

LA S.C.I.A. TRA DEPROVEDIMENTALIZZAZIONE E TUTELA DEL TERZO*

Gaetano D'Emma**

L'annoso dibattito sulla natura giuridica della s.c.i.a. e sulle relative forme di tutela giurisdizionale del terzo si è arricchito di nuovi contenuti alla luce della sentenza n. 45 del 13/3/2019 della Corte Costituzionale.

Per comprendere appieno la portata solo parzialmente risolutiva, come si vedrà, della ridetta pronuncia occorre in via preliminare ricostruire in un'ottica diacronica e sistematica le continue modifiche normative che hanno interessato la L. 241 del 7/8/1990, art. 19¹.

Procediamo per gradi.

Sin dalle origini, in ordine alla natura giuridica della s.c.i.a., si sono sostanzialmente divisi il campo due orientamenti interpretativi.

Una prima ricostruzione in termini panpubblicistici vedeva nella s.c.i.a. un istituto incentrato sulla formazione di un provvedimento tacito di assenso allo spirare del termine di 60 giorni prescritto per l'esercizio del potere di controllo inibitorio da parte dell'Amministrazione².

La tesi si fondava essenzialmente sulla valorizzazione del termine autotutela³ all'epoca utilizzato dall'art. 19 in esame per individuare i poteri azionabili in funzione ostativa dalla parte pubblica alla scadenza dei primi 60 giorni.

Se c'è autotutela – si argomentava – significa che c'è un provvedimento di primo grado a formazione tacita su cui esercitare il potere di secondo grado.

Ovviamente, secondo questa ricostruzione, il terzo leso avrebbe dovuto impugnare con l'ordinaria azione di annullamento il provvedimento tacito formatosi *per silentium* a causa del mancato esercizio del potere inibitorio.

Senza dubbio la ricostruzione in termini attizi offriva ampi margini di garanzia ai terzi.

Ma, a parere di chi scrive, era già allora improponibile.

Per vari motivi.

Dal punto di vista propriamente dommatico, perché finiva con l'assimilare la s.c.i.a. al silenzio assenso⁴.

* Intervento svolto nell'ambito del seminario dal titolo "L'attività amministrativa degli enti locali", tenutosi nel maggio 2024 presso l'Università degli Studi di Salerno.

** Ricercatore confermato di Diritto Amministrativo e docente di Diritto degli Enti locali presso il Dipartimento di Scienze Giuridiche – Scuola di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Salerno.

¹ L'istituto della s.c.i.a., com'è noto, è stato introdotto dal D.L. 78 del 31/5/2010, convertito in L. 122 del 30/7/2010, art. 49.4-bis. La letteratura sull'argomento è, di fatto, sconfinata. Si vedano *ex multis* A. Giusti, W. Giulietti, *Tutela del terzo nella s.c.i.a. e principio di effettività, ricercando un'interpretazione costituzionalmente conforme del c. 6 ter dell'art. 19 l. proc.*, in *Giustamm.it* (2018) 6; M.A. Sandulli, *Segnalazione certificata di inizio attività (s.c.i.a.) (artt. 19 e 21 l. n. 241 del 1990 e s.m.i.)*, in M.A. Sandulli (cur.) *Principi e regole dell'azione amministrativa*, IV ed., Milano 2023, 363ss.; C. E. Gallo, *L'art. 6 della manovra economica d'estate e l'adunanza plenaria n. 15 del 2011: un contrasto soltanto apparente*, in *Giustamm.it* (2011).

² Cfr. in questi termini Cons. Stato, Sez. V, 9/10/2018, n. 5811; si vedano in questo senso anche G. Acquarone, *La denuncia di inizio attività*, Milano 2011; A. Graziano, *La denuncia di inizio attività nella l. n. 80/2005 secondo l'ultima giurisprudenza. Natura giuridica dell'istituto, autotutela della p.a. e tutela giurisdizionale del controinteressato*, in *giustizia-amministrativa.it*.

³ Sui poteri di autotutela si vedano G. Liguagnana, *Profili evolutivi dell'autotutela amministrativa*, Padova 2004; M. Ragazzo, *L'autotutela amministrativa. Principi operativi e ambiti applicativi*, Milano 2006; D. Corletto (cur.), *Procedimenti di secondo grado e tutela dell'affidamento in Europa*, Padova, 2007; M. Gigante, *Mutamenti nella regolazione dei rapporti giuridici e legittimo affidamento. Tra diritto comunitario e diritto interno*, Milano, 2008.

⁴ Sul silenzio assenso cfr. G. Mari, *Il silenzio assenso tra amministrazioni e tra amministrazioni e gestori di beni e servizi pubblici*, Milano 2017; E. Scotti, *Il silenzio assenso tra pubbliche amministrazioni*, in A. Romano (cur.), *L'azione amministrativa*, Torino 2016, 566ss.

La differenziata disciplina normativa dei due istituti, invece, ancora oggi ben delineata, non poteva e non può tuttora non esprimere una differenza ontologica e strutturale.

Dal punto di vista normativo, poi, poteva tutt'al più leggere la disciplina della d.i.a., ma si rivelava inadeguata a spiegare il procedimento di s.c.i.a.

In caso di s.c.i.a., infatti, l'attività può essere immediatamente intrapresa, ancor prima dello spirare del termine prescritto per l'esercizio dei poteri inibitori e, quindi, del formarsi dell'eventuale atto tacito di assenso.

Ma la ricostruzione panpubblicistica risultava inadeguata soprattutto perché finiva col contraddire la funzione liberalizzante dell'istituto.

Non pare revocabile in dubbio che la s.c.i.a. sia stata concepita come strumento di liberalizzazione.

Liberalizzare, infatti, non significa necessariamente azzerare il controllo pubblico⁵.

Liberalizzare può significare, tra l'altro, trasformare il controllo pubblico da preventivo e necessario in successivo ed eventuale, muovendo dal presupposto che la legittimazione a svolgere determinate attività derivi all'individuo direttamente dalla legge⁶.

Orbene, intravedere nella s.c.i.a. la formazione di un provvedimento tacito di assenso preventivo, oltre ad essere incompatibile con i termini del procedimento, equivaleva a negare qualsiasi profilo liberalizzante⁷.

Ciò che si guadagnava in termini di tutela del terzo, in virtù di una simile interpretazione, lo si perdeva in termini di liberalizzazione.

Alla ricostruzione attizia, poi, si contrapponeva una ricostruzione in termini ultraprivatistici.

La s.c.i.a., secondo questa lettura, era un atto squisitamente privatistico, al quale l'ordinamento faceva seguire l'effetto legittimante in relazione allo svolgimento di determinate attività⁸.

Non c'era alcun provvedimento tacito di assenso, perché, in sintonia con la ratio liberalizzante, la legittimazione a svolgere l'attività derivava direttamente dalla legge.

Il termine autotutela di cui alla L. 241 del 7/8/1990, art. 19, allora, era stato utilizzato impropriamente dal Legislatore, al fine di rappresentare che, decorso il termine di 60 giorni, l'amministrazione poteva adottare i provvedimenti inibitori solo in presenza dei presupposti scolpiti dalla L. 241 del 7/8/1990, art. 21-*nonies*, non bastando più a tal fine la mera carenza dei presupposti in capo al segnalante⁹.

Il terzo leso, alla luce di questa impostazione, avrebbe potuto soltanto presentare una diffida all'adozione dei provvedimenti repressivi e poi agire contro l'eventuale silenzio inadempimento dell'amministrazione.

Sull'inadeguatezza del silenzio inadempimento come strumento di tutela giurisdizionale in caso di s.c.i.a. ci soffermeremo di seguito, dal momento che la tesi è stata da ultimo ribadita proprio dalla sentenza della Corte Costituzionale n. 45/2019.

⁵ In senso contrario cfr. R. Garofoli, G. Ferrari, *Manuale di diritto amministrativo*, Roma 2011, secondo i quali la s.c.i.a. sarebbe un istituto di semplificazione, in quanto tale non incompatibile con la configurazione di un atto tacito di assenso.

⁶ Cfr. in questi termini Cons. Stato, Ad. Plen., 29/7/2011, n. 15, ove non a caso si parla di 'liberalizzazione temperata'.

⁷ Sulla s.c.i.a. come strumento di liberalizzazione cfr. D. Lavermicocca, *La SCIA e la sostituzione degli atti della p.a.*, in *Urb. e app.* 10 (2012).

⁸ Cfr. Cons. Stato, Sez. V, 9/10/2018, n. 5811; G. Falcon, *La regolarizzazione delle attività private e l'art. 19 della l. n. 241/1990*, in *Dir. pubbl.* (1997); E. Boscolo, *La denuncia di inizio attività riformata: il diritto soggettivo (a regime amministrativo) tra silenzio assenso ed autotutela*, in *Urb. e app.* 10.7 (2006) 838ss.; M.A. Sandulli, *Competizione, competitività, braccia legate e certezza del diritto (note a margine della legge di conversione del d. l. n. 35/2005)*, in *Giustamm.it* 6 (2005); S. Toschei, *La Dia non è un atto amministrativo ma del privato che comunica l'intenzione di intraprendere un'attività (Commento ad Ad. pl. n. 15 del 2011)*, in *Guida al diritto* 37 (2011).

⁹ Si veda S. Valaguzza, *La DIA, l'inversione della natura degli interessi legittimi e l'azione di accertamento come strumento di tutela del terzo*, in *Dir. proc. amm.* 27.4 (2009) 1245ss.

Per ora basti precisare che la rilettura in termini privatistici dell'istituto, da un lato, soddisfaceva l'intentio liberalizzante, dall'altro, affievoliva oltre modo i margini di tutela del terzo, circoscrivendoli all'azione di accertamento dell'illegittimità del silenzio inadempimento.

In un simile contesto, allora, si rivelava assolutamente encomiabile la soluzione di compromesso elaborata dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato con la sentenza n. 15 del 29 luglio 2011¹⁰.

Veniva salvata la valenza liberalizzante dell'istituto escludendo la formazione di qualsiasi provvedimento tacito di assenso.

In tal modo si ribadiva che la legittimazione allo svolgimento dell'attività derivava all'interessato direttamente dalla legge.

Allo stesso tempo, poi, si tutelavano le esigenze dei terzi, configurando la formazione di un provvedimento tacito di diniego di esercizio dei poteri inibitori allo spirare del termine di 60 giorni.

In altri termini, l'atto *per silentium* c'era.

Ma non era un atto tacito di assenso deliberalizzante.

Era un provvedimento tacito di diniego da impugnare con l'ordinaria azione di annullamento.

Anche l'utilizzo del termine autotutela, per l'effetto, trovava una sua logica collocazione sistematica.

Per agire in senso repressivo dopo lo spirare del termine perentorio di 60 giorni, l'Amministrazione avrebbe dovuto dapprima rimuovere in autotutela il provvedimento tacito di diniego dell'esercizio dei poteri di controllo.

Si coniugavano, così, liberalizzazione e tutela dei terzi.

La ricostruzione in termini di silenzio diniego era capace di realizzare un equilibrato e calibrato contemperamento degli interessi pubblici e privati coinvolti.

Alla luce di quest'ultima ricostruzione, allora, risultava sinceramente contraddittoria la successiva introduzione della L. 241 del 7/8/1990, art. 19.6-*ter*¹¹.

Quasi a voler ribaltare la suddetta pronuncia giurisdizionale, la nuova disposizione normativa escludeva che la s.c.i.a. potesse dar luogo a 'provvedimenti taciti direttamente impugnabili'.

Non c'era, a dire del Legislatore, né silenzio assenso né silenzio diniego.

Si ribadiva, in tal modo, l'intento liberalizzante dell'istituto ma si compromettevano gravemente le esigenze di tutela dei terzi.

Il comma 6-*ter* in esame, infatti, aggiungeva 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 e 3, del decreto legislativo 2 luglio 2010, n. 104».

L'unico mezzo di tutela azionabile dal terzo diveniva l'azione sul silenzio inadempimento¹².

L'utilizzo del termine 'esclusivamente', per questi profili, era inequivocabile.

Il problema, però, era un altro.

Il termine di 60 giorni previsto dal comma 3 dello stesso articolo 19 era perentorio.

¹⁰ Si veda sul punto F. Botteon, *Dall'ad. plen. n. 15/2011 al "decreto semplificazioni": le novità in materia di Scia con particolare riguardo alla tutela del terzo*, in *Comuni d'Italia* 1 (2012) 16ss.; E. Zampetti, *D.i.a. e s.c.i.a. dopo l'adunanza plenaria n. 15/2011: la difficile composizione del modello sostanziale con il modello processuale*, in *Dir. Amm.* 4 (2011) 811ss.; V. Parisio, *Direttiva "Bolkestein", silenzio assenso, D.I.A., "liberalizzazioni temperate", dopo la sentenza del Consiglio di Stato, A.P. 29 luglio 2011 n. 15*, in *Foro Amm.-T.A.R.* 10.9 (2011) 2978ss.; N. Longobardi, W. Giulietti, *Scia: un ventaglio di azioni si apre a tutelare il terzo. Osservazioni alla sentenza n. 15 del 2011 dell'Adunanza Plenaria*, in *Giustamm.it.* 8 (2011).

¹¹ F. Botteon, *La scia dopo la l. n. 148/2011 di conversione del d.l. n. 13.8.2011, n. 138: si intensifica il contrasto con l'Adunanza Plenaria n. 15/2011*; Gallo, *L'art. 6 cit.*

¹² Sandulli, *La segnalazione certificata cit.*; A. Police, *Il dovere di concludere il procedimento e il silenzio inadempimento*, in M.A. Sandulli (cur.), *Codice dell'azione amministrativa*, Milano 2017, 273ss.

Una volta spirato, il potere decadeva ed all'Amministrazione procedente, nel testo determinatosi per effetto dell'innovazione normativa in esame, rimaneva solo il potere di autotutela.

Allora, premesso che, escludendo la formazione di qualsiasi provvedimento tacito, restava illogico l'utilizzo da parte del Legislatore del termine autotutela, si è dell'opinione che già all'epoca il nuovo comma 6-ter creasse non poche difficoltà per quel che concerne le tutele azionabili dal terzo.

Per diverse ragioni.

L'azione per il silenzio inadempimento presuppone la persistenza del potere alla scadenza del termine a provvedere ed alla data dell'eventuale sentenza di condanna.

Considerati i termini generali di formazione del silenzio inadempimento ed i termini processuali tipici dell'azione sul silenzio inadempimento, diventava praticamente impossibile conseguire una pronuncia giurisdizionale utile prima dell'estinzione del potere inibitorio tipizzato dal comma 3.

Non solo.

Spirato il termine perentorio di 60 giorni, doveva escludersi la stessa formazione del silenzio inadempimento giuridicamente rilevante.

L'autotutela è per definizione discrezionale.

In quanto tale, è incompatibile con l'obbligo di provvedere.

E senza obbligo di provvedere non può esserci silenzio inadempimento¹³.

Si vuol dire, in altri termini, che già allora, con riferimento ad entrambi i poteri tipizzati rispettivamente dal comma 3 e dal comma 4 dell'art. 19, l'azione sul silenzio inadempimento era inadeguata a garantire ai terzi un'effettiva e piena tutela giurisdizionale.

Da ultimo, lo squilibrio emergente tra tutele dei terzi e spinte liberalizzatorie veniva ulteriormente accentuato dalla parziale riscrittura dell'art. 19 in esame ad opera della L. 124 del 7/8/2015, art. 6.1, lett. a)¹⁴.

L'ultimo residuo letterale della ricostruzione attizia dell'istituto veniva inequivocabilmente espunto.

Scompariva dal testo dell'art. 19 ogni riferimento al termine autotutela.

Cambiava la forma, non la sostanza però.

Almeno a parere di chi scrive.

Decorso il termine perentorio di 60 giorni per l'esercizio del potere inibitorio, infatti, si prevedeva che «l'amministrazione competente adotta comunque i provvedimenti previsti dal medesimo comma 3 in presenza delle condizioni previste dall'art. 21-nonies» della stessa L. 241 del 7/8/1990.

Orbene, com'è noto, l'art. 21-nonies è la norma che regola l'esercizio del potere di annullamento d'ufficio, in autotutela, da parte della pubblica amministrazione.

Con la precisazione che la stessa L. 124 del 7/8/2015, nel modificare tale ultima disposizione normativa, aveva contestualmente dato forma e sostanza al termine ragionevole precedentemente prescritto per l'annullamento di ufficio, quantificandolo in un lasso di tempo 'non superiore a 18 mesi'¹⁵.

¹³ F. Caringella, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano 2007.

¹⁴ Cfr. sul punto M.A. Sandulli, *Gli effetti diretti della L. 7 agosto 2015 n. 124 sulle attività economiche: le novità in tema di s.c.i.a., silenzio assenso e autotutela*, in *Federalismi.it* 17 (2015) 1ss.

¹⁵ M.A. Sandulli, *Autotutela*, in *Libro dell'anno del diritto*, Roma 2016; E. Giardino, *L'autotutela amministrativa e l'interpretazione della norma*, in *Giorn. dir. amm.* 24.4 (2018) 439ss.; M.A. Sandulli, *Autoannullamento dei provvedimenti ampliativi e falsa rappresentazione dei fatti: è superabile il termine di 18 mesi a prescindere dal giudicato penale?*, in *Riv. Giur. Ed.* 61.3 (2018) 687ss.; R. De Nictolis, *L'autotutela provvedimento di annullamento degli atti illegittimi tra principi costituzionali, regole e eccezioni*, in *giustizia-amministrativa.it.*, 2017; C. Deodato, *Il potere amministrativo di riesame per vizi originari di legittimità*, in *Federalismi.it* 7 (2017) 1ss.; M. Sinisi, *Il potere di autotutela*

Con l'eliminazione del termine 'autotutela', dunque, cadeva anche l'ultimo appiglio normativo per la rilettura in termini provvedimentali dell'istituto, sia di silenzio assenso che di silenzio diniego.

Per questo profilo, però, a ben vedere, nulla si aggiungeva a quanto già precisato in modo chiaro ed inequivocabile dal comma 6-ter prima introdotto.

Senza alcun dubbio veniva rimosso un evidente profilo di contraddittorietà della norma.

Non si poteva parlare di 'autotutela' in assenza di un provvedimento tacito di primo grado.

Ma il processo di deprovvedimentalizzazione della s.c.i.a.¹⁶, orientato e spinto dalle ansie legislative di liberalizzazione, aveva già determinato la dequotazione dell'autotutela da provvedimentale a procedimentale.

La contraddizione era, ormai, più formale che sostanziale.

Si ha la sensazione, dunque, che si sia trattato di una modifica priva di una concreta portata innovativa, animata, piuttosto, da uno spirito di carattere iconoclasta, puramente simbolico.

Col venir meno dell'autotutela, veniva meno l'atto e sfumava, fino a divenire impercettibile il controllo pubblico.

Ne consegue che, per effetto degli interventi normativi precedentemente elencati, ad oggi, le principali forme di reazione della parte pubblica nei confronti di una s.c.i.a. in contrasto col paradigma normativo di riferimento sono due.

C'è il potere inibitorio, rimasto ancora immutato nella sua connotazione giuridica per i presupposti di esercizio, ivi compreso il termine perentorio di 60 giorni (comma 3).

C'è, poi, il potere residuale di intervento, attivabile a termine di 60 giorni scaduto, in presenza dei presupposti normativi scolpiti dalla L. 241 del 7/8/1990, art. 21-*nonies* e, dunque, nel termine massimo di 18 mesi (comma 4).

In relazione a questi due poteri, allora, bisogna misurare l'efficacia dell'azione *ex c.p.a.*, art. 31, prescritta dal successivo comma 6-ter.

Ebbene, per quanto finora detto, l'azione sul silenzio in relazione al mancato esercizio del primo potere inibitorio (comma 3) diviene quasi impossibile.

La brevità e la perentorietà dei termini procedimentali di riferimento (60 giorni) renderebbero, con buone probabilità, soprattutto alla luce del termine generale di 30 giorni per la formazione del silenzio inadempimento, inutiliter data la sentenza di condanna, anche a voler considerare la possibilità di proporre contestuale domanda cautelare.

Quanto al residuale potere di intervento (comma 4), il contingentamento temporale dei 18 mesi è solo il problema minore.

Il problema maggiore è un altro.

L'espunzione dal testo dell'art. 19 della qualificazione espressa in termini di 'autotutela' non legittima una diversa qualificazione giuridica del potere.

Determinanti, in questo senso, più che il nomen iuris sono i presupposti normativi di esercizio.

Il rinvio espresso all'art. 21-*nonies* dice tutto e, soprattutto, quel che basta.

Sempre di autotutela si tratta.

E dove c'è autotutela non può esservi silenzio inadempimento.

Si vuol dire che in relazione alla seconda tipologia di potere in esame (comma 4) mancano del tutto i presupposti per la formazione del silenzio inadempimento.

Il problema non è di poco momento.

L'ambito di incidenza, qualitativo e quantitativo, delle attività oramai soggette a s.c.i.a. non può tollerare meccanismi di tutela giurisdizionale aleatori ed inadeguati.

caducatoria (artt. 21 quinquies e 21 nonies l. n. 241 del 1990 s.m.i.), in Sandulli (cur.) *Principi e regole cit.*, 543ss.

¹⁶ A. Auletta, *S.C.I.A.: deprovvedimentalizzazione e semplificazione complicata*, in *Neldiritto.it*, 2012.

Non è un caso, allora, che il T.A.R. Toscana, nel sollevare con l'ordinanza n. 129 dell'11/5/2017 la questione di legittimità costituzionale del comma 6-ter, abbia offerto una rilettura diversa dell'art. 19.

Per sfuggire alle evidenti limitazioni derivanti dall'applicazione del rito sul silenzio ai due poteri di intervento disciplinati dai commi 3 e 4 della disposizione normativa in esame, il T.A.R. Toscana è arrivato a qualificare il potere di verifica azionabile dal privato ai sensi del comma 6 ter come altro e diverso dai primi due poteri di intervento.

Secondo quest'ultima rilettura, infatti, il potere di verifica di cui al comma 6 ter sarebbe distinto ed autonomo rispetto ai poteri di controllo precedentemente descritti.

Si tratterebbe di un potere azionabile ad istanza di parte e di natura vincolata.

Si porrebbe, allora, in questo caso il problema opposto.

Non essendo previsto un termine per la sollecitazione dei poteri di controllo da parte del terzo leso, il segnalante resterebbe di fatto *sine die* esposto all'esercizio dei poteri di verifica di cui al comma 6-ter da parte dell'amministrazione, con gravissima lesione dell'esigenza di tutelare il legittimo affidamento di quest'ultimo sulla legittimità dell'attività intrapresa.

Ma una simile ricostruzione non è condivisibile.

Come puntualmente evidenziato dalla stessa Corte Costituzionale, quando il comma 6-ter parla di 'verifiche spettanti all'amministrazioni' fa riferimento chiaramente ai poteri di verifica di cui ai precedenti commi 3 e 4 e non ad un ulteriore, terzo ed autonomo, potere.

Diversamente argomentando, inoltre, si porrebbe alla configurazione di un potere di controllo di fatto illimitato nel tempo, che, in qualsiasi momento, anche dopo la scadenza del termine di cui al comma 4, potrebbe essere sollecitato dal terzo, pena la proposizione del ricorso *ex c.p.a.*, art. 31.

Si passerebbe, insomma, in questo caso, ad una rilettura dell'istituto eccessivamente sbilanciata in favore del terzo.

Orbene, se per questi aspetti la recentissima sentenza della Corte Costituzionale n. 45 del 13/3/2019 è più che convincente nell'escludere una simile rilettura, non mancano, per il resto, evidenti profili di criticità nella ricostruzione normativa dell'istituto prefigurata dal Giudice delle leggi.

Vale a dire che la Corte Costituzionale ha pienamente aderito alla tesi della natura privatistica della s.c.i.a, precisando che l'unica forma di tutela azionabile dal terzo è la sollecitazione dei poteri di intervento scolpiti dai precedenti commi 3 e 4 ai fini di un eventuale ricorso *ex c.p.a.*, art. 31.

Ma la stessa sentenza non risolve affatto le evidentissime difficoltà (precedentemente evidenziate) derivanti dall'assimilazione normativa del rito sul silenzio inadempimento alla s.c.i.a.

Perfino i suggerimenti normativi proposti non risolvono il problema.

Rendere la s.c.i.a. conoscibile al terzo ed impedire il decorso dei termini procedurali in pendenza di una sollecitazione da parte del terzo può servire a superare il rischio della consumazione dei poteri di controllo sotto l'aspetto squisitamente temporale, ma di certo non può risolvere la strutturale incompatibilità tra la L. 241 del 7/8/1990, art. 21-*nonies*, ed il silenzio inadempimento.

Tra art. 21-*nonies* ed obbligo di provvedere vi è, infatti, un'incompatibilità totale ed insanabile. Né convince l'elencazione dei rimedi alternativi individuati nella stessa sentenza.

Nessun problema sorge per la tutela sostanzialmente senza tempo riconosciuta per i casi di dichiarazioni mendaci o false attestazioni.

Ma le dichiarazioni mendaci e le false attestazioni non esauriscono tutte le ipotesi di potenziale patologia della s.c.i.a.

Tantomeno il *gap* di tutela può essere colmato invocando la previsione di cui alla L. 241 del 7/8/1990, art. 21.2-*bis*.

Per due motivi.

Innanzitutto, perché il legittimo esercizio dei poteri sanzionatori di volta in volta disciplinati dalle normative speciali di settore presuppone, comunque, l'avvenuto esercizio dei poteri inibitori tipici del procedimento di s.c.i.a.

Non si può sanzionare un'attività che non sia stata inibita nei termini di legge, pena anche in questo caso un'evidente lesione del legittimo affidamento del segnalante.

La carenza di tutela giurisdizionale in ordine al mancato esercizio dei poteri inibitori tipizzati dalla L. 241 del 7/8/1990, art. 19, allora, inevitabilmente si riflette in senso negativo anche sulle possibilità di legittimo esercizio dei poteri sanzionatori di cui al comma *2-bis* del successivo art. 21.

Non solo.

A ben vedere, il ridetto comma *2-bis* non riguarda tutte le ipotesi di difformità della s.c.i.a. dal paradigma normativa di riferimento, ma solo la particolare ipotesi di attività soggette per legge al preventivo rilascio di atti di assenso (sulla s.c.i.a., come detto, ai sensi del comma *6-ter* dell'art. 19 non si forma alcun atto di assenso, nemmeno implicito), che, invece, sono state intraprese col procedimento di s.c.i.a.

Nemmeno il sacrificio imposto al terzo leso può trovare legittimazione nelle pur legittime esigenze di liberalizzazione.

La liberalizzazione – si ripete - non può significare azzeramento del controllo pubblico¹⁷.

Si vuol dire, in altri termini, che, nonostante i tentativi giurisprudenziali di rendere il comma 6 ter in esame costituzionalmente tollerabile, ad oggi permangono nello statuto normativo di riferimento della s.c.i.a. non pochi punti di problematicità in ordine al regime di tutela giurisdizionale dei terzi.

Probabilmente, la soluzione più apprezzabile da questo punto di vista resta quella concepita dalla sentenza n. 15 del 29/7/2011 dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, perché capace di coniugare liberalizzazione e tutele.

Altrettanto evidente è, infine, che il vigente comma *6-ter* rappresenti un ostacolo insormontabile per qualsiasi tentativo di riprovedimentalizzazione, anche in termini di silenzio diniego, della s.c.i.a.

¹⁷ Sul punto cfr. ancora Cons. Stato, Ad. Plen., 29/7/2011, n. 15.