

S.C.I.A. E TUTELA DEL TERZO NELLA SENTENZA DELLA CORTE COSTITUZIONALE N. 45/2019

Nell'autunno del 2016 il ricorrente agiva in giudizio contro il silenzio serbato dal Comune su una serie di sollecitazioni, reiterate tra novembre 2015 e settembre 2016, all'esercizio delle verifiche amministrative su una SCIA edilizia⁽¹⁾, presentata nel dicembre 2012 e ritenuta in contrasto con il regolamento edilizio comunale. L'ente locale e il controinteressato si costituivano in giudizio eccependo la tardiva sollecitazione, da parte del terzo poi divenuto ricorrente, delle verifiche amministrative sulla SCIA. Il TAR Toscana, sez. III, ord. 11 maggio 2017, n. 667 sollevava questione di legittimità costituzionale dell'art. 19, comma 6-ter, della legge n. 241/1990 nella parte in cui non prevede un termine finale per la sollecitazione delle "verifiche spettanti all'amministrazione" sulla SCIA. La questione era certamente rilevante poiché nella specie la prima sollecitazione (novembre 2015) seguiva di quasi tre anni la SCIA e l'ultima (settembre 2016) di quasi quattro anni. Ove la questione fosse stata accolta, con una sentenza additiva di principio, sarebbe poi toccata al giudice *a quo* (e in generale ai giudici di merito) la ricerca del parametro temporale in base al quale accertare la tempestività o la tardività della sollecitazione del terzo⁽²⁾.

⁽¹⁾ La letteratura sulla SCIA (già denuncia e poi dichiarazione di inizio attività, DIA), è sterminata. Limitandoci a quanto apparso su questa *Rivista*, si vedano: F. LIGUORI, *Le incertezze degli strumenti di semplificazione: lo strano caso della d.i.a. – s.c.i.a.*, 2015, 1223 ss.; G. GRECO, *Ancora sulla scia: silenzio e tutela del terzo (alla luce del comma 6-ter dell'art. 19 l. 241/1990)*, 2014, 645 ss.; F. TRIMARCHI BANFI, *Il "terzo" nel diritto amministrativo: a proposito di semplificazioni*, 2014, 25 ss.; R. FERRARA, *La segnalazione certificata di inizio attività e la tutela del terzo: il punto di vista del giudice amministrativo*, 2012, 193 ss.; L. BERTONAZZI, *Natura giuridica della S.c.i.a. e tecnica di tutela del terzo nella sentenza dell'adunanza plenaria del Consiglio di Stato n. 15/2011 e nell'art. 19, comma 6-ter, della legge n. 241/1990*, 2012, 215 ss.; G. GRECO, *La SCIA e la tutela dei terzi al vaglio dell'Adunanza plenaria: ma perché, dopo il silenzio assenso e il silenzio inadempimento, non si può prendere in considerazione anche il silenzio diniego?*, 2011, 359 ss.; G. QUAGLIA, *Novità sostanziali e processuali in tema di inizio attività*, 2011, 869 ss.; S. VALAGUZZA, *La DIA, l'inversione della natura degli interessi legittimi e l'azione di accertamento come strumento di tutela del terzo*, 2009, 1245 ss.; A. TRAVI, *Silenzio-assenso, denuncia di inizio attività e tutela dei terzi controinteressati*, 2002, 16 ss.; A. PAJNO, *Gli articoli 19 e 20 della legge n. 241 prima e dopo la legge 24 dicembre 1993, n. 537. Intrapresa dell'attività e silenzio dell'Amministrazione*, 1994, 22 ss.; M.E. SCHINAIA, *Notazioni sulla nuova legge sul procedimento amministrativo con riferimento alla deregulation delle attività soggette a provvedimenti autorizzativi ed all'inerzia dell'Amministrazione*, 1991, 1843 ss..

⁽²⁾ Francamente incomprensibile appare il passaggio in cui l'ordinanza del TAR Toscana, prefigurando una sentenza additiva di principio ("declaratoria pura della illegittimità dell'art. 19, comma 6-ter, cit. per mancata previsione del termine di sollecitazione da parte del terzo dei poteri di verifica dell'amministrazione", ma senza "fornire al giudice rimettente il parametro temporale sulla cui base verificare la tardività o meno della sollecitazione"), assume che detta sentenza

Si badi: l'eccezione articolata dalle parti intime non era di rito, bensì preliminare di merito (alla stregua di un'eccezione di prescrizione del diritto azionato: art. 2938 c.c.) e, quindi, eccezione in senso stretto. Il TAR Toscana, pertanto, non avrebbe potuto rilevarla d'ufficio (arg. dagli artt. 9, 15 e 35 c.p.a, che circoscrivono la rilevabilità anche d'ufficio, e quindi lo spettro delle eccezioni in senso lato, a quelle processuali).

Il baricentro interpretativo dell'ordinanza del TAR Toscana risiede nel rinvenimento nell'art. 19, comma 6-ter, cit. della base legale di uno specifico potere inibitorio/repressivo dell'attività avviata tramite SCIA⁽³⁾, che esibirebbe i seguenti caratteri: *a)* ad iniziativa di parte; *b)* vincolato⁽⁴⁾; *c)* temporalmente illimitato (e quindi attivabile *sine die* dal terzo, controinteressato sostanziale e poi, a fronte dell'inerzia mantenuta dall'amministrazione sulla sollecitazione, ricorrente in giudizio)⁽⁵⁾.

Nella prospettazione del TAR Toscana quel potere è ad iniziativa di parte in ragione del previsto onere di "sollecitare l'esercizio delle verifiche spettanti all'amministrazione" (art. 19, comma 6-ter, cit.): la sollecitazione identificherebbe un atto di iniziativa procedimentale, sul quale l'amministrazione dovrebbe provvedere⁽⁶⁾ nei successivi trenta giorni (termine residuale di cui all'art. 2, comma 2, della legge n. 241/1990)⁽⁷⁾; "in caso di inerzia" dell'amministrazione sulla sollecitazione (*id est*, in caso di inutile scadenza dei trenta giorni decorrenti alla ricezione della sollecitazione),

avrebbe reso "inoperativo, sino all'intervento ... del legislatore, il sistema del silenzio-inadempimento", imponendo all'interprete di rifarsi all'assetto delineato da Cons. Stato, ad. plen., 29 luglio 2011, n. 15, poco prima dell'entrata in vigore del comma 6-ter dell'art. 19 della legge n. 241/1990, ivi inserito dall'art. 6, comma 1, d.l. n. 138/2011, conv. dalla l. n. 148/2011.

⁽³⁾ Sempre che, beninteso, non esistano i margini per "conformare l'attività l'intrapresa e i suoi effetti alla normativa vigente": soluzione ragionevolmente preferita dal legislatore tutte le volte che "sia possibile" (art. 19, comma 3, secondo periodo, della legge n. 241/1990).

⁽⁴⁾ Nel senso che, accertata la "carezza dei requisiti e dei presupposti" richiesti dalle pertinenti disposizioni, ne deriva senz'altro il "divieto di prosecuzione dell'attività" e l'ordine "di rimozione degli eventuali effetti dannosi di essa", salvo che non sia "possibile ... conformare l'attività intrapresa e i suoi effetti alla normativa vigente" (art. 19, comma 3, primo e secondo periodo, della legge n. 241/1990, che imprime al potere ivi previsto – potere inibitorio/repressivo ad iniziativa d'ufficio, dovuto nell'*an* e vincolato negli esiti, soggetto ad un termine decadenziale di sessanta giorni – un connotato vincolato che, secondo la prospettazione del TAR Toscana, pervaderebbe pure il potere ad iniziativa di parte contemplato nel successivo comma 6-ter).

⁽⁵⁾ Aderiscono al medesimo orientamento: TAR Campania, Napoli, sez. III, 5 marzo 2015, n. 1410; TAR Piemonte, sez. II, 1 luglio 2015, n. 1114; TAR Veneto, sez. II, 12 ottobre 2015, n. 1038 e n. 1039.

⁽⁶⁾ Inibendo/reprimendo l'attività da altri intrapresa con SCIA oppure respingendo, sempre motivatamente, la sollecitazione (*rectius*: istanza) del terzo.

⁽⁷⁾ Da leggere in combinato disposto con l'art. 29, comma 2-bis, della legge n. 241/1990, ai fini della delimitazione del suo ambito soggettivo di applicazione al di là delle amministrazioni statali.

sarebbe data al terzo che ne è autore l'azione contro il silenzio-inadempimento entro l'anno successivo (art. 31, comma 2, c.p.a.).

Il combinato disposto tra la 'costruzione' di codesto potere come ad iniziativa di parte e l'assenza, nella disposizione che ne costituirebbe il fondamento (art. 19, comma 6-ter, cit.), di un termine finale (di natura decadenziale) per la sua attivazione da parte del terzo, comporta la sua esplicabilità in perpetuo e, dunque, il suo carattere temporalmente illimitato.

Inoltre, il TAR Toscana assegna a quel potere natura vincolata, argomentando: a) dalla non giustiziabilità dell'omesso esercizio del potere di annullamento d'ufficio, i cui presupposti legittimanti (art. 21-nonies, commi 1 e 2-bis, della legge n. 241/1990, come novellato dall'art. 6, comma 1, della legge n. 124/2015) sono richiamati dall'art. 19, comma 4, della legge n. 241/1990, parimenti novellato dall'art. 6, comma 1, della legge n. 124/2015, a proposito del potere inibitorio/repressivo residuante in capo all'amministrazione decorso il termine di sessanta giorni dal ricevimento della SCIA (trenta giorni in materia edilizia ai sensi del comma 6-bis dell'art. 19 cit.); b) dal richiamo, nell'art. 19, comma 6-ter, cit., al comma 3 dell'art. 31 c.p.a., che contempla (la c.d. azione di adempimento e cioè) un'azione di condanna al rilascio del provvedimento richiesto (nella specie il provvedimento inibitorio/repressivo dell'attività intrapresa con SCIA, all'esito dell'accertamento dell'assenza dei requisiti e presupposti richiesti dalle pertinenti disposizioni); c) da un'interpretazione costituzionalmente orientata che assicuri al terzo, titolare dell'interesse legittimo pretensivo (all'esplicazione del potere inibitorio/repressivo 'puro'), il risultato della cessazione dell'attività lesiva della sua sfera giuridica e della rimozione degli eventuali effetti dannosi già prodotti.

Dunque, secondo il TAR Toscana il potere attivabile (*sine die*) dal terzo ai sensi dell'art. 19, comma 6-ter, cit., e sul cui omesso esercizio verte l'azione (di cui all'art. 31, commi 1, 2 e 3, c.p.a.), partecipa della natura vincolata del potere inibitorio/repressivo 'puro' di cui all'art. 19, comma 3 cit., e diverge sotto questo profilo dal potere contemplato dall'art. 19, comma 4, cit., esercitabile solamente "in presenza delle condizioni previste" dall'art. 21-nonies, cit..

Se non che – rileva il TAR Toscana – non risulta fissato nell'art. 19, comma 6-ter, cit., né è altrimenti ricavabile dal sistema un termine finale (di natura decadenziale) per la sollecitazione, da parte del terzo, dell'esercizio delle verifiche amministrative sulla SCIA (che val quanto dire, nell'ottica del TAR Toscana: per l'iniziativa, da parte del

terzo, della procedura di esercizio del potere inibitorio/repressivo ‘puro’ di cui all’art. 19, comma 6-ter, cit.). Né valgono a colmare la lacuna – osserva lo stesso giudice rimettente – i termini stabiliti dai commi 3 e 6-bis dell’art. 19 (rispettivamente, sessanta e, in materia edilizia, trenta giorni dal ricevimento della SCIA) per l’esercizio officioso del potere inibitorio/repressivo ‘puro’ di cui all’art. 19, comma 3, cit., vuoi perché sono termini concepiti con esclusivo riferimento al potere ad iniziativa d’ufficio di cui all’art. 19, comma 3, cit., come è fatto palese dalla decorrenza ancorata al ricevimento della SCIA, vuoi perché nessuna disposizione assicura al terzo la tempestiva conoscenza della SCIA e/o dell’inizio dell’attività segnalata, sicché il suo interesse legittimo rimarrebbe privo di ogni tutela (specifica) ove apprendesse dell’altrui attività una volta spirati gli anzidetti termini.

Inidonei al fine si rivelano altresì i termini prescritti dagli artt. 29 e 31, comma 2, c.p.a. per la notifica del ricorso recante, rispettivamente, una domanda di annullamento di un provvedimento e una domanda contro il silenzio-inadempimento, la cui natura processuale osta all’applicazione analogica finalizzata a enucleare, sul piano sostanziale, un limite temporale al compimento di un atto di iniziativa procedimentale⁽⁸⁾.

L’assenza di un termine per l’inoltro, da parte del terzo, “dell’istanza sollecitatoria” dell’esercizio delle verifiche amministrative sulla SCIA, talché ciò potrebbe accadere a distanza di anni dalla presentazione della SCIA⁽⁹⁾, ha suscitato nel TAR Toscana dubbi di coerenza con le coordinate costituzionali e, in particolare, con la tutela dell’affidamento del segnalante circa la stabilità dell’attività intrapresa, il principio di certezza dei rapporti⁽¹⁰⁾ e il principio di buon andamento⁽¹¹⁾.

Il TAR Toscana ha lamentato un’exasperazione della tutela del terzo, con esposizione *sine die* dell’attività intrapresa a mezzo di SCIA al potere inibitorio/repressivo, per di più vincolato, in ogni tempo attivabile dal terzo. Sull’altare dell’iper-protezione del terzo si sacrificherebbero oltre misura quelle stesse ragioni di tutela dell’affidamento

⁽⁸⁾ *Contra* Cons. Stato, sez. IV, 12 novembre 2015, n. 5161.

⁽⁹⁾ Nel caso di specie il ricorrente indicava, come limite temporale per la “istanza sollecitatoria”, l’ordinario termine di prescrizione decennale (art. 2946 c.c.) quale “termine di chiusura dell’ordinamento”: ma un atto di iniziativa procedimentale esprime pur sempre l’esercizio di un interesse legittimo e non di un diritto soggettivo.

⁽¹⁰⁾ Si sono invocati, come parametri, gli artt. 3 e 11 Cost., nonché l’art. 117, comma 1, Cost. in relazione all’art. 1 del Protocollo addizionale n. 1 alla CEDU e all’art. 6, par. 3, TUE.

⁽¹¹⁾ Art. 97, comma 2, Cost..

del segnalante (intorno alla stabilità dell'attività intrapresa) e di certezza dei rapporti che trovano invece adeguata considerazione al cospetto dei poteri inibitori/repressivi officiosi sull'attività che forma oggetto di SCIA (art. 19, commi 3 e 4, cit.), nonché – fuori del regime della liberalizzazione – rispetto ad autorizzazioni rilasciate, destinate in tempi ragionevolmente brevi a consolidarsi per inoppugnabilità.

Né varrebbe a sopire la criticità in parola – sempre restando all'interno dell'ottica del TAR Toscana – il termine di diciotto mesi per l'annullamento d'ufficio di provvedimenti ampliativi della sfera giuridica di chi ne è diretto destinatario, richiamato bensì dall'art. 19, comma 4, cit., ma con esclusivo riguardo al potere inibitorio/repressivo, ivi contemplato, che residua in capo all'amministrazione trascorsi sessanta giorni⁽¹²⁾ o in materia edilizia di trenta giorni⁽¹³⁾ dal ricevimento della SCIA (come conferma l'art. 2, comma 4, del d. lgs. n. 222/2016)⁽¹⁴⁾, e non applicabile, per contro, al potere inibitorio/repressivo vincolato e attivabile senza limiti di tempo dal terzo ai sensi dell'art. 19, comma 6-ter, cit..

Ebbene, il TAR Toscana puntava a provocare una sentenza additiva anche solo di principio da parte del Giudice delle leggi (incostituzionalità dell'art. 19, comma 6-ter, cit. nella parte in cui non prevede un termine finale per la sollecitazione, da parte del terzo, delle verifiche amministrative sulla SCIA)⁽¹⁵⁾, ma la Corte costituzionale – dissentendo, con motivazione convincente, dal presupposto interpretativo su cui poggiava l'ordinanza di rimessione – ha emesso una sentenza interpretativa di rigetto (13 marzo 2019, n. 45).

La Corte ricorda, nel punto 7 del “Considerato in diritto”, che l'art. 19 cit. accompagna “l'immediata intrapresa dell'attività oggetto di segnalazione” con “successivi poteri di controllo dell'amministrazione”, più volte rimodulati e da ultimo con l'art. 6 della legge n. 124/2015. In particolare, il comma 3 dell'art. 19 cit. attribuisce

⁽¹²⁾ Art. 19, comma 3, cit..

⁽¹³⁾ Art. 19, comma 6-bis, cit..

⁽¹⁴⁾ A mente del quale nei casi di SCIA “il termine di diciotto mesi” di cui all'art. 21-nonies della legge n. 241/1990 “decorre dalla data di scadenza del termine previsto dalla legge per l'esercizio del potere ordinario di verifica da parte dell'amministrazione competente”, ossia dalla data di scadenza del termine di sessanta giorni (art. 19, comma 3, cit.) o in materia edilizia di trenta giorni (art. 19, comma 6-bis, cit.) decorrenti dal ricevimento della SCIA.

⁽¹⁵⁾ E di una sentenza additiva di principio si sarebbe certamente trattato in caso di accoglimento della questione, stante l'assenza di una soluzione a rime obbligate e l'esigenza di non invadere la sfera riservata alla discrezionalità del legislatore nel configurare gli istituti processuali, nel fissare termini di prescrizione o di decadenza o nel porre altre disposizioni condizionanti l'azione.

all'amministrazione un potere inibitorio/repressivo dovuto nell'*an*, vincolato negli esiti, soggetto a un termine di decadenza⁽¹⁶⁾ di sessanta giorni decorrenti dal ricevimento della SCIA (trenta giorni in materia edilizia ai sensi del comma 6-*bis* dello stesso art. 19)⁽¹⁷⁾. Il successivo comma 4 prevede che, spirato tale termine, quel potere inibitorio/repressivo (di cui al comma 3 cit.)⁽¹⁸⁾ sia ancora esercitabile, ma solamente "in presenza delle condizioni" stabilite nell'art. 21-*nonies* cit., relativo al potere di annullamento d'ufficio (interesse pubblico concreto e attuale, ulteriore rispetto al mero ripristino della legalità, da ponderare con gli altri interessi coinvolti e limite temporale di diciotto mesi per i provvedimenti ampliativi della sfera giuridica dei diretti destinatari)⁽¹⁹⁾.

Contrariamente a quanto ritenuto dal giudice rimettente – e qui sta la *ratio decidendi* della sentenza n. 45/2019 – "è a questi poteri [di cui ai commi 3 e 4 cit.] che deve ritenersi faccia riferimento il comma 6-*ter*" (punto 8 del "Considerato in diritto").

Ciò per le seguenti ragioni:

- a) il dato testuale del comma 6-*ter* cit., dove la locuzione "verifiche spettanti all'amministrazione" lascia chiaramente intendere che la disposizione rinvia a poteri già previsti nei precedenti commi (punto 8.1 del "Considerato in diritto");
- b) la genesi del comma 6-*ter* cit., introdotto nell'art. 19 cit. dall'art. 6, comma 1, del d.l. n. 138/2011, conv. dalla l. n. 148/2011, "in aperta dialettica con la nota sentenza n. 15 del 2011 dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato", "con la finalità di ... limitare le possibilità di tutela del terzo all'azione contro il silenzio, inteso in modo tradizionale come inadempimento", sicché la locuzione "verifiche spettanti all'amministrazione", lungi dall'essere preordinata "ad introdurre nuovi poteri", altri da quelli già previsti nei precedenti commi, è

⁽¹⁶⁾ Tutt'altro che cristallino sul punto Cons. Stato, sez. IV, 19 marzo 2015, n. 1493; chiaro, invece, Cons. Stato, sez. VI, 22 settembre 2014, n. 4780.

⁽¹⁷⁾ Fatta salva, beninteso, la conformazione dell'attività intrapresa e dei suoi effetti alla normativa vigente, sempre da praticare "ove possibile" (art. 19, comma 3, secondo periodo, cit.).

⁽¹⁸⁾ Fatta salva, *a fortiori* e sempre che "possibile", la conformazione dell'attività intrapresa e dei suoi effetti alla normativa vigente.

⁽¹⁹⁾ Termine decorrente dalla "adozione" del provvedimento di primo grado (art. 21-*nonies* cit., comma 1) e non applicabile solamente quando detto provvedimento sia stato conseguito "sulla base di false rappresentazioni dei fatti o di dichiarazioni sostitutive di certificazione e dell'atto di notorietà false o mendaci per effetto di condotte costituenti reato, accertate con sentenza passata in giudicato" (art. 21-*nonies* cit., comma 2-*bis*).

semplicemente “funzionale” a chiarire l’oggetto della “sollecitazione da parte del terzo” (punto 8.2 del “Considerato in diritto”);

- c) l’evoluzione del pertinente quadro normativo (introduzione nell’art. 21-*nonies* cit. del termine di diciotto mesi per l’esercizio del potere di annullamento d’ufficio di provvedimenti ampliativi della sfera giuridica, termine reso applicabile anche ai poteri di controllo sulla SCIA dall’art. 19, comma 4, cit. e dall’art. 2, comma 4, del d. lgs. n. 222/2016): l’opzione ermeneutica seguita dal giudice *a quo*, postulando un potere inibitorio/repressivo temporalmente illimitato, e per di più vincolato, “darebbe luogo ad una evidente incongruenza del sistema” (punto 8.2 del “Considerato in diritto”);
- d) il principio di legalità-tipicità che, caratterizzando, qualificando e limitando tutti i poteri amministrativi⁽²⁰⁾, impedisce di ravvisare nel comma 6-*ter* cit. un potere altro da quelli già previsti nei precedenti commi dello stesso art. 19 (punto 8.2 del “Considerato in diritto”);
- e) la “storia normativa e giurisprudenziale” dell’istituto della SCIA, a mente della quale “una dilatazione temporale dei poteri di verifica” comporterebbe un “recupero dell’istituto all’area amministrativa tradizionale, che il legislatore ha inteso inequivocabilmente escludere” (punto 8.3 del “Considerato in diritto”).

Colgono nel segno le ragioni testé addotte *sub* a), b), c), d) (piana lettura testuale, genesi del comma 6-*ter* cit., evoluzione del pertinente quadro normativo nel senso di valorizzare la certezza dei rapporti, legalità-tipicità dei poteri amministrativi)⁽²¹⁾. Non persuade, invece, la ragione poc’anzi addotta *sub* e): un potere di verifica temporalmente illimitato, e per di più vincolato, comporterebbe non già il paventato “recupero” della SCIA “all’area amministrativa tradizionale” – predicabile solamente con il ripristino del regime autorizzatorio, esso sì antitetico alla liberalizzazione – sibbene un irragionevole punto di equilibrio tra le ragioni della legalità e quelle della

⁽²⁰⁾ Con fondamento costituzionale negli artt. 23, 97, 103 e 113 Cost. (punto 8.2 del “Considerato in diritto”).

⁽²¹⁾ Anche se, ad essere precisi, rimane oscuro il riferimento compiuto dalla Consulta all’accezione sostanziale del principio di legalità (predeterminazione normativa dell’ambito del potere, e cioè dei fini, del contenuto e delle modalità del suo esercizio), poiché il potere inibitorio/repressivo attivabile *sine die* dal terzo e con contenuto vincolato, lumeggiato dal giudice rimettente, non appariva affatto indeterminato nei suoi fini, contenuti e modalità di esercizio. Il vero punto critico era, semmai e in radice, l’assenza di base legale, non risultando detto potere contemplato dal comma 6-*ter* cit..

certezza, eccessivamente sbilanciato a favore delle prime e dimentico delle seconde⁽²²⁾).

Dunque, “le verifiche cui è chiamata l’amministrazione ai sensi del comma 6-ter sono quelle già puntualmente disciplinate dall’art. 19, da esercitarsi entro i sessanta o trenta giorni dalla presentazione della SCIA (commi 3 e 6-bis), e poi entro i successivi diciotto mesi (comma 4, che rinvia all’art. 21-novies). Decorsi questi termini, la situazione soggettiva del segnalante si consolida definitivamente nei confronti dell’amministrazione, ormai priva di poteri, e quindi anche del terzo. Questi, infatti, è titolare di un interesse legittimo pretensivo all’esercizio del controllo amministrativo e, quindi, venuta meno la possibilità di dialogo con il corrispondente potere, anche l’interesse si estingue” (punto 9 del “Considerato in diritto”).

La motivazione della sentenza n. 45/2019, certamente condivisibile al pari della conclusione cui approda (dispositivo interpretativo di rigetto)⁽²³⁾, offre un ottimo punto di partenza per abbozzare talune riflessioni su profili rimasti in ombra, anche

(22) Cfr. Corte cost., 9 marzo 2016, n. 49, ove la “capacità di resistenza” della SCIA “rispetto alle verifiche effettuate dall’amministrazione” è collocata in uno “snodo delicatissimo del rapporto fra il potere amministrativo”, da un parte, “e la tutela dell’affidamento del privato”, dall’altra, sì da integrare la disciplina della SCIA come titolo abilitativo edilizio e, così, un principio fondamentale della materia “governo del territorio” (art. 117, comma 3, Cost.).

(23) Si impone però una non secondaria precisazione: risalendo nel caso di specie la SCIA al dicembre 2012, in tanto il dispositivo interpretativo di rigetto della Corte persuade in quanto si aderisca, a monte, all’orientamento che applica il termine massimo di diciotto mesi di cui all’art. 21-novies cit. pure ai provvedimenti adottati (e alle SCIA presentate) prima del 28 agosto 2015, data di entrata in vigore della legge n. 124/2015: in tal senso Cons. Stato, comm. spec., parere 30 marzo 2016, n. 839 e parere 4 agosto 2016, n. 1784. Non così, invece, se si sposasse la tesi – che pare prendere il sopravvento, dopo iniziali incertezze, nella giurisprudenza del Consiglio di Stato (cfr. R. DE NICTOLIS, *L’autotutela provvedimentale di annullamento degli atti illegittimi tra principi costituzionali, regole e eccezioni*, in *giustizia-amministrativa.it*, novembre 2017, 15-16, anche nota 22) – che limita l’applicazione dell’anzidetto termine di diciotto mesi ai soli provvedimenti adottati (e alle sole SCIA presentate) dopo il 28 agosto 2015, così come l’ulteriore indirizzo – riportato criticamente da M.A. SANDULLI, *Principi e regole dell’azione amministrativa: riflessioni sul rapporto tra diritto scritto e realtà giurisprudenziale*, in *federalismi.it*, dicembre 2017, 10-11, anche note 29 e 32 – che, per i provvedimenti di primo grado adottati (e per le SCIA presentate) prima del 28 agosto 2015, identifica in quest’ultima data il *dies a quo* del predetto termine di diciotto mesi. Assumendo questi ultimi due orientamenti (che paiono tradire il principio generale *tempus regit actum* in difetto di una disposizione transitoria che ciò consenta) nella controversia pendente presso il TAR Toscana sarebbe residuo in capo all’ente locale un potere inibitorio/repressivo bensì discrezionale nei suoi esiti (art. 19, comma 4, cit.), ma pur sempre dovuto nell’an e temporalmente illimitato: ciò che avrebbe forse depotenziato, ma giammai fugato alla radice, le perplessità di ordine costituzionale.

perché eccedenti quelli strettamente necessari per la decisione dell'incidente di costituzionalità.

In primo luogo, risulta confermata la possibile coesistenza di un interesse legittimo pretensivo e di poteri amministrativi ad iniziativa d'ufficio quali sono quelli inibitori/repressivi dell'attività da altri intrapresa a mezzo di SCIA. La titolarità di un interesse legittimo in capo al terzo lascia intatta – per il principio di tipicità dell'iniziativa procedimentale, riflesso del principio di legalità dell'azione amministrativa – la conformazione officiosa dell'avvio della procedura di esercizio dei poteri inibitori/repressivi, poteri spendibili pure in assenza di qualsivoglia sollecitazione del terzo.

E' precisamente a ciò che allude la locuzione “negli altri casi previsti dalla legge”, inserita nell'art. 31, comma 1, c.p.a. dal d. lgs. n. 195/2011 (primo correttivo al c.p.a.)⁽²⁴⁾.

In secondo luogo, l'onere della previa sollecitazione, posto dal comma 6-ter cit., costituisce un espediente pratico per aggirare il delicatissimo (e mai a sufficienza indagato) problema di un silenzio-inadempimento che altrimenti dovrebbe essere inteso come inadempimento del dovere di procedere (*ex officio*), logicamente e cronologicamente antecedente rispetto al dovere di provvedere (e cioè di concludere il procedimento, già avviato d'ufficio, con l'adozione di un provvedimento espresso)⁽²⁵⁾. La previa sollecitazione è prescritta, come onere del terzo, perché radica uno degli “altri casi previsti dalla legge”, nei quali il ricorrente “può chiedere l'accertamento dell'obbligo dell'amministrazione di provvedere” (art. 31, comma 1, c.p.a.) *come se* la sollecitazione fosse un atto di iniziativa procedimentale: non lo è, si badi, ma è *come se* lo fosse, ai limitati fini del modo di formazione del silenzio e dei rimedi avverso lo stesso, stante il combinato disposto dell'art. 31, comma 1, c.p.a. e dell'art. 19, comma 6-ter, della legge n. 241/1990.

Imposta con questo scopo dalla legge, la previa sollecitazione diviene fattore di legittimazione a ricorrere, necessario anche se non sufficiente: in mancanza della *vicinitas* l'azione avverso l'omesso esercizio di poteri inibitori/repressivi su attività

⁽²⁴⁾ Intervenuto, non a caso, pochi mesi dopo l'entrata in vigore del comma 6-ter cit..

⁽²⁵⁾ Sia consentito rinviare a L. BERTONAZZI, *Il giudizio sul silenzio*, in *Il codice del processo amministrativo. Dalla giustizia amministrativa al diritto processuale amministrativo*, a cura di B. Sassani e R. Villata, Torino, 2012, 937-951, nonostante il lavoro abbia riportato nella VQR 2011-2014 il modesto punteggio 0,30 (discreto).

edilizia intrapresa mediante SCIA incontrerebbe una declaratoria di inammissibilità per difetto di legittimazione a ricorrere, quand'anche preceduta da una sollecitazione. Sono la *vicinitas* e la sollecitazione, nel loro insieme, a costituire la *legitimatio ad causam*.

In terzo luogo, si tratta di capire se le verifiche cui è chiamata l'amministrazione ai sensi del comma 6-ter cit. coincidono con il potere di cui al comma 3, con quello di cui al comma 4 o con entrambi, alternativamente o cumulativamente, a seconda del contenuto della sollecitazione avanzata dal terzo.

Se è vero (come è vero) che è decadenziale il termine cui il comma 3 (e il comma 6-bis in caso di SCIA edilizia) sottopone il potere inibitorio/repressivo dovuto nell'*an* e vincolato negli esiti, e che non è concepibile, per la contraddizione che non lo consente, un ordine giudiziale di adozione di un provvedimento senz'altro illegittimo in quanto tardivo⁽²⁶⁾, e se è vero (come è vero) che, ai sensi dell'art. 87, comma 3, secondo periodo, c.p.a., nel giudizio sul silenzio-inadempimento "la camera di consiglio [per la discussione del ricorso] è fissata d'ufficio alla prima udienza utile successiva al trentesimo giorno decorrente dalla scadenza del termine di costituzione delle parti intime"⁽²⁷⁾ (*id est*, alla prima udienza utile successiva al sessantesimo giorno dal perfezionamento della notifica del ricorso alle parti intime), ne deriva – quand'anche non vi fosse l'onere della previa sollecitazione da parte del terzo (che invece c'è, per la ragione sopra accennata) – che mai e poi mai è ipotizzabile un ordine giudiziale di provvedere ai sensi dell'art. 19, comma 3, cit.: è lo stesso legislatore, si noti, ad escludere matematicamente una siffatta eventualità⁽²⁸⁾.

Ma allora le verifiche cui è chiamata l'amministrazione ai sensi del comma 6-ter cit. coincidono con il potere inibitorio/repressivo di cui all'art. 19, comma 4, esercitabile in presenza delle condizioni di cui all'art. 21-*nonies* cit. perché così vuole il legislatore.

⁽²⁶⁾ Il carattere decadenziale del termine di cui al comma 3 cit. si desume *de plano* dalla diversa natura, discrezionale, che il potere inibitorio/repressivo assume oltre quel termine (comma 4 cit.).

⁽²⁷⁾ Termine di costituzione in giudizio delle parti intime stabilito in "sessanta giorni dal perfezionamento" nei loro confronti "della notificazione del ricorso" e ridotto a metà nei riti camerali ai sensi dell'art. 87, comma 3, primo periodo, c.p.a..

⁽²⁸⁾ Il ricorso che avesse ad oggetto l'omesso esercizio del potere di cui all'art. 19, comma 3, cit. verrebbe dichiarato improcedibile per sopravvenuta carenza di interesse una volta che, approvato all'udienza di discussione, fosse (come è inevitabile) già spirato il relativo termine di decadenza (o in materia edilizia quello, dimidiato, di cui all'art. 19, comma 6-bis, cit.).

Trascorsi diciotto mesi dalla scadenza dei sessanta giorni (trenta giorni in materia edilizia) successivi al ricevimento della SCIA ⁽²⁹⁾ – e fatti salvi i casi di SCIA corredata da “false rappresentazioni dei fatti” o da “dichiarazioni sostitutive di certificazione e dell’atto di notorietà false o mendaci per effetto di condotte costituenti reato, accertate con sentenza passata in giudicato” (art. 21-*nonies*, comma 2-*bis*, cit.) – la situazione soggettiva dell’autore della SCIA “si consolida definitivamente nei confronti dell’amministrazione, ormai priva di poteri, e quindi anche del terzo: questi è titolare di un interesse legittimo pretensivo all’esercizio del controllo amministrativo”, e segnatamente all’esercizio del potere inibitorio/repressivo di cui all’art. 19, comma 4, cit., “e, quindi, venuta meno la possibilità di dialogo con il corrispondente potere, anche l’interesse si estingue”.

Pur senza calibrare il discorso sul solo potere inibitorio/repressivo di cui all’art. 19, comma 4, cit., questo è l’approdo cui giunge il Giudice delle leggi: conclusione che – si legge nel punto 10 del “Considerato in diritto” – “non può essere messa in discussione dal timore ... che ne derivi un *vulnus* alla situazione giuridica soggettiva del terzo”.

“Il problema indubbiamente esiste” – prosegue la Corte nel punto 11 del “Considerato in diritto” – “ma trascende la norma impugnata” e “va affrontato in una prospettiva più ampia e sistemica che tenga conto dell’insieme degli strumenti apprestati a tutela della situazione giuridica del terzo”, quali: *a)* “la possibilità di agire in via risarcitoria nei confronti della p.a. in caso di mancato esercizio del doveroso potere di verifica”⁽³⁰⁾; *b)* “al di là delle modalità di tutela dell’interesse legittimo”, le “ordinarie regole di tutela civilistica” di fronte ad “un’attività che si assume illecita”⁽³¹⁾.

⁽²⁹⁾ Art. 2, comma 4, del d. lgs. n. 222/2016.

⁽³⁰⁾ Cfr. l’art. 21, comma 2-*ter*, della legge n. 241/1990, secondo cui “la decorrenza del termine previsto dall’articolo 19, comma 3” non esclude “la responsabilità del dipendente che non abbia agito tempestivamente nei casi in cui la segnalazione certificata ... non fosse conforme alle norme vigenti”. La responsabilità si estende all’amministrazione (art. 28 Cost.) e l’azione risarcitoria contro quest’ultima, avanti al giudice amministrativo, è contemplata dall’art. 30, commi 4 e 6, c.p.a..

⁽³¹⁾ Non pertinenti appaiono, invece, i riferimenti ai commi 1 e 2-*bis* dell’art. 21 della legge n. 241/1990: il primo perché non fonda alcun potere altro da quelli di cui ai commi 3 e 4 dell’art. 19 cit., limitandosi a vietare “la conformazione dell’attività e dei suoi effetti a legge” in caso “di dichiarazioni mendaci o di false attestazioni”; il secondo perché “le attribuzioni di vigilanza, prevenzione e controllo” sulle attività, al pari delle “disposizioni relative alla vigilanza sull’attività urbanistico-edilizia, alle responsabilità e alle sanzioni previste dal d.p.r. 6 giugno 2001, n. 380” (fatte salve dall’art. 19, comma 6-*bis*, cit.), ineriscono ad attività avviate senza SCIA o svolte in difformità dalla stessa, e non hanno nulla da spartire con attività avviate con SCIA e svolte in conformità ad

“Tutto ciò, peraltro, non esclude l’opportunità di un intervento normativo sull’art. 19, quanto meno ai fini, da una parte, di rendere possibile al terzo ... una più immediata conoscenza dell’attività segnalata e, dall’altra, di impedire il decorso dei relativi termini in presenza di una sua sollecitazione, in modo da sottrarlo al rischio del ritardo nell’esercizio del potere da parte dell’amministrazione e al conseguente effetto estintivo di tale potere” (ultimo capoverso del punto 10 del “Considerato in diritto”).

La sentenza n. 45/2019, rifiutata con motivazione persuasiva l’interpretazione dell’art. 19, comma 6-ter, cit. che avrebbe dato adito a un’exasperazione della tutela del terzo, coglie – con argomentare aderente al diritto positivo – l’opposto rischio di un’insufficiente protezione del terzo e si produce in un opportuno monito al legislatore perché: a) assicuri al terzo “una più immediata conoscenza” della SCIA; b) impedisca il decorso dei termini previsti dai commi 3 e 4 dell’art. 19 cit. “in presenza di una sua sollecitazione”, sì da “sottrarlo al rischio” di (un vuoto di tutela specifica del suo interesse legittimo, a causa di) poteri di controllo estinti perché non tempestivamente profusi dall’amministrazione.

Considerato che assicurare al terzo “una più immediata conoscenza” della SCIA significherebbe gravare le amministrazioni del duplice onere di individuare senz’indugio i terzi passibili di ricevere pregiudizio dall’attività liberalizzata e di comunicare loro repentinamente la SCIA, il legislatore – consapevole della realtà delle nostre amministrazioni (che spiega, ad esempio, l’interpretazione sostanzialmente abrogante che la giurisprudenza amministrativa, in nome del principio del buon andamento, tende a dare dell’art. 7 della legge n. 241/1990, relativamente ai “soggetti individuati o facilmente individuabili, diversi dai ... diretti destinatari”, cui “possa derivare un pregiudizio”) – potrebbe preferire l’opzione di un’efficacia temporalmente limitata della SCIA, suscettibile di decadenza, ad esempio, in caso di mancata comunicazione di inizio dell’attività nei sessanta giorni successivi alla sua presentazione. Ciò garantirebbe al terzo di venire a conoscenza, in tempi ragionevolmente brevi, quanto meno dell’avvio dell’attività segnalata.

Tale soluzione potrebbe saldarsi – sempre *de iure condendo* e nella scia del monito della Corte costituzionale – con il riconoscimento alla sollecitazione del terzo dell’attitudine ad interrompere il termine (di diciotto mesi) per l’esercizio del potere di cui all’art. 19, comma 4, cit.. Si tratterebbe, per la precisione, di una sommatoria

essa ma in assenza di requisiti e presupposti richiesti dalle pertinenti disposizioni (SCIA presentata e rispettata ma *contra legem*).

dell'effetto dell'interruzione e di quello della sospensione, secondo il modello dell'art. 2945 c.c.: il predetto termine verrebbe interrotto dalla sollecitazione e rimarrebbe sospeso fino al provvedimento inoppugnabile reso nell'esplicazione del relativo potere.

Rimarrebbero, invero, i limiti di tutela del terzo derivanti dalla circostanza che il suo interesse legittimo dialoga solamente con il potere inibitorio/repressivo di cui all'art. 19, comma 4, cit. e, per ciò solo, non può aspirare che all'accertamento giudiziale di un generico dovere di provvedere, stante la natura discrezionale del potere non esercitato.

Premesso che il problema non è per nulla processuale, ma puramente sostanziale, nel senso che il processo arreca al ricorrente vittorioso tutte e soltanto le utilità definite dal diritto sostanziale e il presunto *deficit* di tutela discenderebbe proprio dalla configurazione dell'istituto della SCIA sul piano sostanziale, l'unico modo – *de iure condendo* – per assimilare il grado di protezione del 'terzo dalla SCIA' a quello del 'terzo dall'autorizzazione' – nel senso che, ad esempio, la violazione del regolamento edilizio comunale costituirebbe ragione necessaria e sufficiente per l'inibizione/repressione dell'attività edilizia segnalata, come per l'annullamento dell'altrui permesso di costruire – consiste nell'ancorare la decorrenza del termine di sessanta giorni di cui all'art. 19, comma 3, cit. (trenta giorni in materia edilizia ex art. 19, comma 6-bis, cit.) alla comunicazione di avvio dell'attività segnalata che, secondo quanto si è sopra ipotizzato, dovrebbe a sua volta cadere entro sessanta giorni dalla presentazione della SCIA, a pena di decadenza) e, nel contempo, annettere alla sollecitazione del terzo anzitutto l'effetto interruttivo del termine di cui ai commi 3 e 6-bis cit. (*rectius*: interruzione-sospensione fino al provvedimento inoppugnabile frutto dell'esercizio del relativo potere, secondo il modello di cui all'art. 2945 c.c.⁽³²⁾)(⁽³³⁾).

⁽³²⁾ Il TAR Lombardia, Milano, ritiene già oggi di pervenire all'accennato effetto interruttivo-sospensivo: TAR Lombardia, Milano, sez. II, 14 gennaio 2014, n. 126; TAR Lombardia, Milano, sez. II, 15 aprile 2016, n. 735; TAR Lombardia, Milano, sez. II, 5 dicembre 2016, n. 2301; TAR Lombardia, Milano, sez. II, 30 novembre 2016, n. 2274; TAR Lombardia, Milano, sez. II, 22 novembre 2014, n. 2799.

⁽³³⁾ Vero è che, a quel punto, il 'terzo dalla SCIA' verrebbe a giovare di un lasso di tempo per agire in giudizio sensibilmente più esteso di quello accordato al 'terzo dall'autorizzazione' (un anno decorrente dalla formazione del silenzio-inadempimento sulla sollecitazione, a sua volta avanzata nei sessanta giorni successivi all'ipotizzata comunicazione di avvio dell'attività già segnalata): ma la soluzione parrebbe coerente con il principio di auto-responsabilità immanente nella liberalizzazione

Su ciò è stata di recente chiamata a pronunciarsi la Corte costituzionale dal TAR Emilia Romagna, Parma, sez. I, ord. 22 gennaio 2019, n. 12, che lamenta un *vulnus* alla tutela dell'interesse legittimo del terzo, ascrivendolo "soprattutto" alla sua interlocuzione esclusiva con il potere inibitorio/repressivo discrezionale di cui all'art. 19, comma 4, cit., che non permette di andare al di là dell'accertamento giudiziale di un generico dovere di provvedere⁽³⁴⁾.

Sicuramente infondato, invece, è il dubbio di incostituzionalità dell'art. 19, comma 6-ter, cit. nella parte in cui onera il terzo della previa sollecitazione (con differimento del momento di accesso alla tutela giurisdizionale). Così opinando, il TAR Emilia Romagna non si avvede: *a*) del reale scopo dell'onere di previa sollecitazione, funzionale, come già rilevato sopra, a rendere più piena una tutela giurisdizionale altrimenti (non poco) indebolita dall'appuntarsi in prima battuta sul silenzio-inadempimento inteso come omesso avvio d'ufficio di un procedimento, logicamente e cronologicamente antecedente rispetto al successivo ed eventuale inadempimento del dovere di provvedere (e cioè concludere il procedimento avviato d'ufficio con un provvedimento espresso); *b*) che, in ogni caso, anche a sopprimere l'onere di previa sollecitazione, la sinergia tra le tempistiche legali per la fissazione dell'udienza camerale di discussione del ricorso *contra silentium* (art. 87, comma 3, secondo periodo, c.p.a.) e la natura decadenziale del termine di cui all'art. 19, comma 3, cit. (o in materia edilizia di quello di cui all'art. 19, comma 6-bis, cit.) impediscono, *de iure condito*, che l'azione del terzo cada sull'omesso esercizio del potere inibitorio/repressivo 'puro' di cui all'art. 19, comma 3, cit..

LUCA BERTONAZZI

di attività private, viepiù al di fuori del perimetro dei rapporti strettamente bilaterali, quando cioè sono implicati terzi. D'altra parte, almeno in materia edilizia è fatta salva "la facoltà dell'interessato di chiedere il rilascio di permesso di costruire" per gli interventi realizzabili tramite SCIA (art. 22, comma 7, d.p.r. n. 380/2001).

⁽³⁴⁾ Sono invocati gli artt. 3, 24, 103 e 113 Cost..

