essere colmata attraverso un rinvio al codice, costituisce un grave difetto del codice stesso.

2. Sicuramente vi è corrispondenza tra Adunanza plenaria e legislatore nell'intendere la natura giuridica della s.c.i.a.: non un'autorizzazione implicita, né un elemento di una fattispecie a formazione progressiva che insieme al decorso del termine provoca la formazione di un titolo, bensì un atto del privato il quale è legittimato allo svolgimento dell'attività direttamente e immediatamente dalla legge. Ma analogo accordo tra legislatore e giurisprudenza non si ritrova a proposito degli strumenti a disposizione del terzo che si ritenga leso.

Stante lo stretto legame tra natura giuridica di un istituto e tutela processuale, alla luce dell'affermazione che "la segnalazione certificata di inizio attività, la denuncia e la dichiarazione di inizio attività non costituiscono provvedimenti taciti direttamente impugnabili" ⁽⁶⁾ è pacifica l'esclusione dal novero degli strumenti di tutela giurisdizionale esperibili dal terzo dell'azione di annullamento della segnalazione di parte, o, in alternativa, del provvedimento autorizzatorio tacito che si formerebbe per effetto combinato della denuncia del privato e del mancato esercizio del potere inibitorio da parte dell'amministrazione ⁽⁷⁾.

Quanto alle azioni ammissibili il contrasto tra Adunanza plenaria e legislatore è invece radicale.

La decisione n. 15 configura un amplissimo ventaglio di azioni esperibili, prendendo le mosse dalla tesi dottrinale secondo cui il decorso del termine fissato per l'esercizio del potere

⁵ Emblematico della dialettica tra legislatore e giurisprudenza è il seguente rilievo con cui si apre un commento alla decisione dell'Adunanza plenaria: "chi pensava di vedere scritta la parola fine ad un tormentone oramai senza tempo rimarrà certamente deluso; non tanto dalla sentenza ... ma da come, ancora una volta, il legislatore interferisce nell'operato del giudice, anche se sotto le mentite spoglie di *liberalizzazione*" (C. LAMBERTI, *La Plenaria si pronuncia sulla d.i.a.*, in *Urb.app.*, 2011, 1196).

⁶ Così l'art. 6, comma 1, d.l. n. 138/11, convertito in legge 14 settembre 2001, n. 148, che ha inserito all'interno dell'art. 19 della legge n. 241/1990, il comma 6 *ter*, e, in senso analogo, Ad.pl. n. 15/11, punto 6.

⁷ Tra le sentenze più recenti che hanno invece sostenuto quest'orientamento cfr. Cons.St., sez. IV, 24 maggio 2010, n. 3263; 13 maggio 2010, n. 2917; 25 novembre 2008, n. 5811; sez. VI, 5 aprile 2007, n. 1550; in primo grado, Tar Liguria, Genova, sez. I, 24 gennaio 2008, n. 76; Tar Piemonte, Torino, sez. I, 5 luglio 2006, n. 2722.

inibitorio, da qualificare come perentorio, determina la formazione di un atto tacito di diniego del provvedimento inibitorio ⁽⁸⁾.

Di conseguenza, la tutela del terzo sarebbe “affidata primariamente all’esperienza di un’azione impugnatoria” del provvedimento tacito negativo, da proporre entro l’ordinario termine decadenziale, accompagnata da un’azione di condanna dell’amministrazione all’esercizio del potere inibitorio (cd. azione di adempimento).

Nell’intervallo di tempo che va dalla presentazione della segnalazione di inizio dell’attività alla scadenza del potere inibitorio, il terzo disporrebbe poi di un’azione di accertamento atipica con cui si richiederebbero misure cautelari immediate e che offrirebbe una tutela anticipata fino al grado più estremo, ottenibile addirittura prima che il termine per l’esercizio dell’eventuale potere amministrativo sia scaduto.

Nel caso in cui l’amministrazione adottasse un provvedimento inibitorio nel corso del giudizio, il processo si estinguerebbe per cessazione della materia del contendere ai sensi dell’art. 34, comma 5, c.p.a.; nel caso in cui l’amministrazione emettesse un provvedimento espresso recante le ragioni della mancata adozione dell’atto inibitorio, vi sarebbe un onere di proposizione di motivi aggiunti; altrimenti, scaduto inutilmente nel corso del giudizio il termine per l’esercizio del potere inibitorio, l’azione di accertamento si convertirebbe nell’azione di annullamento dell’atto tacito di diniego di esercizio del potere inibitorio.

La dottrina ha sottolineato numerosi profili problematici presenti nella soluzione adottata dall’Adunanza plenaria: dall’inquadramento come “atto” anziché come “fatto” della scadenza di un termine perentorio per l’esercizio del potere all’aver contraddittoriamente previsto la trasformazione di una domanda di accertamento in domanda di annullamento ⁽⁹⁾.

Ma tutte le critiche sembrerebbero essere state d’un colpo superate dal nuovo testo dell’art. 19 della legge n. 241, così come riscritto dal citato d.l. n. 138/11, stabilisce, al comma 6-ter, che “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, 3, del decreto legislativo 2 luglio 2010, n. 104”.

Pertanto unica azione esperibile dal terzo davanti al giudice amministrativo risulta essere proprio quell’azione avverso il silenzio liquidata dall’Adunanza plenaria al punto 6.1 della sua motivazione come rimedio non “dogmaticamente ineccepibile”, né “idonea a garantire al terzo ... una tutela piena, immediata ed efficace”.

La disposizione normativa appare però tanto definitiva quanto insufficiente. Definitiva perché esprime la volontà di chiarire una volta per tutte lo strumentario a disposizione del terzo leso, sgomberando il campo da opzioni alternative d’origine giurisprudenziale; insufficiente perché omette di precisare proprio i profili di disciplina necessari a chiarire il modo con cui l’azione contro il silenzio dovrebbe essere applicata all’ipotesi di segnalazione certificata d’inizio attività.

3. Non avendo il legislatore espressamente stabilito né le condizioni per l’esperienza dell’azione contro il silenzio da parte del terzo pregiudicato dall’attività iniziata da un altro soggetto tramite segnalazione, né l’oggetto e le modalità del relativo giudizio, la novella del 2011 è destinata a riproporre gli stessi interrogativi che già in precedenza erano stati sollevati in argomento.

⁸ G. GRECO, *op.cit.*, spec. 370 ss.

⁹ Cfr., per tutti, A. TRAVI, *La tutela del terzo nei confronti della d.i.a. (o della s.c.i.a.): il codice del processo amministrativo e la quadratura del cerchio*, in *Foro it.*, 2011, III, 517 ss.

In particolare, dal momento che il silenzio contro cui il terzo dovrebbe agire non può che essere un'inerzia dell'amministrazione rispetto all'esercizio di poteri doverosi, la domanda circa le modalità di funzionamento dell'azione avverso il silenzio indicata dal d.l. n. 138/2011 coinvolge immediatamente la questione centrale attorno al quale ruota il significato complessivo della s.c.i.a.: quale sia la natura del potere repressivo esercitabile dall'amministrazione quando l'effetto legittimante allo svolgimento dell'attività del privato si è consolidato e tuttavia tale attività non risulta conforme alla legge.

Esiste una tipologia varia e non ben definita di poteri amministrativi in materia di s.c.i.a., la cui configurazione e delimitazione risulta ardua perché la loro previsione è frutto di stratificazioni normative.

La disciplina della s.c.i.a. ha sempre proceduto per progressivi aggiustamenti e l'unico carattere costante ed essenziale dell'istituto è l'eliminazione del previo provvedimento autorizzatorio.

Limitandoci al modello generale e non a quello introdotto con riferimento a taluni specifici settori ⁽¹⁰⁾, l'art. 19 della legge n. 241/1990 ha conosciuto nel corso del tempo più riscritture, modificative non solo delle facoltà del soggetto privato che intenda intraprendere un'attività, ma anche dei poteri dell'amministrazione.

Nella versione originaria dell'art. 19, da un lato, è demandata alla fonte regolamentare l'individuazione dei casi in cui all'attività possa darsi inizio immediatamente dopo la presentazione della denuncia e dei casi in cui ciò può avvenire solo decorso un certo termine. Dall'altro lato, non è specificato il termine per l'esercizio del potere amministrativo di verifica della sussistenza dei presupposti e dei requisiti di legge e di divieto di prosecuzione dell'attività e di rimozione dei suoi effetti, da utilizzare solo se non sia possibile all'interessato conformare l'attività e i suoi effetti alla normativa vigente ⁽¹¹⁾.

Con la legge 24 dicembre 1993, n. 537, viene superato il regolamento richiamato dal testo originario dell'art. 19 e si stabilisce altresì che spetta all'amministrazione, "entro e non oltre sessanta giorni dalla denuncia", verificare d'ufficio la sussistenza dei presupposti e dei requisiti di legge e disporre gli ulteriori incumbenti, termine espressamente definito perentorio dall'Adunanza generale n. 137 del 1994 ⁽¹²⁾.

La qualificazione come perentorio del termine per l'adozione dei provvedimenti inibitori comporta che la sua scadenza consumi definitivamente il potere amministrativo e nell'eventualità di un'inerzia dell'amministrazione rende impossibile la tutela del terzo leso dall'attività svolta dal privato.

Si sottolinea infatti che è inammissibile l'azione avverso il silenzio qualora l'amministrazione debba intervenire entro un termine perentorio, decorso il quale essa risulta privata del potere di provvedere; il giudice non potrebbe ordinare all'amministrazione di esercitare

¹⁰ Su questo specifico tema cfr. E. BOSCOLO, *I diritti soggetti a regime amministrativo. L'art. 19 della legge 241/90 e altri modelli di liberalizzazione*, Padova, 2001, spec. 361 ss., e, da ultimo, sempre dello stesso Autore, *Le novità del d.l. 70/2011*, in *Urb.app.*, 2011, 1012 ss.

¹¹ Cfr. Ad.gen., parere 6 febbraio 1992, n. 27 in *Foro it.*, 1992, III, 200, secondo cui l'amministrazione "può procedere in ogni tempo" al riscontro della conformità alla normativa vigente di tutte le attività private intraprese su semplice denuncia.

¹² Ad.gen., parere 28 aprile 1994, n. 137, in *Foro it.*, 1996, III, 329 ss.; nel senso della perentorietà del termine cfr., tra le tante, anche Cons.St., sez. V, 4 maggio 2004, n. 2707; Tar Lombardia, Brescia, 1 giugno 2001, n. 397.

un potere che per legge non esiste più e il terzo non potrebbe dunque fare ricorso alla procedura del silenzio-rifiuto avverso il mancato esercizio del potere inibitorio ⁽¹³⁾.

Tuttavia fin da subito la giurisprudenza ha inteso configurare in capo all'amministrazione un potere d'intervento tardivo, spendibile alla scadenza del termine di legge previsto ⁽¹⁴⁾.

Solo che i connotati di questo potere tardivo si presentano confusi: essi si trovano a convivere con i poteri repressivi previsti in via generale dall'art. 21, comma 2, della legge n. 241 del 1990, ai sensi del quale le sanzioni previste in caso di svolgimento dell'attività in carenza dell'atto di assenso dell'amministrazione o in difformità di esso si applicano anche nei riguardi di coloro i quali diano inizio all'attività ai sensi dell'art. 19 in mancanza dei requisiti richiesti o, comunque, in contrasto con la normativa vigente ⁽¹⁵⁾.

Non è affatto chiaro se esistano due distinte tipologie di poteri amministrativi attivabili dopo la scadenza del termine, e cioè i poteri repressivi *ex art. 21* aventi carattere doveroso e imprescrittibile e i poteri riconducibili in senso lato all'autotutela e pertanto discrezionali nell'*an*, da porre in essere senza che il terzo possa vantare una qualche pretesa al loro esercizio, non avendo l'amministrazione l'obbligo di rispondere sulla sua istanza in ordine alla loro mancata attivazione ⁽¹⁶⁾; oppure se vi sia un unico potere di tipo sanzionatorio, che assume però una particolare e inconsueta coloritura discrezionale ⁽¹⁷⁾.

Del resto, queste incertezze si legano anche al fatto che alcuni riconducono l'intervento amministrativo successivo a vizi della denuncia rilevabili sono nel corso di svolgimento dell'attività, altri all'ipotesi in cui l'attività non corrisponda concretamente a quanto dichiarato, altri ancora al caso in cui si contesti l'ambito di applicazione della segnalazione, altri infine al contrasto con la normativa di settore ⁽¹⁸⁾.

Con il d.l. 14 marzo 2005, n. 35, il legislatore ha espressamente previsto in materia un potere di autotutela in capo all'amministrazione una volta scaduto il termine per l'esercizio del potere inibitorio, per cui "è fatto comunque salvo il potere dell'amministrazione competente di assumere determinazioni in via di autotutela, ai sensi degli articoli 21-*quinquies* e 21-*nonies*" (art.

¹³ A. TRAVI, *Silenzio assenso, denuncia di inizio di attività e tutela dei terzi controinteressati*, in questa *Rivista*, 2002, 16 ss.

¹⁴ Cons.St., sez. VI, 4 settembre 2002, n. 4453; criticano la configurazione di un potere successivo alla scadenza del termine M. CLARICH, *Termine del procedimento e potere amministrativo*, Torino, 1995, 110 ss.; L. FERRARA, *I diritti soggettivi ad accertamento amministrativo*, Padova, 1996, 126 ss.

¹⁵ A completamento dei poteri amministrativi gli altri due commi dell'art. 21 dispongono che "con la denuncia o con la domanda di cui agli articoli 19 e 20 l'interessato deve dichiarare la sussistenza dei presupposti e dei requisiti di legge richiesti. In caso di dichiarazioni mendaci o di false attestazioni non è ammessa la conformazione dell'attività e dei suoi effetti a legge o la sanatoria prevista dagli articoli medesimi ed il dichiarante è punito con la sanzione prevista dall'articolo 483 del codice penale, salvo che il fatto costituisca più grave reato" (comma 1) e che "restano ferme le attribuzioni di vigilanza, prevenzione e controllo su attività soggette ad atti di assenso da parte di pubbliche amministrazioni previste da leggi vigenti, anche se è stato dato inizio all'attività ai sensi degli articoli 19 e 20" (comma 2 bis).

¹⁶ In questo senso G. FALCON, *La regolazione delle attività private e l'art. 19 della legge n. 241 del 1990*, in *Dir.p pubbl.*, 1997, 411 ss., spec. 445 ss., secondo cui "la scadenza del termine farebbe venir meno il dovere di intervento repressivo d'ufficio, ma a questo sopravviverebbe non solo un potere di intervento discrezionale, ma anche un dovere di intervento su richiesta del terzo".

¹⁷ Cons.St., sez. VI, n. 4453/2002, cit.; Cons.St., sez. IV, 22 luglio 2005, n. 3916; cfr. altresì Ad.gen., n. 27/1992, cit., secondo cui, in via generale, gli atti repressivi di attività private iniziate in difetto dei presupposti e requisiti prescritti "sono legittimi solo se l'amministrazione abbia ponderato previamente gli interessi pubblici eventualmente pregiudicati, rafforzandoli con l'affidamento di chi le abbia iniziate, e al tempo trascorso tra il loro inizio e il riscontro della loro illegalità".

¹⁸ Cfr. in tema D. PULITANÒ, *Commento all'art. 21*, in V. ITALIA E M. BASSANI (a cura di), *Procedimento e diritto di accesso agli atti amministrativi*, Milano, 1995, II ed., 507 ss

19, nuovo testo del comma 3). Questo potere non comporta un'attività di secondo grado su un precedente provvedimento amministrativo (che nel caso di specie manca del tutto), ma condivide con l'autotutela i presupposti e il procedimento per l'esercizio.

E' evidente che l'osservanza dei presupposti previsti per l'autotutela consente di garantire l'affidamento del dichiarante, con un ampio recupero della logica procedimentale (previo avviso di avvio di procedimento all'interessato, esercizio entro un ragionevole lasso di tempo, sussistenza di esplicite ragioni di interesse pubblico, valutazione interessi in conflitto) (19).

Nel 2005 all'espressa previsione normativa di un potere di autotutela in capo all'amministrazione si è poi accompagnata una diversa disciplina delle facoltà del soggetto dichiarante, per cui il privato decorsi trenta giorni dalla data di presentazione della dichiarazione può intraprendere l'attività dandone contestuale comunicazione all'amministrazione e dalla data di tale comunicazione decorrono i successivi trenta giorni a disposizione dell'amministrazione per l'adozione dei provvedimenti di divieto di prosecuzione (art. 19, nuovi commi 2 e 3).

Pur essendo scomparso l'inciso, a carattere rafforzativo, "entro e non oltre", contenuto nella pregressa disciplina temporale del potere di verifica, il termine fissato per l'intervento amministrativo è ancora ritenuto perentorio, per cui l'amministrazione allo scadere del termine decade dal potere di inibire la prosecuzione dell'attività (20).

Con il d.l. 31 maggio 2010, n. 78, viene meno anche l'ultimo baluardo di preventività del controllo pubblicistico, dal momento che vi è una generale legittimazione immediata allo svolgimento dell'attività fin da momento della sua segnalazione ("L'attività oggetto della segnalazione può essere iniziata dalla data della presentazione della segnalazione all'amministrazione competente"), anche se è stato elevato a sessanta il numero di giorni a disposizione dell'amministrazione per l'adozione di provvedimenti inibitori e ripristinatori (art. 19, nuovi commi 2 e 3).

Ma, al tempo stesso, cambiano i caratteri del potere amministrativo d'intervento tardivo: il nuovo comma 4 dell'art. 19 dispone che scaduto il termine per l'esercizio del potere inibitorio all'amministrazione "è consentito intervenire solo in presenza del pericolo di un danno per il patrimonio artistico e culturale, per l'ambiente, per la salute, per la sicurezza pubblica o la difesa nazionale", sempre previa comprovata inconformabilità dell'attività.

Parrebbe dunque che, una volta decorso il termine perentorio, il potere amministrativo risulti spendibile solo a tutela di taluni interessi qualificati e tipizzati, nell'intento di garantire maggiormente l'affidamento ingenerato nel dichiarante. Tuttavia, a complicare la questione, al comma precedente permane la previsione del potere di autotutela senza ulteriori specificazioni e

¹⁹ Anche per il denunciante la soppressione del modello provvedimento comporta una minore tutela laddove il potere inibitorio amministrativo sia esercitato nei termini. La giurisprudenza infatti ritiene che il provvedimento di cessazione dell'attività non debba essere preceduto dalla preventiva comunicazione di avvio del procedimento (Cons.St., sez. IV, 26 luglio 2004, n. 5329; VI, 27 settembre 2005, n. 5052; VI, 23 dicembre 2005, n. 7359) né è applicabile la comunicazione del preavviso di rigetto (Cons.St., sez. IV, 12 settembre 2007, n. 4828). Il dichiarante continua a disporre di un'azione impugnatoria nei confronti del provvedimento inibitorio all'esercizio o alla prosecuzione dell'attività e nei confronti dei provvedimenti adottati in autotutela, perché egli contesta il cattivo uso del potere, vuoi per decadenza del termine perentorio per il suo esercizio, vuoi contestando l'insussistenza dei requisiti o la contrarietà dell'attività alle disposizioni normative; cfr. Tar Sicilia, Catania, sez. III, 1 marzo 2011, n. 519.

²⁰ Sul punto la giurisprudenza è unanime; per particolare chiarezza cfr. Tar Lombardia, Milano, sez. II, 17 giugno 2009, n. 4066. In dottrina cfr. N. PAOLANTONIO, *Commento all'art. 19 della legge n. 241/90*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, Milano, 2011, 752 ss.; ritiene invece sufficiente che entro il termine di legge l'amministrazione abbia avviato e non necessariamente concluso il relativo procedimento di controllo W. GIULIETTI, *Commento all'art. 19 della legge n. 241/90*, *ivi*, 765 ss.

non risolto dal legislatore è il rapporto tra questo generale potere di autotutela e il menzionato potere di autotutela a protezione di interessi tipizzati.

Al di là dei profili problematici evidenziati, è dato comunque cogliere un'evoluzione della disciplina della s.c.i.a., volta sempre più a circoscrivere e ridurre il potere amministrativo d'intervento, avvertito dal legislatore e dalla prevalente giurisprudenza come ostativo a un pieno dispiegarsi della liberalizzazione delle attività private.

4. Dato questo quadro normativo complesso e irrisolto concernente il potere amministrativo repressivo, la previsione fatta dal d.l. n. 138 del 2011 secondo cui davanti al giudice amministrativo è esperibile unicamente l'azione avverso il silenzio pone alcuni problemi.

La giurisprudenza ha fin da subito utilizzato a tutela del terzo (anche) l'azione avverso il silenzio, ma i suoi profili di criticità delle azioni sono ben illustrati e riassunti sia nell'ordinanza della sez. IV del Consiglio di Stato 5 gennaio 2011, n. 14, di rimessione all'Adunanza plenaria della qualificazione giuridica sostanziale dell'istituto e delle tecniche di tutela giurisdizionale a favore del terzo, sia nella più volte menzionata decisione dell'Adunanza plenaria n. 15 del 2011.

I profili di criticità ruotano intorno alla circostanza per cui l'amministrazione non può più esercitare il suo potere inibitorio scaduti i termini perentori per il suo svolgimento.

La facile risposta adottata dal legislatore del 2011, che impone l'utilizzo in materia di s.c.i.a. di un'azione concepita per una fattispecie totalmente diversa, ossia per l'ipotesi di violazione di un obbligo di provvedere, lascia irrisolte tutte le vecchie questioni.

A prescindere dal rilievo per cui l'azione avverso l'inerzia è proponibile entro un anno dalla chiusura del procedimento avviato con l'istanza-sollecitazione (art. 31, comma 2, c.p.a.) con buona pace della stabilità dei rapporti giuridici, non è pacifico se la procedura del silenzio-rifiuto debba riguardare il potere inibitorio, oppure il potere sanzionatorio, o ancora il potere di autotutela.

All'amministrazione non residua più il potere inibitorio una volta che sia scaduto il termine perentorio per il suo esercizio, con la conseguenza che il terzo non potrebbe ordinare all'amministrazione di esercitare un potere non più esistente per espressa disposizione normativa.

Ma soprattutto la giurisprudenza limita notevolmente la tutela del terzo ritenendo inammissibile la presentazione da parte del terzo di un'istanza sollecitatoria dell'esercizio dei poteri inibitori prima della scadenza del termine per il loro esercizio. Questa drastica chiusura giurisprudenziale comporta che l'azione avverso il silenzio non risulta mai esperibile prima del decorso del termine normativamente previsto per l'eventuale adozione degli atti inibitori, pur essendo lo stesso giudice amministrativo consapevole che "qualche inconveniente può forse derivare dallo slittamento del tempo in cui il terzo può agire alla scadenza del termine previsto per l'esercizio del potere inibitorio" ⁽²¹⁾.

Il combinarsi di questi due elementi fa sì che l'oggetto del processo avverso il silenzio non sia mai il mancato esercizio del potere inibitorio ⁽²²⁾.

²¹ Cons.St., sez. IV, 22 luglio 2005, n. 3916.

²² Non è mancato tuttavia chi ha sostenuto che con la novella del 2011 è "superato quanto previsto al primo comma dell'art. 31 circa il fatto che l'azione avverso il silenzio sarebbe esperibile soltanto decorsi i termini per la conclusione del processo amministrativo". Visto che i poteri inibitori sono configurati come poteri di esercizio immediato fin dalla presentazione della s.c.i.a. e con un termine finale, "non avrebbe senso imporre al terzo, che voglia sollecitare l'amministrazione a reagire, di aspettare il termine finale di scadenza del potere"; così C.E. GALLO,

Ciò che è impugnabile è il silenzio-inadempimento serbato dall'amministrazione sull'istanza del terzo intesa a provocare un successivo intervento repressivo, una volta scaduto il termine per l'esercizio del potere inibitorio.

Ma non è affatto chiaro se, intervenuta la sollecitazione della verifica della segnalazione, l'azione avverso il silenzio abbia quale termine oggettivo di riferimento il solo potere di autotutela, con il suo carico di discrezionalità⁽²³⁾, oltretutto attualmente a tutela di interessi particolarmente qualificati (nuovo testo dell'art. 19, comma 4); oppure anche il potere sanzionatorio, da intendere come doveroso e vincolato; oppure ancora un particolare potere sanzionatorio costruito come discrezionale nell'*an* e circondato dalle condizioni e dai limiti di cui agli artt. 21 *quinqües* e *nonies*⁽²⁴⁾. Fermo restando, comunque, nel caso di dichiarazioni sostitutive del privato false o mendaci la possibilità di sollecitare l'adozione del potere sanzionatorio di cui all'art. 21, comma 1, che per sua natura non è mai connotato da tratti di discrezionalità⁽²⁵⁾.

La giurisprudenza maggioritaria considera predominante l'ottica dell'autotutela, a tutto vantaggio dell'affidamento del privato denunciante, con la conseguenza di alleggerire il principio di autoreponsabilità che dovrebbe invece essere uno dei capisaldi in materia di s.c.i.a.: "l'amministrazione, ove intenda contestare la sussistenza dei requisiti o delle condizioni previste dalla legge per l'esercizio dell'attività edificatoria oltre lo scadere di tale termine, non può esercitare direttamente un potere sanzionatorio ma deve prima intervenire in autotutela per rimuovere la legittimazione ad edificare che è sorta per effetto della presentazione della d.i.a. e del decorso del termine di trenta giorni senza che l'amministrazione abbia esercitato il potere inibitorio"⁽²⁶⁾; "l'intervento dell'Amministrazione avrebbe potuto e potrà essere giustificato soltanto nell'ambito di un procedimento di secondo grado di annullamento o revoca d'ufficio, ai sensi dell'articolo 21 *quinqües* e 21 *nonies*, ai sensi l'art. 19, della legge n. 241/90"⁽²⁷⁾; "nel caso in cui l'opera edilizia non sia conforme alle disposizioni prescritte per la sua realizzazione, può intervenire sulla situazione così determinatasi solo con un atto di autotutela, analogo (anche per quanto riguarda i presupposti ed il *modus procedendi*) a quello che sarebbe possibile adottare per rimuovere un'autorizzazione espressa"⁽²⁸⁾.

Alla luce di ciò è altresì controverso se il giudice adito debba statuire esclusivamente sul mero obbligo di provvedere, senza estendere il giudizio alla fondatezza della domanda, oppure se egli abbia il potere di sostituirsi all'amministrazione stabilendo che un dato intervento avrebbe dovuto essere vietato, specie in considerazione del fatto che l'attività svolta dal privato per

L'articolo 6 della manovra economica d'estate e l'adunanza plenaria n. 15 del 2011: un contrasto soltanto apparente, in www.giustamm.it.

²³ A. TRAVI, *La dia e la tutela del terzo: fra pronunce del g.a. e riforme legislative del 2005*, in *Urb.app.*, 2005, 1325 ss., dubita della stessa ammissibilità e utilità di un ricorso sul silenzio in presenza di un potere amministrativo discrezionale nell'*an*: "come può il giudice imporre all'amministrazione di provvedere ... se la legge le consente di non provvedere?"

²⁴ Con la precisazione in base alla quale il potere sanzionatorio non sempre comporta un risultato demolitorio-ripristinatorio, che è l'unico rilevante per il terzo, bensì solo di tipo pecuniario (A. TRAVI, *La dia e la tutela del terzo*, cit., 1325 ss.).

²⁵ Cons.St., sez. VI, 10 marzo 2011, n. 1528 che ha ritenuto legittimo l'ordine di cessazione dell'attività di commercio al dettaglio di oggetti preziosi, a causa della falsità dell'attestazione contenuta nella dichiarazione di inizio attività di non avere riportato condanne, atteso che detta omissione vale a "elidere il rapporto di fiducia che ... costituisce il presupposto e il fondamento della semplificazione consentita dall'art. 19".

²⁶ Tar Lombardia, Milano, sez. II, 17 giugno 2009, n. 4066.

²⁷ Tar Lazio, Roma, sez. II, 2 febbraio 2010, n. 1408; Tar Emilia Romagna, Bologna, sez. II, 2 ottobre 2007, n. 2253

²⁸ Tar Umbria, Perugia, sez. I, 29 agosto 2008, n. 549; ma cfr. anche Cons.St., sez. IV, 12 marzo 2009, n. 1474; Tar Campania, Napoli, sez. II, 3 febbraio 2006, n. 1506; e, in dottrina, F. LIGUORI, *Commento all'art. 19 della legge n. 241 del 1990*, in *Codice dell'azione amministrativa*, cit., 773 ss., 794.

definizione dipende esclusivamente dall'accertamento di requisiti e presupposti richiesti dalla legge o da atti amministrativi a contenuto generale ⁽²⁹⁾.

A completamento degli strumenti di tutela esperibili (anche se sia l'Adunanza plenaria, sia il legislatore tacciono sul punto) vi è l'azione risarcitoria per il mancato esercizio del potere inibitorio. A far data dalla sentenza della Cassazione che ha condannato la Consob al risarcimento del danno subito dai risparmiatori per insufficiente vigilanza nel settore, il terzo vanta una pretesa risarcitoria nei confronti dell'amministrazione che ha omesso di esercitare il suo potere inibitorio entro il termine perentorio ⁽³⁰⁾.

Quest'ultimo rilievo porta a considerare la tutela offerta al terzo dal giudice ordinario e il suo rapporto con quella elargita dal giudice amministrativo.

5. La decisione dell'Adunanza plenaria n. 15/11 riconosce espressamente la sussistenza in materia della cd. doppia tutela, in virtù della quale sono da considerare ammissibili per lo stesso "episodio di vita" sia la tutela del giudice amministrativo sia la tutela del giudice ordinario.

Precisa infatti l'Adunanza plenaria che, nel caso di specie, "il ricorrente avrebbe potuto contestare direttamente all'autore della d.i.a. la violazione della servitù, ma ciò, in base al noto principio giurisprudenziale della doppia tutela, non esclude che egli possa avere invece interesse – legittimo in senso tecnico – a pretendere l'intervento repressivo dell'amministrazione". Così il terzo può contestare direttamente all'autore della segnalazione una violazione di tipo civilistico davanti al giudice ordinario (nello specifico dell'art. 1067 c.c., che pone un divieto di aggravio della servitù), oppure censurare davanti al giudice amministrativo in sede di giurisdizione esclusiva lo scorretto esercizio del potere amministrativo di verifica della conformità dell'attività dichiarata rispetto al paradigma normativo.

Poche sono state le sentenze in materia che hanno distinto tra controversie attinenti a rapporti privatistici tra il denunciante e il terzo, da instaurare davanti al giudice ordinario, e controversie con cui il terzo lamenta il cattivo uso del potere inibitorio da parte dell'amministrazione, da sottoporre al giudice amministrativo ⁽³¹⁾.

Inoltre questa bipartizione non è stata finora utilizzata dalla giurisprudenza allo scopo di accrescere la tutela giurisdizionale del terzo, bensì al fine di dichiarare il difetto di giurisdizione del giudice amministrativo adito. Così, nel caso di segnalazione volta alla ristrutturazione di un locale ritenuta tale da violare le distanze minime previste dal regolamento edilizio comunale, il giudice amministrativo ha dichiarato il suo difetto di giurisdizione, avendo ad oggetto il ricorso del terzo "il mero accertamento delle violazioni edilizie da parte della società controinteressata", mentre di

²⁹ In quest'ultimo senso Tar Lombardia, Milano, sez. II, 14 gennaio 2009, n. 91, che ha annullato il provvedimento che ha ritenuto infondata la diffida con la quale è stata contestata la legittimità dell'intervento di recupero a fini abitativi ed è stato chiesto all'amministrazione di esercitare i poteri di controllo e inibitori previsti dalla legge.

³⁰ La sentenza cui si fa riferimento nel testo è Cass., sez. I, 3 marzo 2001, n. 3132; cfr. A. TRAVI, *Silenzio-assenso*, cit., 27-28.

³¹ L'ottica pubblicistica appare sempre dominante; cfr. Cons.St., sez. IV, 8 febbraio 2008, n. 429, in *Foro amm. CdS*, 2008, 1093, con nota di S. RODRIQUEZ, *Limiti alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo sulla dichiarazione di inizio attività*, che nel caso di adozione di un provvedimento amministrativo di rimozione di un cancello stante l'esistenza di una servitù di accesso e di passaggio ha ritenuto che la controversia sull'accertamento dell'esistenza della servitù d'accesso rientra nella giurisdizione esclusiva perché attiene alle condizioni legittimanti l'intervento edilizio e alla correttezza del divieto opposto dall'amministrazione alla sua realizzazione; in primo grado, invece, Tar Puglia, Bari, sez. mista, 27 settembre 2007, n. 2417, aveva dichiarato il proprio difetto di giurisdizione.

fronte alla censura della “inerzia della Amministrazione nell’attività di vigilanza edilizia ... non vi è alcuna posizione di interesse legittimo avverso l’esercizio di un potere amministrativo” (32).

La dottrina invece ha spesso sottolineato la biforcazione della tutela in materia, affrontando così il rapporto con il terzo (anche) nelle logiche del diritto soggettivo (33).

La tutela dei terzi “va ambientata primariamente nella tutela civilistica del diritto soggettivo in una controversia fra privati, che si svolge davanti al giudice ordinario. “Si pensi alla tutela del diritto di proprietà, nei confronti dell’attività edificatoria del vicino, cfr. art. 872 c.c.; alla tutela della concorrenza nel caso di attività economica indebitamente intrapresa o svolta da un altro operatore del medesimo settore” (34).

Si sottolinea tuttavia come la tutela davanti al giudice ordinario sia meno ampia rispetto a quella offerta dal giudice amministrativo vuoi per quanto riguarda la legittimazione vuoi con riferimento ai suoi contenuti (35).

Il presupposto di questo spostamento nell’ambito della giurisdizione ordinaria è ravvisato nel fatto che, mancando un titolo amministrativo per lo svolgimento dell’attività privata, mutano gli strumenti di tutela del terzo: “l’esclusione di qualsiasi titolo amministrativo per l’attività privata muta dunque radicalmente il quadro degli strumenti di tutela del terzo” (36).

Si avrebbe dunque una perdita secca degli spazi di tutela del terzo a confronto di quanto ammetteva il precedente modello provvedimentale, limitazione che solleva dubbi di legittimità costituzionale (37).

E’ vero che questo rimane un problema aperto, ma non è solo nell’ottica della tutela delle situazioni giuridiche soggettive del singolo che va affrontata la complessiva questione che pone l’istituto. Prima ancora quello che la s.c.i.a. mette in pericolo è l’effettività della disciplina pubblicistica. Questo aspetto merita sicuramente un’analisi anche perché esso involge strettamente pure la tutela del terzo.

La mancanza del provvedimento amministrativo non si traduce in un’assoluta mancanza del potere amministrativo, bensì in una presenza di una diversa tipologia di potere amministrativo, che però si consuma nella sua configurazione originaria alla scadenza del termine legislativamente previsto per il suo svolgimento.

Ma soprattutto l’eliminazione del previo provvedimento amministrativo non significa l’eliminazione della disciplina pubblicistica che detta le condizioni generali di svolgimento dell’attività privata: l’applicazione dell’istituto della s.c.i.a. non comporta una contemporanea abrogazione delle regole di diritto pubblico che disciplinano l’attività dei privati e una loro eventuale sostituzione con regole di diritto privato, nella logica della liberalizzazione pura.

³² Tar Lombardia, Milano, sez. II, 5 luglio 2005, n. 3230.

³³ La bipartizione della tutela è sostenuta da V. CERULLI IRELLI, *Modelli procedurali alternativi in materia di autorizzazioni*, in *Dir. amm.*, 1993, 65; A. TRAVI, *La dia e la tutela del terzo*, cit., 1325 ss.; E. BOSCOLO, *Sulla (non) impugnabilità della denuncia di inizio attività*, in *Urb.app.*, 2003, 1209 ss.; per la più radicale posizione che non conserva spazio alcuno alla giurisdizione amministrativa cfr. L. FERRARA, *I diritti soggettivi ad accertamento amministrativo*, cit.

³⁴ Le citazioni nel testo sono di A. TRAVI, rispettivamente *La tutela del terzo*, cit., 519; voce *Dichiarazione di inizio attività (diritto amministrativo)*, in *Enc.dir., Annali*, vol. II, 2008, 343 ss., 359.

³⁵ A. TRAVI, *La dia*, cit., 1335.

³⁶ A. TRAVI, *La dia*, cit., 1335.

³⁷ A. TRAVI, *La tutela*, cit., 519.

Restano infatti fermi i limiti normativi previsti per lo svolgimento dell'attività del privato, in relazione ai quali sussiste il potere amministrativo di verifica ⁽³⁸⁾.

Del resto, molto chiaramente anche il Consiglio di Stato, in una delle sentenze più avanzate e accorte in materia di s.c.i.a., ha precisato che, nonostante l'introdotta semplificazione procedurale, le norme che regolano lo *ius aedificandi* restano sempre norme pubblicistiche imperative dettate nell'interesse pubblico ("In questi casi, ferma restando la giurisdizione del giudice ordinario sulla titolarità del diritto, il giudice amministrativo giudica del suo contenuto, del suo grado di tutela, a seconda che venga o meno in conflitto con interessi di rilevanza pubblicistica (urbanistica, ambiente, paesaggio ecc.)") ⁽³⁹⁾.

La presenza di un provvedimento amministrativo esprime solo una parte della disciplina pubblicistica, quella formale, mentre la parte sostanziale risiede invece nelle norme che, riconoscendo un interesse pubblico e in vista della sua tutela, prevedono limiti al dispiegarsi delle attività private.

Siffatta ricostruzione trova un sicuro ancoraggio costituzionale, e cioè l'art. 41, comma 2, per quanto attiene l'attività economica, e l'art. 42, comma 2, per quanto riguarda l'attività edilizia. Tant'è che con riferimento al trasferimento, all'apertura e all'ampliamento di superficie degli esercizi di vicinato, subordinati alla sola comunicazione del gestore all'amministrazione in virtù dell'art. 7 del d.l.gs. 31 marzo 1998, n. 114, la giurisprudenza ha affermato che "gli stessi principi costituzionali e comunitari in materia di libertà di iniziativa economica e di tutela della concorrenza non escludono che esigenze di tutela di valori sociali di rango parimenti primario possano suggerire condizionamenti e temperamenti al dispiegarsi dei diritti individuali" ⁽⁴⁰⁾.

Queste attività possono essere effettuate dai privati unicamente se essi dichiarano non solo il possesso dei requisiti di legge, ma anche il rispetto dei regolamenti dei regolamenti locali di polizia urbana, annonaria e igienico-sanitaria, dei regolamenti edilizi e delle norme urbanistiche nonché di quelle relative alle destinazioni d'uso (art. 7, comma 2, lett. b, d.l.gs. n. 114/1998) ⁽⁴¹⁾.

La mera semplificazione procedurale mediante l'abolizione dell'autorizzazione preventiva non sposta dunque la natura pubblicistica delle norme sostanziali che regolano l'attività dei privati. Queste norme devono sempre prevalere sugli interessi privati e non devono essere prive di effettività, nel senso che devono essere rispettate.

Se la salvaguardia dell'effettività delle norme di diritto pubblico giustifica l'esistenza di poteri repressivi e sanzionatori in capo all'amministrazione, essa è parimenti all'origine della nostra giustizia amministrativa ⁽⁴²⁾.

Ma se la massima salvaguardia delle norme di diritto pubblico deve sempre essere garantita, allora è necessario trarre da ciò alcune conseguenze in materia di segnalazione certificata di inizio attività. Da un lato, occorre restringere l'affidamento del privato dichiarante a soli casi in cui l'affidamento sia realmente meritevole di tutela, attribuendo un contenuto effettivo al principio di autoresponsabilità e superando quindi la sopra vista giurisprudenza che lega indiscriminatamente l'esercizio del potere repressivo ai dettami dell'autotutela.

³⁸ V. CERULLI IRELLI e F. LUCIANI, *La semplificazione dell'azione amministrativa*, in *Dir. amm.*, 2000, 617 ss.

³⁹ Cons.St., sez. VI, 2 febbraio 2009, n. 717, punto 7.9.1, in questa *Rivista*, 2009, 1245, con nota di S. VALAGUZZA, *La DIA, l'inversione della natura degli interessi legittimi e l'azione di accertamento come strumento di tutela del terzo*.

⁴⁰ Cons.St., sez. V, 10 maggio 2010, n. 2758.

⁴¹ Tar Campania, Napoli, sez. III, 10 aprile 2007, n. 3187.

⁴² Per tutti cfr. S. SPAVENTA, *Giustizia nell'amministrazione*, in *La politica della Destra. Scritti e discorsi*, Bari, 1909, 53 ss.

Nel caso in cui la segnalazione manchi dei requisiti richiesti o sia comunque in contrasto con la normativa vigente i poteri sanzionatori di cui all'art. 21, comma 2, devono essere rigorosi e non certo discrezionali nell'*an*, come del resto lo sono i poteri repressivi che vigono nel modello provvedimentale.

Laddove esiste un provvedimento amministrativo il potere sanzionatorio è imprescrittibile e vincolato, venendo in rilievo un illecito amministrativo permanente: "il provvedimento di repressione degli abusi edilizi (ordine di demolizione e ogni altro provvedimento sanzionatorio) costituisce atto dovuto della Pubblica amministrazione, riconducibile ad esercizio di potere vincolato, in mera dipendenza dell'accertamento dell'abuso". "Il decorso del termine estingue il potere ... di reazione immediata a fini inibitori, ma l'opera, ove in contrasto con la vigente normativa, rimane sempre sanzionabile". "La circostanza che le domande di autorizzazione avanzate dal privato siano rimaste senza riscontro non priva la mano pubblica del potere di sanzionare il comportamento illegittimo" (43).

Dall'altro lato, e conseguentemente, l'azione avverso il silenzio non ha per oggetto il mancato esercizio di poteri amministrativi discrezionali, ma il mancato esercizio di un potere repressivo vincolato. Siffatto potere è posto a tutela anche del terzo, titolare di un interesse pretensivo a un bene della vita che passa attraverso l'esercizio del potere amministrativo repressivo e che è fondato sulla norma pubblicistica che limita l'attività dell'altro privato.

Il privato poi dovrebbe potere sollecitare l'esercizio dei poteri inibitori anche prima della scadenza del termine per il loro esercizio, emancipandosi così dal modello codicistico dell'azione avverso il silenzio che è concepito con riferimento a ben diverse tipologie di attività amministrative, e attribuendo al terzo un ruolo che contribuisca alla garanzia dell'effettività delle norme pubblicistiche in uno schema in cui manca il provvedimento amministrativo.

La normativa di diritto pubblico tutela contemporaneamente l'interesse pubblico e l'interesse dei terzi ed è per questo essenzialmente che il giudice amministrativo riconosce ai terzi un'estesa legittimazione a ricorrere. La recente giurisprudenza in materia antitrust è quella che esprime la maggiore consapevolezza sul punto. Essa, dopo alcuni tentennamenti è giunta a riconoscere ampiamente una legittimazione ai terzi consumatori a impugnare provvedimenti assolutivi che avevano come destinatari delle imprese proprio in considerazione del fatto che la normativa antitrust "non è la legge degli imprenditori soltanto, ma è la legge dei soggetti del mercato, ovvero di chiunque abbia interesse, processualmente rilevante, alla conservazione del suo carattere competitivo al punto da poter allegare uno specifico pregiudizio conseguente alla rottura o alla diminuzione di tal carattere" (44).

In generale qualsiasi normativa pubblicistica che impone limiti all'attività dei privati in contesti in cui manca un provvedimento amministrativo autorizzatorio tutela direttamente la situazione giuridica soggettiva dei terzi.

Presente nella logica della s.c.i.a. è una particolare attenzione nei riguardi della posizione del privato grazie all'eliminazione di tutte le procedure non necessarie, ma anche la realistica presa d'atto che le amministrazioni non sono in grado di assolvere tempestivamente ai propri compiti accertativi. In realtà con la s.c.i.a. i pericoli insiti in questa disfunzione amministrativa non sono eliminati, bensì solo spostati dal punto di vista temporale: vi è sempre un problema di non uso dei poteri amministrativi di controllo.

⁴³ Rispettivamente Cons.St., sez. IV, 20 luglio 2011, n. 4403; P. STELLA RICHTER, *I principi del diritto urbanistico*, Milano, 2006, 185; Tar Toscana, Firenze, 13 luglio 2005, sez. I, n. 3272.

⁴⁴ Cons.St., sez. VI, 22 giugno 2011, n. 3751, ma cfr. anche Cass., sez.un., 4 febbraio 2005, n. 2207. I precedenti più prossimi a questo indirizzo sono Cons.St., sez. VI, 14 giugno 2004, n. 3865; 3 febbraio 2005, n. 280, in materia di pubblicità ingannevole.

Data questa situazione, sono i terzi a divenire strumento di effettività delle norme pubblicistiche in materia, in altri termini, sono i terzi a ergersi come i principali controllori del rispetto della disciplina normativa. Il terzo può avvantaggiarsi del rispetto della disciplina sostanziale che si compone norme pubblicistiche, visto che tali norme non hanno un destinatario unico, ma prendono in considerazione tutti gli interessi coinvolti.

La particolare tutela intesa a sollecitare l'esercizio dei poteri di vigilanza sul rispetto della normativa pubblicistica porta in definitiva a riconoscere al privato "una situazione giuridica tutelata in relazione ad un'attività che per molti aspetti risulta essere rivolta all'obbiettiva garanzia dell'osservanza dell'ordinamento" (45).

Per questo e per tutte le altre ragioni sopra illustrate è necessario che l'ordinamento predisponga una specifica e adeguata azione a tutela del terzo, non essendo sufficiente in mero rinvio alle azioni già disciplinate dal codice.

⁴⁵ E. FERRARI, *Dall'inerzia nel provvedere all'inerzia nel vigilare*, in V. PARISIO (a cura di), *Silenzio e procedimento amministrativo in Europa: una comparazione tra diverse esperienze*, Milano, 2006, 99 ss., 118 ss.