

INDICE GENERALE

Introduzione

1. La nozione di procedimento e la semplificazione amministrativa

1.1. La semplificazione amministrativa: inquadramento sistematico .. pag.	9
1.2. La nozione di procedimento amministrativo	pag. 10
1.2.1. Le riflessioni sulla natura giuridica del procedimento	pag. 14
1.2.2. L'atto – procedimento	pag. 15
1.2.3. La concezione formale	pag. 16
1.2.4. La concezione funzionale	pag. 18
1.2.5. La teoria del provvedimento	pag. 20
1.3. Il procedimento amministrativo dagli anni '90 alla l. 69/2009	pag. 24

2. Gli obiettivi e le finalità della semplificazione amministrativa

2.1. La semplificazione amministrativa nel nuovo contesto istituzionale	pag. 30
2.2. La razionalizzazione dell'assetto normativo attraverso il ricorso alla delegificazione.....	pag. 31
2.3. Dalla legge n.241 alle riforme “Bassanini”: la semplificazione come improrogabile necessità	pag. 35

2.4. Dalle riforme “Bassanini” ai giorni nostri: la semplificazione come policy dedicata	pag.	39
2.5. Le vicende di semplificazione e il riordino normativo dal 2002 al 2009	pag.	41
2.6 Il rilancio delle politiche di semplificazione con la legislatura attuale	pag.	42
2.7 La semplificazione nelle più recenti riforme	pag.	46
2.7.2. Responsabilità da inerzia o da ritardo nella conclusione del procedimento: art. 2-bis legge n. 69/2009	pag.	61
2.7.3. Dalla D.I.A alla S.C.I.A	pag..	71
2.8 Conclusioni	pag.	71

3. Il silenzio assenso e le novità introdotte dalla legge n. 69/2009

3.1. Il silenzio assenso nel quadro della disciplina del procedimento amministrativo: evoluzione normativa	pag.	75
3.2. La disciplina introdotta dalla legge n. 69 del 2009	pag.	79
3.3. Silenzio diniego - silenzio assenso - silenzio inadempimento	pag.	83
3.4. Giurisprudenza recente in materia di silenzio assenso	pag.	87

4. La S.C.I.A: la riformulazione dell'art 19 nella legge n. 122/2010

4.1. Elementi della S.C.I.A: analisi del contenuto dell' attuale articolo 19 della legge n. 241/1990	pag. 96
4.2. Excursus storico: le diverse versioni dell'articolo 19 della legge n. 241/1990.....	pag. 99
4.2.1. La prima versione: in vigore dal 2 settembre 1990 al 31 dicembre 1993	pag. 99
4.2.2. La prima modifica (rectius: sostituzione) dell'articolo 19: in vigore dal gennaio 1994 al marzo 2005	pag. 100
4.2.3. Dalla “denuncia” alla dichiarazione di inizio attività: la seconda modifica (rectius: ancora sostituzione) dell'articolo 19: in vigore dal 17 marzo 2005 al 3 luglio 2009.....	pag. 102
4.2.4. La terza modifica dell'articolo 19: in vigore dal 4 luglio 2009 al 7 maggio 2010	pag. 105
4.2.5. La quarta modifica dell'articolo 19: in vigore dall'8 maggio 2010 al 3 luglio 2010	pag. 105
4.2.6. La “mini” modifica disposta dall'allegato 4), articolo 4, comma 1, numero 14), del decreto legislativo n.104/2010 (Codice del processo amministrativo)	pag. 106
4.3. Inquadramento della <i>quaestio</i> : la natura giuridica della S.C.I.A .	pag. 106
4.3.1. La tutela dei terzi.....	pag. 110
4.4. La S.C.I.A in sostituzione della D.I.A edilizia	pag. 111

4.5. La nota esplicativa del Ministero per la Semplificazione	
Normativa	pag. 113
4.6. A quali ambiti dell'attività comunale non si applica la S.C.I.A	pag. 121
4.7. La D.I.A in materia edilizia	pag. 121
4.8. Obiettivi e analisi critica della S.C.I.A	pag. 121
4.9. La rimessione all'adunanza plenaria del Consiglio di Stato della <i>vexata quaestio</i> della natura giuridica della D.I.A e del regime processuale applicabile alla tutela degli interessi legittimi dei terzi	pag. 124
Bibliografia	pag. 146

Introduzione

Il presente lavoro si prefigge di porre in evidenza il ruolo e il contributo dato dalla semplificazione amministrativa allo sviluppo e alla trasformazione del sistema amministrativo italiano.

Viene sottolineato come, nel corso di questi ultimi anni, sia progressivamente cresciuta l'attenzione verso la questione della semplificazione dei procedimenti amministrativi e come sempre più si sia in essa individuato uno degli strumenti per il raggiungimento di obiettivi quali la riduzione dei costi per il funzionamento del sistema amministrativo, lo snellimento e l'accelerazione dell'azione amministrativa, la riduzione degli adempimenti posti a carico dei cittadini e la graduale liberalizzazione delle attività private.

Il quadro che è emerso ha evidenziato chiaramente la centralità che l'obiettivo della semplificazione dei procedimenti amministrativi ha ormai definitivamente assunto nel contesto delle scelte politiche afferenti la pubblica amministrazione fino a far ipotizzare la nascita di una sorta di deprovvedimentalizzazione, figlia di un diritto sempre più vicino ai cittadini.

L'esame delle normative approvate negli ultimi venti anni, dalla l. 241/90 alla 80/2005 arrivando alla recentissima legge n. 122/2010, ha evidenziato con assoluta chiarezza come l'obiettivo della semplificazione e razionalizzazione dei procedimenti attraverso i quali le amministrazioni operano abbia rappresentato uno degli obiettivi principali costantemente perseguiti dal legislatore.

L'iter del presente lavoro, pertanto, si snoderà nella prima parte innanzitutto attraverso una disamina del concetto di procedimento amministrativo, così come elaborato dalla dottrina fino ai giorni nostri, successivamente attraverso una breve ricostruzione storica delle iniziative di semplificazione amministrativa realizzate a partire dalla legge 241/1990. Nella seconda parte del lavoro, viene affrontato il problema della definizione degli obiettivi della semplificazione. Vengono analizzate tutte le possibili connotazioni della semplificazione, dal campo specificatamente amministrativo, legislativo, organizzativo fino a quello economico e sociale. Nella terza e quarta parte, infine, verrà svolta un approfondimento del concetto di semplificazione amministrativa in chiave concreta attraverso l'analisi del suo atteggiarsi nel tessuto normativo e amministrativo italiano, in particolar modo analizzando gli istituti del silenzio assenso e della nuova S.C.I.A.

La semplificazione amministrativa, infatti, è lo strumento principe per migliorare il rendimento delle strutture pubbliche dal momento che essa costituisce la base di partenza fondamentale ed insostituibile per consentire il raggiungimento del reale buon andamento della P.A così come disciplinato dalla nostra Costituzione. Alla luce di ciò appare pertanto pienamente opportuna la scelta, operata attraverso le varie modifiche legislative, di eliminare fenomeni di confusione di responsabilità attraverso la separazione tra la sfera politica (programmazione) e la sfera amministrativa (gestione), di trasferire talune funzioni dal centro alla periferia favorendo un più razionale

impiego delle risorse umane, individuare standard di produttività e semplificare la disciplina del rapporto di lavoro all'interno delle pubbliche amministrazioni prospettando forme di flessibilità e cercando nel complesso di porre l'amministrazione nella condizione di operare in maniera più libera e meno soggetta a limiti e vincoli che ne ostacolano e rallentano l'attività.

In conclusione attraverso il presente lavoro si vuole porre in evidenza, sulla base delle osservazioni, delle indagini e dei dati che verranno forniti nel corso dell'intera analisi, come la semplificazione dei procedimenti amministrativi rappresenti una delle principali vie da seguire nella prospettiva della realizzazione di un nuovo modello d'amministrazione, in grado di rispondere in modo più tempestivo alle istanze dell'utenza diminuendone i lunghi tempi d'attesa ed i disagi ; in grado di decidere con maggiore rapidità in modo da risparmiare tempo e denaro utilizzabili per lo svolgimento d'altre funzioni ; in grado di operare sempre e in ogni caso in modo legittimo, eliminando radicalmente fenomeni di corruzione o concussione che spesso proprio tra i procedimenti lunghi e complessi trovano l'ambiente ideale per manifestarsi; in grado di essere realmente assimilato a quella "casa di vetro" che alcuni anni fa Filippo Turati auspicava potesse divenire l'amministrazione Italiana, intendendo con tale espressione una struttura trasparente, semplice non ostile ma al servizio del cittadino che ad essa si rivolge per ottenere dei servizi.

CAPITOLO I

1. La nozione di procedimento e la semplificazione amministrativa

Quello della semplificazione amministrativa, ovvero della semplificazione delle forme di azione dell'amministrazione, è un concetto che si è formato in maniera molto lenta nel tempo. Prima di arrivare a quelle che sono state le ultime riforme in tal senso, infatti, è stato necessario scardinare, a partire dalla legge 241/'90 l'idea che la semplificazione assumesse un ruolo marginale nell'ambito dei progetti di ammodernamento e di riforma dell'amministrazione. Concretamente, infatti, l'idea che il miglioramento dell'efficienza amministrativa dovesse passare attraverso la semplificazione dei procedimenti amministrativi non è stata mai davvero organicamente formulata se non di recente. Nel corso degli anni vennero semplicemente prospettati alcuni progetti, peraltro mai realizzati nella loro totalità, all'interno dei quali l'idea della semplificazione dell'azione amministrativa veniva ad essere individuata solo di riflesso attraverso la ricerca di singoli obiettivi quali il miglioramento del prodotto legislativo o il decentramento amministrativo che avrebbero potuto probabilmente, se realizzati, consentire di elevare il rendimento dell'amministrazione. Si cercherà pertanto, nel corso del presente capitolo, di fornire prima un rapido excursus, dottrinale e giurisprudenziale, del concetto di procedimento amministrativo, per poi delineare il lungo iter che dalla legge sul procedimento ha portato alla moderna concezione della

semplificazione amministrativa e alla sua penetrazione nel tessuto della moderna amministrazione.

1.1 La semplificazione amministrativa: inquadramento sistematico

La legge 241/1990 è la legge sul procedimento amministrativo e fissa i principi comuni a tutti i procedimenti amministrativi. Non si tratta di una legge generale nel senso che disciplina tutti gli aspetti del procedimento: si può dire che, almeno nella sua versione originaria, la 241 offriva alcune linee guida, principi e norme applicabili trasversalmente a tutti i procedimenti. Questo non significa che non esistano ancora discipline speciali valide per alcuni tipi di procedimenti (c.d. discipline settoriali). Si può anche osservare che, sempre nella sua versione originaria, la legge 241 stava a metà via tra una concezione processualistica del procedimento propria della legge austriaca, molto lunga e con disciplina puntuale e minuziosa, fatta di termini rigidi, decadenze e di ruoli ben definiti delle parti, (quasi a voler applicare al procedimento lo stesso tipo di regole valide per il processo); e una concezione partecipativa più elastica, propria della legge americana, molto breve e improntata sul contatto meno formale tra cittadino e amministrazione. Ciò che va sottolineato è comunque il fatto che la legge 241, supportata e interpretata dal lavoro di dottrina e giurisprudenza, ha certamente contribuito a correggere alcune storture proprie dell'agire dell'amministrazione.

La legge 241 nel tempo ha subito numerose modifiche più o meno significative. Tra queste, non si può non menzionare la legge 15/2005 che ha inserito nel corpo della 241 una serie di norme aggiuntive riguardanti anche il provvedimento (tra cui i casi di nullità e annullabilità, i provvedimenti di secondo grado, alcune regole riguardanti l'efficacia etc.). Ad oggi si può dire che la legge 241 non è più solo una legge sul procedimento ma è piuttosto una legge sull'attività amministrativa anche grazie a questo provvedimento normativo che ha aperto la strada alla riforma, ancora più recente, di cui a breve si dirà. Prima, tuttavia, di seguire cronologicamente le varie modifiche che hanno portato all'emanazione della L.69/2009, occorre premettere dei cenni sulla nozione di procedimento amministrativo.

1.2 La nozione di procedimento amministrativo.

Il procedimento amministrativo, dal punto di vista teorico-giuridico è un argomento molto ampio, un tema centrale del diritto amministrativo. Volendo definirne una nozione occorre evidenziare che numerosa dottrina e giurisprudenza ne hanno dato definizioni differenti; per ora occorre dire che il procedimento amministrativo indica il processo decisionale dell'amministrazione: alla fine del procedimento arriva la decisione, ovvero il provvedimento amministrativo. In Italia, come poc'anzi si accennava, il tema è rimasto in ombra per tutta quella parte del Novecento che ha visto

nascere e fiorire molti importanti studi di diritto amministrativo. All'epoca infatti la dottrina era maggiormente concentrata sullo studio del provvedimento ossia della decisione, della manifestazione di volontà della PA e ciò era probabilmente dovuto al fatto che gli studi più risalenti di diritto amministrativo risentirono molto delle categorie del diritto privato. Bisogna infatti ricordare che il diritto privato è stato sempre molto più sviluppato, studiato, arricchito nei secoli perché le sue radici affondano nell'antichità e nel diritto romano.

E' dunque accaduto che i concetti di diritto privato, già studiati e disponibili si estesero per quanto possibile al diritto amministrativo ed è anche chiaro che siccome il processo decisionale del privato è relativamente indifferente per il diritto privato (perché quello che conta è la sua manifestazione di volontà), così la dottrina non si è tanto occupata del processo decisionale dell'amministrazione.

In realtà il processo decisionale del soggetto pubblico non può essere equiparato a quello di un privato perché la pubblica amministrazione è dotata di qualcosa che il privato molto spesso non ha e cioè il potere. Il procedimentalizzare, il formalizzare, lo strutturare il processo decisionale della pubblica amministrazione funge da contrappeso al suo potere.

Riprendendo il discorso cui prima si accennava, occorre dire che, in Italia, per avere uno studio compiuto e specifico sul procedimento bisogna attendere gli anni '40 (è di quell'anno una nota monografia di Sandulli dedicata al tema in

questione). Ciò naturalmente non significa che l'amministrazione fino ad allora non avesse deciso attraverso procedimenti, solo che non era stato individuato dal legislatore un insieme di regole valide per ogni procedimento: esistevano singole leggi che disciplinavano singoli specifici procedimenti, unite ad una serie di regole costruite dalla giurisprudenza, cioè dalle pronunce del Consiglio di Stato.

Lo studio di Sandulli contribuisce a dare assetto al procedimento individuando una serie di fasi che compongono lo stesso: iniziativa, istruttoria, costitutiva e integrativa dell'efficacia. E' il c.d. approccio strutturale al procedimento ma di ciò si discuterà più oltre.

In definitiva dunque il "procedimento" indica quella sequenza di norme (fino a quella regolatrice di un atto finale : di solito un provvedimento, ma può trattarsi anche di un atto mero), ciascuna delle quali regola una determinata condotta, ma enuncia come presupposto del proprio operare il compimento di una attività regolata da altre norme della serie . Il procedimento si presenta come una sequenza di atti in una successione tale che per cui ogni atto della serie segue un altro, secondo l'ordine stabilito dalla legge.

Se è vero che la problematica concernente il procedimento amministrativo sin dal secolo scorso fu oggetto d'attenzione e riflessione da parte sia della giurisprudenza amministrativa che della dottrina, è altrettanto vero però che la nozione di procedimento come su descritta e come oggi è pacificamente intesa, vale a dire "una serie di atti ed operazioni funzionalmente collegati in

relazione ad un unico effetto”, (secondo la definizione elaborata dal Consiglio di Stato), è il risultato di un lungo e complesso processo di elaborazione svoltosi nel corso dei decenni passati. In realtà i primi studi e le prime riflessioni avviati dalla scienza giuridica sul procedimento avevano ignorato l’aspetto della connessione sequenziale di atti, quale la caratteristica principale dell’istituto procedimentale ed avevano riconosciuto rilevanza giuridica solo al provvedimento. Le ragioni che stavano alla base di una valutazione così ristretta dell’idea stessa di procedimento vanno ricercate principalmente in due ordini di fattori : in primo luogo, l’attenzione preponderante per le implicazioni di natura giurisdizionale dell’azione amministrativa, in particolare per ciò che riguarda quegli atti dell’amministrazione capaci di determinare degli effetti nella sfera giuridica esterna all’amministrazione medesima. Dato che gli unici atti potenzialmente in grado di incidere nelle altrui sfera giuridica erano i provvedimenti, si deducono facilmente le ragioni della scarsa attenzione dedicata a tutti gli altri elementi della sequenza procedimentale. Più volte la giurisprudenza, in occasione dell’impugnativa di atti che oggi definiamo strumentali, ebbe modo di affermare che oggetto d’impugnazione può essere solo il provvedimento e mai l’atto preparatorio. Veniva in sostanza ripetutamente riproposto il concetto secondo cui l’atto preparatorio di per se non produceva nessun tipo d’effetto o di conseguenza nei confronti di chicchessia. Gli effetti previsti ed

ipotizzati dall'atto preparatorio potevano eventualmente essere prodotti solo dal provvedimento quando e qualora fosse stato adottato.

1.2.1. Le riflessioni sulla natura giuridica del procedimento.

Come si accennava poco sopra, il dibattito dottrinale e giurisprudenziale non si è esaurito soltanto nella definizione del procedere dell'*agere* amministrativo, ma si è incentrata anche sulla natura del procedimento stesso. Degli studi in tal senso esistono già a partire dai primi anni del secolo XX ed erano volti al tentativo di mutare la prospettiva e guardare l'insieme: non il provvedimento isolatamente bensì nel contesto degli atti che lo precedono e lo sostanziano, riuscendo pertanto ad andare oltre le connotazioni meramente giurisdizionali. Si pose in evidenza come il rispetto “della serie di atti o fatti legati da un ordine legale...” fosse il presupposto necessario perché il provvedimento potesse validamente configurarsi.¹ Due i risultati importanti conseguiti : da un lato l'aver evidenziato che il provvedimento non è il solo atto giuridicamente rilevante e che un ruolo altrettanto importante è svolto da tutti gli atti previsti dalla sequenza procedimentale, dall'altro lato l'aver riconosciuto e sottolineato la rilevanza del processo di formazione della volontà (in ciò operando un netto distacco dalla cultura privatistica).

¹ Monduzzi, Mazzaroli.. e AA.VV. Manuale di diritto amministrativo parte II, p. 998 ss.

1.2.2. L'atto – procedimento.

Gli studi avviati nei primi anni del XX secolo vennero di lì a pochi anni ripresi e proseguiti con sviluppi nuovi ed originali, da Forti ² il quale propose una distinzione fra procedimento in senso ampio e procedimento in senso stretto. Quest'ultimo andrebbe inquadrato nella categoria degli atti amministrativi, in quanto sarebbe un vero e proprio atto, che si verrebbe formando gradualmente attraverso i vari elementi del procedimento. Esso si riscontrerebbe tutte le volte che un procedimento si svolge entro l'ambito di un unico ente, attraverso la cooperazione dei diversi organi di questo (ciò perché le singole attività di tali organi, non esprimendosi verso l'esterno, non sarebbero di per se stesse degli atti, in quanto prive di vita giuridica autonoma). D'onde la designazione di atto-procedimento, in quanto qui “ il procedimento tiene luogo dell'atto” e i vari elementi accessori del procedimento sono da considerare come suoi elementi costitutivi, ponendosi quindi nei suoi confronti come la parte sta al tutto. Tra le varie critiche rivolte alla tesi avanzata da Forti le principali concernono la limitazione della configurazione del procedimento come fenomeno unitario, ai soli casi in cui esso si svolga nell'ambito di una sola persona giuridica. Parimenti, le singole attività poste in essere nell'esplicazione della stessa funzione non possono essere considerate in modo diverso a seconda che siano rivolte ad altri organi dello stesso ente o ad enti differenti, ed essere di conseguenza considerati

² Sul punto A.M. Sandulli, Op. cit. pag. 29 e ss.

come elementi costitutivi di un atto nel primo caso ed atti a se nel secondo. Resta comunque, al di là della criticabile limitazione di cui si è appena parlato, l'indubbio contributo offerto dall'opera di Forti allo sforzo compiuto dalla dottrina italiana di inquadrare sistematicamente la materia procedimentale.

1.2.3. La concezione formale.

Le conclusioni cui pervenne Forti furono rilevanti, non solo perché rappresentavano il primo serio tentativo di sistematizzazione della materia procedimentale, ma anche e soprattutto perché gettarono luce su un campo d'indagine sino a quel momento inesplorato o quasi. Ciò è inequivocabilmente confermato dal fatto che di lì a pochi anni seguiranno alcune teorizzazioni che daranno un contributo decisivo allo studio ed alla riflessione sul procedimento amministrativo. A meno di un decennio dal lavoro di Forti, viene pubblicata la monografia di Sandulli dedicata al procedimento amministrativo. L'importanza per certi versi storica, di quest'opera è opinione largamente diffusa soprattutto alla luce del fatto che mai sino a quel momento si era riusciti a svolgere un'analisi tanto dettagliata e così rigorosamente sistematica del procedimento.

Il lavoro di Sandulli si caratterizza per il fatto di cogliere la dinamica procedimentale nella sua interezza. Il procedimento viene scomposto in fasi, che l'autore definisce - con termini ormai entrati nell'uso corrente -

preparatoria, costitutiva ed integrativa d'efficacia, e rispetto ad ognuna di queste singole fasi vengono individuati ed analizzati gli atti che ne fanno parte, le loro caratteristiche, le loro funzioni e i loro effetti. Sulla base di questo esame condotto su un'ipotesi astratta e generale di modello procedimentale vengono elaborate delle soluzioni e date delle risposte per le ipotesi di invalidità o addirittura di mancanza di atti all'interno delle varie fasi, cercando di evidenziare a seconda dei casi le diverse conseguenze possibili. Il concetto che emerge piuttosto chiaramente dall'opera in esame è quello di uno stretto collegamento fra procedimento ed atto. Il provvedimento, l'atto espressione della pubblica autorità, è il risultato dell'azione ordinata di più soggetti pubblici ed è strettamente collegato con altri atti, alcuni dei quali, ad esso precedenti, hanno funzione preparatoria, altri successivi una funzione di accertamento di regolarità, altri ancora hanno il compito di garantirne l'attuazione e la pubblicità. Sandulli per primo affermò in modo chiaro e preciso che ogni azione ed ogni decisione dei pubblici poteri si sviluppa attraverso una serie coordinata di atti ed operazioni. Il venire in vita del provvedimento amministrativo è il risultato ultimo dell'azione combinata di tutta una serie di atti ognuno dei quali è il presupposto necessario dell'atto che segue e la *condicio sine qua non* di quello che precede. E' evidente dunque come il risultato cui l'analisi di Sandulli approda sia quello di una forte contrapposizione alla dottrina e alla giurisprudenza anteriore che aveva soffermato la propria attenzione solo ed esclusivamente sul provvedimento,

non comprendendo che un giudizio isolato e circoscritto ad esso è sbagliato per il semplice fatto che il provvedimento è la risultante di una sequenza ordinata di atti e pertanto solo verificando la validità di essa si può giudicare valido o meno il provvedimento stesso.

1.2.4. La concezionale funzionale.

Negli anni successivi lo sviluppo del pensiero dottrinale fu fortemente influenzato dall'opera di Sandulli. La teoria del procedimento-fattispecie finì col costituire la base sulla quale vennero elaborate diverse teorie che richiamandosi, in modo più o meno diretto, ad essa, portarono a sviluppi ed integrazioni ulteriori l'analisi generale del procedimento. In tale contesto, nel quale non va sottovalutato il ruolo giocato dalle norme costituzionali, si segnala, per i nuovi originali spunti di riflessione introdotti, l'analisi di Feliciano Benvenuti.³ Ciò che immediatamente viene in evidenza nell'opera di Benvenuti è il dato della totale e indiscussa adesione al postulato Sandulliano. Descrivendo quello che lui chiama "il fenomeno procedimento" Benvenuti lo definisce con espressione estremamente eloquente : "... consiste in ciò che un atto non raggiunge la sua perfezione, e cioè non è perfettamente compiuto se prima non vi è stata una elaborazione di tutti o di alcuni dei suoi elementi ; se, quindi, la sua formazione non è passata attraverso stadi successivi ed anzi spesso non si è giovata di successive cooperazioni...".

³ F. Benvenuti Funzione amministrativa, procedimento, processo, in Riv. Trim. Dir. Pub. 1952, p. 118 ss

Ancora Benvenuti afferma che “il procedimento è la storia della trasformazione del potere in atto“ e che dunque laddove vi è esplicazione di una funzione la vi è necessariamente un procedimento, configurandosi quest’ultimo come la forma della funzione. “ Il procedimento nell’analisi di Benvenuti - osserva Santaniello - è il modo di esercizio del potere che contempera autorità del soggetto pubblico e libertà del privato, assicurando al primo la supremazia del potere ed al secondo la garanzia delle forme di espressione di questa supremazia“⁴. Benvenuti distingue poi il procedimento in senso stretto ed il processo, figure entrambe comunque riconducibili alla figura del procedimento come forma di estrinsecazione della funzione amministrativa. Partendo proprio da questa constatazione egli perviene alla conclusione che sia la funzione amministrativa sia quella giurisdizionale potrebbero essere indistintamente esercitate nell’una o nell’altra forma, e se a ciò non si procede è solo per ragioni di opportunità pratica. A sostegno di questa tesi vengono adottati vari esempi di funzioni amministrative esercitate tramite la forma del processo: si pensi al ricorso gerarchico, o al procedimento disciplinare. L’analisi di Benvenuti indubbiamente contribuisce in maniera notevole alla definizione di un quadro teorico più chiaro e al tempo stesso completo circa la figura del procedimento amministrativo, sviluppando aspetti trascurati o comunque poco considerati ed introducendo elementi di novità che saranno ripresi e sviluppati successivamente.

⁴ G. Santaniello Op. cit. pag. 498 e ss.

1.2.5. La teoria del provvedimento.

In seguito all'affermazione della teoria sostanziale formale si venne progressivamente operando una distinzione tra atti formalmente amministrativi ma sostanzialmente normativi o giurisdizionali e atti formalmente e sostanzialmente amministrativi. La figura del provvedimento amministrativo, compiutamente teorizzata da Massimo Severo Giannini, nasce proprio nel contesto del dibattito sull'atto amministrativo.⁵ La prima elaborazione si ha nelle Lezioni di diritto amministrativo, laddove viene rifiutata la categoria generica dell'atto amministrativo, in quanto riunisce in un medesimo concetto atti giuridici diversi tra loro". La nozione di provvedimento viene costruita partendo dal procedimento amministrativo. " Il provvedimento amministrativo è l'atto mediante il quale l'autorità amministrativa dispone di ordine all'interesse pubblico di cui è attributaria, esercitando la propria potestà e correlativamente incidendo in situazioni soggettive del privato. Tutti gli altri atti dell'amministrazione autorità, che non siano provvedimenti amministrativi, sono atti strumentali : però non basta una determinazione negativa e residuale per individuarli, e la determinazione consiste in questo : che essi sono al servizio di un provvedimento." La figura del provvedimento amministrativo viene in seguito ritoccata e meglio definita in alcuni suoi aspetti ma non radicalmente trasformata. Si pone l'accento sull'elemento dell'imperatività, dapprima considerato un carattere proprio

⁵ M.S. Giannini Op. cit. pag. 236 ss.

dell'autorità del provvedimento che si manifesta nella degradazione dei diritti soggettivi e nella esecutorietà, successivamente viene fatto coincidere con l'autorità del provvedimento, articolantesi “ in tre effetti, tra loro collegati : la degradazione dei diritti, l'esecutività, l'inoppugnabilità.”. Il provvedimento amministrativo risulta facilmente individuabile perché capace di produrre “effetti di nascita, modificazione o estinzione di situazioni soggettive con o senza collaborazione del soggetto che le subisce“.⁶ “La costruzione e la definizione del concetto di provvedimento amministrativo ha contribuito poi in maniera rilevante a porre in crisi la teoria dell'atto amministrativo come figura giuridica negoziale”⁷. “Si evidenziò la sostanziale inesattezza e la mancanza di fondamento scientifico ed empirico di espressioni come “atto amministrativo negoziale”, “negozio di diritto pubblico” e simili. Si pose altresì in evidenza il fatto che il negozio privato si basa sull'autonomia dei soggetti, cosa questa non riscontrabile nelle amministrazioni pubbliche, le quali non dispongono di una siffatta libertà quando agiscono come autorità. Nulla vi è in comune tra : “l'illimitata ricchezza di modulazioni del negozio giuridico privato e la forza creativa che esso esprime, con la povertà di variazioni che ammette il provvedimento amministrativo, contenuto in schemi e retto dal principio di legalità”. L'idea di provvedimento così come definita da Giannini risulta pressoché universalmente accettata dalla dottrina successiva, tuttavia alcuni caratteri specifici della figura provvedimentale

⁶ M. S. Giannini Op. cit. pag. 237 ss.

⁷ F.G. Scoca Op. cit. pag. 6 ss.

sono stati nel corso degli anni posti al centro di valutazioni ed analisi critiche. Sono stati, in particolare, messi in discussione alcuni aspetti quali : la struttura necessariamente unilaterale del provvedimento, il suo carattere imperativo (ed autoritativo) come elemento fondamentale di ogni provvedimento, la misura della autoritatività nella disciplina della sua formazione. L'attenzione su questi particolari aspetti della problematica provvedimentale è stata ovviamente in gran parte determinata dal processo di trasformazione della Pubblica Amministrazione, che ha portato ad una riduzione del tasso di sovranità. Una serie di iniziative legislative prima e la legge generale sul procedimento amministrativo poi hanno contribuito a mitigare l'aspetto autoritativo dell'azione amministrativa riconoscendo ed incoraggiando la partecipazione dei privati al procedimento amministrativo e la possibilità addirittura di addivenire ad accordi con la Pubblica Amministrazione. Specialmente sul terreno degli accordi la normativa si articola in due categorie fondamentali : sul contenuto del provvedimento e sostitutivi del provvedimento. Il primo è un atto interno al procedimento e strumentale al provvedimento. Il secondo non pare avere natura contrattuale (mancando nella parte privata la piena disponibilità dei propri interessi, potendo comunque l'amministrazione provvedere in via unilaterale, bensì pattizia. Per entrambe le forme di accordo esiste un punto in comune : la possibilità per l'amministrazione di provvedere in via unilaterale. Nel caso dell'accordo

procedimentale, l'atto terminale è comunque un provvedimento unilaterale, con tutte le sue connotazioni tipiche, autoritatività ed esecutività comprese.

Nel caso dell'accordo sostitutivo del provvedimento, anche questo si innesta in un procedimento nel corso del quale viene presentata una proposta d'accordo che, se accettata porta alla conclusione dell'accordo medesimo, se non accettata, e qualora vi sia comunque interesse a provvedere, l'amministrazione adotta ugualmente il provvedimento unilaterale. Ciò significa in altre parole che l'amministrazione dispone di un potere unilaterale mediante un provvedimento o mediante accordo, ricorrendone le condizioni. Concludendo questa analisi sulla figura del provvedimento, tuttora fondamentale nell'ambito degli atti della Pubblica Amministrazione, si deve affermare che essa non ha subito trasformazioni radicali dall'epoca in cui è stata elaborata. Sotto il profilo strutturale il provvedimento è e resta un atto unilaterale, espressione di un potere unilaterale ed autoritativo ; sotto un profilo funzionale è un atto di cura concreta di interessi pubblici, e sotto infine l'aspetto formale è l'atto terminale del procedimento. Queste caratteristiche basilari del provvedimento non sono state pertanto in alcun modo influenzate dalla trasformazione subita dal concetto di amministrazione. In particolare modo l'attenuazione del carattere sovrano dell'azione amministrativa non ha modificato il carattere autoritativo del potere.

1.3 Dagli anni '90 alla L. 69/2009.

La legge 241/1990 costituisce la legge sul procedimento amministrativo. Essa, come poc'anzi evidenziato, contiene i principi di tutto l'*agere* amministrativo e disciplina le varie fasi, di ispirazione sandulliana, del procedimento stesso.

La legge 241 è stata nel corso dei venti anni da quando è entrata in vigore più volte modificata fin a giungere alle più recenti modifiche che si sono avute con la legge n. 69/2009. La *ratio legis* di queste modifiche è stata probabilmente quella di adattare il diritto amministrativo al cambiamento dei tempi, modernizzandolo e avvicinandolo al cittadino nell'ottica di un'amministrazione meno burocratica e più "*iure privatorum*". E, proprio partendo da un *agere* amministrativo più vicino al cittadino, le modifiche legislative nel corso degli anni non potevano che insistere sull'efficacia, efficienza ma, soprattutto, semplificazione.

Non è intenzione di chi scrive esaurire in questa sede la problematica relativa all'iter della semplificazione durante il corso degli anni. Si ci soffermerà in questo paragrafo soltanto sulle modifiche *latu sensu* più recenti che sono intervenute sulla legge 241 /1990 e che hanno interessato le varie fasi del procedimento stesso. Si guarderà, poi, nei capitoli successivi più concretamente alle novità introdotte in tema di semplificazione soffermandosi in particolare sugli istituti del silenzio assenso della p.a e della nuova S.C.I.A

che, meglio di tutti, rappresentano la cristallizzazione del principio di semplificazione e deprovincializzazione che il legislatore italiano cerca di perseguire ormai da due decenni.

La Legge n. 69/2009 ha apportato quindi significative modifiche alla 241/1990, in particolare riguardo all'efficacia e all'invalidità del provvedimento, alla disciplina della conferenza di servizi, alle modalità di accesso ai documenti amministrativi e alla necessità di utilizzo da parte della P.A., in maniera sempre più diffusa, di strumenti di natura privatistica. In definitiva, la L.69/2009 incide nuovamente sulla legge fondamentale del procedimento amministrativo (dopo le riforme avvenute già nel 2005) con la finalità di semplificare e di razionalizzare l'agire della p.a.

Volendo procedere ad una rapida schematizzazione, le disposizioni della nuova legge che incidono in particolar modo sulla legge 241/1990 sono:

- la modifica introdotta all'art. 2 da parte dell'art. 7 della novella: la nuova versione della norma conferma, al comma 1, il dovere delle pubbliche amministrazioni di concludere il procedimento amministrativo con l'adozione di un provvedimento espresso.

Viene prevista la riduzione del termine generale di conclusione del procedimento, che diviene da 90 a 30 giorni. Il predetto termine ha carattere sostitutivo, cioè si applica solo se per le amministrazioni interessate non sono individuati termini differenti (secondo quanto stabilito nei commi 3 e 4),

comunque non superiori a 90 giorni o, eccezionalmente, eccedenti i 90 giorni (fino al massimo di 180 giorni).

- La novella ha altresì introdotto un ulteriore strumento di tutela a favore del cittadino nei confronti dell'inerzia della p.a.: il nuovo art. 2 bis che prevede un'azione risarcitoria (esperibile innanzi al giudice amministrativo nel termine di cinque anni) per il ristoro del “danno ingiusto” (in primis, ma non esclusivamente, secondo il paradigma del c.d. “danno da ritardo”, elaborato dalla giurisprudenza) addebitabile ai pubblici funzionari che, con dolo o colpa (grave), non hanno rispettato i termini di conclusione del procedimento. Incomberà ovviamente sull'attore la prova dell'ingiustizia del danno e dell'addebito per dolo o colpa grave in capo al funzionario.
- La legge 69 incide altresì in ordine alla certezza dei tempi in caso di attività consultiva; nonché, con l'art 9 in maniera sostanziale, sull'art. 19 della legge sul procedimento che, come noto, riguarda la c.d. D.I.A e di cui si parlerà diffusamente nel III capitolo del presente lavoro. L'art 9 della legge 69/2009 ai commi 4 e 6, infatti, contiene significative novità, sia sostanziali che processuali, dei due importanti istituti della dia e del silenzio assenso di cui si illustrerà in seguito. Quanto alla denuncia di inizio attività la novella interviene sull'art. 19 della l. 241 che, come noto, contiene la disciplina generale di tale istituto, applicabile anche in materia edilizia, in quanto compatibile.

Il comma 4 dell'art. 9 introduce una modifica al comma 2 dell'art. 19 della legge n. 241 stabilendo l'immediata efficacia della dichiarazione presentata dall'interessato finalizzata a svolgere "attività di impianti produttivi di beni e servizi di cui alla Direttiva 2006/123/Ce", compresi "gli atti che dispongono l'iscrizione in albi o ruoli o registri ad efficacia abilitante o comunque a tale fine eventualmente richiesta". Dal che risulta legittimante all'esercizio dell'attività il solo deposito della d.i.a., venendo meno il potere della p.a. di vietare ex ante l'inizio della stessa (dal deposito della dichiarazione cominceranno a decorrere i consueti 30 giorni a disposizione dell'amministrazione per adottare gli eventuali provvedimenti inibitori): "l'attività può essere iniziata dalla data della presentazione della dichiarazione all'amministrazione competente". Pertanto gli elementi di semplificazione introdotti dalla novella riguardano il momento in cui può essere dato inizio all'attività oggetto della d.i.a.: mentre la regola generale prevedeva, come è noto, che l'attività potesse essere iniziata soltanto dopo che fossero decorsi 30 giorni dalla presentazione della dichiarazione (con l'ulteriore obbligo di dare avviso alla p.a. dell'effettivo inizio dell'attività), nel caso in commento attualmente l'attività può essere iniziata subito.

L'art. 9 modifica anche il comma 5 dell'art. 19 della l. n. 241 sul silenzio assenso, ove si stabilisce che “ogni controversia relativa all'applicazione dei commi 1, 2 e 3 è devoluta alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo”. La novella precisa che “il relativo ricorso giurisdizionale, esperibile da qualunque interessato, può riguardare anche gli atti di assenso formati in virtù delle norme sul silenzio assenso previste dall'art. 20”.

Con la novella, pertanto, il tipo di sindacato esercitabile dal giudice amministrativo sulla d.i.a. è quello previsto dall'art. 20 della l. n. 241.

- L'art. 10 riguarda poi la tutela degli interessati nei procedimenti amministrativi di competenza delle regioni e degli enti locali. Tale articolo assume particolare rilevanza in considerazione del vivace dibattito in ordine ai limiti della legislazione regionale a disciplinare il procedimento amministrativo relativo a materie rimesse alla potestà concorrente dello Stato e, appunto delle Regioni. In particolare viene riformulato, in maniera più sintetica, il comma 2 dell'art. 22 (ove scompare il riferimento ai livelli essenziali delle prestazioni e ad un possibile intervento regionale volto ad assicurare livelli ulteriori di tutela) relativo al diritto di accesso.
- L'art 29 al comma 2 bis individua gli istituti riconducibili alla categoria di rango costituzionale (art. 117, comma 2, lett. m) dei “livelli essenziali delle prestazioni” nel successivo comma 3 bis

vengono individuate a parte altre due ipotesi di livelli essenziali delle prestazioni: le dichiarazioni di inizio attività e il silenzio assenso.

CAPITOLO II

2. Gli obiettivi e le finalità della semplificazione amministrativa

2.1. La semplificazione amministrativa nel nuovo contesto istituzionale

Oggetto del presente lavoro è quello di seguire l'iter cronologico e, soprattutto, la concreta applicazione che del principio della semplificazione normativa è stata fatta nel corso degli anni. Si analizzerà in questo capitolo della trattazione, prima di esaminare gli istituti centrali della stessa-Silenzio assenso e S.C.I.A- del principio di semplificazione dagli anni 90 ad oggi, dei suoi obiettivi e di come essa stia radicalmente mutando lo scenario dei rapporti tra privati e p.a.

La domanda che viene lecito porsi è: perché semplificazione? In che senso semplificazione? Occorre allora posare lo sguardo sulla burocrazia, sulle p.a che non sempre sono al passo con i tempi o non sono in grado di garantire quella rapidità e quella fluidità nelle prestazioni che la società moderna esige. Migliorare il funzionamento delle strutture pubbliche significa apportare dei cambiamenti estremamente profondi nel modo stesso di pensare e configurare la gestione della cosa pubblica. Non è pensabile che l'amministrazione impegni più tempo ad amministrare se stessa che non a servire il cittadino, così come non è accettabile il fatto che la Pubblica Amministrazione, a differenza di ogni altra struttura che opera e produce dei servizi, non abbia degli obiettivi da conseguire e non sia sottoposta al giudizio dei propri utenti.

E' evidente tuttavia che indicare e descrivere, anche solo sommariamente, l'insieme dei possibili interventi effettuabili per migliorare il rendimento delle strutture pubbliche comporterebbe un'estensione tale dell'analisi che si rischierebbe di perdere di vista la questione principale oggetto di questo capitolo, vale a dire l'individuazione degli obiettivi che, nella prospettiva di una maggiore funzionalità dell'azione amministrativa, con la semplificazione dei procedimenti si vuole realizzare. Peraltro non va neppure trascurato il fatto che le ragioni della complessità dell'azione amministrativa sono in buona parte riconducibili alla scarsa funzionalità in molti casi dei procedimenti amministrativi e dunque, pur non sottovalutando l'importanza degli aspetti specificatamente organizzativi, legislativi e di gestione ed utilizzazione del personale, soffermare la ricerca sull'analisi dei metodi e degli interventi volti a semplificare la struttura attraverso cui la Pubblica Amministrazione opera significa tentare comunque di individuare delle soluzioni in grado di aumentare l'efficienza dell'attività amministrativa.

2.2. La razionalizzazione dell'assetto normativo attraverso il ricorso alla delegificazione.

Volendo iniziare *ab origine* un'analisi della semplificazione bisogna innanzitutto dire che il termine semplificazione, soprattutto all'inizio, ha significato delegificazione e razionalizzazione dell'assetto normativo. La

semplificazione dei procedimenti amministrativi avviata nel 1990 con l'approvazione della legge 241, infatti, ha avuto ulteriori sviluppi nel corso degli anni successivi, durante i quali il legislatore si è trovato a dover affrontare principalmente il problema di dare concreta attuazione a quell'insieme di disposizioni di principio, dall'economicità alla trasparenza, dalla celerità all'efficacia dell'azione amministrativa contenute proprio nella legge su citata. La legge 537/93 recante "interventi correttivi di Finanza Pubblica" di accompagnamento alla finanziaria per il 1994, chiamata a sviluppare ed attuare quei principi, ha, tra i vari obiettivi perseguiti nella prospettiva della semplificazione amministrativa, realizzato quello della delegificazione di un cospicuo numero di procedimenti amministrativi. La delegificazione, tecnicamente consistente nella delega da parte del Parlamento all'esecutivo del compito di disciplinare normativamente i procedimenti, rappresenta una delle soluzioni adottate per porre rimedio a quella complessità e frammentarietà della disciplina procedimentale che spesso costituisce uno dei maggiori ostacoli ad uno svolgimento rapido ed efficiente dell'azione amministrativa. I vantaggi connessi con il ricorso allo strumento della delegificazione sono molteplici. In primo luogo la disciplina dei procedimenti viene affidata all'organismo che maggiormente conosce i problemi e le condizioni particolari in cui ciascuna amministrazione versa, e quindi meglio di altri può progettare le singole sequenze procedimentali. In secondo luogo l'utilizzo dello strumento regolamentare, al posto della legge

ordinaria, consente una gestione più efficace delle procedure. Come già sottolineato in precedenza infatti le continue trasformazioni economiche, sociali e tecnologiche riflettendosi sull'apparato amministrativo e sull'attività posta in essere dall'amministrazione, richiedono periodicamente interventi per adeguare la disciplina. Chiaramente il fatto di non dover necessariamente passare attraverso l'iter parlamentare consente di intervenire sulle procedure con notevole risparmio di tempo, data la maggior duttilità dello strumento regolamentare, e tutto questo ovviamente non solo in sede di revisione periodica delle procedure ma anche ogni qualvolta sia necessario intervenire per apportare chiarimenti, modifiche, integrazioni ecc., sollecitate dalle amministrazioni che utilizzano e applicano quotidianamente le singole procedure. La delegificazione doveva quindi, soprattutto all'inizio, costituire l'antidoto alla stratificazione normativa. L'intervento sui procedimenti amministrativi da parte dell'esecutivo deve mirare alla ricostruzione della disciplina normativa, includendovi le disposizioni rimaste in vigore e quelle nuove, eliminando quelle abrogate, e soprattutto evitando sovrapposizioni, deroghe parziali, rinvii ecc. che non fanno altro che complicare la struttura procedimentale. L'articolo 2 della legge 537/93 ha previsto nel merito la delegificazione di oltre centoventi procedimenti amministrativi scelti nell'ambito di quelli più significativi per i rapporti tra Pubblica Amministrazione e cittadini e caratterizzati dal fatto di essere estremamente lunghi e complessi. La semplificazione da realizzarsi attraverso i regolamenti

governativi viene ad essere improntata su alcuni specifici criteri come : la diminuzione delle fasi procedurali, del numero delle amministrazioni intervenienti, degli atti di concerto ed intesa ; la riduzione dei termini di conclusione dei procedimenti ; la regolazione uniforme dei procedimenti omogenei svolgentesi presso amministrazioni diverse o diversi uffici della medesima amministrazione; la contrazione del numero dei procedimenti amministrativi e l'accorpamento di quelli relativi alla medesima attività; la semplificazione e l'accelerazione delle procedure di spesa e contabili; l'individuazione delle responsabilità e delle procedure di verifica e controllo. L'azione di semplificazione dei procedimenti amministrativi avviata con la legge 537/93 viene proseguita con l'approvazione, due anni più tardi, della legge 165/95 che ha delegato il governo a semplificare più di cento procedimenti, specificatamente individuati nel novero di quelli pertinenti l'amministrazione statale, nella prospettiva di realizzare un ulteriore sostanziale "svecchiamento" della normativa esistente. La legge in esame ha introdotto nuovi criteri di semplificazione amministrativa, accanto a quelli già previsti dalla legge 537/93, come l'accorpamento delle funzioni, la soppressione di organismi o la riduzione del numero dei loro componenti, la riduzione degli organi di decisione collegiale e la valutazione e la valorizzazione di quelli monocratici. L'art. 3 del D.L. 12/05/95 n.163 convertito in legge 11/07/95 n. 273 ha infine introdotto uno strumento volto a favorire, sia pure in modo indiretto, la semplificazione dell'azione

amministrativa, attraverso il riconoscimento di un titolo preferenziale nei concorsi pubblici e ai fini della progressione di carriera, per tutti coloro che promuovono iniziative finalizzate a migliorare il servizio al pubblico, semplificare le procedure e favorire l'accesso alle informazioni in possesso delle amministrazioni. Le leggi in esame hanno dunque non solo consentito di semplificare e razionalizzare un cospicuo numero di procedimenti amministrativi (anche di una certa importanza come quelli in materia di espropriazione per causa di pubblica utilità o di disciplina del commercio) ma anche di farlo in modo tempestivo senza dover affrontare il lungo iter parlamentare.

2.3 Dalla legge n. 241 alle riforme “Bassanini”: la semplificazione come improrogabile necessità.

Il dibattito sulle vicende della semplificazione amministrativa in Italia, a partire dagli anni 90, si incentra solitamente sul sistema delineato dalle riforme Bassanini, soprattutto negli anni 1997-1999, e sulla mancata attuazione di quelle riforme, se non sul loro progressivo smantellamento, nell'immediato dopo-Bassanini.

Questa visione coglie essenzialmente gli assi portanti della questione della semplificazione, ma non la esaurisce. Non la esaurisce perché bisogna partire da un “prima” della riforma Bassanini; e bisogna guardare oltre, prendendo in

considerazione i più recenti sviluppi della politica di semplificazione, in modo da avere una visione complessiva degli ultimi venti anni di politica di semplificazione in Italia; che poi, come si dirà, in buona parte coincide con gli ultimi venti anni di politica dell'amministrazione.

Gli anni 90 del XX secolo sono stati caratterizzati da un rinnovato interesse per la riforma dell'amministrazione, tema presente nella giuspubblicistica italiana del secolo precedente, da Romagnosi a Manna, ma sostanzialmente trascurato, salve lodevoli eccezioni, dal ceto politico e dalla cultura istituzionale successivi. Si parte dall'esigenza di trasformazione dell'amministrazione nei suoi rapporti con i cittadini e nella sua organizzazione: l'amministrazione deve essere meno autoreferenziale e soddisfare le esigenze che vengono dagli "amministrati"; l'erogazione dei servizi al pubblico –di tipo burocratico (certificati) o imprenditoriale (forniture di servizi)- deve essere efficiente ed economicamente competitiva; l'organizzazione delle amministrazioni deve rispondere a canoni razionali di buon funzionamento. Per fare questo servono regole flessibili quanto all'organizzazione dei servizi e regole certe e chiare quanto ai rapporti tra cittadino e amministrazione.

E' in questa cornice che si impongono i temi della delegificazione e della qualità della normazione, soprattutto secondaria, e finalmente anche da noi si comincia a scendere di livello –dall'astratto dibattito giuridico al "come si fanno regole migliori e più utili"- per rispondere all'esigenza comune dei

cittadini, che –per usare espressioni tratte dal noto rapporto americano su “Reiventing Government”- vogliono “sbarazzarsi delle regole inefficaci e rendere più comprensibili quelle efficaci” e avere un’amministrazione “votata al buon senso”.

Già con la legge 241/1990, comincia a farsi strada l’idea che la “semplificazione amministrativa” sia elemento trainante di una riforma dell’amministrazione pubblica, in quanto ritardi ed inefficienze costituiscono le principali cause di arretratezza del macchina pubblica. Ed è significativo che i primi strumenti di semplificazione siano collocati sul piano concettuale nel contesto di riforma della pubblica amministrazione e, sul piano formale, nell’ambito di una legge finanziaria (l. n. 537 del 1993).

Delegificazione, nell’esperienza positiva degli anni Novanta, ha significato essenzialmente riorganizzazione dell’apparato di governo secondo regole flessibili e snellimento delle procedure, cioè semplificazione dei procedimenti amministrativi. Il forte impulso dato alla delegificazione procedimentale nel Governo Ciampi ha successivamente indotto a una pausa di riflessione dalla quale sono emerse due esigenze: svincolare il metodo della semplificazione da un’ottica di semplice semplificazione burocratica, pur indispensabile; preoccuparsi anche di ridurre le fonti normative presenti nel nostro ordinamento, laddove la semplice delegificazione poteva condurre al risultato opposto, cioè alla frammentazione della disciplina in più fonti di grado diverso. Siamo ormai alle porte delle riforme Bassanini.

L'inserimento della semplificazione nella riforma dell'amministrazione si fa sistema. Il federalismo amministrativo sposta funzioni dal centro alla periferia; correlativamente si riorganizzano le amministrazioni centrali e si delinea il nuovo volto della Presidenza del Consiglio, senza mancare di riorganizzare l'amministrazione statale periferica. Ma è la semplificazione amministrativa che riceve un forte impulso, fino ad assumere, anche sulla spinta delle esperienze straniere e dell'OCSE, i connotati di una vera policy di governo, a carattere trasversale e finalizzata alla modernizzazione del sistema burocratico e produttivo.

Gli elementi portanti di questa fase della semplificazione sono:

- a) la valenza economica della regolazione, nel senso che essa incide in termini di costi sui cittadini e sulle imprese: ne consegue che, se regolazione vi ha da essere, essa deve essere di buona "qualità";
- b) una crescente attenzione alla domanda di nuova regolazione in nuovi settori: in particolare, ai settori economici in espansione (energia, telecomunicazioni, informatica, commercio elettronico) e ai quei settori in cui le dismissioni di posizioni monopolistiche pubbliche e l'apertura del mercato richiedono l'esercizio di una funzione normativa regolatoria spesso affidata ad autorità indipendenti;
- c) l'esigenza di una riduzione dello *stock* normativo nel suo complesso: se nei sistemi contemporanei la "complessità normativa" è destinata a crescere, si è pensato alla deregolazione, alla delegificazione e alla

codificazione come possibili rimedi, tra loro combinati, per la riduzione della cd. inflazione normativa o per una razionalizzazione della tipologia delle fonti normative;

- d) le esigenze di leggibilità dell'ordinamento e di un ordine pur nella diversificazione dei centri di produzione normativa.

La consapevolezza di questi elementi segna la convergenza dell'approccio italiano verso la comune impostazione europea e OCSE del problema della qualità della regolazione. E l'OCSE, nel rapporto del 2001, riconoscerà come *“impressive”* il progresso dell'Italia nella riforma della regolazione.

2.4 Dalle riforme “Bassanini” ai giorni nostri: la semplificazione come *policy dedicata*

Dopo l'approvazione delle prime leggi Bassanini (l. 15 marzo 1997 n. 59, l. 15 maggio 1997 n. 127, l. 16 giugno 1998 n. 191) è con **la l. 8 marzo 1999, n. 50** (la prima “legge annuale di semplificazione”) che “si apre una nuova fase di semplificazione che mira a svincolare la cultura della semplificazione da una considerazione eminentemente giuridica e burocratica e a cogliere la valenza economica del processo di semplificazione nel più generale contesto della riforma della regolazione” (Consiglio di Stato, parere ad.gen. 24 ottobre 2004).

Tre gli elementi caratterizzanti:

- a) la semplificazione viene intesa come **policy dedicata**, complessiva e di lungo periodo, e si disegna il quadro normativo per il passaggio dalla semplificazione a una strategia di qualità della regolamentazione; per l'attuazione della politica di semplificazione, viene istituita, seguendo le raccomandazioni dell'OCSE e le migliori pratiche internazionali, una **struttura dedicata**: il Nucleo per la semplificazione delle norme e delle procedure con tre "missioni": semplificazione delle procedure; riordino del sistema normativo attraverso la redazione di testi unici, anche misti, cioè comprensivi di leggi e regolamenti; analisi di impatto della regolamentazione;
- b) vengono introdotti **strumenti di qualità della regolazione mutuati dalle esperienze anglosassoni** : AIR e consultazione. La consultazione in particolare viene organizzata in un foro stabile: l'Osservatorio sulle semplificazioni (aprile del 1999).

Risultati: (sui 184 procedimenti delegificati dalle prime tre leggi Bassanini, cui si sono aggiunti le 63 ulteriori delegificazioni previste dalla legge n.340 del 2000, oltre 150 sono semplificate o se ne è accertata l'intervenuta semplificazione con strumenti diversi da quello regolamentare); introduzione in via sperimentale dell'**AIR**. elaborazione di **testi unici**, quali ad esempio i testi unici sulla documentazione amministrativa (n. 445 del 28 dicembre 2000), sull'edilizia (n. 380 del 6 giugno 2001), sull'espropriazione (n. 327 dell'8 giugno 2001) e sulle spese di giustizia (n. 115 del 30 maggio 2002);

riduzione del carico normativo con un saldo attivo di circa 300 per leggi e regolamenti statali, che aumenta considerevolmente se vi si aggiungono le abrogazioni di leggi regionali. Altre semplificazioni: autocertificazione, denuncia di inizio attività e silenzio assenso, certezza dei tempi di conclusione dei procedimenti, sportello unico.

2.5 Le vicende di semplificazione e il riordino normativo dal 2002 al 2005

L'attuazione del vasto programma di semplificazione amministrativa e normativa è messa a dura prova dalla riforma del titolo V e dalla conseguente problematica inerente alla pluralità dei centri di produzione normativa, dotati di autonomia costituzionalmente qualificata, nonché dal fatto che gran parte delle materie tradizionalmente oggetto di semplificazione ricadono nella competenza concorrente, quando non esclusiva, delle regioni, con la conseguente inidoneità della fonte regolamentare statale a disciplinare la materia.

La nuova fase di semplificazione si caratterizza nel segno di una più generale e sostanziale rottura con il periodo precedente, così sintetizzabile:

- a) eliminazione delle strutture dedicate (Nucleo per la semplificazione e Osservatorio) e responsabilizzazione dei ministeri di settore per le politiche di semplificazione e per l'AIR;

- b) abbandono di ciò che viene definito mero riordino formale, di cui sono strumenti i testi unici misti, e introduzione del concetto di “riassetto normativo”, che si traduce in decreti legislativi di riforma sostanziale per settori organici (alcuni dei quali molto importanti, basti pensare al codice della proprietà industriale, altri molto opinabili, vedasi il codice dell’amministrazione digitale, che torna a “isolare” in un territorio da specialisti la documentazione informatica rispetto a quella “amministrativa”);
- c) impulso alla legificazione delle procedure, peraltro in parte imposta dalla riforma del titolo V.

2.6 Il rilancio delle politiche di semplificazione con la legislatura attuale.

Nel 2006 le politiche di semplificazione sono tornate ad essere al centro del dibattito politico e dell’agenda di Governo. Il rilancio tiene conto dei **mutamenti di quadro istituzionale intervenuti**: mutamento del quadro politico e costituzionale, differente assetto dei centri di produzione normativa (policentrismo normativo o multi-level governance), maggiori livelli di autonomia ministeriale introdotti, tendenza alla rilegificazione.

Nuove strutture: istituzione del Comitato interministeriale, dell’Unità per la semplificazione e la qualità della regolazione, insediamento della

Commissione Bicamerale per la semplificazione della legislazione istituita con legge n. 246/2005.

Nuovi strumenti: approvazione del **Piano d’Azione** (giugno 2007), per un quadro unitario del complesso delle iniziative normative e amministrative adottate dal Governo. Determina obiettivi di semplificazione e qualità della regolazione, soggetti responsabili, azioni da compiere, tempi necessari al loro conseguimento; Individuazione dei settori prioritari di intervento, con attenzione alle aree di una cooperazione multilivello. Innovazione tecnologica, innovazione amministrativa normativa e organizzativa, reingegnerizzazione dei processi di servizio e le azioni di accompagnamento.

Obiettivo: ridurre del 25%, entro il 2012, gli oneri amministrativi per le imprese derivanti dalla normativa comunitaria e di almeno il 25% quelli derivanti dalla normativa statale per cittadini e imprese.

Per consultazione e cooperazione multilivello:

Tavolo per la semplificazione. Le basi della nuova policy e i primi risultati attraverso una serie di “strategie”:

-Misurare per semplificare misurazione secondo lo Standard Cost Model (obblighi informativi imposti a PMI dalla legislazione sulla Privacy (onere aggregato pari a oltre 1,7 miliardi di euro). Altri settori oggetto di misurazione: **ambiente e paesaggio, sicurezza civile (VVFF), previdenza e contributi**

-Analisi di Impatto della Regolazione (art. 5 della legge 8 marzo 1999 n. 50): scheda AIR “più leggera”. Schema di **nuovo regolamento per l’AIR**.

-Taglia – leggi viene predisposto **un catalogo attendibile di tutte le leggi vigenti** emanate dal 1860 ad oggi (**21.991**) e individuate le **leggi antecedenti al 1 gennaio 1970 da abrogare (minimo 5000)**. Realizzazione con il CNIPA, di **una banca dati informatica e della rete intranet “taglia leggi”**: **15.207** schede informatiche, riferite a **9.512** provvedimenti normativi.

-Riduzione dei tempi dei procedimenti viene previsto un piano d’azione come completamento della l. n. 59 del 1997: misurazione dei tempi dei procedimenti amministrativi per garantirne la riduzione e la certezza.

Target: **riduzione del 10% dei tempi medi dei procedimenti amministrativi**. Primi risultati:

- ricognizione dei procedimenti e riduzione dei termini procedurali già effettuate da 14 amministrazioni e avvio adozione dei **nuovi decreti ministeriali**;
- rapporto sulle *best practices* in tema di misurazione dei tempi procedurali;

-Riduzione degli oneri e reingegnerizzazione dei processi attraverso interventi di semplificazione e reingegnerizzazione attraverso l’uso delle tecnologie e l’interconnessione delle banche dati: non già semplicemente applicare le tecnologie ai procedimenti esistenti, bensì ripensare il processo alla luce delle nuove tecnologie.

Esempi: **comunicazione unica** in tre settori chiave:

- **comunicazione obbligatoria per il lavoro:** già operativa, obbligatoria dal 1 marzo 2008
- **comunicazione unica per l'attività d'impresa:** operativa nei primi mesi dell'anno.
- **comunicazione unica del cittadino:** comunicare una volta sola alla pubblica amministrazione i dati relativi alla residenza. L'avvio graduale venne previsto per il 30 giugno 2008.

-Altri risultati raggiunti:

- **sportello unico dell'immigrazione:** operativo con l'entrata in vigore del decreto flussi per il 2007
- **domande on-line per i vigili del fuoco:** operative da subito in 22 Comandi provinciali;
- **Reingegnerizzazioni** di prossima realizzazione: **Anagrafe degli italiani residenti all'estero (AIRE); Conferenza dei servizi telematica; Processo telematico**

Impulso alle attività in corso e ulteriore programmazione

- comunicare i risultati
- verifica dell'effettività delle semplificazioni introdotte e quantificazione della riduzione degli oneri amministrativi;

- potenziamento delle attività di misurazione: riduzione del 25% degli oneri amministrativi;

Questo era il quadro delle riforme post- Bassanini ma analizzando quelle più recenti sarà possibile cogliere ancora di più come la semplificazione abbia avuto una vera e propria “impennata” nel corso degli ultimi tre anni come a voler, ancora una volta ribadire, che semplificazione è sinonimo di efficienza e improrogabile necessità.

2.7 La semplificazione nelle più recenti riforme

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

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

C) Modifiche di minore o difforme rilevanza riguardano la conferenza di servizi disciplinata dall’art. 14-*ter*, variamente integrata o modificata da norme successive. Quivi, la l. n. 69/2009, al comma 1 (nel segno dell’utilità e

praticità) ha aggiunto la novella in forza della quale la stessa potrà svolgersi anche per via telematica; quindi (a parte lievi modifiche apportate al comma 2 circa la convocazione dei soggetti interessati, ecc.), i commi 2-*bis* e 2-*ter* sono stati aggiunti dalla l. n. 69/2009. Essi prescrivono, in breve, rispettivamente: l'obbligo di convocare alla conferenza di servizi anche i soggetti proponenti del progetto dedotto in conferenza; la partecipazione alla stessa, senza diritto di voto, dei concessionari e gestori dei pubblici servizi coinvolti, nonché delle amministrazioni “preposte alla gestione delle eventuali misure pubbliche di agevolazione”.

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

nel rispetto del principio di leale collaborazione^{8[8]}, previa intesa con la regione o la provincia autonoma interessata. (La norma prosegue stabilendo che se un'intesa non è raggiunta, il Consiglio dei Ministri adotta comunque una deliberazione, nei successivi trenta giorni), avvalendosi del suo potere sostitutivo con la partecipazione dei presidenti delle regioni o province autonome interessate⁹.

E) Altre variazioni, aggiunte o sostituzioni (commi *3-bis*, *4-bis*, *6-bis* e *7*) sono state, opportunamente, introdotte dal d.l. 31.05.2010 n. 78 in tema di partecipazione o assenso della Soprintendenza preposta all'espressione delle valutazioni di ordine paesaggistico e ambientale, ed anche in tema di formazione dell'avviso della conferenza di servizi, e della conseguente (conforme) determinazione della p.a. precedente.

F) Altre modifiche di non particolare impatto riguardano i pareri che le p.a. precedenti debbano acquisire al procedimento (di cui all'art. 16 della "legge"). Per effetto delle modifiche apportate dall'art. 8 della citata legge n. 69/2009, si dispone (comma 1 e 4 modificati) che gli organi consultivi debbano rendere il parere obbligatorio richiesto entro il termine di 20 giorni (e, nel caso di pareri facoltativi, debbano far conoscere il termine entro il quale renderanno il parere richiesto, comunque entro un termine non

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

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

superiore a 20 giorni), ed entro 15 dalla data di ricezione degli elementi istruttori, nel caso di interruzione del termine per esigenze istruttorie.

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

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

Assume, così, una carattere senz'altro determinante e risolutivo la novella apportata alla "legge" con l'art. 2-*bis* [aggiunto dall'art. 7, comma 1, lettera c) della già citata legge n. 69/2009], la cui rubrica recita: "Conseguenze per il ritardo dell'amministrazione nella conclusione del procedimento". All'apparenza semplice e lineare, e non ridondante, è l'icastica statuizione recata dal primo comma, che testualmente recita: "*Le pubbliche amministrazioni e i soggetti di cui all'art. 1, comma 1-ter, sono tenuti al risarcimento del danno ingiusto cagionato in conseguenza dell'inosservanza dolosa o colposa del termine di conclusione del procedimento*". Annotiamo incidentalmente al riguardo che gli ulteriori soggetti di cui parla la disposizione appena riportata sono i soggetti privati preposti all'esercizio di attività amministrative (si pensi ai servizi pubblici locali, spesso affidati a società concessionarie, ovvero aggiudicatarie di apposita gara di appalto a evidenza pubblica, non poche volte a capitale misto pubblico-privato), i quali a loro volta, per esplicita statuizione normativa, sono obbligati ad applicarla.

Questa norma costituisce effettivamente la svolta, che si era attesa a lungo, e sblocca una situazione di stallo che si era creata, verosimilmente, a causa del timore che la ricaduta sullo Stato-apparato in termini di onere finanziario per la pubblica amministrazione nel suo insieme sarebbe stato esorbitante. Ed invero, responsabilizzare la p.a. anche sotto questo versante, chiamandola a risarcire anche la mera aspettativa di un provvedimento (di contenuto qualsivoglia, come si dirà meglio più avanti, e non necessariamente favorevole al privato che sia in attesa di un provvedimento concessorio, autorizzativo, *et similia*), sembrava eccessivo –anche se ciò non veniva generalmente detto esplicitamente-, e comunque tale da esporre le stesse amministrazioni pubbliche ad esborsi non indifferenti¹⁰.

La semplicità solo apparente della norma sta nel fatto che questa compie scelte nette, in relazione a moduli alternativi o aspetti teorico-sistematici diversi finora molto dibattuti, sia in giurisprudenza che in dottrina: basti pensare alla *vexata quaestio* del carattere –extracontrattuale o contrattuale “da contatto”- della responsabilità che definiremmo “procedimentale” della p.a. Qui, parlando la norma di “danno ingiusto” si denota la scelta legislativa a favore del modello di responsabilità extracontrattuale per quanto concerne quella qui in discussione. Che il legislatore abbia optato per il modello

¹⁰ Insomma, si trattava, possiamo dire, di timori affatto analoghi a quelli che per lunghi decenni avevano ostacolato la sanzione legislativa di risarcibilità delle lesioni inferte a posizioni di interesse legittimo, peraltro rivelatisi, a conti fatti, sicuramente sovrastimati. È il caso di aggiungere, peraltro, che l’obbligo di risarcire anche il ritardo va ad aggiungersi agli altri oneri risarcitori scaturenti dall’illegittimità di atti e comportamenti della p.a., ovvero si verifica in maniera del tutto sganciata dalla possibilità di conseguire l’utilità o vantaggio perseguiti dal privato (nell’ipotesi di risarcimento del danno da solo ritardo).

aquiliano è rafforzato dall'espressa previsione, contenuta nella stessa norma, dove si specifica che, al fine di verificare la sussistenza di detto tipo di responsabilità, deve ricorrere l'elemento psicologico (dolo o colpa), sul che molto si era discusso –con riguardo al tema generale della risarcibilità delle lesioni inferte agli interessi legittimi fin dalla sua prima sanzione legislativa¹¹. (È facile, del resto, profetizzare che se ne discuterà ancora, alla luce della giurisprudenza formatasi in materia anteriormente alla legge n. 69/2009).

In primo luogo, nella richiamata giurisprudenza pregressa si era affermata la linea che propendeva per la risarcibilità del ritardo nelle ipotesi tanto di silenzio (o inerzia nel provvedere) quanto di emissione del provvedimento oltre il termine prefissato (da legge o regolamento), soltanto quando, con particolare riferimento all'ipotesi di interessi legittimi pretensivi, questo dovesse essere favorevole¹², quanto meno con buone probabilità, e non pure in relazione al solo interesse alla conclusione in tempi certi del

¹¹Dapprima, come è noto, con gli art. 33, 34 e 35 del d.lgs. n. 80/98 (previsione relativa solo a controversie soggette alla giurisdizione esclusiva) e poi con l'art. 7 della l. n. 205/2000 con riguardo all'intera gamma della giurisdizione del g.a., compresa quella generale di legittimità.

¹²La sentenza-guida (però ormai piuttosto risalente) è costituita da AD. Pl., 15.09.2005 n. 7 (fattispecie, tuttavia, inerente alla materia dell'edilizia, dove vigeva l'obbligo di svolgere il procedimento in tempi certi e cadenzati, ex d.lgs. n. 398/93), richiamata anche da Figorilli – Fantini, *op. cit.*, 919, cui erano seguite, tra le altre: Cons. St., sez. IV, 29.01.2008, n. 248 e 8.03.2009 n. 1162, TAR Lazio, sez. 2[^]-bis, 16.03.2009 n. 2694, ecc. In materia sono intervenute anche le S.U., con sentenza 25.03.2010 n. 7160 dove, senza prendere posizione sul punto che qui interessa, si statuisce (confermando l'assunto del G.A.) che detentore della giurisdizione in tema di responsabilità della p.a. per le ipotesi di silenzio o tardiva emissione del provvedimento, è il giudice amministrativo, trattandosi di interessi legittimi (vedila in *Urban. app.*, 7/2010, 791 ss. con nota di A. Spezzati, critica quanto all'enunciazione in tema di giurisdizione, appena richiamata, sull'assunto che si tratterebbe, piuttosto, di diritti soggettivi).

procedimento¹³, a prescindere dal segno del provvedimento finale dovuto (positivo o negativo). In merito a tale orientamento si è rilevato¹⁴:

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

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

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

¹³Al riguardo Ledda aveva parlato di “diritto alla risposta”.

¹⁴ P.M. Zerman, *Il risarcimento del danno da ritardo: l’art. 2-bis della legge 241/90 introdotto dalla legge 69/2009*, in www.giustizia-amministrativa.it, la quale citava, tra gli autori favorevoli alla tesi minoritaria, A. Caringella, *Manuale di diritto amministrativo*, 2008.

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

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

“L'art. 2 bis, l. n. 241 del 1990 prevede il risarcimento del danno ingiusto cagionato dall'inosservanza dolosa o colposa del termine di conclusione del procedimento. La norma, come si evince dal suo tenore testuale, non consente il risarcimento del danno da ritardo fine a sé stesso ma in relazione ad un bene della vita ingiustamente sottratto a colui che poteva nutrire una legittima aspettativa di conseguirlo. L'onere di provare il danno incombe sul danneggiato. In altri termini, ciò che si risarcisce non è una aspettativa

all'agire legittimo dell'Amministrazione, bensì il mancato conseguimento del bene della vita cui si anelava al momento della proposizione dell'istanza. La norma, infatti, subordina il risarcimento alla causazione di un danno ingiusto (art. 2043 c.c.), a sua volta generato (nesso di causalità) dalla tardiva conclusione del procedimento ovvero mediante una condotta illecita imputabile all'Amministrazione apparato a titolo di dolo o colpa¹⁵.

Ma in genere si potrebbe dire che atteggiamenti siffatti siano destinati ad essere superati, di fronte all'inequivocabile disposto legislativo, che ha scelto di tutelare anche l'interesse connesso alla certezza dei tempi dell'agire delle amministrazioni pubbliche. Certo, bisognerà dimostrare di avere subito un danno in diretta conseguenza (nesso di causalità) del silenzio o del ritardo della p.a. nel provvedere, e quantificarne, altresì, l'entità, secondo quei canoni probatori "attenuati" che abbiamo cercato di desumere dalla stessa giurisprudenza citata. (Ad es., contando sulla certezza dei tempi di conclusione del procedimento e nella ragionevole aspettativa della sua conclusione con esito positivo, taluno potrebbe essersi indotto ad impegnarsi contrattualmente con terzi, vedendosi, poi, costretto a subire la risoluzione del contratto a causa delle lungaggini o dell'inerzia dell'amministrazione: qui il danno subito potrebbe consistere nel *quantum* che Tizio sia stato costretto a pagare alla controparte, allorquando mai -o tardi- si sia sciolta l'incertezza). Del resto, conoscendo la prudenza del g.a. riguardo ad innovazioni del genere

¹⁵ TAR Lazio – RM, sez. I, 22.09.2010, n. 32382.

(e, in fondo, la stessa cautela mostrata dal foro nel formulare domande risarcitorie), si può facilmente ipotizzare che non saranno frequenti, né larghe nella quantificazione del danno, pronunce favorevoli al danneggiato (o presunto tale).

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

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

medesimo, se posteriore, e se il danno discenda direttamente da questo -come precisa la norma-, cosa che del resto dovrebbe costituire l'ordinarietà in materia di danno discendente dall'illegittimità di un provvedimento amministrativo).

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

È da credere che l'azione di risarcimento dei danni inferti a diritti soggettivi nelle materie di giurisdizione esclusiva sia attivabile, invece, entro il termine di prescrizione di cinque anni, conformemente alla normativa civilistica sul risarcimento da fatto illecito (ex art. 2043 e 2947 c.c.). Se così è, si sarebbe instaurata una diarchia difficilmente giustificabile, specialmente ove si ritenga (in aderenza ad una linea di pensiero di non pochi autori) che il risarcimento *costituisca comunque un diritto*, anche quando discenda dalla acclarata illegittimità di un provvedimento (o comportamento) della p.a., lesivo di una posizione di interesse legittimo. Inoltre, bisogna sempre tenere presente che

talora non è facile distinguere e separare le posizioni giuridiche costituenti diritto soggettivo da quelle appartenenti al novero degli interessi legittimi (tanto più che, nelle controversie soggette alla giurisdizione esclusiva, si intersecano a volte in maniera inestricabile entrambe le tipologie di posizioni giuridiche soggettive, tanto che è proprio questa la giustificazione più risalente della previsione stessa, nel sistema, della giurisdizione esclusiva del g.a. in talune materie o tipi di controversie).

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

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

In merito al tema dell'inerzia o silenzio della p.a., ricordato che l'apposita azione da sempre prevista al riguardo nell'ordinamento mira, in principalità, a fare ottenere all'interessato una pronuncia esplicita da parte dell'amministrazione che era rimasta silente, si ricorda che già la legge n. 205/2000 aveva previsto che il g.a., avesse il potere di decidere anche della fondatezza della pretesa sostanziale. Ciò, tuttavia, valeva ove non si versasse in fattispecie di piena discrezionalità della p.a. in ordine al contenuto della decisione (pur dopo la pronuncia giudiziale di accoglimento del ricorso proposto contro il silenzio), rendendo, così, il giudice una pronuncia utile

sotto tutti i profili (con riguardo, si può dire, al principio di economia dei mezzi oltre che all'obiettivo di realizzazione di una giustizia il più possibile sostanziale). Vale la pena di sottolineare che, ora, tale disposto legislativo viene confermato (e meglio esplicitato) da parte del codice del processo amministrativo, al comma 3 dell'art. 31.

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

Per quanto concerne l'espressa previsione della componente costituita dall'elemento psicologico (dolo o colpa), omessa ogni considerazione circa la ricorrenza di tale elemento quale dato atto a caratterizzare la fattispecie di

danno inferto a posizioni di interesse legittimo (di cui tanto si è disputato nel recente passato, sia in dottrina che in giurisprudenza), si rinvia a quanto detto più addietro. E' necessario evidenziare che l'esigenza, stabilita per legge, della ricorrenza dell'elemento psicologico, presentando problemi di prova (e di controprova, secondo quanto affermato nella sentenza retro riportata), certamente giocherà un ruolo di rilievo nel senso di limitare le fattispecie di risarcimento.

2.7.3. Dalla dia alla S.C.I.A

Tra le variazioni più consistenti apportate alla “legge” –per i riflessi sul piano operativo nei rapporti dei privati con la p.a. a livello diffuso- sono anche, come già anticipato, quelle inerenti alla riscrittura della norma dedicata alla DIA (dichiarazione – poi denuncia- di inizio attività). L'analisi più approfondita di questa fattispecie, unitamente a quella del silenzio assenso, costituirà oggetto di apposita trattazione *infra*. Per ora è intenzione dello scrivente inquadrare il fenomeno nell'ambito del novero più ampio delle riforme nell'ottica della semplificazione e deprovvedimentalizzazione. È stato, infatti, novellato l'art. 19, mediante sostituzione del suo testo, il che ha dato luogo ad un cambiamento sia della denominazione, sia, in parte, della sostanza stessa dell'istituto, ora designato come “segnalazione certificata di inizio attività” (S.C.I.A).

Ora, è noto che l'istituto originariamente previsto dalla "legge" (DIA) aveva già subito qualche trasformazione nel tempo, e che una disciplina speciale, in parte differenziata rispetto a quella di generale applicazione, era stata dettata in materia di titoli abilitativi dell'attività edilizia (trasformazione del suolo in senso urbanistico)¹⁶; ma –quanto alle previsioni di carattere generale-, si trattava di variazioni che non incidavano, al fondo, sulla natura e i caratteri della figura giuridica in discorso, mentre quelle relative alla materia dell'edilizia si giustificavano in considerazione delle peculiarità del settore (che il legislatore l'abbia trattata alla stregua di una normativa speciale viene avallato, del resto, dalla denominazione, che per l'edilizia era rimasta "denuncia di inizio attività", laddove la denominazione dell'istituto di applicazione generale era stata variata in: "dichiarazione di inizio attività", per effetto delle modifiche apportate dall'art. 3 d.l. 14 marzo 2005 n. 35, convertito in l. 14 maggio 2005, n. 80. Ora, invece, la DIA è stata sottoposta, sul piano generale, a una decisa revisione nella stessa impostazione di base, con una quanto meno apparente estensione a tutti i settori dell'attività amministrativa (dal che dovrebbe conseguire la sparizione della disciplina speciale in materia edilizia, anche se pare doversi inferire che la stessa non possa ritenersi toccata: su ciò *infra*)^{17[18]}.

¹⁶ Si tratta, in realtà, di una disciplina alquanto dettagliata: cfr. art 22 - 23 d.lgs. 6 giugno 2001 n. 380 (di approvazione del testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di edilizia).

¹⁷La novità costituita dall'introduzione della S.C.I.A in luogo della DIA è stata già commentata in dottrina: cfr. P. Amovilli, *Le "complicazioni" in materia di semplificazione amministrativa – Brevi note in tema di segnalazione certificata di inizio attività (S.C.I.A)*, con cenni sull'antefatto (la direttiva europea 2006/123/CE del 12.12.2006 (in tema di liberalizzazione dei servizi), e il raccordo con la disciplina nella materia dell'edilizia, in www.giustamm.it, 12/2010. Più diffusamente, C. Lamberti, *Nell'edilizia vige ancora la DIA?*, in *Urban. App.*, 11/2010, 1253 ss.

Prima di accennare alla questione già sollevata -inerente all'interrogativo se la portata generale della novella legislativa sia tale da comportare la soppressione della (pretesa?) specialità della disciplina relativa all'edilizia, dato il conclamato effetto sostitutivo della nuova disciplina a quella pregressa nella normativa nazionale e regionale¹⁸, senza soffermarsi *ex professo* sulla materia, e rimandando tutto al capitolo IV del presente lavoro, vediamo, in rapida sintesi, in cosa consista il nuovo istituto della S.C.I.A.

Premesso che il nuovo testo dell'art. 19 l. n. 241/90 è opera, dapprima, dei commi 3, 4, 5 e 6 dell'art. 9, l. 18 giugno 2009 n. 69 (modificativi del testo a suo tempo sostituito dall'art. 3 del richiamato d.l. n. 35/2005), poi dell'art. 85.1 d.lgs. 26 marzo 2010 n. 59 (di attuazione della citata "direttiva servizi"¹⁹), e, infine, del comma 4-*bis* dell'art. 49, d.l. 31 maggio 2010 n. 78, nel testo integrato dalla legge di conversione 30 luglio 2010 n. 122, e che il tutto nasce dalla spinta, anche a livello europeo comunitario²⁰ in direzione della semplificazione dell'attività amministrativa al fine di facilitare l'attività (testualmente) imprenditoriale, commerciale o artigianale²¹, va detto che la

¹⁸Tale è stata l'interpretazione del Ministro della semplificazione normativa in una nota di chiarimenti (in relazione ai dubbi sollevati da alcune regioni), sulla scorta della dicitura testuale del d.l. 31 maggio 2010 n. 78, art. 49, comma 4-*ter* (introdotto dalla legge di conversione 30 luglio 2010 n. 122) che prescrive la sostituzione dell'espressione S.C.I.A al termine DIA -con la relativa disciplina- in tutte le disposizioni di legge che ne parlano (come ricorda anche Lamberti, *op. cit.* 1254).

¹⁹Detta anche "direttiva Bolkenstein", che ha avuto notorietà anche sulla stampa e sugli altri *media* per via della liberalizzazione dei servizi al punto tale da consentire l'applicazione, nel paese di svolgimento del servizio, delle tariffe (non vigenti nel paese del luogo della prestazione, bensì) proprie della nazionalità di provenienza della società prestatrice del servizio, il che aveva dato luogo a non poche -del resto giustificate- proteste.

²⁰Come ricorda Amovilli, *op. cit.*

²¹Peraltro, come dimostra Lamberti nello scritto citato, detta volontà ha fatto la sua comparsa solo in sede di conversione in legge: inizialmente, come dimostra la rubrica (rimasta invariata: "disposizioni in materia di conferenza di servizi") dell'art. 49, le uniche modifiche alla legge 241/90 riguardavano la conferenza di servizi (cui si è più addietro accennato), laddove, in sede di conversione in legge, nell'art. 49 vennero inseriti i commi 4-*bis* (nuovo testo

S.C.I.A si struttura, essenzialmente in una “segnalazione” del soggetto interessato (intenzione di) intraprendere una di tali attività.

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

dell’art. 19 l. n. 241/90), 4-ter e 4-quater (inerenti alle finalità di tutela della concorrenza e di facilitazione delle attività imprenditoriali, commerciali e artigianali: cfr. *infra*, nel testo).

Quello che è certo è che il legislatore ha inteso rafforzare la novità sancendola con la disposizione posta con il comma 4-ter del menzionato articolo 49, che testualmente recita:

*“4-ter. Il comma 4-bis” –vale a dire la novella introduttiva della S.C.I.A-
“attiene alla tutela della concorrenza ai sensi dell' articolo 117, secondo
comma, lettera e), della Costituzione, e costituisce livello essenziale delle
prestazioni concernenti i diritti civili e sociali ai sensi della lettera m) del
medesimo comma. Le espressioni "segnalazione certificata di inizio attività" e
"S.C.I.A" sostituiscono, rispettivamente, quelle di "dichiarazione di inizio
attività" e "Dia", ovunque ricorrano, anche come parte di una espressione
più ampia, e la disciplina di cui al comma 4-bis sostituisce direttamente,
dalla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente
decreto, quella della dichiarazione di inizio attività recata da ogni normativa
statale e regionale“.*²²

A tale riguardo si può dire che l'accostamento dell'istituto della S.C.I.A alla concorrenza (e alla tutela della stessa) appare alquanto inappropriato o forzato, e frutto di una visione in qualche modo strabica delle cose: se, invero, lo spirito di esso pare perfettamente coerente con la finalità di semplificazione dell'attività amministrativa (onde ridurre o eliminare gli ostacoli meramente burocratici o comunque sproporzionati frapposti all'iniziativa privata), non si

²²Che la norma di legge dello Stato possa surrogare quelle di emanazione regionale darebbe luogo ad una vera violazione della Costituzione (quanto ai principi vigenti in tema di riparto della potestà legislativa tra Stato e regioni) se non fosse stata sancita l'equiparazione della nuova norma ai livelli essenziali di delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali...

vede come possa entrarci la tutela della concorrenza, che si estrinseca, essenzialmente, nell'aprire il mercato, e le commesse pubbliche, a tutti i soggetti che ne abbiano requisiti e capacità (eliminando le barriere che vi si frappongano) e nel rispetto della regola della parità di condizioni allorché più soggetti siano messi in competizione al fine di ottenere una *utilitas* a contenuto economico o imprenditoriale.

[Vero è che una simile impostazione risale alla Corte di Giustizia²³ dell'UE: ma non sarà, questo, un ulteriore effetto dell'assoggettamento al *totem* del mercato, di cui è imbevuta l'UE, invocandolo anche quando non ve n'è la necessità, e confidando nel valore salvifico che lo stesso certamente non ha? (In concreto, è la direttiva ricorsi 2006/123/CE, che il legislatore italiano ha inteso recepire con il menzionato d.l. n. 59/2010, che -“con l'obiettivo di creare un quadro giuridico per assicurare la libertà di stabilimento e la libera circolazione dei servizi”, nonché la semplificazione amministrativa, mediante la limitazione dell'obbligo di autorizzazione preliminare ai casi in cui essa è indispensabile, e l'introduzione del principio della tacita autorizzazione da parte delle autorità competenti allo scadere di un determinato termine- ha dettato le linee-guida: cfr. i “considerando” 12 e 43]²⁴.

D'altronde, sarebbe illusorio sostenere –o, peggio ancora, teorizzare- che sia possibile (e proficuo) sopprimere tutte le barriere, ovverossia le verifiche e la

²³Come ricorda Lamberti, *op. cit.*, che richiama le sentenze della CG 16.12.2008 in c. 213 (in *Riv. giur. edil.*, 2009, I, 48), e 5.10.94 in C. n. 280 (in *Riv. dir. internaz.*, 1995, 183) e, quanto alle barriere e limitazioni poste all'accesso degli operatori economici a un determinato mercato, della Corte costituzionale 30 gennaio 2009 n. 25 (in *Foro amm. CdS*, 2009, 5, 3802).

²⁴ cfr. quanto, in dettaglio, scrive Lamberti al riguardo: *Nell'edilizia vige ancora la DIA?*, cit., 1258-59.

possibilità di controllo (insomma, ogni tipo di autorizzazione o concessione, abilitazione o altro atto di assenso, comunque denominato) da parte dei poteri pubblici nei riguardi delle attività dei singoli (se è questa la meta cui si tende, al fine di sollecitare e facilitare lo sviluppo): per lo svolgimento pacifico e organizzato della vita sociale non può, verosimilmente, farsi a meno di regole e, quindi, di prescrizioni, condizioni e divieti, da verificare, appunto, mediante atti autorizzativi, preceduti da appropriate istruttorie: anche quando ci si spinga molto avanti in direzione della liberalizzazione, il problema (gli ostacoli e le barriere) si sposta semplicemente nel tempo (nel senso che, se all'atto delle verifiche successive, emergano difformità dalla normativa vigente, *et coetera*, l'amministrazione competente adotterà provvedimenti inibitori, ovvero "determinazioni in via di autotutela" volte a rimuovere l'attività iniziata in difformità dalle norme) come mostra, appunto, la struttura prima della DIA e poi della stessa S.C.I.A (*infra*).

Quanto alla struttura (*id est*, costruzione normativa) dell'istituto, non possiamo fare a meno di osservare, in primo luogo, la farraginosità sintattica del comma 1, poiché in nessuna delle versioni del testo dell'art. 19 (ancora meno nell'ultima, di cui stiamo discorrendo) la disposizione brilla per comprensibilità e scioltezza: certamente si poteva fare uno sforzo per migliorarne la leggibilità. Nella sostanza, la lettera della norma dà conto di ciò cui si è poc'anzi accennato, vale a dire del fatto che la liberalizzazione delle attività private a contenuto economico -mediante sgombero da ogni ostacolo

burocratico superfluo- può sembrare, talora, un mero *flatus vocis*. Infatti, la segnalazione dell'attività –che, invero può essere iniziata, ed è questa una delle modifiche più significative rispetto alla pregressa disciplina afferente alla DIA, il giorno stesso (ma, naturalmente, a rischio e pericolo dell'interessato)- deve essere accompagnata dalle dichiarazioni sostitutive di certificazioni e dell'atto di notorietà, nonché dalle attestazioni e asseverazioni di tecnici abilitati, ovvero dalle dichiarazioni di conformità emesse dall'agenzia delle imprese; queste, a loro volta, debbono essere “corredate dagli elaborati tecnici necessari per consentire le verifiche di competenza dell'amministrazione”. La norma (sempre il denso comma 1) prosegue, poi, stabilendo che, ove siano richiesti pareri di organi o enti specifici, questi possano essere sostituiti da autocertificazioni, attestazioni o asseverazioni “*salve le verifiche successive degli organi e delle amministrazioni competenti*”.

Per quanto concerne le verifiche dell'ente o amministrazione competente, il meccanismo predisposto dal novellato art. 19 (cfr. comma 3) non si discosta molto dalla precedente impostazione: vi è, però, una modifica apparentemente dimessa o marginale, che, invece, comporta un sensibile miglioramento della situazione dal lato dell'amministrazione competente: questa, infatti, ha a disposizione, al fine di emettere provvedimenti inibitori dell'attività allorquando riscontri la difformità di quanto segnalato rispetto alla disciplina di settore, non più trenta, ma, invece, sessanta giorni. In effetti, non si può

fare a meno di osservare che il vecchio termine era, nella sostanza, iugulatorio per la p.a. competente, specialmente ove si tenga presente l'orientamento assunto dalla giurisprudenza al riguardo, che non favoriva certo – specialmente tenuto conto delle lentezze pachidermiche del passato- le verifiche successive da parte dell'amministrazione, da effettuare in termini così ristretti²⁵.

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

In verità, è difficile negare che ci si trovi al cospetto di disposizioni alquanto contraddittorie, per lo meno quanto alla coerenza del sistema: se la finalità è quella, sopra ricordata, di ridurre al minimo quelle che, con linguaggio corrente, chiameremmo difficoltà burocratiche, fino a dare adito e riconoscimento legislativo a strumenti che rappresentano modi di “autoamministrazione” da parte dei privati, consentire, poi, alla p.a. di inficiare (peraltro senza espliciti limiti temporali) gli atti di assenso taciti o impliciti in tal modo formati non pare, appunto, molto coerente. Inoltre, come annotavamo in altra sede²⁶, detta previsione dà implicitamente per scontato che il perfezionamento della DIA (ora: S.C.I.A) configuri un

²⁵in effetti, precisato che, nella precedente versione della omologa disposizione dell'art. 19, i trenta giorni decorrevano dalla comunicazione di inizio dell'attività, la giurisprudenza formatasi in relazione alla tempestività o meno dei provvedimenti inibitori emessi dall'amministrazione aveva in prevalenza affermato l'indirizzo che, entro tale termine, non solo il provvedimento doveva essere emesso, ma anche comunicato all'interessato (trattandosi di un atto recettizio).

²⁶ Cfr. I. Franco, *Manuale del nuovo diritto amministrativo*, I, MI 2007, 133 ss. e 112 ss.

provvedimento autorizzativo implicito o tacito, che possa essere rimosso dalla p.a. mediante gli strumenti di autotutela previsti dall'ordinamento, alla stregua di quanto accade rispetto ai veri e propri provvedimenti.

Peraltro, qualche perplessità suscita la disposizione di cui al comma 4, dove si prevede che, decorso il termine entro il quale l'amministrazione può legittimamente assumere atti inibitori dell'attività, la stessa può comunque intervenire ma solo, però, allorquando sia ravvisabile il *“pericolo di un danno per il patrimonio artistico e culturale, per l'ambiente, per la salute, per la sicurezza pubblica o la difesa nazionale e previo motivato accertamento dell'impossibilità di tutelare comunque tali interessi mediante conformazione dell'attività dei privati alla normativa vigente”*. Questa disposizione, introdotta *ex novo* nella nuova disciplina della S.C.I.A, è un segno di quanto lo stesso legislatore sia consapevole dei possibili effetti perversi (non desiderati) della liberalizzazione delle attività dei privati (nel senso della possibilità che si creino situazioni di contrasto o difformità con l'ordinamento), e di come le stesse norme semplificatrici vengano, fin dove possibile, mitigate, in specie con riguardo a valori (interessi pubblici) primari già nella carta costituzionale (non solo con una serie di eccezioni leggibili già nella disposizione liberalizzatrice stessa –di cui al comma 1-, ma anche con la previsione del potere di autotutela, e quindi con la previsione del potere di intervento della p.a. competente in presenza di pericolo di danno ai beni

tutelati appena richiamati). Ma in tal modo, come è stato già osservato^{27[28]}, l'effetto liberalizzatore delle attività in discorso, è più apparente che reale (nel nuovo più ancora che nel pregresso testo dell'art. 19), e molto meno conveniente per il privato, specialmente ove si ricordi che, ora, il falso e il mendacio nelle dichiarazioni del privato interessato vengono colpite anche con sanzioni penali.

2.8 Conclusioni.

Riforma Bassanini come **punto di svolta** per l'esperienza italiana di semplificazione; centro del dibattito politico culturale sulla razionalizzazione degli apparati pubblici.

Oggi è proprio il contesto culturale quello che sembra venuto a mancare; o che quanto meno risulta fortemente attenuato.

E' possibile tuttavia cogliere una linea di continuità con le leggi Bassanini, pur nelle innegabili differenze, alcune delle quali imposte dalle mutate coordinate politico-istituzionali, altre frutto di scelte diverse:

- **Ottica d'insieme** e logica basata sui risultati, identificando i settori prioritari d'intervento.
- **Struttura stabile** (l'Unità) con funzioni di impulso, coordinamento e monitoraggio delle azioni delle amministrazioni. A differenza del Nucleo, che produceva normativa di semplificazione, la nuova *policy*

prevede una condivisione delle politiche di semplificazione con le amministrazioni e con i loro responsabili politici. L'Unità per la semplificazione è infatti una **struttura centrale di coordinamento e di supporto**, ed è dunque un soggetto facilitatore e non “produttore” di processi di semplificazione, a differenza del Nucleo, che era una struttura dedicata, con competenza trasversale, operativa e non solo di coordinamento.

Lo stesso **Piano d'Azione** è un documento di indirizzo e di programma del Governo, concepito come prevalente strumento di coordinamento delle iniziative di semplificazione di competenza delle amministrazioni. La logica prevalente nella nuova strategia di semplificazione è pertanto la **responsabilizzazione delle singole amministrazioni**. Il vantaggio che ne deriva è quello di una policy più consapevole, che nasce dalle amministrazioni. Ciò comporta la necessità di un maggiore coordinamento e il rischio che le amministrazioni siano fagocitate dai propri interessi di settore, e che da ciò derivino ostacoli all'emersione di proposte di semplificazione. La semplificazione e la qualità della regolazione costituiscono infatti un “interesse pubblico autonomo” che tuttavia, non sostenuto da una continua e coerente volontà politica, appare recessivo di fronte agli interessi di settore, dotati di maggiore capacità di auto-conservazione e di affermazione sul piano istituzionale ed amministrativo.

- **Accordo Stato- Regioni sulla qualità della regolazione e foro stabile di consultazione:** un elemento essenziale del Tavolo per la semplificazione, come già dell'Osservatorio, è il coinvolgimento degli applicatori e destinatari delle regole attraverso la consultazione e la comunicazione istituzionale. Inoltre, l'attuale politica di semplificazione ricomprende le indispensabili misure di coordinamento tra lo Stato e le Regioni, per evitare che dal policentrismo normativo e decisionale derivi un appesantimento degli oneri e delle regole per i cittadini e le imprese. La devoluzione di poteri normativi dal centro alla periferia attua il principio di sussidiarietà ed è un fenomeno apprezzato dalle organizzazioni internazionali, come mezzo «alternativo alla regolazione», perché rimesso all'autonomia dei soggetti interessati.
- **Misure previste dalle leggi Bassanini ricomprese nel Piano d'azione:** es. riduzione e certezza dei tempi dei procedimenti, semplificazione delle procedure e riduzione degli oneri per imprese e cittadini.
- **L'obiettivo "Europa":** il quadro politico istituzionale nel quale le leggi Bassanini furono approvate era caratterizzato dall'urgenza di entrare nell'Unione economica e monetaria e dall'adeguamento ai "parametri di Maastricht. Questo traguardo fu "drammatizzato" dalle élites di governo dell'epoca e l'entrata nell'area dell'euro fu equiparata

al “restare in Europa”, come condizione per lo sviluppo e la modernità del Paese. Questo quadro così peculiare ha però profondamente modificato la concezione e il metodo della semplificazione.

- Una cosa è certa: fino a pochi anni fa, la semplificazione era la parola d'ordine per scardinare in senso riformatore e moderno l'amministrazione; oggi semplificazione è parola entrata nel linguaggio corrente, è data per presupposto nei dibattiti sul rilancio della competitività e per le riforme, costituisce l'obiettivo minimo per poterci confrontare con i nostri partners europei.

Di una cosa, però, occorre essere consapevoli: per raggiungere e soprattutto per mantenere i risultati occorrono continuità e verifica giornaliera dell'attuazione in concreto delle singole misure di semplificazione, altrimenti si corre il rischio non solo di non progredire, ma di regredire.

CAPITOLO III

3. Il silenzio assenso e le novità introdotte dalla legge n. 69/2009

3.1 Il silenzio assenso nel quadro della disciplina del procedimento amministrativo: evoluzione normativa.

Art. 20 della L. n. 241 del 1990:

“Fatta salva l'applicazione dell'articolo 19, nei procedimenti ad istanza di parte per il rilascio di provvedimenti amministrativi il silenzio dell'amministrazione competente equivale a provvedimento di accoglimento della domanda, senza necessità di ulteriori istanze o diffide, se la medesima amministrazione non comunica all'interessato, nel termine di cui all'articolo 2, commi 2 o 3, il provvedimento di diniego, ovvero non procede ai sensi del comma 2.

Il silenzio assenso è una forma di silenzio significativo della p.a (unitamente a quello rifiuto ed inadempimento di cui si tratterà brevemente *infra*) che viene disciplinato all'art 20 della legge 241/1990. Il silenzio assenso costituisce, unitamente alla S.C.I.A (con cui viene spesso idealmente “fuso”) uno degli strumenti tipici della così detta deprovincializzazione nonché semplificazione dell'azione amministrativa che sono l'oggetto precipuo del presente lavoro.

Si può parlare in relazione al silenzio assenso di deprovincializzazione in quanto esso costituisce un'ipotesi di silenzio significativo con valenza

provvedimentale della PA che si forma a seguito di un procedimento che ha origine con l'istanza di parte e una volta decorso il termine previsto dall'art. 2 della L. n. 241 del 1990 per l'adozione di un provvedimento espresso- in tutti i casi in cui non si applichi il diverso modulo procedimentale della DIA disciplinato dal precedente art. 19 in chiave generale, nonchè dagli artt. 22 e ss del DPR n 368 del 2001 nel campo dei titoli abilitativi edilizi. Il silenzio assenso, pertanto, è un provvedimento implicito di accoglimento dell'istanza del privato che riguarda in via generalizzata i procedimenti ad istanza di parte. Il suo campo di applicazione riguarda, infatti, tutti i procedimenti ad istanza di parte, con esclusione degli atti e procedimenti riguardanti il patrimonio culturale e paesaggistico, l'ambiente, la difesa nazionale, la pubblica sicurezza, l'immigrazione, l'asilo e la cittadinanza, la salute e la pubblica incolumità, ed esclusi, altresì, i casi in cui la normativa comunitaria impone l'adozione di provvedimenti amministrativi formali e quelli in cui la legge qualifica il silenzio dell'amministrazione come rigetto dell'istanza.

La disciplina dell'autorizzazione amministrativa e quella relativa al potere autorizzatorio della PA sono state di recente profondamente innovate dal legislatore con l'introduzione di meccanismi più snelli per il conseguimento delle autorizzazioni amministrative (in particolare, nella L. n. 241/1990, viene previsto il meccanismo della segnalazione certificata di inizio attività di cui all'art. 19, con riferimento alle autorizzazioni vincolate e il meccanismo di cui

all'art. 20 del silenzio assenso con riferimento alle autorizzazioni discrezionali).

Prima di esaminare quanto dispongono i succitati articoli in tema di dichiarazione di inizio attività e di silenzio assenso, è opportuno definire l'autorizzazione amministrativa come quel provvedimento che rimuove limiti all'esercizio di attività che formano oggetto di diritti soggettivi o di potestà pubbliche preesistenti. Le autorizzazioni amministrative si configurano, dunque, come provvedimenti ampliativi della sfera giuridica del privato che condizionano l'esercizio di taluni suoi diritti. Sono figure analoghe all'autorizzazione amministrativa, le licenze (presupponenti la preesistenza di un diritto soggettivo dell'interessato), le abilitazioni e le registrazioni, i nulla osta, le dispense e le approvazioni.

L'art. 20 della L. n. 241/1990 disciplina, sempre in tema di autorizzazioni amministrative, il silenzio assenso, stabilendo che nei procedimenti ad istanza di parte volti al conseguimento di un determinato provvedimento amministrativo, l'inerzia della PA che si protragga oltre i termini di cui all'art. 2, commi 2 e 3 assume il significato implicito di accoglimento dell'istanza. Anche in materia di silenzio assenso valgono le eccezioni per materia di cui all'art. 19, sicchè esso non si forma nei procedimenti in materia di sicurezza pubblica, di immigrazione, di difesa nazionale, di tutela della salute, del paesaggio, dell'ambiente, nonchè in materia di amministrazione della giustizia e delle finanze e in materia di atti imposti dalla normativa comunitaria. La

disciplina in materia di silenzio assenso non si applica, inoltre, in tutti i casi in cui il silenzio della PA assuma il significato di silenzio rigetto (cfr. l'art. 25 della L. n. 241 del 1990 in tema di istanze ostensive). Ulteriori procedimenti esclusi dall'ambito d'applicazione dell'art. 19 della L. n. 241 del 1990 possono essere individuati con decreto della Presidenza del Consiglio su proposta del Ministro della Funzione Pubblica, di concerto con i ministri competenti. Si ritiene, in ogni caso, che la norma di cui all'art. 20 della L. n. 241 del 1990 non legittimi, per un verso, il consolidamento di posizioni in favore del privato che sia privo dei requisiti legali per l'esercizio dell'attività o che abbia formulato un'istanza allegando circostanze false e, per altro verso, non sia applicabile, ex art. 97 cost, a quei procedimenti autorizzatori o concessori relativamente ai quali il privato non sia in grado di allegare tutti i fatti e i documenti la cui acquisizione sia necessaria per l'adozione del provvedimento.

A fronte di un'istanza volta al conseguimento di un provvedimento amministrativo, dunque, la PA potrà, entro il termine di cui ai commi 2 e 3 dell'art. 2 della L. n. 241 del 1990, emettere un provvedimento espresso di diniego ovvero indire una conferenza di servizi impedendo la formazione del provvedimento implicito d'assenso; in difetto potrà esclusivamente agire in forma di autotutela non potendo, in ogni caso, adottare il provvedimento di diniego tardivamente nè comportarsi come se l'autorizzazione implicita, con

lo spirare del termine di cui ai commi 2 e 3 dell'art. 2 della L. n. 241 del 1990, non vi sia stata.

La distinzione sostanziale tra le autorizzazioni di cui all'art. 19, in ordine alle quali viene prevista il procedimento della segnalazione certificata di inizio attività, e quelle di cui all'art. 20, in ordine alle quali viene previsto il procedimento del silenzio assenso, è che, mentre le prime hanno natura di autorizzazioni vincolate, le seconde sono di carattere discrezionale. Tra le differenze, in chiave procedimentale, mette conto segnalare che, secondo la prevalente dottrina, il preavviso di diniego di cui all'art. 10 bis sarebbe compatibile solo con il procedimento di silenzio assenso di cui all'art. 19 della L.n. 241 del 1990 e non con quello della DIA.

3.2. La disciplina introdotta dalla legge n. 69 del 2009.

Tra le disposizioni introdotte dalla legge n. 69 del 2009 (modificative della legge n° 241 del 1990), volte a contrastare l'inerzia della Pubblica Amministrazione, si segnalano le seguenti.

La mancata emanazione del provvedimento nei termini costituisce elemento di valutazione della responsabilità dirigenziale (comma 9 dell'art. 2 della legge n. 241 del 1990).

È stato previsto espressamente che le Pubbliche Amministrazioni e i soggetti privati preposti all'esercizio di attività amministrative sono tenuti al

risarcimento del danno ingiusto cagionato in conseguenza dell'inosservanza dolosa o colposa del termine di conclusione del procedimento.

Le controversie sono devolute alla giurisdizione del giudice amministrativo.

Il diritto al risarcimento del danno si prescrive in 5 anni (art. 2-bis della legge n.241 del 1990).

L'art. 16 della legge n. 241 del 1990 disciplina i pareri che devono essere resi dagli organi consultivi delle Pubbliche Amministrazioni.

Affinchè tali pareri non si traducano in un aggravamento del procedimento, devono essere resi entro 20 giorni dal ricevimento della richiesta e con mezzi telematici.

Nel caso di parere obbligatorio non reso o senza che l'organo adito abbia rappresentato esigenze istruttorie, è in facoltà dell'Amministrazione richiedente di procedere indipendentemente dall'espressione del parere.

Se invece il parere è facoltativo, l'inutile decorrenza del termine obbliga l'Amministrazione a provvedere.

Il responsabile del procedimento non può essere chiamato a rispondere di eventuali danni derivanti dalla mancata espressione dei pareri.

Questo ovviamente non significa esenzione da responsabilità per i danni riconducibili all'adozione del provvedimento emesso in assenza di parere.

Tali disposizioni non si applicano ai pareri che debbano essere rilasciati da Amministrazioni preposte alla tutela ambientale, paesaggistica, territoriale e

della salute dei cittadini, né ai pareri resi dal Consiglio Superiore dei Lavori Pubblici.

Nel caso in cui l'organo adito abbia rappresentato esigenze istruttorie, i termini di cui al comma 1 possono essere interrotti per una sola volta e il parere deve essere definitivamente reso entro 15 giorni dalla ricezione degli elementi istruttori da parte delle amministrazioni interessate.

L'art. 17 della legge n. 241 del 1990 disciplina i termini da rendere dagli organi chiamati ad esprimere valutazioni tecniche.

La finalità acceleratoria di contrasto dell'inerzia della Pubblica Amministrazione è anche sottesa alla disciplina della denuncia d'inizio d'attività e del silenzio assenso.

La competenza del legislatore statale a disciplinare la materia del silenzio della Pubblica Amministrazione è disciplinata dall'art. 29 della legge n. 241 del 1990.

Attengono alla legislazione esclusiva dello Stato, in quanto riguardanti la determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale ai sensi dell'art. 117 lettera m) della Costituzione:

- le disposizioni concernenti gli obblighi per la Pubblica Amministrazione di concludere il procedimento entro il termine prefissato e quelle relative alla durata massima dei procedimenti;

- le disposizioni concernenti la dichiarazione d’inizio attività e il silenzio assenso, salva la possibilità di individuare, con intese in sede di Conferenza unificata di cui all’art. 8 del D. Lgs. n° 281 del 1997, casi ulteriori in cui tali disposizioni non si applicano.

Le regioni e gli enti locali, nel disciplinare i procedimenti amministrativi di loro competenza, non possono stabilire garanzie inferiori a quelle assicurate ai privati dalle disposizioni della legge statale, ma possono prevedere livelli ulteriori di tutela.

Attiene alla legislazione esclusiva dello stato la disciplina del contenzioso in materia di silenzio della Pubblica Amministrazione, rientrando nella materia “giurisdizione e norme processuali, ordinamento civile e penale, giustizia amministrativa” che, secondo l’art. 117 lettera L è attribuita alla legislazione esclusiva dello Stato.

Ove non sia espressamente disposto dalla legge in senso contrario i termini del procedimento hanno natura ordinatoria e non perentoria.

Conseguentemente il provvedimento non è illegittimo perché è semplicemente tardivo (così Consiglio di Stato IV n. 2110 del 2009).

Un caso di termine perentorio è quello stabilito dall’art. 9 della legge n. 19 del 1990 per la definizione del procedimento disciplinare in seguito a sentenza irrevocabile di condanna del pubblico dipendente (così Consiglio di Stato VI n. 140 del 2009).

Il rimedio avverso il silenzio della Pubblica Amministrazione è condizionato dall'azione in giudizio di chi ne abbia interesse.

Tale circostanza mette in evidenza la lacuna data dall'assenza nel sistema un'azione esperibile nell'interesse pubblico, con il che l'inerzia della Pubblica Amministrazione, nel caso in cui non possa essere fronteggiata dal titolare di un interesse di parte, rimane senza rimedio giurisdizionale.

Sarebbe allora necessario *de iure condendo* prevedere forme di azione popolare o addirittura prevedere (per questo e per altri interventi di stimolo dell'interesse pubblico) un Pubblico Ministero presso i Tribunali Amministrativi.

3.3 Silenzio diniego - silenzio assenso - silenzio inadempimento.

Per poter meglio comprendere la natura del silenzio assenso come atto di natura provvedimentoale nonché figlio di quella semplificazione così ricercata dal legislatore occorre, seppur brevemente, soffermarsi sulle distinzioni sulle tre tipologie di silenzio significativo che sono, appunto, quello diniego e rifiuto.

Originariamente per indicare il silenzio inerte della Pubblica Amministrazione, si adoperava il termine di silenzio rifiuto, perché il silenzio veniva considerato come atto di diniego tacito, affinché potesse essere considerato impugnabile.

A partire dagli anni '60 il silenzio mero è stato considerato nella sua effettiva natura di inadempimento dell'obbligo di provvedere, pur essendo rimasta la tradizionale formulazione di silenzio rifiuto poi corretto nell'espressione silenzio inadempimento.

L'azionabilità giudiziale del silenzio inadempimento si fondava, prima dell'entrata in vigore dell'art. 21-bis della legge n. 1034 del 1971, sull'art. 25 del Testo Unico degli Impiegati Civili dello Stato (D.P.R. n° 3 del 1957). Così era necessario notificare apposita diffida all'Amministrazione con l'espressa intimazione che la mancata adozione del provvedimento richiesto avrebbe comportato il ricorso all'Autorità Giudiziaria (così Consiglio di Stato Adunanza Plenaria n° 10 del 1978).

L'art. 20 della legge n° 241 del 1990 stabilisce il principio generale che, nei procedimenti ad istanza di parte per il rilascio di provvedimenti amministrativi, il silenzio dell'Amministrazione competente equivale a provvedimento di accoglimento della domanda, se la medesima Amministrazione non comunica all'interessato nel termine previsto il provvedimento oppure non indice una Conferenza di servizi.

È da tenere presente che, così come non incombe all'Amministrazione alcun obbligo di pronunciarsi sulla richiesta di riesame di una questione già definita e non coltivata dall'interessato nelle opportune sedi giurisdizionali, analogamente non sussiste alcun obbligo di rideterminarsi su un'istanza meramente ripetitiva di altra precedente relativamente alla quale

l'Amministrazione s'era già pronunciata negativamente prima dell'eventuale formazione del silenzio assenso (così TAR Veneto II n° 425 del 2008 con riferimento ad un'istanza di installazione di impianto di telefonia mobile).

Lo stesso art. 20 della legge n° 241 del 1990 stabilisce che non si applica il silenzio assenso quando il silenzio è qualificato dalla legge come silenzio diniego ovvero rigetto dell'istanza. Casi di silenzio diniego sono:

- il silenzio conseguente all'istanza di rilascio di permesso di costruire in sanatoria. L'art. 36 terzo comma del D.P.R. n° 380 del 2001 stabilisce infatti che sulla richiesta di permesso in sanatoria il Dirigente si pronuncia entro 60 giorni, decorsi i quali la richiesta si intende rifiutata;
- il silenzio conseguente all'istanza di accesso ai documenti. L'art. 25 quarto comma della legge n° 241 del 1990 stabilisce che, decorsi 30 giorni dall'istanza, questa si intende respinta.

Nel caso in cui si formi il silenzio diniego, la tutela è costituita dall'azione di annullamento avverso il provvedimento tacito di diniego, da esperire entro 60 giorni.

Essendosi formato un provvedimento (tacito), non vi sono infatti i presupposti per esperire l'azione ex art. 21-bis della legge n° 1034 del 1971 che presuppone invece una situazione di inerzia dell'Amministrazione (così TAR Sardegna II n° 408 del 2009) e non è conseguentemente applicabile il termine

lungo di un anno dalla scadenza del termine per provvedere, previsto per l'azione di cui all'art. 21-bis della legge n° 1034 del 1971.

Una pronuncia isolata (TAR Lazio II-bis n° 8 del 2008) ritiene che nel caso di silenzio diniego debba essere esperita non l'azione impugnatoria, ma l'azione sul silenzio inadempimento ex art. 21-bis della legge n° 1034 del 1971, perché le norme sul silenzio diniego debbono essere coordinate con la legge n° 241 del 1990, che ha introdotto il principio che obbliga la Pubblica Amministrazione a rispondere in modo espresso e motivato alle richieste formulate dai privati.

Nel caso specifico (istanza di rilascio di permesso di costruire in sanatoria) il Tribunale ha probabilmente ritenuto preferibile ordinare all'Amministrazione di provvedere, perché l'Amministrazione, a differenza del Tribunale, dispone delle cognizioni tecniche per esprimersi sull'istanza.

Tuttavia si deve rilevare che il Tribunale dispone comunque di poteri istruttori tali da acquisire le necessarie cognizioni tecniche.

Nelle ipotesi di silenzio diniego rimangono salvi i poteri di autotutela della Pubblica Amministrazione avverso l'illegittimo diniego tacito.

Non costituisce invece ipotesi di silenzio diniego l'inerzia resa a seguito della proposizione di ricorso gerarchico.

Infatti l'art. 20 della legge n° 1034 del 1971 non attribuisce al silenzio il valore di provvedimento tacito, ma, alla scadenza del termine per provvedere, fa decorrere i termini per impugnare in giudizio il provvedimento contro il

quale è stato proposto ricorso gerarchico (così Consiglio di Stato Adunanza Plenaria n° 17 del 1989).

Conseguentemente:

- la decisione tardiva sul ricorso gerarchico non è illegittima in ragione della tardività;
- l'interessato può esperire l'azione ex art. 21-bis della legge n° 1034 del 1971 per obbligare l'Amministrazione a decidere il ricorso gerarchico e tale rimedio rimane l'unico a disposizione quando con il ricorso gerarchico sono lamentati vizi di merito.

3.4 Giurisprudenza recente in materia di silenzio assenso.

Come si può notare il silenzio assenso costituisce uno dei cardini fondamentali per la realizzazione di quella semplificazione e deprovvedimentalizzazione che sono oggetto del seguente lavoro. Nonostante sulla sua natura non ci siano, diversamente da quello che avviene per la S.C.I.A grossi dubbi sulla qualificazione giuridica, ciononostante il dibattito giurisprudenziale non sembra del tutto sopirsi. E nemmeno a livello legislativo la situazione sembra tranquilla: recentemente, infatti, il legislatore è intervenuto con il D.l 5.08.2010 n.125 e 1.10.2010 n. 163 introducendo l'art 5 bis all'articolo 20 e devolvendo, quindi, alla giurisdizione esclusiva di

giudice amministrativo tutte le controversie relative all'applicazione del citato art 20.

Si riportano, pertanto, le pronunce più significative e recenti in materia per consentire un più agevole inquadramento dell'istituto.

a. Autorità: T.A.R Bari Puglia sez.II

Data: 14.01.2010

Numero: n.53

A fronte dell'inapplicabilità della disciplina generale codificata dall'art 20, l.7 agosto 241/1990, non è impedito al legislatore introdurre nelle materie inerenti il patrimonio culturale, paesaggistico e ambientale norme specifiche dirette a prevedere ugualmente il silenzio assenso, ameno che non sussistano espressi divieti derivanti dall'ordinamento comunitario o dal rispetto dei principi costituzionali.

b. Autorità: T.A.R. Catania Sicilia sez. II

Data: 26 ottobre 2009

Numero: n. 1716

Ai sensi dell'art. 20, l. n. 241 del 1990, come riformato dalla l. n. 80 del 2005, è ormai prevista la formazione del silenzio assenso in via generalizzata sulle domande dei privati tendenti ad ottenere il rilascio di autorizzazioni al compimento di attività private, tra cui è da ricomprendere l'esercizio

dell'attività di vendita e somministrazione di alimenti e bevande.

c. Autorità: T.A.R. Venezia Veneto sez. II

Data: 27 maggio 2009

Numero: n. 1629

Il provvedimento di annullamento del silenzio - assenso in cui si afferma che l'interesse pubblico è *in re ipsa*, è illegittimo per violazione dell'art. 21 nonies, l. n. 241 del 1990, data la insufficienza, quale presupposto dell'annullamento in autotutela, della mera legalità violata e della connessa esigenza di ripristino della stessa (fattispecie in materia di autorizzazioni all'installazione di stazioni radio - base, ove la P.A. aveva sostenuto che l'atto di assenso si sarebbe formato sulla base di una non adeguata rappresentazione della situazione dei manufatti pertinenziali che faceva presumere la legittimità degli stessi).

d. Autorità: T.A.R. Roma Lazio sez. II

Data: 06 marzo 2009

Numero: n. 2365

La norma di rango secondario contenuta nel d.P.R. n. 384 del 1994 deve essere interpretata, pena la sua illegittimità e conseguente disapplicazione, alla luce di quanto previsto dall'allora vigente art. 20, l. n. 241 del 1990,

secondo cui - per evitare la formazione del silenzio - assenso - il provvedimento negativo deve essere anche comunicato all'interessato entro il termine fissato per la conclusione del relativo procedimento. In altre parole, nei casi in cui risulti applicabile l'istituto del silenzio - assenso , **fino a quando non sia stato comunicato all'interessato il provvedimento esplicito sfavorevole, non si interrompono i termini per la formazione dell'atto tacito che prevale su quello esplicito nel caso in cui quest'ultimo non sia portato a conoscenza dell'istante entro il termine di conclusione del procedimento.** Da ciò deriva che l'atto tacito prevale su quello esplicito sfavorevole all'interessato e quest'ultimo deve essere ritenuto invalido in quanto il potere dell'Amministrazione, proprio perché comunicato oltre i termini di conclusione del procedimento, è stato esercitato in contrasto con l'art. 20, l. n. 241 del 1990 e quindi in maniera illegittima.

e. Autorità: T.A.R. Venezia Veneto sez. III

Data: 18 giugno 2008

Numero: n. 1799

L'art. 20, comma 4, della l. n. 241 del 1990 stabilisce che la disciplina sul silenzio - assenso non si applica agli atti e ai procedimenti riguardanti il patrimonio culturale e paesaggistico, l'ambiente, la difesa nazionale, la pubblica sicurezza e l'immigrazione, la salute e la pubblica incolumità, ai casi

in cui la normativa comunitaria impone l'adozione di provvedimenti amministrativi formali, ai casi in cui la legge qualifica il silenzio dell'amministrazione come rigetto dell'istanza, nonché agli atti e procedimenti individuati con uno o più decreti del Presidente del Consiglio dei ministri, su proposta del Ministro per la funzione pubblica, di concerto con i ministri competenti. I procedimenti che riguardano le autorizzazioni all'insediamento di pubblici esercizi di somministrazione di alimenti e bevande non rientrano in nessuna delle materie appena indicate. Neppure risulta che il Presidente del Consiglio dei ministri, con uno o più decreti, abbia stabilito che ai procedimenti suddetti non si applicano le disposizioni del citato art. 20. Il fatto che nel caso in esame si faccia questione di provvedimenti assoggettati a "contingentamento" o a "parametri numerici" o a "criteri di programmazione" non preclude certo l'applicazione della disciplina relativa al silenzio - assenso : sul piano letterale, perché l'art. 20 si riferisce ai "procedimenti a istanza di parte per il rilascio di provvedimenti amministrativi; con un richiamo quindi alla macro categoria dei provvedimenti amministrativi che appare comprensivo di tutti gli atti di natura autorizzatoria (ad eccezione delle materie di cui all'art. 20, comma 4, e fatto salvo, ovviamente, il campo d'intervento dell'art. 19 sulla attività private sottoposte a regime di liberalizzazione); sul piano logico, perché non si spiegherebbe come mai l'art. 19 della l. n. 241 del 1990 consideri anche casi nei quali per il rilascio di un atto ampliativo della sfera giuridica del privato sono previsti limiti o

contingenti complessivi, o specifici strumenti di programmazione settoriale, allo scopo di escludere esplicitamente detti casi dall'ambito di applicazione della disciplina in tema di d.i.a., e viceversa all'art. 20 il legislatore, ove intenzionato, a negare l'applicazione dell'istituto del silenzio assenso ai procedimenti soggetti a contingentamento, non abbia ritenuto di introdurre una previsione analoga menzionandola: il fatto è che se si raffrontano le formulazioni degli art. 19 e 20 della l. n. 241 del 1990, su questo aspetto specifico, non sembrano esservi ragioni per concludere che ai casi soggetti a contingentamento non si applica non solo la d.i.a. ma neppure il silenzio - assenso.

f. Autorità: T.A.R. Cagliari Sardegna sez. II

Data: 12 maggio 2008

Numero: n. 943

Formatosi il silenzio assenso su una richiesta di autorizzazione per la realizzazione di una costruzione edilizia (assentibile con mera autorizzazione, o con d.i.a.), il competente ufficio comunale può pronunciarsi sulla domanda **solo previo annullamento in sede di autotutela del silenzio assenso così formatosi**, cui può ricorrere solo ove sussista un prevalente interesse pubblico alla rimozione dell'assenso implicito (non identificabile con il mero ripristino

della legalità violata) e con il rispetto delle garanzie procedurali previste dalla l. n. 241 del 7 agosto 1990.

g. Autorità: Consiglio Stato sez. VI

Data: 15 aprile 2008

Numero: n. 1751

La disposizione di cui all'art. 20 della l. n. 241 del 1990 si riferisce a provvedimenti di natura autorizzatoria, con cui la pubblica amministrazione conferisce al destinatario la facoltà di esercitare un diritto o un potere che preesiste all'autorizzazione stessa, pur avendo carattere solo potenziale e restando la relativa espansione impedita fino a quando l'autorità competente accerti che sussistano le condizioni per il suo esercizio o, quantomeno, l'assenza di ragioni a ciò contrarie.

h. Autorità: Consiglio Stato sez. IV

Data: 31 dicembre 2007

Numero: n. 6814

L'istituto del silenzio assenso di cui all'art. 20, l. 7 agosto 1990 n. 241 non è applicabile nei procedimenti preordinati al reclutamento del personale militare, atteso che in questi casi non risulta coinvolta l'iniziativa economica

privata, gli atti dell'amministrazione militare sono espressivi di ampia discrezionalità tecnica a fronte della quale non sono configurabili posizioni di diritto soggettivo e in ogni caso lo stesso art. 20 comma 4, l. n. 241 del 1990 cit. espressamente esclude l'applicabilità del suddetto istituto agli atti e ai provvedimenti riguardanti la difesa militare.

i. Autorità: Consiglio Stato sez. V

Data: 20 marzo 2007

Numero: n. 1339

Ai sensi dell'art. 20 comma 3, l. 7 agosto 1990 n. 241, come riformulato dall'art. 3 comma 6 ter, d.l. 14 marzo 2005 n. 35, convertito con modificazioni nella l. 14 maggio 2005 n. 80, il silenzio assenso, formatosi per decorso del tempo prescritto dall'inoltro dell'istanza, non può essere considerato dall'amministrazione *tamquam non esset* ma, prima dell'adozione del provvedimento negativo espresso, deve formare oggetto di provvedimenti caducatori nella via dell'autotutela.

h. Autorità: Consiglio Stato sez. V

Data: 22 giugno 2004

Numero: n. 4355

Nel caso in cui si sia formato il silenzio assenso rispetto ad una domanda di autorizzazione per la somministrazione di alimenti e bevande, l'autorità comunale può procedere, ai sensi dell'art. 20 comma 2 L. 7 agosto 1990 n. 241, all'annullamento dell'autorizzazione assentita sussistendo i presupposti per emettere un atto di autotutela, ma non emettere un diniego espresso.

CAPITOLO IV

4. La S.C.I.A: la riformulazione dell'art 19 ad opera della legge n. 122/2010

La S.C.I.A è l'ultima delle modifiche dell'articolo 19 della L.241/90. E' stata introdotta durante i lavori parlamentari che hanno portato all'approvazione della legge n. 122 del 30 luglio 2010 che ha convertito la manovra economica di cui al decreto-legge 78 del 31 maggio di quest'anno. Più nello specifico, il 7 luglio scorso, presso la Commissione Bilancio di Palazzo Madama, il Senatore Azzollini ha introdotto un emendamento modificativo dell'art 49 del predetto decreto legge 78.

4.1 Elementi della S.C.I.A: analisi del contenuto dell' attuale articolo 19 della L.241/1990.

L'attuale articolo 19 della 241 si contraddistingue per quanto qui di seguito indicato: a) la rubrica, ora intitolata Segnalazione certificata di inizio attività - S.C.I.A; b) semplificazione/accelerazione procedimentale connessa alla previsione che eventuali pareri di organi o enti, ovvero verifiche preventive sono comunque sostituiti dalle autocertificazioni, attestazioni e asseverazioni o certificazioni; c) inizio immediato dell'attività segnalata il cittadino/l'impresa può iniziare subito l'attività che segnala alla p.a. competente: viene, tra l'altro, eliminata la Dia ad efficacia differita; d)

verifiche ex post e non più ex ante: logica conseguenza della possibilità di inizio immediato dell'attività: la p.a. ha sessanta giorni di tempo per adottare eventuali motivati provvedimenti di divieto di prosecuzione dell'attività e di rimozione degli eventuali effetti dannosi; e) possibilità di conformazione dell'attività alla normativa vigente: il privato, entro un termine fissato dalla p.a. comunque non inferiore a trenta giorni, può porre rimedio all'eventuale carenza dei presupposti e dei requisiti accertata dalla p.a. Tale possibilità, anzi, è la prima cosa che la p.a. deve attuare, prendendo in considerazione l'eventualità di adottare provvedimenti sacrificativi della posizione giuridica del privato solo come *extrema ratio*; f) possibilità di adottare i provvedimenti inibitori sopra indicati al punto d) in ogni tempo se ricorra il caso di false o mendaci dichiarazioni ex artt. 46 e 47 del D.P.R. 445/2000; g) a parte l'ipotesi appena citata al punto f) la p.a., dopo i sessanta giorni dalla segnalazione potrà adottare provvedimenti inibitori solo in presenza di pericolo di danno per il patrimonio artistico e culturale, per l'ambiente, per la salute, per la sicurezza pubblica o la difesa nazionale. Anche in tali casi l'eventuale adozione di provvedimenti sacrificativi si pone come soluzione ex post previo motivato accertamento dell' impossibilità di tutelare gli interessi *de quibus* mediante conformazione dell'attività privata alla normativa vigente; h) non applicazione della S.C.I.A, ai sensi del comma 5, alle attività economiche a prevalente carattere finanziario, comprese quelle disciplinate dai decreti legislativi fin. 385/1993 (T.U, in materia bancaria e creditizia) e

58/1998 (T.U. in materia di intermediazione finanziaria); i) devoluzione delle controversie alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo; è uguale a quella già prevista per la Dia, come si vedrà *infra*; l) norma speciale di diritto penale, al comma 6, che disciplina il delitto di false dichiarazioni o attestazioni eventualmente contenute nelle dichiarazioni o attestazioni o asseverazioni a corredo della S.C.I.A. I soggetti potenzialmente interessati all'applicazione di tale norma sono sia i privati titolari dell'attività segnalata che i loro tecnici, progettisti, consulenti, ecc..

Al di fuori dell' articolo 19, ma di rinforzo al suo contenuto è, poi, il comma 4-ter dell'articolo 49 della L. 122, con il quale viene disposta la riconduzione del precedente comma 4-bis, dunque del nuovo art. 19 L. 241/1990, alla potestà, legislativa esclusiva statale ex art. 117, comma secondo, della Costituzione, posto che "attiene alla tutela della concorrenza e costituisce livello essenziale delle prestazioni concernenti diritti civili e sociali ... "

La ratio di tale scelta è stata presumibilmente quella di bloccare sul nascere un possibile proliferare di normative regionali divergenti.

4.2. Excursus storico: le diverse versioni dell'articolo 19 della legge 241/1990.

4.2.1. La prima versione: in vigore dal 2 settembre al 31 dicembre 1993

La versione originaria dell'articolo 19 prevedeva, al comma 1, la denuncia di inizio dell'attività per intraprendere attività private il cui esercizio fosse subordinato ad autorizzazione-licenza-abilitazione-nulla-osta-permesso-altro consenso comunque denominato.

Tale denuncia, comunque, non era subito operativa perché era necessario un regolamento da adottarsi entro 90 giorni dall'entrata in vigore della legge 241/1990; in concreto detta legge è entrata in vigore il 2 settembre 1990, mentre il regolamento attuativo dell'articolo in questione è stato emanato nel 1992, con D.P.R. n. 300. Nel regolamento "de quo", che riguarda anche il silenzio-assenso disciplinato dall' articolo 20 della "241 ", le attività subordinate alla denuncia di inizio attività sono elencate nelle tabelle A (attività che possono essere iniziate immediatamente dopo la denuncia) e B (attività che possono essere iniziate una volta decorso un certo termine dopo la denuncia).

Il comma 4, poi, specificava l'ambito di operatività di tale denuncia: a) accertamento, da parte della p.a., dei presupposti e dei requisiti prescritti; b) assenza di esperimento di prove destinate a comprovare quanto indicato al punto precedente; c) assenza di limiti o contingenti complessivi per il rilascio

dell'atto in questione; d) assenza di pregiudizio alla tutela dei valori storico-artistici e ambientali; e) rispetto delle norme a tutela del lavoratore sul luogo di lavoro. Per l'accertamento della sussistenza di quanto sopra il secondo periodo del comma 1 stabiliva espressamente la verifica d'ufficio da parte dell'amministrazione competente. In caso di mancanza dei presupposti e dei requisiti la stessa amministrazione poteva: 1) disporre il divieto di prosecuzione dell'attività; 2) disporre la rimozione dei suoi effetti. Unica possibilità per l'interessato: conformare l'attività ed i suoi effetti alla normativa vigente, ove fosse possibile, entro un termine fissato dall'amministrazione.

4.2.2. La prima modifica (rectius: sostituzione) dell'articolo 19: in vigore dal gennaio 1994 al marzo 2005.

Il secondo articolo 19 - come da modifica inserita nell'articolo 2, comma 10, della legge n. 537/1993 (finanziaria 1994) - racchiude in un unico comma sostanzialmente concetti a suo tempo espressi nei precedenti commi 1 e 4, con l'aggiunta, però, di novità significative, specie se viste alla luce del complessivo contesto normativo dell'epoca: a) all'inciso senza l'esperimento di prove a ciò destinate viene aggiunta la specificazione che comportino valutazioni tecniche discrezionali; b) la denuncia di inizio dell'attività (prima citata tout court) deve espressamente attestare l'esistenza dei presupposti e dei requisiti di legge; b) la denuncia stessa deve poi essere eventualmente

accompagnata dall'autocertificazione dell'esperimento di prove a ciò destinate, ove previste; c) l'amministrazione competente entro e non oltre sessanta giorni dalla denuncia, verifica d'ufficio la sussistenza dei requisiti, presupposti, ecc. e può adottare i provvedimenti già visti esaminando il primo articolo 19. Anche su questo punto il legislatore di fine 1993 introduce due importanti novità: 1) il procedimento motivato viene adottato se del caso; 2) il provvedimento stesso è da notificare all'interessato entro il medesimo termine (60 giorni).

Non si può non intravedere un'apertura, sia pure timida, del legislatore verso un'ottica di liberalizzazione delle attività economiche di ispirazione comunitaria. A tale proposito va detto che il successivo comma II dell' art. 2 L. 537/1993 demanda ad un regolamento governativo la determinazione dei casi cui non si applica il secondo articolo 19 in quanto gli atti di consenso allo svolgimento di determinate attività dipendano dall'esperimento di prove che comportino valutazioni tecniche discrezionali.

Vanno, infine, ricordate le esclusioni dalla propria disciplina espressamente previste da tale versione dell'articolo 19: a) concessioni edilizie; b) autorizzazioni *ex lege* 1089 e 1497 del 1939, nonché decreto-legge 312/1985 convertito nella legge 431/1985.

4.2.3. Dalla “denuncia” alla dichiarazione di inizio attività: la seconda modifica (rectius: ancora sostituzione) dell'articolo 19: in vigore dal 17 marzo 2005 al 3 luglio 2009.

Il terzo articolo 19 -inserito nell'articolo 3, comma 1, del decreto-legge n. 35/2005, convertito nella legge n. 80/2005 -si presenta in modo molto diverso rispetto ai suoi antenati già a partire dalla rubrica: dichiarazione di inizio attività. Il comma 1 già prevede importanti aperture: a) nell'elencazione esemplificativa compare la dicitura, tra le diverse, di concessione non costitutiva; b) si fa riferimento all'esercizio di attività imprenditoriale, commerciale o artigianale per il cui esercizio si guarda all'accertamento dei requisiti o presupposti di legge o di atti amministrativi a contenuto generale, all'assenza di limiti numerici, nonché - ed è questa la novità rispetto ai due precedenti testi dell' art. 19 - alla non necessità di .specifici strumenti di programmazione settoriale: c) sono previste esclusioni relativamente a materie che, alla luce del Titolo V Costo nel frattempo modificato, rientrano nella potestà legislativa esclusiva dello Stato, dunque necessitano di particolari controlli che sono difficilmente conciliabili con la liberalizzazione; d) viene accolta a pieno titolo l'autocertificazione: tale istituto era del tutto assente nella prima versione dell'art.19, mentre nella successiva accompagnava la denuncia di inizio di attività eventualmente, circoscritta all' esperimento di prove. In quest'ottica la parte finale del comma 1 chiude il cerchio con un sostanziale riferimento all'articolo 18 della

241 specificando che la p.a. che ha competenza nel singolo procedimento può richiedere ai privati informazioni o certificazioni soltanto quando non abbia i documenti relativi a stati, fatti o qualità degli interessati o non siano direttamente acquisibili presso altre pp.aa. Il comma 2 stabilisce il principio della doppia dichiarazione: 1) Dichiarazione di inizio dell'attività, dalla cui data di presentazione alla p.a. competente partono i 30 giorni, decorsi i quali l'interessato può iniziare l'attività; 2) Comunicazione di inizio dell'attività: trascorsi i predetti 30 giorni senza che la p.a. abbia adottato provvedimenti restrittivi o modificativi il privato può iniziare l'attività dando notizia all'amministrazione della concreta apertura. . Nel comma 3 viene disciplinata l'articolata casistica dei provvedimenti che la p.a. può/deve adottare in caso di accertata carenza delle condizioni, modalità e fatti legittimanti: a) entro 30 giorni dal ricevimento della comunicazione: divieto di prosecuzione dell'attività, rimozione dei suoi effetti, possibilità per il privato di conformarsi alla normativa vigente; b) anche dopo i trenta giorni: revoca o annullamento ex art- 21-quinquies e nonies della 241; tale disposizione è posta quale norma di chiusura del sistema: è fatto comunque salvo il potere dell'amministrazione competente di assumere determinazioni in via di autotutela. Il comma 4 sostanzialmente stabilisce che l'articolo 19 è norma residuale, dato che restano ferme le disposizioni che prevedono termini diversi per l'inizio dell'attività e per l'adozione di provvedimenti di divieto di prosecuzione dell'attività e di rimozione dei suoi effetti.

Il comma 5, ed è l'ultima novità, stabilisce che eventuali controversie relative ai commi 1, 2 e 3, ricadono nella giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo. Da tale scelta si desume che il legislatore abbia visto un particolare intreccio di diritti soggettivi ed interessi legittimi tale da soddisfare i parametri stabiliti dalla Corte Costituzionale nella sentenza 204/2004 con riferimento al disposto dell'articolo 103 della Costituzione: "tale giurisdizione può essere ammessa sul presupposto della concorrenza, in determinate situazioni, di diritti soggettivi e di interessi legittimi, e non su quello del dato oggettivo delle materie"²⁸.

Sembra altresì rispettato anche il parametro secondo cui deve trattarsi di situazioni nelle quali la p.a. agisce come autorità, con soggezione, quindi, come minimo, alla giurisdizione amministrativa generale di legittimità: “materie espressive di un potere autoritativo e quindi rientranti nel "requisito minimo" di fattispecie attribuibile alla giurisdizione di legittimità del giudice amministrativo che, potendo coinvolgere diritti soggettivi ed essendo state espressamente individuate quali fattispecie 'particolari', sono state dal legislatore assegnate a tale giudice in maniera coerente con il limite dell'art. 103 Cost. in sede di giurisdizione esclusiva "²⁹

²⁸ Corte Cost. 6.07.2004 n.204

²⁹ TAR REGGIO CALABRIA 3.12.2005 n.2178

4.2.4. La terza modifica dell'articolo 19: in vigore dal 4 luglio 2009 al 7 maggio 2010.

Le modifiche -disposte dall'articolo 9, commi 3, 4, 5 e 6, della legge n.69/2009 - più che altro, sono dei perfezionamenti, delle precisazioni alle disposizioni in essere, con un'unica eccezione che si può definire la vera novità: l'introduzione, al comma 2, della dichiarazione ad efficacia immediata relativamente ad impianti produttivi di beni e di servizi e di prestazione di servizi di cui alla direttiva 2006/123/CE: una sorta di anticipo consapevole del recepimento della Direttiva Servizi, poi avvenuto con il D. Lgs. 59 del 26 marzo 2010, ed un primo segnale, presumibilmente inconsapevole, di preannuncio dell'introduzione della S.C.I.A.

4.2.5. La quarta modifica dell'articolo 19: in vigore dall'8 maggio 2010 al 30 luglio 2010.

Tale modifica è stata disposta dall'articolo 85, comma 1, del decreto legislativo n. 59/2010 (attuativo della Direttiva Servizi). La Direttiva Servizi, dopo il predetto assaggio, viene quindi formalmente recepita, con il conseguente adeguamento dell'art. 19 della 241: non è necessario modificarlo tutto, è sufficiente un piccolo ma incisivo intervento che sostituisce il comma 2 con un testo suddiviso in' due periodi, di cui il secondo è incontrovertibilmente quello con il maggior peso sostanziale: inizio immediato delle attività di cui al decreto attuativo della direttiva servizi, ove

non diversamente previsto. Il comma 1, poi spazzato via dalla S.C.I.A, manteneva il regime della dichiarazione ad efficacia differita, a cui doveva in ogni caso seguire la comunicazione della concreta apertura dell'attività.

4.2.6. La “mini” modifica disposta dall'allegato 4), articolo 4, comma 1, numero 14), del decreto legislativo n. 104/2010 (Codice del processo amministrativo).

Viene abrogato il comma 5 dell'articolo 19 nell'ultima versione pre-S.C.I.A; si vedrà poi che il contenuto di tale comma abrogato viene ripreso dal nuovo comma 5 dell'articolo 19 versione-S.C.I.A, al secondo e terzo periodo.

4.3 Inquadramento della *quaestio*: la natura giuridica della S.C.I.A

La Dia dovrebbe costituire, nelle intenzioni del Legislatore, uno strumento di liberalizzazione amministrativa sostitutivo di numerosi provvedimenti amministrativi. Va, tuttavia, osservato in aderenza alle recenti prospettazioni dei giudici di Palazzo Spada, come la Dia conservi chiari margini di ambiguità nel momento in cui essa può qualificarsi anche come strumento di semplificazione di procedimenti autorizzatori a carattere vincolato, integralmente sostituiti dalla nuova disciplina di legge.

Si è, pertanto, a lungo discusso sulla natura giuridica della Dia. La problematica giuridica, che come si vedrà a breve è stata rimessa alla plenaria, e che si trascina da anni è quella relativa innanzitutto alla natura giuridica della S.C.I.A. Quanto ai diversi orientamenti giurisprudenziali:

a. Natura non provvedimento della S.C.I.A. Il Consiglio di Stato (, IV, 13 maggio 2010, n. 2919; Cons. Stato, V, 22 febbraio 2007, n. 948) ha evidenziato in varie pronunce di voler aderire alla tesi secondo cui è inammissibile il ricorso proposto per l'annullamento della denuncia di inizio attività, in quanto **intesa come atto avente natura oggettivamente e soggettivamente privata**. a) atto di parte; b) non determinava il formarsi di un'autorizzazione implicita, ma produceva solo l'effetto di consentire al privato l'inizio dell'attività denunciata; c) non poteva costituire oggetto di ricorso giurisdizionale dinanzi al giudice amministrativo. "La denuncia di inizio di attività che, ai sensi dell'art. 19 legge 7 agosto 1990 n. 241 (nel testo sostituito dall'art. 2 comma 101. 24 dicembre 1993 n, 537), assume il valore di autorizzazione amministrativa è e rimane un atto del privato; tale denuncia non è, pertanto, autonomamente impugnabile con ricorso al giudice amministrativo, innanzi al quale possono essere invece impugnati gli eventuali atti amministrativi presupposti, dal cui annullamento può conseguire l'accertamento dell'illegittimità dell'attività posta in essere dall'autore della

denuncia e la sua cessazione ".³⁰ Tale inammissibilità della impugnativa troverebbe, un rimedio diverso nell'azione avverso il silenzio-inadempimento; il terzo che intende opporsi all'intervento, una volta decorso il termine per l'esercizio del potere inibitorio, sarebbe legittimato unicamente a presentare all'amministrazione formale istanza per l'adozione dei provvedimenti sanzionatori previsti e ad impugnare l'eventuale silenzio-rifiuto su di essa formatosi, oppure a impugnare il provvedimento emanato all'esito della avvenuta verifica.

b. L'opposta tesi, per così dire, provvedimentale prevede che i terzi, che ritengano di essere pregiudicati dalla effettuazione di una attività edilizia assentita in modo implicito (nella specie, Dia), possono agire dinanzi al G.A. per chiedere l'annullamento del titolo abilitativo formatosi per il decorso del termine fissato dalla legge entro cui l'amministrazione può impedire gli effetti della Dia (Cons. Stato, sez. IV, 13 gennaio 2010, n. 72). a) è un vero e proprio provvedimento amministrativo; b) si forma un'autorizzazione implicita di natura provvedimentale; c) il terzo può impugnare tale autorizzazione implicita davanti al Giudice Amministrativo. "Il legislatore, riformulando nell'art. 3 D.L. 14 marzo 2005, n. 35, convertito con modifiche nella L. 14 maggio 2005, n. 80, l'art. 19 della L. 7 agosto 1990, n. 241, ha considerato la dichiarazione di inizio di attività come un atto abilitativo tacito, che si forma sulla denuncia del cittadino e con la successiva inerzia

³⁰ Tar Abruzzo 14.02.1995 n.30

dell'amministrazione. Di conseguenza la tutela giurisdizionale del terzo va ammessa nelle forme dell'impugnazione di tale atto tacito avanti al giudice amministrativo (cui tra l'altro oggi, in materia, è conferita una giurisdizione esclusiva) ". La S.C.I.A, allo stato attuale, stante il poco tempo dalla sua entrata in vigore non ha ancora visto consolidarsi un orientamento volto a definirne in maniera univoca o comunque prevalente la sua natura giuridica.

c. In altra recente sentenza (Cons. St. sez. IV 4 maggio 2010, n. 2558) il G.A., senza prendere specifica posizione sulla natura giuridica dell'istituto, ma solo ai fini della risoluzione del problema della tempestività della impugnativa avverso una denuncia di inizio di attività, ha sostenuto che - sia che si aderisca alla tesi privatistica, sia che si aderisca a quella del titolo abilitativo implicito - **in ogni caso l'azione costituente il rimedio del terzo pregiudicato deve attenersi al termine decadenziale di sessanta giorni ex art. 21 legge 6 dicembre 1971, n. 1034**, rilevando altresì che la struttura tradizionalmente impugnatoria del giudizio amministrativo può riguardare anche fattispecie a formazione provvedimento implicita, come la Dia in materia edilizia.

d. Infine, la sez. VI, con sentenza 9 febbraio 2009, n. 717, ha concluso per **la tesi dell'atto privato, nei confronti del quale il terzo potrebbe agire dinanzi al giudice amministrativo per l'accertamento** della inesistenza dei presupposti stabiliti dall'ordinamento

4.3.1. La tutela dei terzi

I diversi orientamenti sulla natura giuridica dell'istituto – della Dia quale provvedimento amministrativo tacito e della Dia quale atto privato sottoposto a controllo dell'amministrazione – conducono a soluzioni diametralmente opposte sul punto dei rimedi esperibili da parte del terzo, nel senso che la qualificazione giuridica dell'istituto sostanziale condiziona l'accesso alle tecniche di tutela della posizione del terzo pregiudicato:

- la tesi *provvedimentale*, consentirebbe l'impugnativa tesa all'annullamento giurisdizionale del titolo abilitativo implicito, assimilando tale fattispecie all'atto espresso, quale il permesso di costruire, o il silenzio-assenso, con termine decorrente dal completamento della fattispecie o dalla sua conoscenza e che si esplica a mezzo di una pronuncia di tipo demolitorio- annullatorio sul modello dell'art. 29 del d.lgs. 104/2010;
- la tesi, che privilegia la consistenza di *atto del privato*, fa, invece, riferimento ad una azione di accertamento autonomo (negativo) della inesistenza dei presupposti per ritenere completata la fattispecie, con effetti che trovano nel momento conformativo il potere e il dovere, da parte dell'amministrazione, di rimuovere gli effetti eventualmente verificatisi;

- la terza tesi, invece, che pure parte dalla natura privata dell'atto, imporrebbe al terzo, che intenda opporsi all'intervento assentito, una volta decorsi i termini senza l'esercizio del potere inibitorio, di presentare istanza formale e eventualmente impugnare il successivo atto negativo dell'amministrazione o di agire avverso la successiva inerzia amministrativa (silenzio-rifiuto), sul modello del rimedio previsto attualmente dall'art. 31 del d.lgs. 104/2010.

Tralasciando l'inquadramento dell'istituto cui si ritornerà *infra*, riportando il testo dell'ordinanza n.14 del 4.01.2011, è ora intenzione di chi scrive occuparsi, ai fini del presente lavoro, degli obiettivi che attraverso la S.C.I.A il legislatore ha inteso porsi in termini di semplificazione ed efficienza dell'azione amministrativa.

4.4 La S.C.I.A in sostituzione della D.I.A: problemi applicativi

La norma introduttiva della SC1A non prevede espressamente la sostituzione della denuncia di inizio attività disciplinata dagli artt. 22 e23 del D.P.R. 380/2001 (Testo Unico per l'Edilizia). Per altro verso il comma 5 dell'articolo 19 come modificato dall'art. 49, comma 4-bis, della L. 122/2010, non elenca, tra i casi cui non si applica la S.C.I.A, la denuncia di inizio attività edilizia.

A tale proposito va sottolineato che il D.P.R. 380/2001 parla di denuncia di inizio attività, che contraddistingueva la prima versione dell'art. 19 L.

241/1990, per poi passare, a partire dal 17 marzo 2005, alla dichiarazione di inizio attività.

Le interpretazioni dottrinali ed i comportamenti delle pubbliche amministrazioni sono riconducibili a tre posizioni: 1) chi sostiene l'applicabilità della S.C.I.A. in edilizia (ad esempio, Ministro per la Semplificazione Normativa, Servizio Studi del Senato, Comuni di Milano, Napoli, Bari, ecc.); 2) chi sostiene la non applicabilità della S.C.I.A. in edilizia e la perdurante vigenza degli artt. 22 e 23 del D.P.R. 380/2001, da considerare '*lex specialis*' (ad esempio, Anci Toscana, Comuni di Roma, Firenze, Venezia, Regioni a Statuto Speciale, ecc.); 3) chi, nel dubbio, accetta sia la Dia che la S.C.I.A. (ad esempio, Comuni di Torino, Modena, Bologna, Genova, Perugia, ecc.).

Con specifico riferimento a chi non ha ancora preso una posizione pro o contro la S.C.I.A. il rischio è che una normativa nata come acceleratoria possa addirittura far rallentare la tempistica procedimentale rispetto al passato: se con la Dia il via libera ai lavori scattava decorsi 30 giorni con la S.C.I.A. è vero che si può iniziare subito ma è anche vero che la p.a. ha sessanta giorni di tempo per fare le verifiche ed eventualmente adottare i provvedimenti inibitori; in tale ottica sembra stia nascendo... il PdP-Partito dei Prudenti: meglio lasciar passare i 60 giorni prima di partire con lavori soggetti a rischio sospensione o, peggio ancora, a demolizione del manufatto e riduzione in pristino dello stato dei luoghi..

4.5. La nota esplicativa del Ministero per la Semplificazione Normativa.

Il 16 settembre 2010 il Capo dell'Ufficio Legislativo del Ministro per la Semplificazione Normativa, Consigliere Giuseppe Chinè, ha scritto all'Assessore al Territorio e all'Urbanistica della Regione Lombardia in riscontro ad una richiesta di chiarimenti del 30 agosto scorso circa l'applicabilità della S.C.I.A in edilizia. La nota esplicativa chiarisce l'ambito di applicazione della S.C.I.A in edilizia, come qui sinteticamente indicato: si applica a: a) DIA disciplinata dagli artt. 22 e 23 11 del D.P.R. 380/2001; non si applica a: a) Permesso di costruire; b) DIA alternativa a permesso di costruire (la cosiddetta "Super Dia").

Segue il testo della nota esplicativa del Ministro per la Semplificazione Normativa:

MINISTERO DELL'ECONOMIA E DELLE FINANZE

Ufficio Legislativo Economia

Ministero per la pubblica amministrazione e innovazione

**Oggetto: Segnalazione certificata di inizio attività. Articolo 9 commi 4 -
bis e seguenti, legge D. 122 del 2010**

In riscontro alla richiesta di chiarimenti inoltrata a questo ufficio circa l'ambito di applicazione alla materia edilizia delle disposizioni indicate in oggetto (prot. 1259 del 30.08.2010), acquisito l'avviso degli Uffici legislativi dei Ministeri delle infrastrutture e dei trasporti (prot. 37109 del 14.09.2010) e

per la pubblica amministrazione e l'innovazione (n. 564 del 10.09.2010), si rappresenta quanto segue.

1-Com'è noto, l'articolo 49, comma 4 -bis del decreto l. n. 31 maggio 2010, n. 78, convertito, con modificazioni, dalla legge 30 luglio 2010, n. 1, disciplina la segnalazione certificata di inizio attività (S.C.I.A.), sostituendo integralmente la disciplina della dichiarazione di inizio attività contenuta nel previgente articolo 19 della legge 7 agosto n. 241.

Tale riforma risponde ad una logica di riduzione degli oneri amministrativi fortemente innovativa e migliorativa per il privato, consentendo gli di intraprendere un'attività economica sin dalla data di presentazione di una mera segnalazione all'amministrazione pubblica competente.

La S.C.I.A, infatti, consente di iniziare l'attività immediatamente e senza necessità di attendere la scadenza di alcun termine, ciò traducendosi in una sostanziale accelerazione e semplificazione rispetto alla precedente disciplina contenuta nell'articolo 19 della legge n. 241 del 1990, che prevedeva il decorso del termine di trenta giorni prima di poter avviare l'attività oggetto della D.i.a. e legittimava l'esercizio di poteri inibitori da parte dell'amministrazione entro l'ulteriore termine di trenta giorni dalla comunicazione di avvio della medesima attività. Il legislatore nazionale si era già mosso in tale direzione con il decreto legislativo 26 marzo 2010 n. 59, di recepimento della direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio del 12 dicembre 2006 n. 123 (c.d. Direttiva Servizi) che, modificando l'articolo 19 della legge n.

241 del 1990, ha introdotto la Dia "ad effetto immediato", rispetto alla quale la nuova disciplina della S.C.I.A si pone in linea di assoluta continuità.

Ai sensi dell'articolo 19, comma 1. nel testo novellato, la S.C.I.A tiene luogo di "ogni atto di autorizzazione, licenza, concessione non costitutiva, permesso o nulla osta comunque denominato, e comprese le domande per le iscrizioni in albi o ruoli richiesti per l'esercizio di attività imprenditoriale, commerciale o artigianale il cui rilascio dipenda esclusivamente dall'accertamento di requisiti e presupposti richiesti dalla legge o di atti amministrativi a contenuto generale e non sia previsto alcun limite o contingente complessivo o specifici strumenti di programmazione settoriale per il rilascio degli atti stessi" ed è corredata dalla documentazione specificamente richiesta dalla normativa di settore.

In particolare, la norma richiede espressamente che alla segnalazione certificata di inizio attività siano allegare, tra l'altro, le "attestazioni e asseverazioni i tecnici abilitati", con gli elaborati progettuali necessari per consentire le verifiche successive di competenza dell' amministrazione.

Tanto rilevato, è avviso dello scrivente Ufficio che il quesito in ordine all'applicabilità della disciplina della segnalazione certificata di inizio attività alla materia edilizia non può che trovare risposta positiva, sulla base dei seguenti argomenti.

In primo luogo, assume rilievo l'argomento letterale, giacché ai sensi del comma 4 -ter dell' articolo 49 della legge n. 122 del 2010, le espressioni

"segnalazione certificata di inizio attività e "S.C.I.A" sostituiscono, rispettivamente, quelle di "dichiarazione di inizio attività" e "Dia", "ovunque ricorrano anche come parte di un'espressione più ampia", sia nelle normative statali che in quelle regionali. Il medesimo comma stabilisce, altresì, che la disciplina della S.C.I.A contenuta nel novellato articolo 19 della legge n. 241 del 1990 "sostituisce direttamente, dalla data di entrata in vigore della legge di conversione del precedente decreto, quella della dichiarazione di inizio attività recata da ogni normativa statale e regionale".

In secondo luogo, nel confronto con la previgente formulazione dell'articolo 19, deve evidenziarsi come il legislatore abbia ommesso di indicare la Dia edilizia tra quelle oggetto di espressa esclusione dall'ambito applicativo della disposizione (commi 1 e 5, primo periodo).

Invero, nella previgente formulazione il legislatore aveva escluso l'ambito applicativo della dichiarazione di inizio attività quella in materia edilizia, laddove aveva disposto che: restano ferme le disposizioni di legge vigenti che prevedono termini diversi da quelli di cui ai commi 2 e 3 per l'inizio dell'attività e per l'adozione da parte dell'amministrazione competente di provvedimenti di divieto di prosecuzione dell'attività e di rimozione dei suoi effetti" (art. 19, comma 4). Analoga clausola di salvezza non compare nel vigente articolo 19. In terzo luogo, la già evidenziata previsione secondo cui la segnalazione di inizio attività è corredata non solo dalle certificazioni ed attestazioni ma anche dalle asseverazioni di tecnici abilitati -riferimento non

presente nel previgente articolo 19-appare in linea con quanto stabilito dalla disciplina della Dia edilizia contenuta nell'articolo 23 del dpr 6.06.2001 n. 380, il quale richiede, preliminarmente all'avvio dell'attività edilizia la presentazione di una "dettagliata relazione a firma di un progettista abilitato e dagli opportuni elaborati progettuali che asseveri la conformità delle opere da realizzare agli strumenti urbanistici approvati e non in contrasto con quelli adottati ed ai regolamenti edilizi vigenti, nonché il rispetto delle norme di sicurezza e di quelle igienico sanitarie. Lo specifico nuovo riferimento alle asseverazioni tipiche della dia edilizia induce a ritenere che il legislatore abbia inteso riferirsi anche alle certificazioni ed attestazioni concernenti la suddetta fattispecie.

In quarto luogo, che la disciplina della S.C.I.A sia destinata a sostituire integralmente, con i limiti di seguito enunciati, quella della Dia edilizia appare, altresì, confermato dai lavori preparatori della legge di conversione del d.l. n. 78 del 2010 (AS 2228).

In particolare, il dossier di documentazione predisposto dal Servizio Studi del Senato suggerisce la seguente lettura della disposizione: "La norma ha anche un profilo abrogativo della normativa statale difforme, per cui si deve intendere che ad essa va ricondotta anche la denuncia di , inizio di attività edilizia, disciplinata dagli articoli 22 e 23 del d.P.R. n. 380 del 2001". Ulteriore,rilevante argomento a sostegno della tesi esposta si desume dalla previsione dell' articolo 49, comma 4-ter, primo periodo, della legge n. 122

del 2010, secondo cui la disciplina della S.C.I.A, tra l'altro, "costituisce livello essenziale delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali ai sensi della lettera m)" dell'art. 117, secondo comma. della Costituzione. In virtù delle modifiche introdotte dalla legge n. 69 del 2009, già l'articolo 29, comma 2-ter, della legge n. 241 del 1990 stabiliva l'attinenza ai livelli essenziali delle prestazioni di cui alla stessa lettera m) delle disposizioni concernenti la dichiarazione di inizio attività. La riproduzione del principio all' interno della disciplina della S.C.I.A conferma l'intenzione del legislatore statale di assicurare massima portata applicativa alla disposizione, con salvezza delle sole materie espressamente escluse. Per le stesse ragioni qui esposte, va precisato che la disciplina della S.C.I.A si applica alla materia edilizia mantenendo l'identico campo applicativo di quel a della Dia, senza quindi interferire con l'ambito applicativo degli altri titoli abilitativi (es. permesso di costruire, caratterizzato da una disciplina puntuale e compiuta contenuta nel testo unico edilizia, alla quale non appare riferibile né sul piano letterale, né su quello funzionale, quello della nuova S.C.I.A).

L'estensione della disciplina della S.C.I.A anche al permesso d costruire, ovvero alla Dia alternativa al permesso di costruire, determinerebbe, nella sostanza l'ampliamento dell'ambito applicativo dell' articolo 19 della legge n. 241 del 1990 oltre i confini sopra delineati. Peraltro, all'estensione sembra di ostacolo la disciplina speciale della Dia. di cui l'articolo 22, commi 3 e 4, del d.P.R n. 380 del 2001, la quale è dal legislatore forgiata sulla falsa riga di

quella del permesso di costruire, In tal senso depongono le univoche previsioni dell'articolo 38, comma 5-bis, che fa riferimento alla "formazione del titolo", e dell'articolo 39, comma 5-bis, secondo cui le disposizioni in materia di annullamento da parte della Regione del permesso di costruire si applicano anche alla Dia alternativa al permesso di costruire.

L'accertata applicabilità della disciplina della S.C.I.A alla Dia edilizia pone l'ulteriore nodo interpretativo dei rapporti con le discipline statali e regionali previgenti incompatibili, non abrogate espressamente dall'articolo 49 della legge n. 122 del 2010. Come si è detto, l'articolo 49, comma 4-ter, introduce, a far data dall'entrata in vigore della legge di conversione del decreto legge n. 78 del 2010, un meccanismo di sostituzione della disciplina della S.C.I.A a quella della Dia anche edilizia. La conclusione che precede impone un ulteriore chiarimento ermeneutico, con riferimento agli interventi edilizi realizzabili con Dia alternativa rispetto al permesso di costruire.

L'articolo 22, comma 3, del d.P.R. n. 380 del 2001 determina casi in cui interventi edilizi soggetti a permesso di costruire possono essere realizzati alternativamente con Dia, e il successivo comma 4 riconosce alle Regioni a statuto ordinario la facoltà di ampliare o ridurre l'ambito applicativo del precedente comma. Di qui il problema del rapporto a la disciplina della S.C.I.A e quella della Dia alternativa al permesso di costruire, e segnatamente del rapporto tra la disciplina della S.C.I.A e quella contenuta nelle leggi regionali che, in attuazione della previsione dell'articolo 22, comma 4, del

d.P.R. n. 380 del 2001, hanno introdotto ulteriori casi di alternatività tra Dia e permesso di costruire. Al riguardo, è avviso dello scrivente Ufficio che la disciplina della S.C.I.A non si applichi alla Dia alternativa al permesso di costruire e che le leggi regionali previgenti con le quali è stata esercitata la facoltà prevista dall'articolo 22, comma 4, del d.P.R. n. 80 del 2001 non stano state incise dall' entrata in vigore dell' articolo 49 della legge n. 122 del 2010.

A tale conclusione conduce quanto già evidenziato con riferimento ai titoli edilizi diversi dalla Dia, ed in particolare con riferimento al permesso di costruire, al quale non risulta applicabile la disciplina della S.C.I.A. Con particolare riguardo alle leggi regionali recanti ulteriori casi di Dia alternativa al permesso di costruire, la predetta conclusione appare peraltro conforme sia ad una lettura costituzionalmente orientata dell'articolo 49 della legge n. 122 del 2010, che salvaguardi la potestà legislativa regionale di estendere, oltre i confini dell'intervento statale ed in attuazione dell'articolo 22, comma 4, del testo unico edilizia, l'istituto della Dia edilizia, sia alla previsione dell'articolo 29, comma 2-quater della legge n. 241 del 1990, la quale riconosce alle Regioni, nella disciplina dei procedimenti amministrativi di propria competenza, la facoltà di prevedere livelli ulteriori di tutela rispetto a quelli garantiti dalle disposizioni statali attinenti ai livelli essenziali delle prestazioni di cui ai precedenti commi 2-bis e 2-ter.

4.6. A quali ambiti dell'attività comunale non si applica la S.C.I.A.

Ci sono procedimenti che si connotano per la presenza di elementi diversi di valutazione discrezionale; in tale ottica la S.C.I.A non sembra ad essi applicabile. Di seguito ne elenchiamo alcuni a titolo esemplificativo e non limitativo:

- a. Rilascio del permesso di costruire.
- b. Esercizio di attività commerciale nelle medie e grandi strutture di vendita;
- c. Esercizio di attività di somministrazione di alimenti e bevande;
- d. Autorizzazioni previste dal T.U.L.P.S.-Testo Unico delle Leggi di Pubblica Sicurezza;
- e. Esercizio di attività di gestione rifiuti;

4.7. La D.I.A in materia edilizia

Delineato nei termini sopra enunciati l'ambito applicativo novellato articolo 19 della legge n. 241 del 1990 con riferimento alla materia edilizia, occorre chiarire i seguenti ulteriori aspetti di rilievo:

- in caso di intervento edilizio in zona sottoposta a vincolo, permane l'onere di acquisizione ed allegazione alla segnalazione certificata dello specifico atto di assenso dell'ente preposto alla tutela del vincolo

stesso; tale atto, in virtù della espressa previsione dell'articolo 19, comma 1, della legge n. 241 del 1990 ("con la sola esclusione dei casi in cui sussistano vincoli ambientali, paesaggistici o culturali), non può essere sostituito dalla S.C.I.A.;

- per le Dia edilizie presentate prima dell'entrata in vigore della novella dell'articolo 19 della legge n. 241 del 1990, anche nell' eventualità in cui alla data di entrata in vigore non fosse ancora decorso il termine per l'esercizio del potere inibitorio da parte dell'amministrazione, la disciplina applicabile non può che essere quella vigente al momento della presentazione della Dia, salva la possibilità per il privato di avvalersi degli effetti della novella presentando, per il medesimo intervento, una S.C.I.A.

4.8. Obiettivi e analisi critica della S.C.I.A.

I risultati che il legislatore sembra attendersi dalla S.C.I.A possono essere sintetizzati nell'indicazione dell'obiettivo finale che si può dire costituisca la *ratio* dell'istituto in questione : semplificazione amministrativa, sia per i privati nei confronti della p.a che viceversa in relazione alle attività economiche. Con riferimento a queste ultime è stata rilevata la necessità che l'imprenditore possa: "...tramite la semplice autocertificazione sulla base della sussistenza dei requisiti attestati da un professionista...ottenere

immediatamente dal comune ricevuta che abilita all'avvio dell'attività...al comune spetta poi l'onere di provare la sussistenza dei requisiti con attività di verifica e controlli”

La S.C.I.A. ben potrebbe in concreto permettere di semplificare e snellire ulteriormente l'attività degli uffici comunali, cosa essenziale se si pensa alla sempre più stringente necessità di contenimento della spesa di personale, che, in pratica, significa progressiva riduzione degli organici degli uffici, blocco delle assunzioni e non sostituzione dei dipendenti che vanno in pensione.

La criticità può esserci in mancati o tardivi controlli delle S.C.I.A: decorsi i 60 giorni la p.a. ben poco può fare. Sotto tale profilo, però, la soluzione va ricercata ex ante nella fase che sostanzialmente precede la formale presentazione della S.C.I.A.

Posto che di norma i soggetti interessati all'applicazione di tale istituto - o direttamente o tramite propri rappresentanti, tecnici, consulenti, professionisti, ecc. verranno negli uffici comunali prima, per informarsi, una corretta applicazione dell' istituto non potrà prescindere da un adeguato livello di relazioni tra le parti, volto a favorire un clima collaborativo e costruttivo.

In conclusione la S.C.I.A, ad avviso dello scrivente, può dare ulteriore impulso alla trasformazione del Comune da ente contraddistinto da pesantezza burocratico- procedurale a soggetto che corre assieme alle aziende nell'ottica del costante sviluppo economico-sociale della comunità e del territorio di riferimento.

4.9. La rimessione all'adunanza plenaria del Consiglio di Stato della *vexata quaestio* della natura giuridica della D.I.A e del regime processuale applicabile alla tutela degli interessi legittimi dei terzi.

Con la recentissima ordinanza n.14 del 4.01. 2011 il Consiglio di Stato rimette all'Adunanza Plenaria la problematica, che ormai si trascina da anni, dell'annosa questione relativa alla natura giuridica della DIA-oggi S.C.I.A- nonché della tutela dei soggetti terzi a fronte della stessa. Con Ordinanza Collegiale n. 14 del 5 gennaio 2011, la Quarta Sezione del Consiglio di Stato ha rimesso all'Adunanza Plenaria la questione sulla natura privata oppure provvedimento della fattispecie realizzata a mezzo della denuncia di inizio di attività, tenendo presente che il testo unico dell'edilizia la ricomprende tra i titoli abilitativi, anche se atto del denunciante privato; nonché, risolta la qualificazione di natura sostanziale, involgente sia i poteri di inibizione che di autotutela successiva (autotutela fatta salva anche nell'istituto recente della S.C.I.A) , la questione involgente le tecniche di tutela, dei risvolti processuali e dei rimedi giurisdizionali ai quali può ricorrere il terzo.

Secondo la Quarta Sezione, quale che sia il rimedio esperibile, in ogni caso, però, per esigenze di certezza dei rapporti, deve sgomberarsi il campo dai dubbi sulla applicabilità alla fattispecie del termine decadenziale (piuttosto che prescrizione), individuando il momento dal quale tale termine debba essere fatto decorrere (conoscenza del completamento della fattispecie), sia

che si abbracci la tesi della impugnativa demolitoria che quella dell'accertamento autonomo;

Sulla base della soluzione adottata nella ricostruzione sostanziale dell'istituto, il rimedio giurisdizionale effettivo, comprende anche la eventuale ammissibilità, in tale fattispecie ma anche più in generale, della azione di accertamento da parte del terzo dinanzi a fattispecie che modificano i confini tra pubblico e privato e che esigono, a fini di liberalizzazione e semplificazione, un intervento solo eventuale e successivo dell'amministrazione pubblica nel rapporto tra autorità e libertà.

Da ultimo, si legge nella ordinanza, non può non tenersi in considerazione la ulteriore evoluzione dell'ordinamento che, nel rapporto permanente tra autorità e libertà, sposta la soglia verso la seconda e prevede una accelerazione degli strumenti di liberalizzazione, consentendo immediatamente la attività (la c.d. s.c.i.a.) a seguito della presentazione della segnalazione certificata di inizio attività (art. 19 comma 2 su citato, a seguito delle modifiche apportate dal D.L. 78 del 31 maggio 2010 come convertito dalla legge di conversione n.122 del 30 luglio 2010); tale fattispecie ultima, ispirata ad una maggiore celerità nell'avvio della attività che si intende svolgere e concedendo un minore spazio alla pubblica amministrazione, è stata generalizzata dal comma 1 dell'art. 19 (che prevede che ogni atto, permesso, licenza, autorizzazione è sostituito dalla s.c.i.a.).

La S.C.I. Adi cui non è ancora chiara allo stato la ampiezza di applicazione in materia edilizia, scrivono i giudici amministrativi, enfatizza (in nome di una ulteriore liberalizzazione e semplificazione) ancora di più la natura privatistica dell'atto, ma per converso non può smentire la permanenza della potestà pubblica, che è naturalmente fatta salva in via di autotutela e di divieto di prosecuzione della attività.

Attualmente, dunque, la questione è tutta in fieri e si attenda un pronunciamento definitivo che possa mettere un punto sui dibattiti dottrinali e giurisprudenziali *de qua*. I profili che sono stati evidenziati nell'ordinanza sono in particolare:

a) la qualificazione giuridica sostanziale dell'istituto e, quindi, la natura privata oppure provvedimento della fattispecie realizzata a mezzo della denuncia di inizio di attività, tenendo presente che il testo unico dell'edilizia la ricomprende tra i titoli abilitativi, anche se atto del denunciante privato;

b) risolta la qualificazione di natura sostanziale, involgente sia i poteri di inibizione che di autotutela successiva (autotutela fatta salva anche nell'istituto recente della s.c.i.a.), conseguente è il problema delle tecniche di tutela, dei risvolti processuali e dei rimedi giurisdizionali ai quali può ricorrere il terzo;

c) sulla base della soluzione adottata nella ricostruzione sostanziale dell'istituto, il rimedio giurisdizionale effettivo, comprende anche la eventuale ammissibilità, in tale fattispecie ma anche più in generale, della azione di accertamento da parte del terzo dinanzi a fattispecie che modificano i confini tra pubblico e privato e che esigono, a fini di liberalizzazione e semplificazione, un intervento solo eventuale e successivo dell'amministrazione pubblica nel rapporto tra autorità e libertà.

Testo dell' ordinanza 5 gennaio 2011 n.14.

Consiglio di Stato

Sezione IV

Ordinanza 5 gennaio 2011, n. 14

N. 00014/2011

REG.ORD.COLL.

N. 02694/2009REG.RIC.

REPUBBLICA ITALIANA

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quarta)

ha pronunciato la presente

ORDINANZA

sul ricorso numero di registro generale 2694 del 2009, proposto da:

Serma Costruzioni Srl, rappresentato e difeso dagli avv. Raffaele Bucci, Paolo Fiorilli, con domicilio eletto presso Paolo Fiorilli in Roma, via Cola di Rienzo 180;

contro

D. G., rappresentato e difeso dagli avv. Francesco Iaderosa, Giovanni Minelli, Paolo Stella Richter, con domicilio eletto presso Paolo Stella Richter in Roma, viale Mazzini N.11;

nei confronti di

Comune di Venezia, rappresentato e difeso dagli avv. Maurizio Ballarin, Giulio Gidoni, Antonio Iannotta, M.M. Morino, Nicoletta Ongaro, Nicolo' Paoletti, Giuseppe Venezian, con domicilio eletto presso Niccolo' Paoletti in Roma, via B. Tortolini N. 34; Masiero Marco;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. VENETO - VENEZIA: SEZIONE II n. 03881/2008 03881/2008 , resa tra le parti, concernente DIA IN VARIANTE AL PERMESSO DI COSTRUIRE

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 7 dicembre 2010 il Cons. Sergio De Felice e uditi per le parti gli avvocati Paolo Fiorillo, Paolo Stella Richter, Giulio Gidoni;

FATTO

Con ricorso proposto innanzi al Tribunale Amministrativo Regionale per il Veneto il signor D., attuale appellato, agiva per l'annullamento della denuncia di inizio di attività n.197703 del 2007, in variante al permesso di costruire n.84298/2003 (come a sua volta variato da precedente D.I.A. n.403111/2004), avverso la nota comunale 28 settembre 2007 n.402847/2007 nonché avverso tutti gli atti presupposti, compreso, se necessario, l'originario permesso di costruire nella parte in cui autorizzava il passo carraio.

La Serma Costruzioni srl, proprietaria di due distinti immobili affacciati sui lati opposti di via S.Elena- quest'ultima di proprietà dei privati frontisti, ma gravata da servitù di uso pubblico in Chirignago, veniva autorizzata con permesso di costruire n.84298 del 2003 a procedere alla ristrutturazione e al risanamento conservativo di entrambi gli edifici.

Sia la galleria che un porticato ovest-est erano interamente gravati da servitù di pubblico passaggio pedonale in forza di atto notarile del 16 luglio 1956; il porticato in particolare risultava essere per tutta la sua lunghezza e metà della sua larghezza di proprietà Serma e per l'altra metà (longitudinale) di proprietà D..

Il D. contestava dapprima il permesso di costruire n.84198 del 2003 che, autorizzando il transito nel portico anche con automezzi, ne aveva aggravato la servitù da pedonale a carrabile; a seguito di tale contestazione, la società Serma produceva la DIA n.403111/2004 con cui, in variante al primo titolo abilitativo, ripristinava l'uso esclusivamente pedonale del portico.

Con la ultima denuncia di inizio attività, contrastata dal D., non contestata dal Comune e oggetto del ricorso originario e del presente giudizio di appello, la società Serma intenderebbe ora rendere carrabile la propria metà (longitudinale) del porticato e realizzare un marciapiede sul fronte est della via S.Elena dalla via Miranese al porticato stesso.

Tale intervento viene contestato dal D., il quale sostiene che a mezzo di esso si inciderebbe in sostanza sull'effettivo aggravio riguardante la servitù di passaggio sul suolo di sua proprietà. Consentendo infatti il passaggio carrabile della parte di proprietà Serma, i pedoni passerebbero in modo aggravato sul territorio D. e sarebbero anche sottoposti a pericoli derivanti dalla minore sicurezza del passo.

Il giudice di primo grado ha accolto le deduzioni del ricorrente D., che lamentava la violazione dell'art. 1067 c.c. in quanto con il titolo edilizio contestato, viene attuato un effettivo aggravio, da pedonale a carraio, della servitù, prima esclusivamente pedonale, insistente sul porticato.

Secondo la sentenza impugnata, la trasformazione della servitù, in carrabile da pedonale che era, gravante sulla porzione longitudinale del portico di proprietà Serma, incide certamente sull'esercizio della servitù pedonale alla quale è assoggettato l'intero portico, aggravandolo, in modo indiscutibile e non equivoco.

Secondo il primo giudice, non si sarebbe aggravato soltanto il peso della servitù sul fondo Serma, ma si sarebbe imposto abusivamente a carico del fondo D. un peso diverso da quello originariamente costituito per contratto, anche se la conversione da pedonale a carrabile ha riguardato formalmente la sola porzione di portico di proprietà Serma.

Secondo il primo giudice, invece, sono da ritenersi inammissibili le censure mosse avverso le scelte che riguardano la realizzazione del marciapiede su strada privata, ma gravata da uso pubblico e parte integrante della viabilità comunale.

Avverso tale sentenza, ritenendola errata e ingiusta, propone appello la società Serma Costruzioni srl, deducendo, dopo avere esposto i fatti di causa, che:

1) la denuncia di inizio attività non costituirebbe atto amministrativo impugnabile e suscettibile di rimedi demolitori (pagine 20 e 21 dell'appello), trattandosi di attività del privato e non assumendo essa valore provvedimento; la sentenza sarebbe quindi erronea laddove ha ritenuto direttamente impugnabile la denuncia di inizio di attività.

Secondo la società, che richiama numerosa precedente giurisprudenza di primo grado e d'appello, l'unico rimedio esperibile avverso la denuncia di inizio di attività (atto di parte privato), consisterebbe nel rivolgere formale istanza all'amministrazione e nell'impugnare l'eventuale silenzio-rifiuto su di essa formatosi. Il primo giudice avrebbe dovuto concludere per la inammissibilità della impugnativa della denuncia di inizio attività, non potendosi impugnare la dichiarazione del privato;

2) la sentenza sarebbe errata anche nel punto in cui ha individuato, a motivazione della illegittimità della denuncia di inizio di attività, una mera violazione di tipo civilistico, attinente ai rapporti privatistici fra le parti e non incidente sulla titolarità edilizia della Serma Costruzioni srl.

Tale doglianza avrebbe potuto proporsi soltanto dinanzi al giudice ordinario alla cui cognizione spettano le controversie circa la esistenza di diritti di uso pubblico su strade private.

Si è costituito l'appellato D., che chiede rigettarsi i due motivi di appello perché infondati. Propone altresì ricorso incidentale subordinato, rispetto ai motivi proposti in prime cure, deducendo i vizi di violazione di legge ed eccesso di potere sotto svariati profili.

Si è costituito il Comune di Venezia, che si rimette alla giustizia e alla decisione di questo Consesso.

Alla camera di consiglio del 5 maggio 2009 la parte appellante ha rinunciato alla richiesta cautelare di sospensione di esecutività della sentenza.

Con ulteriore memoria del 3 novembre 2010 il D. fa presente di avere depositato in data 27 ottobre 2010 documentazione attinente a ulteriore denuncia di inizio di attività, comprensiva di diffida del Comune a iniziare i lavori nei confronti di Serma relativamente a altra e successiva DIA (n.448894 del 2008) avente ad oggetto la realizzazione di un nuovo accesso carraio con cancello scorrevole e relative opere annesse.

In tale diffida il Comune aveva precisato che l'intervento non era assentibile e la DIA non era accoglibile in quanto la larghezza dell'accesso carraio in progetto era di metri tre, e ciò in contrasto con la Delibera di G.C. n.1811 del 1999, che impone una dimensione minima di almeno metri 3, 50. Da tale motivazione negativa, il D. evince la non assentibilità anche della precedente

DIA (n.2007/197703) oggetto del presente giudizio di appello, per il motivo che non raggiunge la dimensione minima di larghezza di metri 3,50.

Alla udienza pubblica del 7 dicembre 2010 la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

1. Con il primo motivo di appello la società appellante deduce la erroneità della sentenza impugnata, che ha annullato la denuncia di inizio attività, sostenendo la inammissibilità del ricorso di primo grado.

La denuncia di inizio attività infatti non costituirebbe atto amministrativo impugnabile e suscettibile di rimedi demolitori (pagine 20 e 21 dell'appello), trattandosi di attività del privato e non assumendo essa valore provvedimento: la sentenza sarebbe quindi erronea laddove ha ritenuto direttamente impugnabile la denuncia di inizio di attività.

L'unico rimedio esperibile avverso un titolo abilitativo derivante da una denuncia di inizio attività consisterebbe, secondo l'appellante, nella sollecitazione della successiva attività della amministrazione nel senso che il terzo potrebbe agire per rimuovere la eventuale inerzia amministrativa (con il rimedio del silenzio) o impugnare i successivi atti amministrativi eventualmente adottati.

2.La Sezione rileva che la problematica giuridica sottoposta al suo esame ha dato luogo ad un articolato orientamento della giurisprudenza, che incide sulla natura sostanziale dell'istituto e sui riflessi processuali conseguenti alle varie ipotesi ricostruttive.

Quanto ai diversi orientamenti giurisprudenziali, il Collegio rileva preliminarmente che la tesi secondo cui è inammissibile il ricorso proposto per l'annullamento della denuncia di inizio attività, intesa come atto avente natura oggettivamente e soggettivamente privata, ha avuto il conforto in sede giurisprudenziale anche di questa Sezione (ex plurimis, da ultimo, Cons. Stato, IV, 13 maggio 2010, n.2919; si veda in tal senso anche Cons. Stato, V, 22 febbraio 2007, n.948).

Tale inammissibilità della impugnativa troverebbe comunque un rimedio nell'azione avverso il silenzio-inadempimento; il terzo che intende opporsi all'intervento, una volta decorso il termine per l'esercizio del potere inibitorio, sarebbe legittimato unicamente a presentare all'amministrazione formale istanza per la adozione dei provvedimenti sanzionatori previsti e ad impugnare l'eventuale silenzio-rifiuto su di essa formatosi, oppure a impugnare il provvedimento emanato all'esito della avvenuta verifica.

Questa Sezione, però, sempre recentemente, ha sostenuto la opposta tesi (per così dire provvedimentale) che i terzi che ritengano di essere pregiudicati dalla effettuazione di una attività edilizia assentita in modo implicito (nella

specie, DIA) possono agire dinanzi al giudice amministrativo per chiedere l'annullamento del titolo abilitativo formatosi per il decorso del termine fissato dalla legge entro cui l'amministrazione può impedire gli effetti della D.I.A. (Cons. Stato; IV, 13 gennaio 2010 n.72).

In altra recente sentenza (4 maggio 2010, n.2558) poi, la stessa IV Sezione, senza prendere specifica posizione sulla natura giuridica dell'istituto ma solo ai fini della risoluzione del problema della tempestività della impugnativa avverso una denuncia di inizio di attività, ha sostenuto che - sia che si aderisca alla tesi privatistica sia che si aderisca a quella del titolo abilitativo implicito - in ogni caso l'azione costituente il rimedio del terzo pregiudicato deve attenersi al termine decadenziale di sessanta giorni ex art. 21 legge 6 dicembre 1971, n.1034, rilevando altresì che la struttura tradizionalmente impugnatoria del giudizio amministrativo può riguardare anche fattispecie a formazione provvedimento implicita, come la DIA in materia edilizia.

Di recente, poi, la VI Sezione del Consiglio di Stato (sentenza 9 febbraio 2009 n.717) ha concluso per la tesi dell'atto privato, nei confronti del quale il terzo potrebbe agire dinanzi al giudice amministrativo per l'accertamento della inesistenza dei presupposti stabiliti dall'ordinamento.

3. Le diverse tesi sulla natura dell'istituto – della DIA quale provvedimento amministrativo tacito e della DIA quale atto privato sottoposto a controllo dell'amministrazione – possono portare a conclusioni diametralmente opposte

sul punto dei rimedi esperibili da parte del terzo nel senso che la qualificazione giuridica dell'istituto sostanziale condiziona l'accesso alle tecniche di tutela della posizione del terzo pregiudicato.

Sul piano strettamente normativo va ricordato che la DIA è stata introdotta in via generale dall'art. 19 della L.n.241 del 1990 (tale articolo in realtà oggi disciplina la segnalazione certificata di inizio attività detta s.c.i.a., mentre l'art. 20 prevede le ipotesi di silenzio-assenso) e, con riferimento alla materia edilizia, dagli artt. 22 e 23 del D.P.R. 380/2001.

La tesi provvedimentale della dia edilizia è stata argomentata anche sulla scorta dei dati testuali presenti nel testo unico edilizio, in considerazione : 1) dell'art. 23 comma 5 che fa riferimento al titolo; 2) del comma 6 dell'art. 23, che correla al decorso del termine la sussistenza del titolo abilitativo); 3) della estensione ex artt. 38 e 39 della disciplina degli interventi eseguiti in base in base a permesso annullato anche agli interventi realizzati con d.i.a. ; 4) dell'art. 22 co.3 secondo cui la denuncia è in alternativa al permesso di costruire; 5) del TITOLO II del testo unico, dedicato ai "Titoli abilitativi", tra i quali sono ricompresi sia la denuncia di inizio di attività che il permesso di costruire.

In effetti, in teoria generale, il titolo è l'atto o fatto giustificativo dell'acquisto di un diritto o di una posizione soggettiva e il provvedimento è nella dottrina

tradizionale l'atto che costituisce, modifica o estingue (art. 1321 codice civile sul contratto) una posizione giuridica amministrativa.

Come anticipato, anche questo Consesso, (tra le tante, sezione VI, 5 aprile 2007, n.1550 e da ultimo 10 dicembre 2009, n.7730, 4 maggio n.2558 e 24 maggio 2010, n.3263 del 2010) ha affermato che la d.i.a. non è uno strumento di liberalizzazione e privatizzazione della attività (questa invero è la sua ratio, ma non necessariamente la sua natura), ma rappresenta una semplificazione procedimentale che consente al privato di conseguire un titolo abilitativo (sub specie della autorizzazione implicita di natura provvedimentoale), a seguito del decorso del termine (30 giorni) dalla presentazione della denuncia, ed è impugnabile dal terzo nell'ordinario termine di decadenza di 60 giorni, decorrenti dalla comunicazione al terzo del suo perfezionamento, ovvero, dalla conoscenza del consenso (implicito) all'intervento oggetto della stessa.

Nel senso che i terzi che si assumano lesi dal silenzio serbato dall'amministrazione a fronte della presentazione della d.i.a. sono legittimati a gravarsi non avverso il silenzio stesso, ma, nelle forme dell'ordinario giudizio di impugnazione, avverso il titolo che, formatosi e consolidatosi per effetto del decorso del termine, si configura in definitiva come fattispecie provvedimentoale a formazione implicita, si sono espresse molte decisioni (senza pretesa di esaustività, Consiglio Stato, IV; 25 novembre 2008, n.5811;

29 luglio 2008, n.3742; 12 settembre 2007, n.4828; sezione VI, 5 aprile 2007, n.1550).

4.La tesi provvedimentale, però, è stata messa in dubbio da altra giurisprudenza (Cons. Stato, Sez. VI, 9 febbraio 2009, n.717) con la argomentazione secondo cui escogitare un provvedimento implicito che non esiste (a differenza del silenzio-assenso) non risulta di per sé idoneo ad assicurare un più elevato livello di tutela al terzo che si voglia opporre all'intervento; anzi, tale tesi lo esporrebbe alle incertezze interpretative sull'esatto momento in cui egli consegue la piena conoscenza dell'atto lesivo e a partire dal quale decorre il termine per l'eventuale impugnativa.

Secondo tale costruzione, la DIA è atto di parte o atto del privato e ad essa non si applicano le regole tipiche del procedimento amministrativo.

In particolare la suddetta pronuncia della VI Sezione , pur condividendo la preoccupazione di assicurare al terzo la effettività della tutela giurisdizionale, ha osservato tuttavia che tale remora non può portare a stravolgere la natura dell'istituto, trasformando quella che è una dichiarazione del privato in un atto dell'amministrazione o in una fattispecie ibrida (quasi un animale a due teste) che nascerebbe privata e diventerebbe pubblica per effetto del decorso del tempo trascorso e del silenzio).

In realtà, dal punto di vista sostanziale, l'azione di controllo amministrativo sulla DIA si risolve in una funzione di "riscontro", che consiste nell'accertamento, anche dopo la scadenza del termine assegnato per il controllo inibitorio, della insussistenza delle condizioni legittimanti la intrapresa della attività.

Dal punto di vista processuale, poi, questa impostazione rimette la effettività della tutela del terzo a rimedi diversi dalla tradizionale azione di annullamento; lo strumento idoneo – oltre al ben noto rimedio avverso l'inerzia - consisterebbe nella azione di accertamento autonomo che il terzo può esperire dinanzi al giudice amministrativo per sentire pronunciare che non sussistevano i presupposti per svolgere l'attività sulla base di una semplice denuncia di inizio di attività.

Emanata la sentenza di accertamento, graverà sulla amministrazione l'obbligo di ordinare la rimozione degli effetti sulla base dei presupposti che il giudice ha ritenuto mancanti; nè la mancanza di una norma espressa sulla attribuzione al giudice amministrativo di una cognizione di tipo dichiarativo (azione di accertamento) è preclusiva, in quanto essa costituisce la caratteristica principale e minima dello ius dicere.

5. In sintesi la Sezione rileva che almeno tre sono le tesi che si pongono in campo riguardo ai rimedi giurisdizionali a favore del terzo dinanzi al G.A. avverso la denuncia (o dichiarazione) di inizio attività: 1) la prima è la tesi

provvedimentale, della impugnativa tesa all'annullamento giurisdizionale del titolo abilitativo implicito, assimilando tale fattispecie all'atto espresso, quale il permesso di costruire, o il silenzio-assenso, con termine decorrente dal completamento della fattispecie o dalla sua conoscenza e che si esplica a mezzo di una pronuncia di tipo demolitorio- annullatorio sul modello dell'art. 29 CPA; 2) la seconda, che privilegia la consistenza di atto del privato, fa riferimento ad una azione di accertamento autonomo (negativo) della inesistenza dei presupposti per ritenere completata la fattispecie, con effetti che trovano nel momento conformativo il potere e il dovere (da parte dell'amministrazione) di rimuovere gli effetti eventualmente verificatisi; 3) la terza tesi, invece, che pure parte dalla natura privata dell'atto, imporrebbe al terzo, che intenda opporsi all'intervento assentito, una volta decorsi i termini senza l'esercizio del potere inibitorio, di presentare istanza formale e eventualmente impugnare il successivo atto negativo dell'amministrazione o di agire avverso la successiva inerzia amministrativa (silenzio-rifiuto), sul modello del rimedio previsto attualmente dall'art. 31 CPA.

6. La problematica sopra delineata, ad avviso della Sezione, coinvolge quindi i seguenti profili:

A) la qualificazione giuridica sostanziale dell'istituto e quindi natura privata oppure provvedimento della fattispecie realizzata a mezzo della denuncia di

inizio di attività, tenendo presente che il testo unico dell'edilizia la ricomprende tra i titoli abilitativi, anche se atto del denunciante privato;

B) risolta la qualificazione di natura sostanziale, involgente sia i poteri di inibizione che di autotutela successiva (autotutela fatta salva anche nell'istituto recente della s.c.i.a.), conseguente è il problema delle tecniche di tutela, dei risvolti processuali e dei rimedi giurisdizionali ai quali può ricorrere il terzo;

quale che sia il rimedio esperibile, in ogni caso, però, per esigenze di certezza dei rapporti, deve sgomberarsi il campo dai dubbi sulla applicabilità alla fattispecie del termine decadenziale (piuttosto che prescrizione), individuando il momento dal quale tale termine debba essere fatto decorrere (conoscenza del completamento della fattispecie), sia che si abbracci la tesi della impugnativa demolitoria che quella dell'accertamento autonomo;

C) sulla base della soluzione adottata nella ricostruzione sostanziale dell'istituto, il rimedio giurisdizionale effettivo, comprende anche la eventuale ammissibilità, in tale fattispecie ma anche più in generale, della azione di accertamento da parte del terzo dinanzi a fattispecie che modificano i confini tra pubblico e privato e che esigono, a fini di liberalizzazione e semplificazione, un intervento solo eventuale e successivo dell'amministrazione pubblica nel rapporto tra autorità e libertà.

Da ultimo, non può non tenersi in considerazione la ulteriore evoluzione dell'ordinamento che, nel rapporto permanente tra autorità e libertà, sposta la soglia verso la seconda e prevede una accelerazione degli strumenti di liberalizzazione, consentendo immediatamente la attività (la c.d. s.c.i.a.) a seguito della presentazione della segnalazione certificata di inizio attività (art. 19 comma 2 su citato, a seguito delle modifiche apportate dal D.L. 78 del 31 maggio 2010 come convertito dalla legge di conversione n.122 del 30 luglio 2010); tale fattispecie ultima, ispirata ad una maggiore celerità nell'avvio della attività che si intende svolgere e concedendo un minore spazio alla pubblica amministrazione, è stata generalizzata dal comma 1 dell'art. 19 (che prevede che ogni atto, permesso, licenza, autorizzazione è sostituito dalla s.c.i.a.).

La s.c.i.a., di cui non è ancora chiara allo stato la ampiezza di applicazione in materia edilizia, enfatizza (in nome di una ulteriore liberalizzazione e semplificazione) ancora di più la natura privatistica dell'atto, ma per converso non può smentire la permanenza della potestà pubblica, che è naturalmente fatta salva in via di autotutela e di divieto di prosecuzione della attività.

7.L'art. 99 cpa prevede che la Sezione cui è assegnato il ricorso, se rileva che il punto di diritto – nella specie, rimedi e tutela del terzo avverso la DIA - sottoposto al suo esame ha dato luogo o possa dare luogo a contrasti

giurisprudenziali, con ordinanza emanata su richiesta delle parti o di ufficio può rimettere il ricorso all'esame dell'adunanza plenaria.

Il Collegio fa presente che le altre questioni attengono:

-alla violazione o meno del dovere di non aggravare oltremodo il peso della servitù passiva del fondo servente di proprietà D., a mezzo dell'assentimento del passaggio carrabile (prima solo pedonale) sulla vicina servitù passiva a carico di Serma;

-alla assentibilità o meno dell'intervento in relazione al limite del rispetto della larghezza di almeno tre metri e mezzo del passaggio carrabile, limite previsto da precedenti determinazioni comunali e invocato dall'appellato D..

All'esame nel merito della presente controversia qui esposta si potrà addivenire solo se l'Adunanza plenaria fornirà soluzione alle questioni prospettate e alla stregua della impostazione seguita potranno essere valutati i motivi di appello, volti a sostenere la inammissibilità della impugnativa diretta nei confronti della denuncia di inizio di attività, come proposta invece in primo grado dall'appellato.

Pertanto, la Sezione, consapevole della delicatezza delle questioni e del loro evidente carattere di massima, ritiene opportuno deferirne l'esame all'Adunanza plenaria, ai sensi dell'art. 99 CPA, allo scopo di assicurare univoci orientamenti giurisprudenziali in materia di tutela del terzo avverso la

denuncia di inizio di attività e si rimette alle sue determinazioni in ordine alla trattazione dell'intera causa o delle sole questioni di massima, con la eventuale restituzione degli atti alla Sezione per le ulteriori determinazioni, ai sensi del quarto comma del menzionato art. 99.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quarta), in relazione al ricorso sopra indicato in epigrafe (r.g.n.2694 del 2009) ne rimette l'esame all'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 7 dicembre 2010 con l'intervento dei magistrati:

Gaetano Trotta, Presidente

Anna Leoni, Consigliere

Salvatore Cacace, Consigliere

Sergio De Felice, Consigliere, Estensore

Raffaele Greco, Consigliere

L'ESTENSORE IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA IL 05/01/2011.

Bibliografia

Aicardi.N, La disciplina generale e i principi degli accordi amministrativi: fondamento e caratteri, in Rivista trimestrale di diritto pubblico, 1996, pag. 1 ss;

Arena.G, Autocertificazioni ed amministrazione per interessi, in scritti in onore di Massimo Severo Giannini, Milano, 1988, Vol. I, pag. 21 e 47 ss,

Arona.A, Una S.C.I.A bloccata dai dubbi da Il Sole 24 Ore del 13 settembre 2010, pag. 2 ,

Arsi.L, Certificazione, documentazione e procedimento amministrativo, in Giornale di diritto amministrativo, n 8, pag. 723 ss., 1997;

Benvenuti.F, L'attività amministrativa e la sua disciplina generale, in La procedura amministrativa, a cura di Giorgio Pastori, Vicenza, 1964, pag. 539;

Bombi.M, Dall 'autorizzazione alla S.C.I.A: dopo vent'anni si va a capo, dalla rivista web "Rassegna di informazione giuridico-normativa", anno 3, n. 26 del 30 settembre 2010;

Bombi.M, Il commercio non è sulla S.C.I.A della liberalizzazione, da ItaliaOggi del 24 agosto 2010, pag. 23 ;

Caringella.F, Manuale di diritto amministrativo- Dike giuridica-2011;

Caringella.F, Lezioni e sentenze di diritto amministrativo- Dike giuridica 2011;

Cassese.S e Franchini.C, La pubblica Amministrazione italiana, Il Mulino, Bologna, 1994;

Cassese.S e Melis.G , Lo sviluppo dell'amministrazione italiana (1880-1920);

Cassese.S, Il difficile mestiere di Ministro della funzione pubblica, in Le Regioni / a. XXIII, n. 3, giugno 1995;

Cassese.S, Inerzia e silenzio della pubblica amministrazione, in Foro Amm.vo, 1962, pag. 30 ss;

Cassese.S, Le basi del diritto amministrativo, Garzanti, Milano, pag. 296 ss., 1995;

Cassese.S, Maladministration e rimedi, in Foro Italiano, 1992, fasc. V, coll. 243 ss;

Caturani.C, La conferenza di servizi: profili costituzionali, in Riv. Trim. degli appalti, 1989;

Cerulli Irelli, Corso di diritto amministrativo, Giappichelli, Torino, 1994, pag. 430 e ss;

Chieppa.R-Lopilato.V, Studi di diritto amministrativo-Percorsi Giuffrè 2011;

Clarich.M, Termine del procedimento e potere Amministrativo, Giappichelli, Torino, 1995;

Clarich.M, Dalla Dia alla S.C.I.A: molto rumore per nulla, dalla rivista "Diritto e pratica amministrativa", Anno V, ottobre 2010, n. 10;

Cognetti.S, Normative sul procedimento regole di garanzia ed efficienza, in Rivista trimestrale di diritto pubblico, 1990, pag. 126 ss;

Corso.G e Teresi.F, Il procedimento Amministrativo e il diritto d'accesso, Maggioli, Rimini, anno 2007;

Corso.G, Gli accordi di programma, in L'accordo nell'azione amministrativa, Quaderni regionali Formez, Roma, 1988;

Craveri.P, La Repubblica dal 1958 al 1992, Utet, Torino, 1995;

Dente.B, In un diverso Stato: come rifare la Pubblica Amministrazione, Il Mulino, Bologna, anno 2002;

Formez, Ricerca sull'organizzazione e il funzionamento delle amministrazioni centrali e periferiche dello Stato. Analisi delle procedure, Roma, Formez, 1989, pag. 81 e ss;

Forte.P, La funzione amministrativa e la causa degli accordi tra p.a. e privato, in Legalità e Giustizia, 1991, pag. 428 e ss;

Forti.U, Atto e procedimento, in Studi di diritto pubblico, 1937, I, pag. 462 ss;

Gherghi.V, La conferenza di servizi come strumento di collaborazione e di semplificazione dei procedimenti amministrativi, in Nuova Rassegna, n.2, 97, p.157;

Giannini.M.S, Diritto Amministrativo, Vol. II, 3° ed., Giuffrè, Milano,'93, p.506 ss;

Giannini.M.S, Diritto Amministrativo II, Giuffrè, Milano, 1993;

Giannini.M.S, Rapporto sulle condizioni della Pubblica Amministrazione in Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico, n° 3, 1982, pag. 772 ss;

Greco.G, Accordi di programma e procedimento amministrativo in Atti del convegno di Milano, 1992, pag. 47/57;

Lo Moro.V – Mancini.A, Le procedure amministrative: analisi e tecniche d'intervento, Il Mulino, Bologna, 1995;

Longoni.M (2010, a cura di), La finanziaria d'estate 2010, supplemento al quotidiano ItaliaOggi, Serie Speciale numero 5 agosto 2010, commento all'articolo 49, comma 4-bis, della L. 122/2010, da pag. 290 a pag. 292;

Macrì.V, Tecniche di semplificazione dei procedimenti amministrativi, Varese 1966;

Marongiu.G, La Pubblica Amministrazione di fronte all'accordo. In l'accordo nell'azione amministrativa, Formez, Quaderni Regionali, 1989, pag. 15 ss;

Melis.G, La Storia dell'Amministrazione Italiana, Il Mulino, Bologna, 1995;

Merusi.F, Il coordinamento e la collaborazione degli interessi pubblici e privati dopo le recenti riforme, in Diritto Amministrativo, 1993, pag. 35 ss;

Miele.G, Alcune osservazioni sulla nozione di procedimento amministrativo, in Foro Italiano, 1933, pag. 375 ss;

Mignone.G, Note sul responsabile del procedimento in Quaderni Regionali, 1991, pag. 39;

Monduzzi, Mazzaroli, Pericu e AA.VV, Manuale di diritto amministrativo, parte II, (cap. II, il procedimento amministrativo), Bologna, 2009;

Nigro.M, Conclusioni, in L'accordo nell'azione amministrativa, Quaderni regionali, Padova, 1985;

Oliveri.L (2010), Un nuovo mostro giuridico, la S.C.I.A, da La Settimana degli enti locali del 31 agosto 2010;

Pajno.A, Gli art. 19 e 20 della legge 241/90 prima e dopo la legge 537/93, in Dir. Proc. Amm., 1994, pag. 22 e ss;

Paleologo.G, La legge 1990 n. 241 : procedimenti amministrativi ed accesso ai documenti dell'amministrazione, in Diritto processuale amministrativo, 1991, (3/4), p.8 ss;

Parasio.V, Tutela dei valori ambientali, paesaggistico - territoriali e semplificazione dell'azione amministrativa alla luce della legge 241/90, in Rivista giuridica dell'edilizia, 2006;

Pedaci.V, Linee direttive e profili qualificanti della legge delega 15 Marzo 1997, n. 59: prime note, in Nuova Rassegna, n. 7 - 8, 1997, pag. 729 ss;

Quaglia.M.A, La semplificazione del procedimento amministrativo : la conferenza di servizi, in AA.VV. Lezioni sul procedimento amministrativo, Giappichelli, Torino, 1992, pag. 29 e ss;

Rapicavoli.C (2010), Segnalazione Certificata di Inizio attività (S.C.I.A) Applicabilità alla normativa sul recupero dei rifiuti in procedura semplificata, dalla rivista web "Rassegna di informazione giuridico-normativa", anno 3, n. 26 del 30 settembre 2010;

Rizzi.G, La semplificazione amministrativa, in Rivista della Guardia di Finanza, 1991, pag;

Rodella.D, La riforma del procedimento amministrativo, in Nuova Rassegna, 1990, n. 17, pag. 1773;

Salafia.A, Il responsabile del procedimento nella legge 241/90, in ENPDEP 1991 pag. 14 e ss;

Sandulli.A, La semplificazione amministrativa tra riforma e restaurazione in Giornale di diritto amministrativo, 1997, n.10, pag. 989 e ss;

Sandulli.A, Il procedimento amministrativo e il diritto di accesso, in l'Amministrazione pubblica Italiana - un profilo, a cura di Sabino Cassese e Claudio Franchini, Il Mulino;

Santaniello.G, Il Procedimento amministrativo: Linee di sviluppo, in Rivista di Diritto Processuale Amministrativo, 1985, pag.497 ss;

Scoca.F.G, La teoria del provvedimento dalla sua formulazione alla legge sul procedimento, in Rivista Trimestrale di Diritto Amministrativo, 1995, pag. 3 ss;

Sepe.O, Partecipazione e garantismo nel procedimento amministrativo, in Rivista trimestrale di diritto pubblico, n.2, 1992, pag. 331 ss;

Servizio Studi del Senato della Repubblica, A.S. 11. 2228, Sintesi del contenuto, da pag.137 a pag. 140 ;

Servizio Studi della Camera dei Deputati, 18 luglio 2010, A.C. n. 3638/XVI, Dossier di documentazione;

Sorace.D, Le riforme del funzionamento e delle procedure della pubblica amministrazione: il progetto e le condizioni per la sua realizzazione, in *Le Regioni* / a. XXIII, n.3, giugno 1995;

Tedeschini.V, Procedimento amministrativo, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XXXV, Milano 2008;

Torchia.L, La conferenza di servizi e l'accordo di programma ovvero la difficile semplificazione, in *Giornale di diritto amministrativo* n.7, 1997, pag. 675 e ss;

Travi.A, La riforma del Procedimento Amministrativo nella Legge 537/93, in *Le Regioni*, 1994, pag. 1295 ss;

Travi.A, Silenzio assenso ed esercizio della funzione amministrativa, Cedam, Padova, 2008;

Vesperini.G, La semplificazione dei procedimenti amministrativi e la carta dei servizi pubblici, in *Giornale di diritto amministrativo*, n. 7, 1995, pag. 693 ss;

Vesperini.G, Le eccezioni al regime di liberalizzazione delle attività private in *Giornale di diritto amministrativo*, 1996, pag. 1105 e ss;

Virga.P, *Diritto Amministrativo*, Vol. I, Giuffrè, Milano, 1995, Pag. 78 ss.

Documenti

1) Circolare 10 agosto 2010 n. 3637/C, prot. N. 105485 del Ministero dello Sviluppo Economico;

- 2) Nota esplicativa del Ministero dell' Ambiente e della Tutela del Territorio e del Mare 9 settembre 2010, prot. N. 22281;
- 3) Nota informativa 15 settembre 2010, prot. N. 485545 della Commissione regionale per l'Artigianato della Regione Veneto in merito all'applicabilità della S.C.I.A per l'avvio delle attività di acconciatore ed estetista; 479 ss;
- 4) Nota esplicativa 16 settembre 2010, prot. MSN 0001340 P- del Ministro per la Semplificazione Normativa;
- 5) Approfondimento di Agnoli, Mario, Cosco, Luigi, Narducci, Riccardo, 2010, La nuova "S.C.I.A" è applicabile in edilizia? I motivi del no.