

Nota a:

Consiglio di Stato , 09/02/2009, n. 717, sez. VI

## **(1-2) La DIA, l'inversione della natura degli interessi legittimi e l'azione di accertamento come strumento di tutela del terzo**

Dir. proc. amm. 2009, 4, 1260

**Sara Valaguzza**

*SOMMARIO: Parte I. Profili sostanziali e impostazione della ricerca. - I.1. Semplificando: il percorso del Consiglio di Stato e la necessità di superare la tecnica delle finzioni. - I.2. La natura sostanziale della DIA: conseguenze sul piano della tutela processuale. - I.3. Le situazioni soggettive al cospetto della DIA: un ribaltamento dell'impostazione tradizionale. - I.4. I poteri inibitori dell'Amministrazione e il riferimento agli artt. 21-quinquies e 21-nonies della l. n. 241/1990. - Parte II. Profili processuali. - II.1. La tutela dei terzi: il delicato equilibrio tra qualificazioni sostanziali e tutela processuale. - II.2. Il percorso argomentativo del Consiglio di Stato: il richiamo all'effettività della tutela non convince. - II.3. L'ammissibilità dell'azione di accertamento nel processo amministrativo. Ricostruzione di un aspetto trascurato dal Consiglio di Stato. - II.4. L'azione di accertamento nel campo delle contestazioni relative alla DIA. - II.4.1. Il ruolo dell'azione di accertamento. - II.4.2. L'oggetto del giudizio di accertamento. - II.4.3. Le parti del giudizio di accertamento. - II.4.4. Eventuali ipotesi di connessione soggettiva e di cumulo di azioni. - II.5. Conclusioni.*

I.1. L'introduzione di schemi giuridici innovativi rispetto a quelli tradizionali è un'arma a doppio taglio: l'ingresso di istituti nuovi, se da un lato persegue apprezzabili esigenze di semplificazione e efficienza dell'azione amministrativa, dall'altro richiede subito approfondimenti importanti, spesso non agevoli, volti soprattutto a individuare i principi e la disciplina (sostanziale e processuale) applicabile.

Confrontandosi con quello che forse è lo strumento più anomalo, rispetto alla classica concezione provvedimentale, tra quelli introdotti con la l. n. 241/1990, cioè la dichiarazione di inizio attività, la decisione del Consiglio di Stato in commento si è occupata di due questioni che, nonostante l'impegno della dottrina, non hanno ancora una definizione univoca. Si tratta della natura giuridica della cosiddetta DIA e della tutela del terzo nei confronti dell'esercizio dell'attività privata «liberalizzata» ai sensi dell'art. 19 della l. n. 241/1990.

Anticipo subito che questo commento si concentrerà sugli aspetti più pratici delle problematiche trattate dalla Sezione VI, cercando di esaminare le conseguenze, sul piano concreto, delle argomentazioni giuridiche sostenute o potenzialmente sostenibili. Una tale prospettiva è stata preferita per una serie di ragioni. Anzitutto, esaminate la dottrina e la giurisprudenza che hanno trattato della DIA (1), si ha l'impressione che un tentativo di semplificazione possa giovare: le diverse tesi esposte (che non possono non incuriosire) rispondono tutte a logiche che paiono (più o meno) compatibili con l'assetto normativo vigente (peraltro poco preciso): la scelta tra l'una o l'altra, allora, dovrebbe orientarsi non solo su quella che più calzi col quadro sistematico connesso alla logica della liberalizzazione, ma anche su quella che più linearmente facilita il percorso dell'applicazione giuridica.

Si confessa che il tipo di indagine appena dichiarato evita di sovrapporre ulteriori considerazioni a quelle, ben più autorevoli, espresse negli ormai numerosi contributi, anche monografici, in argomento, cui ci si permetterà di rinviare.

Soprattutto il tema della tutela del terzo, se esaminato dal punto di vista dei rimedi di carattere processuale, ci consentirà di rimanere fedeli all'impostazione prescelta.

In disparte resterà l'aspetto relativo alla possibilità di contestare la mancata irrogazione di sanzioni pecuniarie al soggetto che abbia dichiarato il falso in ordine alla sussistenza di determinati presupposti; non perché il tema non sia interessante, ma perché la tutela sanzionatoria di carattere pecuniario riguarda principalmente il rapporto tra i soggetti pubblici preposti al controllo (che incamerano quanto dovuto) e il denunciante stesso. Si deve escludere, infatti, nella normalità dei casi, l'interesse del terzo all'attivazione delle sanzioni che non abbiano contenuto inibitorio e limitativo dell'attività oggetto di DIA, in quanto anche l'eventuale condanna al pagamento di una sanzione pecuniaria non comporterebbe alcun vantaggio per la sua posizione giuridica (2). La mancata applicazione delle sanzioni pecuniarie a carico del denunciante non provocherebbe, in sostanza, alcuna lesione concreta ed attuale in capo al terzo (3).

Forse si potrebbe immaginare un interesse del terzo in ipotesi in cui il denunciante svolga attività commerciale soggetta a DIA, ove la mancata applicazione di sanzioni pecuniarie potrebbe avvantaggiare il soggetto «risparmiato» nei confronti della concorrenza (4). In quest'ottica, non sembra si possa escludere, a priori, che un operatore del settore abbia interesse a contestare il mancato esercizio dei poteri sanzionatori di tipo pecuniario. Si tratterebbe, comunque, di ipotesi del tutto residuali; in questo senso, appare confermato che l'impostazione proposta soddisfa la «normalità dei casi».

Sul tema della tutela del terzo di fronte alla DIA, la decisione del Consiglio di Stato, per qualche momento, ha dato l'impressione di essere in grado di porre (finalmente) fine al dibattito a riguardo, superando gli orientamenti divergenti presenti nella giurisprudenza di merito (5).

Dico subito che l'aspetto più innovativo della sentenza in commento non è tanto quello di aver affermato con decisione la natura esclusivamente privata della dichiarazione di inizio attività (6), quanto quello di aver ammesso l'azione di accertamento autonomo nel processo amministrativo a tutela di interessi legittimi pretensivi (7). Anche per questo motivo, è su questo tema che ci si soffermerà più dettagliatamente nelle pagine che seguono, proponendosi di fornire qualche spunto ulteriore per le riflessioni a riguardo. Anzitutto la sentenza.

La pronuncia della VI Sezione segue un percorso logico e argomentativo molto dettagliato che si presta ad essere agevolmente riassunto. Il collegio, dopo aver accennato alle due tesi principali sulla natura giuridica della DIA (DIA come atto privato o DIA come provvedimento implicito (8)), motiva la sua preferenza per ricondurre la dichiarazione (o denuncia (9)) di inizio attività agli atti privatistici (10), ragionando nell'ottica della liberalizzazione di alcuni settori (11), e riconducendo l'istituto di cui all'art. 19 allo schema «norma - fatto - effetto» (cioè, si può tentare di tradurre, alla sequenza: «presupposti di legge - dichiarazione del privato che verifica autonomamente il rispetto dei presupposti di legge - inizio dell'attività»).

Stando alla disciplina generale sulla DIA, contenuta nella legge sul procedimento amministrativo, la dichiarazione del privato, in effetti, sostituisce ogni autorizzazione o atto di assenso comunemente denominato e l'art. 19 riconduce direttamente l'effetto della dichiarazione, cioè l'inizio della attività, alla scadenza del primo (12) termine di trenta giorni dall'invio della DIA (13). Senza che sia necessaria nessuna manifestazione di potere pubblico. Il secondo termine, sempre di trenta giorni previsto dalla norma citata per l'esercizio del controllo pubblico, decorrente questa volta dalla comunicazione di avvio dell'attività, deve intendersi come *perentorio* (nel senso che verrà chiarito appresso), e perciò la manifestazione di potere pubblico che si esprima dopo quel termine deve avere i presupposti ed i caratteri di cui agli artt. 21-*quinquies* e 21-*nonies* della l. n. 241.

Come si è accennato, a partire, quindi, dalla natura privata della DIA, per evitare che il terzo resti privo di tutela (non avendo alcun provvedimento amministrativo da impugnare), il Consiglio di Stato ha concluso il suo ragionamento con considerazioni di carattere processuale, ritenendo ammissibile l'azione di accertamento autonomo del rapporto. Verrebbe così ad instaurarsi, davanti al giudice amministrativo, un giudizio riguardante la DIA, ma non incentrato su di un atto amministrativo (che, evidentemente, stante la natura privata della DIA, qui non ci sarebbe). Dalla sentenza amministrativa potrebbe poi nascere l'obbligo per l'Amministrazione di rimuovere gli effetti della DIA, ove si riscontrino irregolarità, violazione di legge o falsità nei presupposti dichiarati.

Così riassunti, in termini generali, i passaggi essenziali della sentenza n. 717, senza ripercorrere le diverse tesi sostenute dalla dottrina in merito alla natura della DIA (che si trovano ormai abbondantemente e dettagliatamente scomposte e ricostruite nei numerosi scritti in argomento), per verificare la tenuta delle conclusioni cui è giunto il Consiglio di Stato (sulla natura della DIA e sulla tutela del terzo), si affronteranno, nelle pagine che seguono, due interrogativi principali.

Il primo: la tesi del Consiglio di Stato, che riconduce la DIA alla categoria degli atti privati, è compatibile con la nuova formulazione dell'art. 19 della l. n. 241/1990, che richiama i poteri previsti dagli artt. 21-*quinquies* e 21-*nonies* della stessa legge (cioè i poteri di autotutela), oppure bisogna ritenere che il legislatore abbia voluto suggellare la tesi che equipara la DIA ad un atto amministrativo implicito formatosi con la stessa logica del silenzio assenso (14) e quindi l'interpretazione del Consiglio di Stato contrasta col dato normativo vigente?

Il secondo: il percorso giuridico che porta a paragonare (sebbene non ad equiparare) il titolo abilitativo formatosi sulla DIA agli atti autorizzatori ottenuti a seguito di silenzio assenso è un passaggio necessario per giungere a garantire al terzo una tutela giurisdizionale effettiva contro una DIA formata su presupposti errati? Chiaramente, per rispondere a tale interrogativo, è necessario anche verificare l'ammissibilità dell'azione di accertamento nel giudizio amministrativo perché, una volta riconosciuta la possibilità di ricorrere per l'accertamento del dovere di provvedere da parte dell'Amministrazione, anche la necessità di ragionare nell'ottica del silenzio assenso potrebbe apparire superata. In effetti, diciamo subito che se l'equiparazione tra DIA e silenzio assenso può avere un senso nell'ottica della DIA edilizia, laddove è previsto (all'art. 23 del Testo Unico dell'edilizia) che l'avente diritto presenti la dichiarazione e possa iniziare i lavori scaduti i successivi trenta giorni (15), pare invece difficilmente compatibile con la struttura dell'art. 19 della l. n. 241/1990 che si differenzia nettamente dal silenzio assenso, per lo schema giuridico prospettato. L'art. 19, infatti, non prospetta la sequenza: istanza - scadenza del termine - silenzio significativo - effetti sull'attività, ma quella: istanza - scadenza del primo termine di trenta giorni - effetti sull'attività - scadenza del secondo termine di trenta giorni - scadenza del potere inibitorio vincolato. Ciò significa che, ai sensi dell'art. 19, non pare consentito ragionare in termini di silenzio assenso poiché l'attività privata inizia già alla scadenza del primo termine di trenta giorni, ma il controllo dell'Amministrazione termina alla scadenza del secondo (16). Diversamente, bisognerebbe ammettere che il silenzio assenso, alla scadenza del secondo termine, abbia efficacia retroattiva sanante, autorizzando un'attività inizialmente esercitata *sine titulo*?

Inoltre, collegare il silenzio assenso alla scadenza del primo termine non pare in linea con l'art. 20. Il silenzio assenso rappresenta un provvedimento tacito che incorpora una volontà dell'Amministrazione a seguito di un'istruttoria chiusa; la logica del silenzio assenso è, dunque, incompatibile con un sistema in cui, entro i successivi 30 giorni dopo il (presunto) provvedimento tacito, l'Amministrazione continui, per legge, la propria istruttoria, avente lo stesso oggetto.

A conclusioni diverse non è possibile giungere nemmeno a seguito delle modifiche introdotte dalla l. 18 giugno 2009, n. 69, all'art. 19. Senza che venga alterato il meccanismo sopra descritto, il nuovo comma 5 prevede, nella versione oggi vigente, che le controversie relative all'applicazione dei commi 1, 2 e 3 siano devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo e che «Il relativo ricorso giurisdizionale, esperibile da qualunque interessato nei termini di legge, può riguardare anche gli atti di assenso formati in virtù delle norme sul silenzio assenso previste dall'articolo 20». Non è certo

agevole trovare un significato a questa misteriosa aggiunta. Proprio il richiamo diretto all'art. 20 parrebbe confermare l'intenzione del legislatore di mantenere separati i due istituti (la DIA, da un lato, e il silenzio assenso, dall'altro), che si presentano ancora come concettualmente indipendenti. Ciò significa che sarebbe del tutto artificioso utilizzare il richiamo al silenzio assenso, effettuato nel contesto del comma 5, per ritenere superato l'orientamento che qualifica la DIA come un atto privato. Il significato che più probabilmente può essere attribuito all'appendice introdotta della novella, deve allora restare circoscritto all'aspetto processuale. Ed infatti la disposizione di chiusura riguarda proprio il campo della giurisdizione e del suo esercizio. L'interpretazione che più si adatta alla prospettiva processuale appare quella di ritenere che il legislatore abbia voluto chiarire che, in un unico giudizio, nell'ambito dell'esercizio della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, il ricorrente può contestare sia la DIA sia eventuali silenzi significativi propedeutici alla presentazione della DIA stessa (come previsto da diverse normative di settore) (17).

Nell'affrontare le questioni cui si è accennato, si prospetterà un percorso che tenti di smascherare le diverse *finzioni* cui dottrina e giurisprudenza (18), cercando una soluzione processuale *effettivamente* in grado di fornire piena tutela giurisdizionale ai terzi, sono ricorse.

L'utilizzo della *fictio iuris*(19), nello studio della DIA, è tanto frequente quanto discutibile. Le finzioni giuridiche sono strumenti utili in situazioni incerte ovvero quando il concetto da applicare presenti lacune o carenze.

In simili evenienze, il ricorso alla *fictio* ha funzione dogmatica (20), nel senso che consente di procedere ad individuare le soluzioni giuridiche che meglio si adattino all'ordinamento considerato nel suo complesso. In pratica, tale tecnica è utile laddove non vi siano chiari riferimenti normativi e gli istituti vigenti presentino carenze di disciplina o soffrano di vuoti di tutela.

La *fictio iuris* parte dal dato normativo e lo manipola (21), rendendolo applicabile a fattispecie che non vi rientrerebbero applicando con rigore il metodo sussuntivo (22). Perciò deve essere utilizzata solo in casi eccezionali, in quanto ha natura manipolativa, appunto, degli istituti accolti e dotati di generale applicazione. Laddove, invece, sia possibile un percorso interpretativo che consenta di impiegare i concetti giuridici nel loro significato più puro, tale percorso deve essere preferito.

È vero che la *fictio*, di tradizione romanistica (23), ha consentito notevoli progressi proprio nella evoluzione della tutela processuale davanti al giudice amministrativo (si pensi al ricorso contro il silenzio rigetto, inizialmente inteso come impugnazione di un diniego) ed è altrettanto vero che, di recente, la dottrina civilista ha tentato di valorizzare il ricorso alla finzione (24), ragionando, ad esempio, sulla finzione di avveramento della condizione. Ma, un conto è la finzione introdotta dalla legge (25), come appunto la finzione di avveramento della condizione (26) o la finzione prevista per colmare dei difetti di tutela dell'ordinamento (27), altro conto è il ricorso a finzioni in presenza di percorsi di interpretazione lineare (come accade nella DIA), che la finzione dovrebbero invece escludere (28).

I.2. Tra le diverse teorie che si avvicinano nel tentativo di trovare una qualificazione soddisfacente alla dichiarazione di inizio attività, l'unica che comporta conseguenze particolari sulla tutela processuale è quella che afferma la natura squisitamente e permanentemente privata della DIA (29). Viceversa, sia la tesi che qualifica la DIA come un atto pubblico sia quella che la qualifica come un atto privato (30) che però ottiene l'avallo di un assenso tacito (arrivando quindi ad individuare nel silenzio dell'Amministrazione un atto pubblico impugnabile secondo le logiche che consentono l'impugnazione dei silenzi significativi), permettono di ragionare seguendo le logiche tipiche del processo impugnatorio, in quanto, in entrambi i casi, il terzo potrà contestare l'atto, esplicito o implicito, che incorpora la DIA, intesa come manifestazione (*ad origine* o scaduti i termini) del potere pubblico.

Molto diversa diventa invece la prospettiva ove la DIA sia intesa come atto meramente (soprattutto) permanentemente privato. Infatti, seguendo tale ricostruzione, non vi è possibilità alcuna di istruire un processo impugnatorio, per la mancanza del suo oggetto tipico: l'atto amministrativo.

Proprio per evitare questa conseguenza, in dottrina, sono stati costruiti percorsi che consentissero al terzo di munirsi di un atto impugnabile (secondo la tesi del silenzio assenso) o di contestare il silenzio inadempimento. Più precisamente, mantenendo ferma la qualificazione della DIA come atto privato, per ammettere la tutela processuale del terzo, in una prima fase si è ipotizzato che questi potesse inoltrare una diffida all'Amministrazione per attivare l'esercizio di poteri inibitori (evitando il consolidarsi di una DIA basata su presupposti errati). La diffida del terzo era funzionale, evidentemente, ad ottenere un provvedimento dall'Amministrazione, questo sì, impugnabile ovvero un inadempimento, anch'esso contestabile secondo schemi usuali, seguendo il rito del silenzio inadempimento.

Ecco quindi emergere una seconda *fictio*: la prima ha portato a sovrapporre gli effetti del silenzio assenso alla DIA (31), la seconda, qualificando la DIA come atto, *prima facie*, privato, è passata attraverso il meccanismo della diffida, aggirando l'ostacolo dell'assenza di un provvedimento che fosse per il terzo oggetto di impugnazione.

Sviluppando gli studi sulla natura sostanziale della DIA e sulle relative prospettive processuali di tutela dei terzi, era già stato ipotizzato anche di ammettere l'azione di accertamento (32). Questa soluzione è l'unica che ha consentito di mantenere la qualificazione della DIA come atto meramente e permanentemente privato ammettendo contestualmente una tutela diretta del terzo, senza introdurre ulteriori accorgimenti. Ed è qui che la tesi della natura sostanziale della DIA si distingue in maniera significativa dalle altre opinioni prospettate. Infatti, una volta ammessa la possibilità di esperire l'azione di accertamento, anche le finzioni interpretative cui si è dato corso vengono a perdere la loro ragion d'essere e il percorso ricostruttivo sostanziale e processuale della DIA si mantiene pienamente fedele alla *ratio* che ha portato all'introduzione dell'istituto, che consiste nella liberalizzazione dell'attività.

Quindi, la posizione che si sostiene in merito alla natura sostanziale della DIA modifica

correlativamente il *petitum* processuale: l'annullamento del provvedimento di DIA o del silenzio assenso formatosi sulla DIA in un caso, l'esercizio del potere inibitorio nell'altro. In entrambi i casi, la *causa petendi* è l'interesse legittimo, perché il terzo si trova a contestare l'esercizio o il mancato esercizio di un potere amministrativo. Per questo si afferma la giurisdizione amministrativa, che, per la verità, è indicata all'art. 19 comma 5 della l. n. 241/1990 come giurisdizione esclusiva (33).

I.3. La natura privata della DIA sovverte la tipologia degli interessi legittimi del terzo. Infatti, ragionando con il silenzio assenso o con il provvedimento espresso, il terzo, che intenda contestare la DIA, sarebbe titolare di un interesse legittimo oppositivo e quale *petitum* processuale risulterebbe l'annullamento del provvedimento. Intendendo, invece, la DIA come un atto privato, il terzo diviene titolare di un interesse legittimo pretensivo, consistente nella legittima aspettativa, qualificata o meno, ad un intervento inibitorio del soggetto pubblico e il *petitum* processuale diventa l'accertamento dell'obbligo della P.A. di esercitare i propri poteri inibitori.

In sintesi, seguendo la tesi del Consiglio di Stato che afferma la natura privata della DIA:  
a) il soggetto che ha presentato la DIA non è titolare di alcun interesse legittimo pretensivo, bensì di un interesse legittimo oppositivo, in quanto vanta l'interesse al mantenimento di un bene della vita (l'oggetto della DIA), che l'Amministrazione potrebbe limitare o eliminare nell'esercizio dei propri poteri inibitori;

b) il terzo, al contrario, è titolare di un interesse legittimo pretensivo, pur non avendo presentato alcuna istanza (prospettiva molto diversa da quella classica), in quanto aspira all'esercizio di un potere amministrativo (di tipo inibitorio), tramite cui può ottenere il soddisfacimento di un proprio interesse, che consiste nella repressione di un'attività privata incidente in maniera negativa sulla sua sfera giuridica. Non si tratta, si badi, dell'interesse ad un bene della vita ulteriore e diverso da quelli che già gli appartengono (il cui ottenimento dipende da un provvedimento amministrativo), ma dell'interesse ad una determinata azione dell'Amministrazione. In questo senso, il bene della vita in questione non è un bene in senso materiale, ma è l'esercizio di un determinato potere dell'Amministrazione.

I.4. Ma se la DIA è un atto privato, come sostiene il Consiglio di Stato, qual è il senso del richiamo normativo di cui al comma 3 dell'art. 19 l. n. 241/1990, che fa riferimento al potere dell'Amministrazione di assumere determinazioni in via di autotutela, ai sensi degli artt. 21-*quinquies* e 21-*nonies*?

Il percorso del Consiglio di Stato, laddove qualifica la DIA nei termini di un atto privato, potrebbe essere messo in dubbio da chi sostenesse che il riferimento contenuto nell'art. 19 agli artt. 21-*quinquies* e *nonies* implichi necessariamente un richiamo all'autotutela decisoria, il cui oggetto di riesame non potrebbe che essere un precedente provvedimento amministrativo. L'argomentazione letterale potrebbe portare a ritenere che il legislatore abbia posto fine alle discussioni sulla natura della DIA, qualificandola (diversamente appunto da quanto sostiene il Consiglio di Stato) come atto pubblico o, comunque, come atto inizialmente privato, cui seguirebbe un silenzio assenso riesaminabile in sede di autotutela (34).

Veramente non pare che la riferita interpretazione sia corretta. Non si può nascondere che la compromissione tra poteri inibitori e autotutela non è particolarmente felice e la modifica all'art. 19 crea qualche problema interpretativo. La norma, infatti, in una lettura asettica della terminologia impiegata, di per sé si contraddice: al comma 1 parla di *sostituzione* della dichiarazione privata al provvedimento amministrativo; al comma 3 parla di determinazioni assunte in *autotutela*.

Il Consiglio di Stato tenta di coordinare le due parti del testo, provando a ritenere che il riferimento agli artt. 21-*quinquies* e *nonies* richiami un potere che non è *tecnicamente* di secondo grado «*in quanto non interviene su una precedente manifestazione di volontà dell'Amministrazione, ma che con l'autotutela classica condivide soltanto i presupposti e il procedimento. In questo senso, deve ritenersi che il richiamo agli artt. 21-quinquies e 21-nonies vada riferito alla possibilità di adottare non già atti di autotutela in senso proprio, ma di esercitare i poteri di inibizione dell'attività e di rimozione dei suoi effetti, nell'osservanza dei presupposti sostanziali e procedurali previsti da tali norme*».

Tra il primo comma dell'art. 19, che si riferisce ad una dichiarazione *sostitutiva* di un atto pubblico, e il terzo - secondo periodo -, che fa salvo il potere dell'Amministrazione di assumere determinazioni in via di autotutela, la norma prevede - sempre al terzo comma ma al primo periodo - che l'Amministrazione competente, in caso di accertata carenza delle condizioni, modalità e fatti legittimanti, possa adottare motivati provvedimenti di divieto di prosecuzione dell'attività e di rimozione dei suoi effetti nel termine di trenta giorni dal ricevimento della comunicazione che l'attività sia iniziata (e cioè entro sessanta giorni dalla dichiarazione che l'interessato inoltra ai sensi del comma 1 dell'art. 19). Quindi, il riferimento all'autotutela sembrerebbe utile a chiarire, nel complesso delle disposizioni considerate, che scaduto il termine di trenta giorni indicato nella prima parte del comma 3, l'Amministrazione può ancora intervenire (35), ad esempio, ordinando la demolizione. L'intervento, però, una volta scaduti i termini non risponderebbe più alla logica dell'attività vincolata al riscontro della mancanza dei presupposti di legge, ma a quella dell'attività discrezionale, in cui la valutazione dell'interesse pubblico entra nel giudizio di ponderazione degli interessi che potrebbe portare (ma non è detto che porti) all'ordine di demolizione, in seguito al riscontro *tardivo* della mancanza dei presupposti di legge.

Sviluppando il ragionamento del collegio, sembra si possa sostenere che il riferimento alle norme in tema di autotutela valga a definire non tanto l'aspetto relativo alla natura della DIA, quanto quello della natura del termine dei trenta giorni di cui al comma 3 dell'art. 19 (36). Il legislatore avrebbe così chiarito che tale termine è un termine perentorio per l'esercizio dei poteri di accertamento di natura vincolata, e non meramente sollecitatorio (37). E quindi il richiamo agli artt. 21-*quinquies* e *nonies* starebbe a significare che, ove l'Amministrazione si avvedesse della mancanza dei presupposti, scaduto quel termine, non potrebbe più procedere all'esercizio dei propri poteri inibitori, *tout court*, senza motivare le proprie decisioni alla luce dell'interesse pubblico.

Da questo punto di vista, la modifica di recente introdotta all'art. 19 pare bene inserirsi

nel dibattito dottrinale relativo a quel profilo specifico (38).

Invero, dalla lettura degli scritti in argomento emerge immediatamente, come critico, l'aspetto relativo alla legittimità o meno dell'esercizio di poteri pubblici successivamente alla scadenza del termine indicato nella norma.

Negli importanti studi sulla DIA, sviluppatasi nella seconda metà degli anni '90, si pervenne a sostenere che, scaduto il primo termine di legge, l'oggetto del potere di controllo veniva a mutare: prima della scadenza del termine, era il rispetto dei presupposti di legge per l'esercizio dell'attività, successivamente si trasformava nel venir meno dei presupposti dichiarati.

Parte della dottrina era giunta a negare la possibilità di esercitare poteri di controllo successivamente alla scadenza dei (allora) sessanta giorni, ed aveva evidenziato il paradosso per cui l'Amministrazione, alla scadenza del termine indicato all'art. 19, si trovava senza poteri di intervento qualora riscontrasse successivamente l'assenza iniziale dei presupposti, mantenendo invece poteri di controllo relativi all'eventualità che uno dei presupposti o requisiti iniziali potesse poi successivamente venire meno (39).

Gli studi citati, che sembrano avere influenzato le argomentazioni della sentenza in commento (anche nella parte in cui si richiama la sequenza norma - fatto - effetto (40)), hanno criticato alcune posizioni del Consiglio di Stato che, fin dal 1992 (41), ragionava dei poteri inibitori e repressivi riconducendoli all'ambito dell'autotutela, in un senso che, per la verità, pare essere recuperato oggi dal legislatore nel richiamo agli artt. 21-*quinquies* e *nonies*. Il Consiglio di Stato ricostruiva l'attività di verifica come attività discrezionale, in cui doveva essere valutato anche l'interesse pubblico al divieto di prosecuzione dell'attività.

Questa posizione giurisprudenziale non fu condivisa dalla dottrina, che precisava anzitutto come il richiamo all'autotutela non fosse appropriato, in quanto «*se di autotutela si vuole parlare si tratterà di autotutela decisoria su rapporti e non su atti, e rispetto ad essa dovranno ritenersi applicabili principi diversi*» (42). Inoltre, si riteneva che l'attività esercitata in fase di controllo, anche successivo, dovesse sempre ritenersi di carattere vincolato, e che nessun legittimo affidamento potesse essere invocato laddove il presupposto dichiarato dal privato risultasse erroneo e il cittadino fosse tenuto, per legge, ad iniziare l'attività solo dopo averne verificato responsabilmente la liceità.

Ecco allora che il richiamo del legislatore agli artt. 21-*quinquies* e 21-*nonies* potrebbe avere il senso di inserirsi in questo aspetto del dibattito, recuperando e rielaborando le tesi dell'Adunanza generale del Consiglio di Stato dei primi anni novanta.

Infatti, come si accennava, le correzioni introdotte all'art. 19 tramite il Decreto competitività portano ad individuare due distinte tipologie di controllo pubblico: una prima attività di verifica, di carattere vincolato, esperibile entro i termini indicati all'art. 19, in cui ove si riscontrino un difetto nella dichiarazione l'Amministrazione provvede, automaticamente, all'applicazione della sanzione e all'ordine di divieto di prosecuzione dell'attività; una seconda attività di verifica, questa volta di carattere discrezionale, in cui devono trovare spazio ulteriori valutazioni in ordine all'opportunità di vietare la prosecuzione dell'attività ed ordinarne la rimozione degli effetti, in quanto la scadenza del termine produrrebbe un consolidamento dell'esercizio di una determinata attività in corso (43). Tale secondo momento dell'esercizio del controllo pubblico condivide con l'autotutela (pur non trattandosi di autotutela decisoria su atti) l'applicazione dei principi di cui agli artt. 21-*quinquies* e *nonies*, nel senso che l'interesse del dichiarante dovrà essere considerato nella motivazione del provvedimento che verrà adottato (44). Così, l'Amministrazione, nel valutare la posizione del privato, potrà decidere di adottare un provvedimento dotato di efficacia *ex tunc* (sempre che il provvedimento intervenga entro un termine ragionevole), o un provvedimento dotato di efficacia *ex nunc*. Questo spiegherebbe la duplicità dei richiami contenuti nella norma, agli artt. 21-*quinquies* e 21-*nonies*.

È chiaro che qualora il privato abbia dichiarato il falso ovvero abbia artatamente travisato la situazione di fatto, non potrà certo invocare in suo favore l'indennizzo riconosciuto per i casi di legittimo affidamento che non si sarebbe certo consolidato. In queste evenienze, un annullamento, con efficacia *ex tunc*, sarebbe la soluzione preferibile.

II.1. Possiamo passare ora all'esame della prospettiva processuale. Come si è visto, muovendo dal presupposto che la DIA sia da qualificarsi come un atto privato, il problema della «tutela del terzo» riguarda situazioni soggettive ascrivibili al genere degli interessi legittimi pretensivi. Viceversa, considerando la DIA come un provvedimento amministrativo ovvero come atto privato che diventa significativo con l'inerzia dell'Amministrazione e che ha effetti simili a quelli del silenzio assenso, allora la tutela del terzo riguarderebbe interessi legittimi oppositivi.

Anzitutto mi pare vada chiarito quando il terzo possa avere un interesse a ricorrere contestando la dichiarazione di inizio attività.

Partiamo dall'immaginare che cosa potrebbe accadere in concreto. L'Amministrazione riceve il fascicolo presentato dal dichiarante, comprensivo della dichiarazione di inizio attività e dei relativi allegati, e dà inizio ad un procedimento volto alla verifica della sussistenza dei presupposti di legge, controllando la correttezza di quanto autodichiarato. Si tratta evidentemente di un accertamento mero, che comporta attività di tipo vincolato.

Fino a questo momento, il terzo non sa nulla del fascicolo presentato all'Amministrazione né del procedimento avviato per l'esame dei presupposti della DIA. A suo favore, infatti, la legge non prevede alcun obbligo di comunicazione. Nella normalità dei casi, solo una volta che si siano consolidati i presupposti della dichiarazione, questi può venire a conoscenza dell'inizio di una determinata attività che potrebbe comportare effetti sfavorevoli nella sua sfera giuridica (ad esempio perché si accorge dell'inizio di certi lavori). Provo ad esemplificare, con riferimento a qualche fattispecie in cui il terzo abbia interesse a contestare la DIA.

a) Nei rapporti di vicinato. L'attività privata esercitata in base alla DIA può incidere sulle modalità di godimento del diritto di proprietà di altri soggetti. Si pensi al caso di una DIA presentata per l'apposizione di una tettoia su un immobile del denunciante che verrebbe a ridurre lo spazio lasciato al passaggio del vicino per accedere alla sua proprietà o a

diminuire la luminosità dei locali appartenenti al terzo. Oppure al caso, frequente nell'esame dei contenziosi in materia, della contestazione circa l'incremento di volumetria dichiarato dal denunciante sulla base di previsioni comunali a loro volta oggetto di impugnazione.

b) Nei rapporti commerciali. L'oggetto della dichiarazione può consistere nell'esercizio di una determinata attività commerciale. In tali casi, è possibile che un terzo, esercente nello stesso settore, abbia interesse a contestare la DIA in quanto, per esempio, una nuova attività comporterebbe una diminuzione della clientela degli altri operatori.

c) Nei rapporti con i proprietari di aree prospicienti (anche se non adiacenti) ad aree interessate da interventi realizzati a seguito di DIA. Si pensi alla eventualità in cui, a seguito di DIA, si proceda all'installazione di impianti di betonaggio su una determinata area precedentemente destinata ad altro.

d) Nei rapporti con l'Amministrazione in generale. Non mi pare sia consentito escludere che un terzo possa avere l'interesse a contestare una DIA lamentando, a parità di condizioni, di essere stato destinatario dell'esito negativo di un controllo che, nel caso preso a paragone, aveva invece avuto esito positivo. In tale ultima vicenda, però, il soggetto non agirebbe come terzo titolare di un interesse pretensivo, ma come soggetto direttamente leso da un provvedimento inibitorio dell'Amministrazione, quindi sarebbe titolare di un interesse oppositivo contro il provvedimento negativo emesso nei suoi confronti.

Gli esempi presentati confermano che la tutela del terzo si pone sempre (salvo il caso citato per ultimo) come tutela del titolare di un interesse legittimo pretensivo, che ha interesse ad ottenere l'esercizio di poteri inibitori da parte dall'autorità preposta al controllo.

Inoltre, la esemplificazione di situazioni concrete suggerisce un'ulteriore riflessione preliminare: la tutela del terzo non può essere concepita come tutela assoluta ed incondizionata. Accanto ai casi citati si può pensare a tutta una serie di ipotesi in cui si intenda esperire un'azione a scopo pretestuoso, senza subire realmente un danno diretto dall'esecuzione dell'attività tramite DIA. Si pensi all'eventualità in cui un soggetto intenda attivare l'esercizio di poteri inibitori contro un esercente attività commerciale in altro Comune, senza avere alcun interesse proprio, basandosi esclusivamente sulla pretesa di ripristino della legalità violata. Oppure si pensi al terzo che, pur non essendo direttamente leso, chieda all'Amministrazione l'applicazione delle sanzioni previste dalla legge nei confronti di un intervento realizzato a chilometri di distanza dalla sua proprietà per ragioni di semplice inimicizia. In situazioni simili, l'azione giurisdizionale del terzo, eventualmente proposta, si palesa come inammissibile.

Ammetto dunque che sussista l'interesse qualificato a ricorrere del terzo, per garantire il soggetto leso, dottrina e giurisprudenza, partendo dalla natura sostanziale della DIA, hanno costruito un sistema di tutela processuale piuttosto artificioso, composto da tre passaggi obbligati: 1) diffida all'Amministrazione; 2) eventuale formazione del silenzio inadempimento; 3) impugnazione del silenzio inadempimento. Artificiosità non molto diversa da quella di chi fa riferimento all'utilizzo del silenzio assenso per equiparare agli effetti di un provvedimento amministrativo implicito gli effetti della DIA, giungendo così a consentire l'impugnazione della DIA stessa nella sua veste di atto amministrativo tacito. L'impugnazione del silenzio assenso (probabilmente più agile), secondo la tesi che si concentra sull'effetto della scadenza del termine previsto dalla legge per il controllo dei requisiti, ovvero l'impugnazione del silenzio inadempimento (45) (post presentazione della diffida), secondo la tesi privatistica, sono entrambe frutto più che di autentiche ricostruzioni sul piano del diritto sostanziale, di meccanismi volti ad aggirare il problema della difficoltà di attivare la tutela del terzo utilizzando gli strumenti tradizionali del processo di impugnazione. Qui, la ricostruzione sostanziale non è la premessa di una certa conseguenza processuale. Sembra vero il contrario: la necessità di mantenersi ancorati a certe soluzioni processuali ha prodotto un determinato inquadramento sostanziale.

Molto probabilmente, per rispettare i limiti tradizionali del processo di impugnazione si è giunti ad affermare, soprattutto in giurisprudenza, la natura pubblica (indiretta, tramite il meccanismo del silenzio-assenso) della DIA, mentre un'analisi della fattispecie condotta a prescindere dalle implicazioni sulla tutela processuale avrebbe lasciato forse propendere per la tesi della natura privata della dichiarazione di inizio attività (non potendosi dubitare seriamente del fatto che essa sia espressione di liberalizzazione e risponda al principio di auto responsabilizzazione del dichiarante).

Così, la Sesta Sezione, affermando il carattere di atto privato della DIA, muta altresì la tradizionale prospettiva processuale, e si prepara, anche nello sviluppo della parte sostanziale del proprio ragionamento, a prospettare l'ammissibilità, nel processo amministrativo, dell'azione di accertamento autonomo del rapporto a tutela di interessi legittimi pretensivi. Come del resto ipotizzava quella dottrina che non aveva rinunciato a qualificare la DIA come atto privato (46).

In questa prospettiva, perciò, l'aspetto relativo alla tutela processuale sembra veramente dirimente. Del resto, in un certo senso, il primato delle norme processuali sulle norme sostanziali, è caratteristica ben peculiare del diritto amministrativo e non ha nulla di nuovo.

II.2. La sentenza del Consiglio di Stato giunge ad affermare l'ammissibilità dell'azione di accertamento, ragionando, per la verità in maniera poco convincente, attorno al fulcro dell'effettività delle tutela.

Ripercorro, in estrema sintesi, l'argomentare del Consiglio di Stato. Deriverebbe dal principio di effettività della tutela, la necessità di consentire al terzo interessato di esperire un'azione di accertamento autonomo del rapporto amministrativo, dalla quale scaturisca l'ordine all'Amministrazione di esercitare i propri poteri inibitori e, quindi, di intervenire, in fase di controllo, sull'attività oggetto di DIA.

Ciò in quanto «la sostituzione del provvedimento espresso con la dia non può avere l'effetto di diminuire le possibilità di tutela giurisdizionale offerte al terzo controinteressato, costringendolo negli angusti limiti del giudizio contro il silenzio-rifiuto» (47).

Invero, il riferimento all'effettività della tutela parrebbe trovare un appiglio nelle

ricostruzioni della dottrina su temi affini (48).

In ragione dell'effettività della tutela, il Consiglio di Stato va alla ricerca di strumenti diversi dall'azione di annullamento, che siano compatibili con la natura privatistica della DIA, e approda all'azione di accertamento, ritenendola ammissibile nel processo amministrativo di legittimità e a tutela di interessi legittimi.

Il Consiglio di Stato affronta alcune delicate obiezioni in ordine all'ammissibilità di una tale azione nel processo amministrativo, obiezioni che il collegio ritiene di superare con le seguenti motivazioni (tutte legate all'idea che l'evoluzione normativa e giurisprudenziale abbia ormai vinto le tradizionali resistenze all'introduzione dell'azione di accertamento nel processo amministrativo):

a) le Sezioni unite, con la sent. n. 30254/2008 (49), hanno ribadito la natura sostanziale dell'interesse legittimo e quindi è necessario che l'ordinamento si doti di rimedi di tutela giurisdizionale che «assicurino in modo specifico l'attuazione della pretesa sostanziale»;

b) per quanto concerne la DIA, non si configura comunque un'azione di accertamento per la tutela preventiva di un interesse legittimo, ma si tratta del ben diverso caso di una tutela *a posteriori*, richiesta a seguito dell'asserita lesione dell'interesse legittimo del terzo controinteressato. Perciò, non vale opporre l'inammissibilità della sostituzione del giudice all'Amministrazione nella titolarità e nella gestione del potere;

c) l'azione di accertamento deve consentire al terzo di avere le stesse possibilità che gli sarebbero spettate di fronte ad un provvedimento di natura autorizzatoria; perciò l'azione, a tutela degli interessi legittimi, va sottoposta allo stesso termine di decadenza, quindi non sarebbe un'azione esperibile *sine die* in spregio alle ordinarie regole del processo amministrativo;

d) il principio di effettività non può consentire che il terzo leso, titolare di un interesse legittimo pretensivo, resti privo di tutela processuale, sol perché manchi un provvedimento impugnabile.

In disparte la correttezza dell'interpretazione data dal collegio alla citata sentenza delle Sezioni unite, che peraltro affrontava tutt'altro tema, si vuole segnalare che è proprio il riferimento al principio di effettività della tutela a non convincere e a indebolire il percorso motivazionale del Consiglio di Stato.

Dal menzionato principio generale, per evitare che il terzo sia privo di tutela giurisdizionale (e quindi per evitare di ravvisare nell'ordinamento dei vuoti di tutela), deriverebbe la necessità di consentire l'esperimento dell'azione di accertamento nel processo amministrativo a tutela degli interessi legittimi pretensivi (50).

Sempre in un'ottica di tutela piena del terzo, il Consiglio di Stato afferma anche la necessità di «equiparare» (la citazione è letterale) le possibilità di tutela nei confronti della DIA rispetto a quelle nei confronti dei provvedimenti autorizzatori, in cui evidentemente il terzo, avendo però un interesse di tipo oppositivo, può impugnare l'atto lesivo.

Dunque, il citato principio consentirebbe di prospettare un'interpretazione evolutiva delle norme vigenti.

Su questo aspetto, mi pare che il Consiglio di Stato avrebbe potuto, più correttamente, ragionare in altro modo.

Occorre precisare, anzitutto, che il principio di effettività della tutela veniva invocato dalla dottrina in una prospettiva ben più complessa e si giustificava in un momento storico diverso dall'attuale. Per rendersene conto basta leggere alcune pagine sul punto (51).

Il richiamo al noto principio, ultimamente enfatizzato nella giurisprudenza amministrativa (52), non solo non pare necessario, ma sembra anche controproducente.

Non necessario, in quanto alcuni orientamenti della giurisprudenza amministrativa e recenti provvedimenti normativi paiono consentire, in alcuni limitati casi e a talune precise condizioni, l'introduzione di frammenti di accertamento nel processo amministrativo anche di legittimità.

Controproducente, in quanto suggerisce l'idea di una forzatura allo stato attuale del diritto processuale amministrativo che non corrisponde più ai fatti, trasmettendo la sensazione che l'introduzione dell'azione di accertamento sia una eccezione, ammissibile in casi particolari; come se la giurisprudenza del Consiglio di Stato potesse creare gli istituti più appropriati secondo le esigenze di tutela sostanziale emerse nei diversi casi concreti.

È vero che il principio di effettività della tutela era già stato indicato dalla dottrina come fattore decisivo per ammettere, in via generale, l'azione di accertamento nel processo amministrativo e che sul citato principio si sono soffermate importanti riflessioni che hanno portato all'evoluzione degli strumenti di tutela processuale (53). Ma, con riferimento all'azione di accertamento, si trattava di un appiglio utilizzato trent'anni fa', quando il sistema normativo non era certo quello oggi vigente: allora (per citare solo alcuni esempi) non era possibile chiedere al giudice amministrativo l'azione risarcitoria e la condanna alla reintegrazione in forma specifica; non esisteva l'azione contro il silenzio inadempiuto, e nemmeno la tutela cautelare atipica.

Nel contesto precedente, cioè, le riflessioni svolte sul tema dell'azione di accertamento si fondavano su alcuni basilari principi costituzionali, per l'assenza di norme che prevedessero qualcosa di simile, o dalle quali si potesse trarre una regola in base alla quale ipotizzare la presenza, nel nostro ordinamento, di un'azione siffatta.

In ogni modo, il riferimento al principio di effettività della tutela (dato peraltro anche il suo contenuto generico ed indefinito e quindi opinabile) non pare possa essere inteso come la causa che produce l'effetto di introdurre l'azione di accertamento autonomo del rapporto amministrativo.

Semmai, l'effettività della tutela può essere intesa come lo strumento che guidi un'interpretazione estensiva dell'utilizzo dell'azione di accertamento, in un sistema processuale in cui tale azione sia già utilizzata, seppure in alcuni limitati casi.

Dunque, da un lato, se l'azione di accertamento dovesse ritenersi ammessa nel processo amministrativo per come di recente riformato, e dotata di applicazione generale, il richiamo all'effettività della tutela come elemento decisivo sarebbe, come si diceva, fuorviante, in quanto depotenzierebbe, passando dal dato delle norme a quello dei principi, la tesi esposta dal Consiglio di Stato.

Se invece, dall'altro, si ritenesse l'azione di accertamento non ammissibile ai sensi delle norme processuali vigenti, sarebbe non di meno scorretto affermare che una tale azione

debba essere riconosciuta per ragioni di parità di trattamento (come quelle addotte dal Consiglio di Stato al punto 7.11 secondo paragrafo della sentenza), al fine di fornire una tutela al terzo interessato all'esercizio di poteri inibitori in materia di DIA, equiparando, in tesi, la tutela degli interessi pretensivi a quella prevista per gli interessi oppositivi. Il trattamento uguale di situazioni diverse non può certo dirsi un principio generale dell'ordinamento.

Ciò premesso, l'interrogativo relativo all'esistenza o meno dell'azione di accertamento autonomo nel processo amministrativo è senza dubbio l'aspetto più importante, dal punto di vista concettuale, per affrontare il tema della tutela del terzo.

Una volta ammessa la possibilità di utilizzare l'azione di accertamento verrebbero meno anche le varie *fictiones iuris* inventate dalla dottrina.

Accertato che la problematica esposta non può essere esaminata con la sola logica del principio di effettività della tutela, occorre cercare altrove nell'ordinamento dei riferimenti di diritto positivo e di diritto pretorio.

Il 3. La decisione del Consiglio di Stato trascura di soffermarsi dettagliatamente sul dibattito, non ancora risolto con l'affermarsi di una posizione unitaria, in merito all'esperibilità dell'azione di accertamento nel processo amministrativo. Si afferma che, ai limitati fini della tutela del terzo di fronte ad una DIA, il ricorso all'azione di accertamento è necessario per evitare di ammettere che esista nell'ordinamento un vuoto di tutela, nel rispetto dei principi di parità di trattamento ed effettività.

È interessante approfondire, più sistematicamente, se, nei casi in cui gli interessi pretensivi vengano dedotti in giudizio, le norme vigenti e la giurisprudenza consentano di ricorrere, in linea generale, all'azione di accertamento (54). Una risposta positiva a questa domanda (e forse anche un capovolgimento del percorso motivazionale della sentenza con un esame almeno parallelo, se non si vuole dire preliminare, dell'aspetto processuale e di quello sostanziale) avrebbe sdrammatizzato il problema della qualificazione giuridica della DIA, superando le artificiose costruzioni della dottrina.

Ci si deve domandare, a questo punto, se l'orientamento della Sesta Sezione si inserisca in una più generale propensione della dottrina e della giurisprudenza amministrativa ad ammettere la tutela di accertamento, almeno nel caso degli interessi legittimi pretensivi e in mancanza di un provvedimento amministrativo da impugnare.

Occorre premettere che da anni si riconosce in dottrina il superamento dell'originaria concezione del processo amministrativo inteso come processo esclusivamente incentrato sull'atto. È la storia degli istituti che sono stati rielaborati o introdotti *ex novo* nel nostro sistema di giustizia amministrativa ad avere consentito di cambiare prospettiva a riguardo: molti strumenti del processo amministrativo sono stati rimodellati per garantire forme di tutela più ampia al ricorrente (si pensi, per fare solo degli esempi, alla tutela cautelare atipica, ai motivi aggiunti, all'estensione degli effetti conformativi del giudicato, alla possibilità di ordinare la reintegrazione in forma specifica), nell'ottica di un processo (non necessariamente sul rapporto) in cui l'atto sia l'occasione per esaminare, più complessivamente, la posizione sostanziale dedotta in giudizio. Ne costituisce una riprova il fatto che, per citare una modifica piuttosto significativa, il giudice possa disporre in sede cautelare non solo la sospensione del provvedimento impugnato, ma anche le misure cautelari «*che appaiono, secondo le circostanze, più idonee ad assicurare interinalmente gli effetti della decisione sul ricorso*». Fin qui nulla di nuovo rispetto alle tesi del Nigro, che individuava una tendenza a smarcare il giudizio di legittimità dal solo atto amministrativo impugnato (55).

Per evitare confusioni concettuali, è il caso di distinguere, in questa fase del ragionamento, tra ampliamento dell'oggetto del processo o ampliamento degli effetti della sentenza amministrativa, da un lato, e introduzione dell'azione di accertamento, dall'altro. Tale distinzione è necessaria in quanto l'introduzione dell'azione di accertamento (56) e, al limite anche, lo schema del giudizio sul rapporto (57), sono opzioni che si muovono in una direzione ulteriore e, in un certo senso, autonoma, rispetto alla riconosciuta esigenza di garantire al ricorrente che l'Amministrazione agisca in soddisfacimento del suo interesse sostanziale (58).

Va sottolineato subito che anche la prospettiva del giudizio sul rapporto, pur intrecciandosi con quella dell'ampliamento dell'oggetto del processo amministrativo, deve rimanerne separata. Un conto è sostenere che il rapporto amministrativo coincida con l'oggetto del giudizio (59), altro conto è affermare che, pur ritenendo che l'oggetto del giudizio sia il provvedimento impugnato, l'azione atipica di accertamento sia ammessa tra le azioni esperibili nel processo amministrativo (60).

Ciò chiarito, ripercorro brevemente gli orientamenti principali di dottrina e giurisprudenza in merito all'ammissibilità dell'azione di accertamento nel processo amministrativo.

Le prime importanti riflessioni su questi temi, si ritrovano negli studi processuali di Piras (61) e di Nigro (62) che, affrontando complessivamente gli istituti di giustizia amministrativa, trattano il problema dell'accertamento in funzione, l'uno, della delimitazione dell'ampiezza del giudicato e, l'altro, a partire dall'oggetto del giudizio, in funzione degli effetti conformativi della sentenza. Date come premesse essenziali i contributi citati sui quali non è possibile in questa sede indugiare, ci si soffermerà ora sul primo testo direttamente dedicato all'analisi dell'ammissibilità dell'azione di accertamento autonomo nel processo amministrativo e a tutela di interessi legittimi, cioè sullo studio di Guido Greco, intitolato *L'accertamento autonomo del rapporto nel processo amministrativo*.

Ciò in quanto i tratti essenziali del ragionamento svolto nella monografia appena richiamata paiono in effetti recuperati nella decisione in commento. Per ovvie ragioni di sintesi, tento di ricostruirne i passaggi essenziali. Anzitutto, l'Autore parte da un dato di fatto facilmente percepibile e, in effetti, ancora oltremodo attuale (di cui la fattispecie posta alla base della decisione del Consiglio di Stato costituisce quasi un caso di scuola): l'azione di annullamento funziona a tutela degli interessi oppositivi e in presenza di un provvedimento impugnabile, viceversa non è in grado di fornire tutela agli interessi pretensivi e in assenza di un provvedimento, come nei casi di silenzio inadempimento (63). Poi, attraverso un'analisi di diritto comparato dimostra che gli ordinamenti europei, come quello tedesco, conoscono ed applicano l'azione di accertamento anche nel



processo amministrativo (64). Verificata dunque l'esistenza dell'azione di accertamento nei principali sistemi di giustizia amministrativa europei, Greco passa ad esaminare quali siano le obiezioni all'introduzione di una tale azione - che garantirebbe la tutela degli interessi dinamici (pretensivi) - e cosa si possa dedurre a tale riguardo dalle norme vigenti. In ordine al primo tema, lo studioso ricorda che la principale obiezione si fonda sulla natura dell'interesse legittimo, che è stato spesso considerato (diversamente dal diritto soggettivo) non idoneo ad essere oggetto di un'azione di accertamento, dimostrando invece che l'interesse legittimo pretensivo, in quanto pretesa ad un bene della vita per ottenere il quale è necessaria l'intermediazione di un provvedimento amministrativo (65), può essere oggetto di accertamento al pari del diritto soggettivo (66)(67). Ciò detto, a partire da una nozione, potremmo dire, tradizionalista dell'oggetto del processo amministrativo - che non viene identificato con il rapporto bensì con il provvedimento impugnato -, l'azione di accertamento viene collegata all'esercizio della funzione di *ius dicere*, parallelamente a quanto accade nel processo civile (68), dove pure manca una norma che espressamente individui l'azione di accertamento, che sarebbe dunque un'azione atipica e generalmente connessa all'esercizio della funzione giudicante. Le norme vigenti al tempo della monografia sull'accertamento autonomo, pubblicata nel 1980, e, in particolare, gli artt. 24 e 103 della Costituzione, nonché l'art. 4 della l. T.a.r. (69), lasciavano chiaramente emergere l'esigenza di una tutela piena degli interessi legittimi ma «non è necessario un espresso riconoscimento normativo» per ammettere la vigenza dell'azione di accertamento: «tale vigenza scaturisce di per sé dall'esistenza della giurisdizione» (70). Del resto, chiarisce l'Autore, il sistema impugnatorio inizialmente previsto dalle norme del Testo Unico del Consiglio di Stato deve necessariamente essere riletto e storicizzato alla luce del nuovo sistema complessivo di giustizia amministrativa, in quanto il ricorso al Consiglio di Stato non si innesta più su una piramide di ricorsi gerarchici in cui si procedeva al riesame della vicenda amministrativa, ma rappresenta il rimedio unico e diretto contro il provvedimento amministrativo lesivo, costituendo la sola possibilità di reazione per la parte lesa (71).

La monografia citata conclude, perciò, che il processo amministrativo non può più restare ancorato alla logica cassatoria, ma deve poter partecipare alla prospettiva dei rimedi di tipo appellatorio, che portino all'esame della pretesa sostanziale fatta valere dal ricorrente e «soltanto nel caso in cui l'attribuzione di un potere non fosse accompagnata dalla predeterminazione di vincoli o limiti (come, ad esempio, nel caso di atto politico, assolutamente discrezionale quanto a contenuto), si potrebbe escludere in assoluto la possibilità di accertamento di un interesse legittimo» (72), possibilità che, ovunque sia rinvenibile un segmento di vincolo per l'azione amministrativa, è invece da ritenersi ammissibile. Diversamente, escludere l'azione di accertamento per i margini vincolati di azione amministrativa, potrebbe significare insindacabilità del potere in alcune sue manifestazioni (73).

A partire da queste importanti affermazioni, il dibattito dottrinale sull'ammissibilità o meno dell'azione di accertamento nel processo amministrativo si è riaperto, più di recente, in commento alle novità apportate dalla l. n. 205/2000 (74) e, in particolare, come effetto dell'introduzione dell'azione di risarcimento dei danni e del rito speciale contro il silenzio dell'Amministrazione (75). La dottrina evidenzia che le ragioni a sostegno dell'impostazione che porterebbe a ritenere esperibile nel processo amministrativo l'azione di mero accertamento, sono state rafforzate da una serie di interventi normativi che hanno ampliato il genere e il tipo di azioni esperibili nel processo amministrativo (76). Da un lato, riflettendo sulle conseguenze legate all'introduzione dell'azione risarcitoria nel processo amministrativo di legittimità, si prova a sostenere che, ammessa in quel caso la logica della spettanza del bene (77) e, quindi, quella dell'accertamento, seguirebbe la necessità di riconoscere, in tutti gli ambiti di esercizio dello *ius dicere* da parte del giudice amministrativo (78), la possibilità di intentare azioni di accertamento (79).

In questa prospettiva, a partire dalla sent. n. 500/1999 delle Sezioni unite, la logica dell'accertamento degli interessi legittimi pretensivi percorre il processo amministrativo di legittimità. Infatti, il giudizio prognostico sulla spettanza del bene, che rappresenta il presupposto per l'accoglimento dell'azione risarcitoria delle situazioni soggettive che si possano intendere come aspettativa qualificata (e non come aspettativa mera), è costruito come un accertamento, da parte del giudice, di quello che sarebbe stato l'esito di un'azione amministrativa svoltasi nel rispetto delle norme di legge.

In tal senso, nell'art. 7 comma 3 della l. T.a.r., parte della dottrina ha individuato la norma a partire dalla quale l'ordinamento ammette nell'ambito del processo amministrativo di legittimità, e a tutela quindi degli interessi legittimi, l'azione di accertamento, seppure indirizzata alla condanna dell'Amministrazione ad un *facere*(80).

L'introduzione generalizzata dell'azione di risarcimento dei danni nel processo amministrativo ha in effetti comportato alcune riflessioni su: l'oggetto del processo amministrativo, l'articolazione della domanda (81) e i tipi di pronuncia del giudice (82), che si sono concluse con il riconoscimento di una maggiore apertura verso forme di tutela diverse da quelle tipicamente impugnatorie.

Dall'altro, anche l'esame del rito di cui all'art. 21-bis della l. T.a.r., in combinato disposto con la previsione di cui all'art. 2 comma 5 della l. n. 241/1990, secondo cui «il giudice amministrativo può conoscere della fondatezza dell'istanza», ha portato la dottrina prevalente a ritenere ammissibile un'azione di accertamento e, conseguentemente, un'azione di condanna dell'Amministrazione ad un *facere* preciso (83).

Invero, interpretando la portata dall'art. 2 della l. n. 241 in relazione all'art. 21-bis della l. T.a.r., la giurisprudenza del Consiglio di Stato ha mostrato un atteggiamento particolarmente restrittivo: l'Adunanza plenaria n. 1/2002 ha concluso infatti che, dal citato art. 2, non possa derivarsi l'introduzione di un'azione di accertamento del rapporto sottostante all'inerzia dell'Amministrazione con conseguente condanna ad un *facere*, considerato che i casi in cui l'ordinamento ammette tale potere sarebbero eccezionali e sebbene «in linea astratta nulla impedisce di individuare altri casi in via interpretativa», tuttavia, «l'analisi dell'art. 21-bis della l. n. 1034/1971 anziché fornire elementi persuasivi in tal senso, accredita (...) la conclusione opposta».

La decisione della Plenaria ha suscitato parecchie critiche in dottrina (84), volte

soprattutto a mettere in evidenza le potenzialità applicative dell'art. 2 citato, nel rigoroso rispetto della sua formulazione letterale. Tuttavia, non pare che dalla citata decisione si possa inferire una chiusura netta per l'introduzione di un'azione di accertamento nel processo amministrativo.

Infine, a prescindere dalle singole norme invocate, la maggior parte dei commenti più recenti sulle innovazioni processuali del giudizio amministrativo contiene qualche riferimento, seppur fugace, al tema dei poteri di accertamento, o all'ampiezza del giudizio amministrativo o alla logica della spettanza (85) o al rapporto amministrativo (86). Anche contributi di studiosi del diritto processuale civile confermano questa tendenza. Ricordo a proposito, l'impressione di autorevole dottrina che, esaminando le nuove prospettive della tutela cautelare nel processo amministrativo di legittimità, ha ritenuto che il giudizio amministrativo sembrerebbe oggi esaminare un oggetto più ampio rispetto all'atto impugnato (87), osservando peraltro che *«l'idea del giudizio amministrativo come giudizio volto a determinare una concreta volontà di legge sulla situazione conseguente all'annullamento emerge ormai, sia pure con qualche differenza di dettaglio, come un dato acquisito nelle esposizioni di carattere generale»* (88). Questo evidentemente non significa che sia stata ritenuta ammissibile l'introduzione dell'azione di accertamento nel processo amministrativo di legittimità, ma la considerazione svolta non pare irrilevante per il tema in studio.

Così, discorrendo di strumenti generali (poteri istruttori, tutela cautelare, poteri di condanna) del processo amministrativo e soprattutto delle novità introdotte nei settori interessati dall'esercizio della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, si è aperta la strada a domande giudiziali di tipo nuovo, potenzialmente dotate di applicazione generalizzata, secondo l'interpretazione del diritto vigente (89).

11.4.1. Di recente, proprio in un contributo monografico sulla DIA (90), utilizzando argomentazioni piuttosto simili a quelle del Consiglio di Stato, è stata sostenuta la necessità di ricorrere all'azione di accertamento, facendo leva sulla sua valenza conformativa dell'azione amministrativa susseguente. In particolare, nella tesi richiamata, l'ammissibilità dell'azione di accertamento e della pronuncia di condanna ad un *facere* viene legata a tre ordini di argomentazioni:

1) la sentenza n. 204/2004 della Corte costituzionale, trattando del risarcimento del danno come di uno strumento di tutela ulteriore rispetto al mero annullamento, si basa sulla necessità di fornire tutela piena agli interessi legittimi; perciò farebbe propendere per un ulteriore ripensamento delle tipologie di azioni ammissibili nel processo amministrativo;

2) l'art. 21-*octies* della l. n. 241/1990, prevedendo che non consegua l'annullamento del provvedimento illegittimo nel caso in cui il suo contenuto dispositivo non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato, porta a ritenere che ove il giudice disponga l'annullamento *«ben può conoscere della spettanza del bene e dettare regole conformative per la successiva azione»*;

3) l'art. 2 comma 5 della l. n. 241/1990 consentirebbe al giudice, stando all'interpretazione della norma, l'accertamento della fondatezza dell'istanza. Da ciò si fa seguire la conclusione che, in materia di dichiarazione di inizio attività, appare ipotizzabile l'ammissibilità di un'azione di accertamento *«soprattutto quando l'annullamento non sia possibile, in quanto manca il provvedimento, e la fattispecie risulta in tutto o in parte vincolata, rimanendo ferma la generale preclusione per il giudice di sostituirsi all'Amministrazione nella valutazione di interessi»*.

Sempre di recente in dottrina è stata prospettata anche un tesi diversa, che individua una problematica ulteriore legata alla tutela giurisdizionale del terzo: *«ove infatti l'azione sia proposta da un terzo che si assume leso in un proprio diritto (ad es. per quanto concerne il rispetto delle distanze legali), la controversia più che riguardare, nell'ottica provvedimentale l'esistenza delle condizioni legittimanti l'intervento, si prospetta come inerente al rapporto orizzontale tra il terzo e il denunciante»* (91).

Si dubita, tuttavia, che l'esempio riportato possa rientrare nella giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo.

La giurisprudenza amministrativa stessa chiarisce che ove si riscontri, ad esempio, che tramite una DIA siano state violate le distanze tra le costruzioni indicate dal codice civile, restano salvi i diritti dei terzi i quali, lesi dalla costruzione realizzata senza il rispetto delle disposizioni sulle distanze, conservano il diritto ad ottenere la riduzione in pristino (92).

Ma, come si è visto, la tematica dei rapporti orizzontali non entra nella cognizione principale del giudice amministrativo, restando attratta nella giurisdizione del giudice ordinario.

Il terzo che subisca interventi su un'area di sua proprietà per effetto di una DIA basata su un presupposto errato (si immagini una falsa dichiarazione in merito all'area di proprietà del dichiarante) potrà avere interesse ad esperire un'azione di accertamento sul rispetto dei presupposti di legge e, conseguentemente, sul mancato esercizio dei poteri inibitori, contestando la DIA basata su presupposti errati. In questo caso, la domanda richiederà al giudice amministrativo anche un accertamento incidentale (si badi, non principale) sul diritto di proprietà ai sensi dell'art. 8 della l. T.a.r.. Diversamente, il terzo potrà anche decidere di agire contro il denunciante per le vie ordinarie, per esempio, iniziando un'azione possessoria ove il denunciante abbia proceduto a realizzare lavori sulla proprietà altrui. Si potrebbe così dare il caso di un'azione di spoglio intentata davanti al giudice civile dal soggetto che, per ipotesi, scopra che il denunciante abbia indicato erroneamente la proprietà altrui come area di realizzo dell'attività soggetta a DIA e provveda a iniziare i lavori. Anche la denuncia di nuova opera o di danno temuto non sono da escludersi, considerato che, in entrambi i casi, il possessore può intentare un'azione (sempre davanti al giudice civile), chiedendo di vietare un'attività *contra ius*. Peraltro, il ragionamento svolto fa sorgere dei dubbi sul significato e sull'utilità del richiamo alla giurisdizione esclusiva (93), in quanto, come si è appena dimostrato, non è facile immaginare un caso in cui, contestando una DIA, il giudice amministrativo debba giudicare di interessi legittimi e diritti soggettivi (sui quali, in sede di giurisdizione amministrativa, si possono immaginare solo accertamenti incidentali ai sensi dell'art. 8 l. T.a.r.).

Gli esempi citati, che mettono in evidenza diverse possibilità di ricorso alla giurisdizione

civile, dimostrano anche che il terzo non è affatto privo di tutela al di fuori del giudizio amministrativo di accertamento.

**II.4.2. Nonostante le riferite posizioni dottrinali, non si può ignorare che, sul tema dell'ammissibilità dell'azione di accertamento nel processo amministrativo, continuano ad essere sollevate importanti obiezioni (94).**

L'azione di accertamento compare poco nella giurisprudenza amministrativa. Spesso i giudici la citano per negarne l'applicabilità.

In una serie cospicua di decisioni, pur ammettendosi l'azione di accertamento in sede di giurisdizione esclusiva e a tutela di diritti soggettivi, si esclude l'impiego di questo strumento di tutela processuale laddove si controverta sul livello retributivo e funzionale al quale il dipendente pubblico assume di avere titolo in sede di inquadramento o reinquadramento, trattandosi di contestazioni che riguardano atti amministrativi autoritativi, peraltro discrezionali, rispetto ai quali il dipendente può vantare solo una posizione di interesse legittimo pretensivo (95) e, quindi, non può prospettare un'azione di accertamento.

In altre decisioni, non si ammette l'azione di accertamento, ma dallo sviluppo argomentativo delle sentenze si deduce che l'oggetto del giudizio non viene, in effetti, limitato al solo provvedimento impugnato ma riguarda «*il complesso operato dell'Amministrazione*» (96).

L'aspetto che pare decisivo nelle argomentazioni dei giudici è quello di mantenere fermo il principio della c.d. riserva di amministrazione (97). Si afferma cioè che introdurre l'azione di accertamento al cospetto di un'attività discrezionale «*equivarrebbe a sostenere che il giudice amministrativo si sostituisce all'Amministrazione nell'esercizio dei suoi poteri*» (98).

Anzitutto, occorre chiarire quale sia l'oggetto dell'azione di accertamento introdotta con riferimento alla DIA. Per il Consiglio di Stato si tratta di «*sentire pronunciare che non sussistevano i presupposti per svolgere l'attività sulla base della DIA*».

Ottenuta la sentenza di accertamento, sarà poi l'Amministrazione a doversi adeguare al giudicato amministrativo, ordinando la rimozione degli effetti legati alla DIA illegittima, disponendo cioè, a seconda dei casi, la demolizione dell'immobile, la cessazione dell'attività o quanto previsto dalla normativa applicabile. L'oggetto dell'accertamento, quindi, non verrebbe così a coincidere con la posizione sostanziale del ricorrente, la quale otterrebbe tutela piena per l'operare dell'effetto conformativo della sentenza del giudice amministrativo o, eventualmente, per il tramite del giudizio di ottemperanza.

Una tale impostazione pare ridimensionare le aspettative ingenerate dalla pronuncia del Consiglio di Stato, anche se detta pronuncia giunge ad equiparare la tutela del terzo che esperisca un'azione di accertamento a quella di chi esperisce un'azione costitutiva di tipo demolitorio. In quest'ultima ipotesi, infatti, l'annullamento del provvedimento sarebbe la conseguenza della verifica del mancato rispetto dei presupposti di legge e il consequenziale esercizio di potere amministrativo dipenderebbe dall'effetto conformativo derivante da tale annullamento.

Soffermandosi per un momento sull'oggetto ipotizzato del giudizio di accertamento, c'è da chiedersi se non sia lecito invece immaginare un'azione avente ad oggetto direttamente l'utilità cui il ricorrente aspira, che nel caso di specie sarebbe l'esercizio dei poteri inibitori. Non emerge dalla motivazione della sentenza in commento quale sia il motivo per cui il Consiglio di Stato non abbia valutato la possibilità di compiere un giudizio prognostico del tipo previsto dall'art. 2 della l. n. 241/1990 a tutela di interessi pretensivi, consentendo al giudice di accertare non soltanto la violazione delle norme di legge, ma anche l'illegittimo mancato esercizio del potere inibitorio, valutando quindi la fondatezza «interna» della pretesa del terzo.

Una volta ammessa l'azione di accertamento nel processo amministrativo di legittimità, non si vede infatti dove sia l'ostacolo a ravvisare quale oggetto dell'accertamento l'esercizio del potere inibitorio. Si tratta, infatti, per l'Amministrazione di attività del tutto vincolata in quanto l'ambito dell'accertamento interessato dalla sentenza riguarda l'attività amministrativa che avrebbe dovuto esercitarsi entro il termine perentorio indicato dall'art. 19 e non la fase successiva, questa sì discrezionale.

Diversamente, mantenendo l'impostazione del collegio in merito all'oggetto del giudizio e agli effetti della sentenza, la decisione sembra da segnalare solo per il ragionamento giuridico, che porta ad introdurre l'azione di accertamento, ma non per la sua portata concreta. Infatti, allo stesso identico risultato in termini di tutela del terzo la giurisprudenza avrebbe potuto approdare costruendo l'azione come azione di impugnazione contro il silenzio inadempimento serbato dall'Amministrazione sull'atto di diffida a provvedere del privato (99).

Invece, partendo dall'assunto che il giudizio di accertamento serva ad ampliare il contenuto cognitorio e decisivo del giudice di legittimità, la conclusione, in termini di oggetto del giudizio, avrebbe dovuto permettere di accertare tutti gli «*elementi rigidi*» (100) e, considerato che trattasi di attività vincolata, la sentenza avrebbe potuto avere un contenuto di condanna, consistente nell'ordine all'Amministrazione di esercitare i poteri inibitori fino ad allora trascurati.

Si dubita, peraltro, che in fase di esecuzione del giudicato, l'effetto conformativo valga ad imporre all'Amministrazione l'esercizio di poteri inibitori. In quel momento, infatti, trattandosi dell'esercizio di un nuovo potere, l'Amministrazione potrebbe fare applicazione degli artt. 21-*quinquies* e *nonies*, ritenendo di esercitare, una volta scaduto il termine perentorio, un potere di tipo discrezionale puro, valutando, caso per caso, gli interessi coinvolti.

Del resto, che l'oggetto del processo amministrativo possa essere «*l'interesse di persone fisiche e giuridiche*» è scritto nell'art. 4 della l. T.a.r., quindi una ricostruzione dell'oggetto del giudizio di accertamento quale quella proposta dal Consiglio di Stato rischia di non essere appagante neanche sotto questo profilo.

Si sarebbe potuto piuttosto ipotizzare una sentenza di accertamento dell'obbligo dell'Amministrazione di intervenire (esercitando i propri poteri inibitori), con un capo di condanna ad un *facere*.

II.4.3. Individuato l'oggetto del processo amministrativo di accertamento nell'interesse del

ricorrente, ossia nella verifica della necessità o meno di attivare i poteri inibitori, non si modifica la prospettiva delle parti di tale giudizio. Ove il ricorrente sia il terzo portatore di un interesse concreto ed attuale all'esercizio dei poteri inibitori, parte resistente sarebbe l'Amministrazione soggetta al potere di controllo secondo gli ordinari criteri di competenza e il controinteressato sarebbe ovviamente il dichiarante.

Così indicate, le parti del processo amministrativo vengono a conoscenza della DIA in momenti diversi tra di loro. L'Amministrazione viene a conoscenza della DIA nel momento in cui la dichiarazione perviene ai suoi uffici, il terzo invece può averne conoscenza, come nota la sentenza in commento, solo in un momento successivo. Vi è da chiedersi se, almeno nelle ipotesi in cui il terzo sia un soggetto «*individuato o facilmente individuabile*» (penso all'ipotesi del vicino), non possa valere la previsione di cui all'art. 7 della legge sul procedimento amministrativo, per comunicare agli interessati l'avvio del procedimento di verifica inerente la DIA presentata.

È vero che l'art. 7 è rivolto a quei soggetti che siano titolari di un interesse oppositivo, tuttavia, il terzo può subire un pregiudizio dall'esercizio dell'attività oggetto di DIA, quindi, in quanto titolare di una potenziale lesione, non sembra escludersi che possa essere destinatario di una comunicazione d'avvio del procedimento (101).

L'attuale formulazione dell'art. 19 prevede che, al momento della consegna della documentazione della DIA all'Amministrazione, si apra un procedimento amministrativo vero e proprio in cui viene esaminata la legittimità dei presupposti (in sostanza, la correttezza della documentazione fornita). A questo punto, non pare fuori luogo ipotizzare l'applicazione dell'art. 7 della l. n. 241/1990 che consentirebbe al terzo, in alcuni casi, di partecipare al procedimento, potendo agevolare anche l'attività di verifica dell'Amministrazione.

In questa prospettiva, sarebbe necessario, evidentemente, individuare un criterio che valga ad identificare i soggetti potenzialmente lesi (criterio che potrebbe essere, per taluni casi, quello piuttosto semplice della *vicinitas*).

Tale accorgimento porterebbe anche ad anticipare in fase precontenziosa il rapporto trilaterale tra terzo, dichiarante e Amministrazione. Così la tutela del terzo guadagnerebbe spazio nel procedimento che ha ad oggetto l'esame dei presupposti della DIA.

Non varrebbe ad escludere l'applicazione dell'art. 7, la natura vincolata del potere inibitorio perché in questo caso la partecipazione non ha il senso di acquisire altri e diversi interessi rispetto agli interessi pubblici la cui cura compete all'Amministrazione procedente, ma avrebbe la diversa funzione di evidenziare la situazione di fatto e di diritto ove quella affermata dal dichiarante fosse incompleta o travisabile.

Certo, dal punto di vista della compatibilità tecnica del richiamato istituto con la tempistica, compressa, della DIA, occorrerebbe immaginare un meccanismo procedimentale particolarmente celere, forse ancorato a termini acceleratori, che dovrebbero consentire di far pervenire e esaminare le osservazioni dei terzi entro il termine di trenta giorni dalla comunicazione di inizio dell'attività.

Il 4.4. Una volta instaurata l'azione di accertamento, l'Amministrazione resistente, in corso di causa, potrebbe adottare un provvedimento inibitorio, oppure un provvedimento con cui accerta il rispetto dei requisiti di legge. In entrambi i casi, i provvedimenti esercizio del potere di controllo farebbero sorgere l'interesse all'impugnazione, da parte del dichiarante (o del terzo non soddisfatto dalla misura adottata), nel primo caso, e da parte del terzo, nel secondo caso.

Con riguardo a queste eventualità, si pone anzitutto il problema di ammettere o meno, nel giudizio già instaurato, l'impugnazione del provvedimento sopravvenuto.

Sembra possibile applicare analogicamente il ragionamento svolto dal Consiglio di Stato in occasione della valutazione circa l'ammissibilità dell'impugnazione per motivi aggiunti del provvedimento negativo emesso una volta avviato un giudizio contro il silenzio-inadempimento. La situazione dell'Amministrazione che, pur essendovi tenuta, non abbia interrotto il percorso che ha portato al consolidamento della DIA e alla prosecuzione dell'attività da parte del privato, pare avere più di un punto in comune con quella del silenzio-inadempimento.

Le condizioni indicate all'art. 1 della l. n. 205/2000 per l'ammissibilità del ricorso per motivi aggiunti appaiono rispettate: il provvedimento appartiene alla stessa sequenza procedimentale (102) che si contesta con l'azione di accertamento e riguarda le stesse parti del giudizio di accertamento. Se, come pare, il senso della previsione che legittima il ricorso per motivi aggiunti è quello di evitare, per ragioni di economia processuale, l'onere di proporre diversi ricorsi e concentrare in un unico giudizio la cognizione dei diversi episodi di azione amministrativa ascrivibili alla medesima vicenda procedimentale, si ritiene che il ricorso per motivi aggiunti debba essere ammesso anche ove l'azione nasca come azione di accertamento.

Se pensiamo all'adozione, in corso di causa, di un provvedimento che inibisca l'attività al terzo, questa situazione potrebbe portare a due diverse eventualità.

In un caso, il ricorrente, soddisfatto dal contenuto del provvedimento dell'Amministrazione, potrebbe far dichiarare la sopravvenuta carenza di interesse e rinunciare al ricorso. A questo punto, starebbe al dichiarante valutare la possibilità di tentare un'azione contro il provvedimento dell'Amministrazione che lo pregiudica.

Potrebbe però anche accadere che il terzo, non pienamente soddisfatto dalla determinazione dell'Amministrazione, persista nel chiedere al giudice l'accertamento dell'esercizio dei poteri inibitori e presenti motivi aggiunti. Il controinteressato, da parte sua, avrebbe l'interesse a contestare il provvedimento inibitorio. In questo caso, si ritiene che pure il dichiarante (che ovviamente potrà impugnare il provvedimento dell'Amministrazione in un autonomo ricorso chiedendo poi la riunione dei processi) potrebbe eventualmente proporre azione di accertamento e/o di impugnazione, nella forma del ricorso incidentale autonomo, c.d. ricorso incidentale improprio (nel senso che si tratta di ricorso contro un atto che confluisce in una lite già pendente, ma non è dipendente dall'azione del ricorrente principale, sostanziandosi infatti in una contestazione del tutto priva di vincoli di dipendenza o di connessione con i motivi dedotti dal ricorrente principale).

Se invece i provvedimenti venissero impugnati in giudizi separati, pare che la connessione,

soggettiva e oggettiva, debba portare alla riunione dei ricorsi.

11.5. Pur nella consapevolezza di muovere passi su un terreno particolarmente scivoloso, non ci si sottrarrà al dibattito sul tema sintetizzando qualche osservazione conclusiva, più che altro con l'obiettivo di aggiungere interrogativi per riflessioni ulteriori.

**Affermare la compatibilità dell'azione di accertamento con il processo amministrativo, per l'evolversi dei riti e delle tipologie di azioni non significa per forza ritenere che l'azione di accertamento abbia le caratteristiche della reintegrazione in forma specifica di cui all'art. 7 comma 3 della l. T.a.r. che, infatti, presuppone un danno ingiusto, pur muovendosi nell'ottica dell'esame dell'effetto conformativo della sentenza di annullamento.**

Nel campo della tutela dei terzi di fronte alla DIA, l'azione di accertamento, proposta a tutela dell'interesse legittimo pretensivo all'esercizio dei poteri inibitori, riguarda una **potestà amministrativa del tutto vincolata e quindi può ritenersi superata l'obiezione relativa alla riserva di Amministrazione (che viene condotta a difesa dell'esercizio dei poteri discrezionali dei soggetti pubblici). Si tratta cioè della tutela di quelli che la dottrina ha chiamato «interessi legittimi con garanzia di risultato» (103). A riguardo, la cognizione del giudice potrà essere limitata ai cosiddetti «elementi rigidi» (104) del rapporto amministrativo, e verranno accertati i presupposti in fatto e in diritto che avrebbero dovuto condurre l'Amministrazione, senza alcun margine di discrezionalità amministrativa, a esercitare il proprio potere inibitorio.**

Non pare poi, sul tema dell'oggetto dell'accertamento, che aiuti molto dire che oggetto dell'accertamento è il rapporto amministrativo perché non si chiarisce come, in concreto, tale rapporto debba essere accertato.

**Nel caso di azione promossa dal terzo, oggetto dell'accertamento è, da un lato, il mancato rispetto da parte del dichiarante dei presupposti di legge (e quindi siamo in un'attività di accertamento puro (105)) e, dall'altro, il connesso mancato esercizio del potere inibitorio, vincolato, che avrebbe dovuto essere esercitato entro il termine perentorio indicato all'art. 19. La sentenza, per fornire una qualche utilità diretta al ricorrente, deve poter ordinare l'esercizio del potere inibitorio (s'intenda con questo un giudizio sul rapporto o no).**

Infatti, l'interesse del terzo consiste nell'accertamento del dovere dell'Amministrazione di intervenire a vietare l'inizio o la prosecuzione dell'attività privata. Tale dovere di intervenire per vietare che l'attività privata si svolga *contra legem* è sottoposto, seguendo la disciplina di cui all'art. 19, al termine perentorio (nel senso prima precisato) (106) dei 30 giorni dalla comunicazione dell'avvio dell'attività stessa. Scaduto detto termine, il terzo può essere lesa dal mancato intervento dell'Amministrazione e avere perciò interesse a fare accertare l'obbligo (inadempito) di provvedere. Si tratta quindi dell'accertamento che riguarda un'attività vincolata, e non la fase discrezionale, dell'autotutela, in cui l'Amministrazione non ha l'obbligo, secondo la ricostruzione di cui al precedente punto I.4, di intervenire sull'attività seppure illegittimamente iniziata.

Invece, scaduti i termini per impugnare l'inadempimento dell'Amministrazione nell'esercizio dei poteri inibitori, il terzo si trova nella identica posizione di un soggetto interessato all'esercizio dell'attività di autotutela dell'Amministrazione e, quindi, non avrà altra possibilità se non quella di rivolgersi al soggetto pubblico competente per stimolare l'esercizio di detti poteri, ma senza potersi costruire alcuna posizione di tipo processuale, considerando che, all'istanza del privato che chiede l'esercizio del potere di autotutela, l'Amministrazione potrebbe non rispondere, trattandosi di attività discrezionale pura. Pare corretta la ricostruzione del Consiglio di Stato, secondo cui, poiché si tratta di un'azione di accertamento posta a tutela di interessi legittimi, essa dovrà essere soggetta al termine di decadenza dei 60 giorni dalla piena conoscenza dell'atto (in questo caso, non atto pubblico) lesivo.

Ciò in quanto, se l'azione di accertamento fosse soggetta non ad termine di decadenza, ma ad un termine di prescrizione, verrebbe tradito il legame tra istituti processuali e regole sostanziali del diritto amministrativo. Qui, infatti, rilevano evidentemente le stesse esigenze di stabilità dei rapporti di diritto pubblico che portano, in generale, all'inoppugnabilità del provvedimento e, in particolare, in questo caso specifico, alla prosecuzione dell'attività e alla conversione dei poteri di controllo, da attività vincolata in attività discrezionale.

Che poi il termine previsto a pena di decadenza sia pari a sessanta giorni e non ad un anno, come previsto dall'art. 2 comma 5 della l. n. 241/1990, appare conforme all'applicazione del criterio generale, anche se un'applicazione estensiva e per analogia della norma citata non sarebbe fuori luogo, considerato che il mancato esercizio dei poteri inibitori sembra equivalere, sostanzialmente, ad un silenzio inadempimento.

A tale riguardo, un profilo ulteriore da sottolineare è costituito dal momento a partire dal quale il termine può decorrere: il terzo infatti non ha notizia del procedimento di DIA e ne potrà dedurre l'esistenza solo a partire dall'osservazione dei dati di fatto: il soprizzo di una costruzione, l'apposizione di una impalcatura, l'apertura di una attività commerciale.

Da quel momento potrà passare dal fatto al diritto, chiedendo accesso agli atti del procedimento iniziato dal dichiarante. Solo una volta ottenuto il fascicolo, potrà dirsi che il terzo abbia conoscenza diretta della DIA e dell'attività amministrativa connessa: a partire da quel momento potranno essere computati i termini di 60 giorni per valutare la tempestività del ricorso.

È facile presumere, quindi, che detti termini siano anche molto più lunghi della scadenza effettiva dei 60 giorni previsti dalla legge per l'esercizio dell'attività di controllo, nonostante siano termini previsti a pena di decadenza e non di prescrizione.

## NOTE

---

(1) Da ultimo raccolti nella monografia di W. GIULIETTI, *Attività di diritto privato e potere amministrativo*, Torino, 2008. Specificamente sulla DIA: L. FERRARA, *I diritti soggettivi ad accertamento amministrativo*, Padova, 1996; G. ACQUARONE, *La denuncia di inizio attività. Profili teorici*, Milano, 2000; E. BOSCOLO, *I diritti soggettivi a regime*

amministrativo. L'art. 19 della l. n. 241/1990 e altri modelli di liberalizzazione, Padova, 2001; P. DURET, *Sussidiarietà e autoamministrazione dei privati*, Padova, 2004; P. MARZARO GAMBA, *La denuncia di inizio attività*, Padova, 2005.

(2) Così A. TRAVI, *La dia e la tutela del terzo: fra pronunce del g.a. e riforme legislative*, in *Urb. e app.*, 2005, 1325 ss., spec. 1335 ss.

(3) Si nota condivisibilmente che «rispetto al terzo è rilevante solo il potere sanzionatorio (o, meglio, repressivo) che possa esprimersi in una misura ripristinatoria, ossia che comporti l'eliminazione degli effetti prodotti dall'attività privata in discussione. Invece è irrilevante il potere sanzionatorio che può attuarsi solo attraverso misure pecuniarie, perché l'applicazione di una sanzione pecuniaria non comporta alcun vantaggio per la posizione giuridica del terzo» quindi «lo spazio per la tutela inibitoria (...) risulta più limitato, proprio perché si correla solo a quel potere sanzionatorio che si attua con misure ripristinatorie». A. TRAVI, *La dia e la tutela del terzo: fra pronunce del g.a. e riforme legislative*, cit., 1335.

(4) Se il dichiarante non paga la sanzione potrebbe avere più facilità a vendere i propri prodotti ad un prezzo più conveniente rispetto agli altri operatori.

(5) La centralità della problematica relativa alla tutela del terzo emerge chiaramente nello scritto di A. TRAVI, *La dia e la tutela del terzo: fra pronunce del g.a. e riforme legislative*, cit., 1327 ss., ove si specifica che «l'estensione del modello della DIA a situazioni caratterizzate precedentemente da provvedimenti con effetti multilaterali (si pensi al permesso di costruire, all'autorizzazione commerciale, ecc.) ha reso evidente il problema della tutela dei terzi», 1332. Sullo stesso tema anche M. MACCHIA, *La tutela del terzo controinteressato tra denuncia e dichiarazione di inizio attività*, in *Gior. dir. amm.*, 2006, 195.

(6) La qualifica della DIA come atto privato era già affermata dalla giurisprudenza del Consiglio di Stato cfr., *ex multis*, Cons. Stato, Sez. IV, 26 novembre 2008, n. 5811, in *Guida al dir.*, 2009, 3, 98, secondo cui la DIA «costituisce autocertificazione della sussistenza delle condizioni stabilite dalla legge per la realizzazione dell'intervento»; Cons. Stato, Sez. V, 22 febbraio 2007, n. 848, in *Riv. giur. ed.*, 2007, 1037. *Contra*, ancora di recente, T.a.r. Liguria, Genova, Sez. II, 9 gennaio 2009, n. 43, in *Red. Amm.-T.a.r.*, 2009, 1.

(7) Peraltro anche questo aspetto non configura una novità assoluta: dottrina e giurisprudenza già avevano prefigurato, sebbene non così chiaramente, la soluzione sposata dalla decisione in commento. Ad esempio, il T.a.r. Trentino-Alto Adige, 4 maggio 2008, n. 111, in *Foro amm.-T.a.r.*, 2008, 1240, aderendo alla tesi che affianca alla DIA un silenzio significativo dell'Amministrazione, aveva sottolineato che «la circostanza che il silenzio significativo possa costituire oggetto di una richiesta d'intervento da parte di altri, che siano controinteressati all'intervento fittiziamente autorizzato e che, in difetto di un formale provvedimento in sede di autotutela ovvero di repressione di un abuso, laddove le opere progettate non siano conformi alla strumentazione edilizia, sia proponibile il ricorso al giudice amministrativo, induce a concludere che, configurandosi nella specie un tipico tratto di attività amministrativa vincolata, a questo non possa che essere connessa una verifica *funditus* dei presupposti della stessa DIA. Tale orientamento ritiene quindi il terzo legittimato all'instaurazione di un giudizio di cognizione tendente ad ottenere l'accertamento dell'insussistenza dei requisiti e dei presupposti previsti dalla legge per la libera intrapresa dei lavori a seguito di DIA. (...) Il terzo che intenda agire a tutela della propria sfera giuridica lesa da un supposto intervento sprovvisto di ogni titolo potrà dunque contrastarlo in giudizio non già tramite l'impugnazione tesa all'annullamento di un inesistente provvedimento amministrativo, ma assai più semplicemente richiedendo l'accertamento della insussistenza dello *ius in capo* al soggetto agente. Così configurandosi il rapporto triadico tra denunciante, Amministrazione e terzo controinteressato, in sede di giurisdizione esclusiva il terzo controinteressato che contesti la presentazione di una denuncia di inizio attività associata al successivo silenzio dell'Autorità amministrativa, potrà attivare un giudizio di cognizione volto all'accertamento della corrispondenza, o meno, di quanto dichiarato dall'interessato e di quanto previsto dal progetto ai canoni stabiliti per la regolamentazione dell'attività edilizia in questione, oltre che all'eventuale difformità dell'opera realizzata rispetto al progetto anteriormente presentato in sede di DIA, azione non soggetta ad alcun termine di decadenza previsto esclusivamente per la disciplina del processo in sede di giurisdizione generale di legittimità».

(8) Questa tesi è stata accuratamente argomentata in dottrina da più voci. Si richiama a proposito il lavoro di V. COCUCCI, *Le ipotesi di tutela del terzo dinanzi alla dichiarazione di inizio attività tra interventi normativi e giurisprudenza pretoria*, in *Foro Amm.-T.a.r.*, 2009, 1647 ss., che si considera particolarmente pregevole anche per aver fronteggiato le obiezioni dei sostenitori delle tesi avverse. Sul punto vale la pena riportare le seguenti precisazioni dell'Autrice: «Si pensi, ad esempio, all'analogia della DIA con il silenzio-assenso, che per l'ultima pronuncia del Consiglio di Stato rimane tale, mentre per i sostenitori dell'opposta tesi si trasforma in una vera e propria equivalenza sul piano effettuale. I presupposti di fatto delle due fattispecie sono infatti radicalmente diversi, come dimostra anche la diversa previsione normativa: nel caso del silenzio-assenso, infatti, l'Amministrazione ha il potere di provvedere (ad esempio, di rilasciare un atto ampliativo), ma non provvede ed il suo silenzio equivale ad un assenso; nella DIA l'Amministrazione ha il potere di inibire gli interventi dichiarati, ma non lo esercita non necessariamente perché rimane inerte, ma magari perché non vi è necessità di esercitarlo in quanto l'attività dichiarata è legittima ed il relativo comportamento inerte, sommato alla dichiarazione privata, conferisce un effetto di assenso alla dichiarazione volta al riconoscimento della facoltà di ampliare la sfera giuridica del dichiarante. E proprio qui sta, a nostro parere, la *ratio* dell'art. 21, comma 2-bis, l. n. 241/1990, anch'esso introdotto dalla l. n. 80/2005: gli effetti della DIA sono assimilati a quelli del silenzio-assenso ex art. 20 e le due ipotesi possono essere pertanto accomunate tra gli atti/fatti di assenso sotto tale profilo ma non sotto il profilo dei presupposti, che sono e rimangono diversi. Si potrebbe a questo punto obiettare come l'infungibilità tra DIA e silenzio-assenso sia sempre stata un'arma a disposizione di coloro che avversavano la tesi della natura

provvedimentale della DIA (o, meglio, della fattispecie complessa DIA - mancato intervento della pubblica amministrazione): ciò è vero, ma è altresì vero che riconoscendo alla DIA un posto autonomo nella più ampia categoria degli atti di assenso *ex art. 21-bis* l. n. 241/1990, non si attenua il valore para-provvedimentale della fattispecie, né la si confonde con il silenzio-assenso, bensì semmai si valorizza l'innovatività dell'istituto, che tale è e non può non rimanere, pena l'assimilazione al silenzio-assenso sulla DIA o, all'opposto, il ricorso alla figura del silenzio-rifiuto sull'istanza di tutela del terzo» (*op. cit.*, 1660).

(9) Interessante ripercorrere il significato diverso dell'utilizzo dei termini *dichiarazione* e *denuncia*, sinteticamente ed efficacemente presentati nello scritto di E. BOSCOLO, *La denuncia di inizio attività riformata: il diritto (a regime amministrativo) tra silenzio-assenso ed autotutela*, in *Urb. e app.*, 2006, 836 ss., spec. 840.

(10) Come si diceva, non è la prima volta che il Consiglio di Stato segue questa impostazione: «Gli effetti di una dichiarazione di inizio attività non assumono valore provvedimentale, in quanto il principio di legalità e di conseguente tipicità dei provvedimenti amministrativi esclude che possano essere inseriti nella sequenza procedimentale provvedimenti non espressione di poteri tipici previsti dalla legge», Cons. Stato, 22 febbraio 2007, n. 948, in *Foro amm.-C.d.S.*, 2007, 545.

(11) La logica della liberalizzazione come ispirazione «politica» dell'istituto della DIA e la natura privata della stessa vengono ampiamente difese da E. BOSCOLO, *La denuncia di inizio attività riformata: il diritto (a regime amministrativo) tra silenzio-assenso ed autotutela*, cit., 839: «ritengo si possa continuare ad ancorare ogni riflessione attorno alla DIA alla convinzione che si tratti di uno strumento di liberalizzazione teso a superare la necessaria intermediazione del potere in vista dell'esplicazione di una attività privata. Nelle fattispecie di cui all'art. 19, la logica del titolo abilitativo recede e la funzione autorizzativa viene sostituita (dequotata) da una forma di controllo a carattere puntuale sulla dichiarazione formulata dal privato».

(12) Primo perché c'è n'è poi un *secondo*, decorrente dalla comunicazione di avvio dell'attività, sempre di trenta giorni, per il controllo dell'Amministrazione sui presupposti dichiarati.

(13) Salvo quanto previsto dal novellato art. 19, comma 2, in merito all'esercizio di attività di impianti produttivi di beni e di servizi e di prestazioni di servizi di cui alla direttiva 2006/123/CE, per cui è stato previsto che l'attività possa essere iniziata alla data della presentazione della dichiarazione all'amministrazione competente.

(14) Per descrivere il fenomeno del silenzio assenso restano fondamentali le riflessioni di A. TRAVI, *Silenzio-assenso ed esercizio della funzione amministrativa*, Padova, 1985. Dello stesso autore si veda: *Art. 19, in Commentario della l. 8 agosto 1990, n. 241, in Le nuove leggi civ. comm.*, 1995, 105.

(15) Si è anche ipotizzato, a riguardo, che il termine di trenta giorni «si attegga come una condizione sospensiva, che, una volta soddisfatta grazie alla regolare decorrenza dei trenta giorni, consente al privato, in assenza di un ordine inibitorio del Comune, di realizzare gli interventi edilizi progettati, senza attendere alcun specifico provvedimento amministrativo di carattere autorizzatorio», in *Commentario al testo unico dell'edilizia*, a cura di R. FERRARA - G.F. FERRARA, Padova, 2005, 296.

(16) Non pare corretto infatti immaginare che venga assentita - tramite un silenzio significativo - un'attività già in essere.

(17) In questa parte del ragionamento si concorda con la tesi esposta da L. BERTONAZZI, *Legge 18 giugno 2009, n. 69 e giustizia amministrativa: una primissima lettura*, in questa *Rivista*, 2009, 895.

(18) La necessità di maggiore consapevolezza in tema di finzioni nel diritto emerge nello scritto di A. GAMBARO, *Finzione nel diritto positivo*, in *Dig. disc. priv.*, Torino, 1992, 342, che desta particolare interesse in quanto oltre a ripercorrere il significato storico delle finzioni giuridiche, svolge considerazioni in merito alla diversità di approccio al tema da parte dei sistemi di *civil law* e di *common law*, concludendo nel senso che: «Non è infatti fuori luogo supporre che nella esperienza giuridica attuale del mondo occidentale, se sono scomparse le tecniche della finzione di palmare e proclamata evidenza, non sono affatto scomparse tutte le tecniche mediante le quali la *law making majority* provvede ad enunciare e spiegare i dati giuridici in modo fittizio. Sia che si voglia indicare come più onesta e produttiva una scelta di principio a favore del candore espositivo, sia che ci si limiti allo studio comparatistico e scientifico dei dati giuridici, l'abilità nel decifrare le finzioni non palesi costituisce uno strumento intellettuale non sostituibile», 353.

(19) Sul termine «finzione» nel diritto si vedano le voci di C. SEGRE, voce *Finzione*, in *Enc. Einaudi*, VI, Torino, 1979, 208, dove emerge la complessità dei significati del termine cui si sta facendo riferimento; ROTONDI, voce *Finzione giuridica*, in *Enc. Italiana*, XV, Roma, 1950, 419; MACCHIARELLI, voce *Fictio iuris*, in *Enc. giur. it.*, VI, II, Milano, 1968, 658-673; PUGLIATTI, voce *Finzione*, in *Enc. dir.*, XVII, Milano, 1968, 658-673.

(20) Sul tema delle finzioni nel diritto, contiene interessanti spunti il testo, con impostazione storica, di F. TODESCAN, *Diritto e realtà: storia e teoria della fictio iuris*, Padova, 1979, in cui l'Autore ripercorre il significato della tecnica delle finzioni e le colloca nei diversi sistemi giuridici moderni. La funzione dogmatica della *fictio* viene così definita: «nella sua funzione dogmatica, invece, la finzione avrebbe il compito di permettere un più facile inquadramento di certe soluzioni all'interno di un dato sistema giuridico-positivo, staticamente considerato», 11.

(21) È interessante e significativo che gli studi del Perelman sulle finzioni nel diritto abbiano portato l'Autore a ritenere che la *fictio iuris* non rientri nella realtà giuridica-normativa, ma sia ascritta agli sviluppi empirici di tipo prevalentemente dottrinale e giurisprudenziale: «la *fiction juridique*, à différence de la présomption irréfragable, est une qualification des faits toujours contraire à la réalité juridique. Si cette réalité est déterminée par le législateur, sa décision, quelle qu'elle soit, ne consistue jamais une *fiction juridique*, même si elle s'écarte de la réalité de sens commun», in *Logique juridique. Nouvelle rhétorique*, Parigi, 1976, 62.

(22) Ed è proprio il carattere artificiale ed empirico delle finzioni, lontano dalla logica degli strumenti tecnici più rigorosi, che ha sempre suscitato un tendenziale scetticismo

nell'utilizzo di questa tecnica interpretativa. Cfr., ad esempio, A BAYART, *Peut-on éliminer les finctions du discours juridique?*, in AA.VV., *Les présomptions et les finctions en droit*, a cura di C. PERELMAN - P. FORIERS, Bruxelles, 1974, 27.

(23) Il tema della  *fictio*  nel diritto romano, il cui esempio più conosciuto è fornito dalla  *lex cornelia* , è trattato nell'articolo di L. NIVARRA, *Le parole nel diritto: finzioni*, in *Eur. e dir. priv.*, 2005, 389.

(24) In quest'ottica, ad esempio, A. LA TORRE, *La finzione nel diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 2000, 315 ss. ivi, in particolare: «Non sempre - si badi - la Finzione è un disvalore, essendo più spesso una strategia tollerata anzi, entro certi limiti, difficilmente separabile dall'osservazione di regole formali di comportamento. (...)».

(25) A. LA TORRE, *La finzione nel diritto*, cit., 321. È ovvio peraltro che una dose di finzione sia connaturale all'interpretazione. Basta pensare alla «persona» giuridica per capire che la finzione, intesa come meccanismo di costruzioni giuridiche, è un elemento essenziale al sistema.

(26) Secondo la nota formula di cui all'art. 1359 c.c.: «la condizione si considera avverata qualora sia mancata per causa imputabile alla parte che aveva interesse contrario all'avveramento di essa».

(27) In questo senso, la finzione sarebbe «il mezzo meno imperfetto per rimediare alle imperfezioni del sistema», A. LA TORRE, *La finzione nel diritto*, cit., 331.

(28) Mi pare che le finzioni utilizzate sul terreno della DIA, possano essere ricondotte a quelle che la dottrina civilistica intende come «*finzioni di continuità*»: cioè quelle poste a salvaguardia della continuità dell'ordinamento e volte ad evitare l'*horror vacui*. In realtà, ove un problema di *horror vacui* non ci sia, cioè, nella specie, ove vi sia possibilità di fornire altrimenti tutela al terzo, ecco che le finzioni appaiono fuori luogo e non riescono a ricondursi alle tipologie di *fictiones* ammesse dal sistema.

(29) Si sono espressi affermando la natura privata della DIA in dottrina E. BOSCOLO, *I diritti soggettivi a regime amministrativo*, op. cit., 193; G. FALCON, *La regolarizzazione delle attività private e l'art. 19 della l. n. 241/1990*, in *Dir. pubbl.*, 1997, 411 ss.; M.P. CHITI, *Atti di consenso*, in *Scritti in onore di Feliciano Benvenuti*, vol. II, Modena, 1996, 494; F. GAFFURI, *La denuncia di inizio attività dopo le riforme del 2005 alla legge n. 241 del 1990*, in *Dir. amm.*, 2007, 369 e *Ripensamenti giurisprudenziali in merito alla questione relativa alla natura della denuncia di inizio attività e alla tutela del terzo controinteressato dopo le riforme del 2005 alla legge n. 241/1990*, in questa *Rivista*, 2008, 235; W. GIUGLIETTI, *Attività di diritto privato e potere amministrativo*, cit., spec. Capitolo II; L. FERRARA, *Diritti soggettivi ad accertamento amministrativo*, Padova, 1996, *passim*; A. TRAVI, *Silenzio-assenso, denuncia di inizio attività e tutela dei terzi controinteressati*, in questa *Rivista*, 2002, 16 ss.

(30) A voler essere più precisi, si deve prendere nota che nella ricostruzione completa delle tesi a riguardo gli orientamenti percorsi da dottrina e giurisprudenza sono almeno tre. È interessante notare che in questa materia è proprio la giurisprudenza ad introdurre le maggiori distinzioni e ad azzardare le ricostruzioni più complesse. Ad esempio, in una sentenza piuttosto recente, le principali classificazioni sul tema sono state ricostruite nei tre seguenti filoni: 1) il primo considera la DIA atto soggettivamente ed oggettivamente privato che, in presenza di determinate condizioni e all'esito di una fattispecie a formazione complessa, attribuisce una legittimazione *ex lege* allo svolgimento di una determinata attività, che sarebbe così liberalizzata. Colui che si oppone all'intervento preceduto dalla DIA sarebbe legittimato a chiedere di porre in essere i provvedimenti sanzionatori previsti, facendo ricorso, in caso di inerzia, alla procedura del silenzio rifiuto, che avrà come riferimento il generale potere sanzionatorio; 2) secondo altra tesi, la DIA si tradurrebbe, in virtù di una preventiva valutazione legale tipica, nell'autorizzazione implicita all'effettuazione dell'attività edilizia, per cui i terzi potrebbero agire innanzi al giudice amministrativo avverso il titolo abilitativo formatosi (in forma tacita) per il decorso del termine entro cui l'Amministrazione può impedire gli effetti della DIA per chiederne l'annullamento; 3) secondo un'ulteriore tesi, la devoluzione alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo delle controversie in materia edilizia, *ex art. 34, d.lg. n. 80/1998* e il nuovo testo dell'art. 19 (rubricato «Dichiarazione di inizio attività») della l. 7 agosto 1990, n. 241, che codifica il potere dell'Amministrazione di assumere determinazioni in via di autotutela e, al comma 5, stabilisce che le controversie concernenti oggetto, procedura ed effetti della DIA egualmente rientrano nella giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, fanno chiaramente percepire l'intento del legislatore di rafforzare l'istituto in esame, assimilandolo ad un implicito provvedimento amministrativo dopo il decorso del termine di legge, come è dimostrato dal fatto che la stessa Amministrazione è stata autorizzata ad assumere determinazioni in sede di autotutela.

(31) Chiarissime le decisioni giurisprudenziali che aderiscono a tale impostazione: «il legislatore, ipotizzando l'adozione di provvedimenti di secondo grado, ha, pertanto, inteso la dia come un atto abilitativo tacito formatosi a seguito della denuncia del privato e del conseguente comportamento inerte dell'Amministrazione», T.a.r. Genova, Liguria, Sez. I, 19 marzo 2008, in *Riv. giur. ed.*, 2008, 3, 831. Identica a T.a.r. Piemonte, Torino, Sez. I, 19 aprile 2006, n. 1885, in *Riv. giur. ed.*, 2008, 1, 354 con nota di L. MARTINEZ, *La natura negoziale della dia nuoce alla tutela del terzo?*: «Il riferimento espresso agli istituti dell'autotutela decisoria, contenuto nell'art. 19, l. n. 241 del 1990, nel testo sostituito dall'art. 3, d.l. n. 35 del 2005, conv. con modificazioni nella l. 14 maggio 2005, n. 80, induce a ritenere che il legislatore abbia voluto assumere una posizione specifica in ordine alla *vexata quaestio* della natura giuridica della dia, nel senso che la previsione dell'adottabilità di provvedimenti di secondo grado sottende la qualificazione della dia come atto abilitativo tacito formatosi a seguito della denuncia del privato e del conseguente comportamento inerte dell'Amministrazione». Conforme: Cons. Stato, Sez. IV, 13 gennaio 2006, n. 23, in *Foro amm.-C.d.S.*, 2006, 236.

È interessante notare anche che, qualificando la DIA come un procedimento a formazione complessa in cui il silenzio dell'Amministrazione ha contenuto positivo, la giurisprudenza del Consiglio di Stato ha ritenuto non applicabile il preavviso di diniego di cui all'art. 10-bis «È inapplicabile alla denuncia di inizio attività (di cui al d.P.R. n. 380/2001) l'art. 10-bis, l. n. 241 del 1990, atteso che la dia è provvedimento (implicito) di tipo favorevole al privato,



mentre è negativo (ma non è a rigore un rigetto della istanza) il successivo atto di diffida a non agire; inoltre, il preavviso per l'ordine di non eseguire costituirebbe una non giustificata duplicazione del medesimo, incompatibile con il termine ristretto entro il quale l'Amministrazione deve provvedere, non essendo fra l'altro previste parentesi procedurali produttive di sospensione del termine stesso», Cons. Stato, Sez. IV, 12 settembre 2007, n. 4828, in *Riv. giur. ed.*, 2008, 1, 301.

(32) In dottrina a questa soluzione approda F. GAFFURI, *I ripensamenti giurisprudenziali in merito alla questione relativa alla natura della denuncia di inizio attività e alla tutela del terzo controinteressato dopo le riforme del 2005 alla l. n. 241/1990*, cit. In particolare: «Non sembra necessario, infatti, rifarsi alla tipica ed ordinaria azione giurisdizionale amministrativa per garantire ai controinteressati una tutela efficace, effettiva ed immediata che il meccanismo del silenzio inadempiuto, richiamato dall'opposta concezione privatistica della DIA, non è certo in grado di assicurare. Si può ipotizzare un giudizio avente ad oggetto direttamente la legittimità dell'intervento effettuato dal denunciante anche senza ricorrere ad inquadramenti sistematici forzati ed artificiosi che non trovano validi sostegni nella disciplina normativa esistente e nei principi generali del diritto pubblico. In base all'interpretazione qui suggerita, il terzo, che si ritiene lesa da un'attività avviata con il procedimento semplificato previsto dal menzionato art. 19, è legittimato a promuovere un'azione di accertamento finalizzata a verificare se sussistono effettivamente le condizioni oggettive e soggettive per lo svolgimento di tale attività. Più esattamente, il controinteressato può chiedere al giudice amministrativo - entro 60 giorni dalla comunicazione o dalla piena conoscenza del perfezionamento del procedimento in questione - di dichiarare l'illegittimità, per carenza dei presupposti e dei requisiti legali attestati nella denuncia di inizio attività, del silenzio inadempiuto, formatosi a seguito dello spirare del termine perentorio per il controllo-riscontro, e, dunque, l'inesistenza di ragionevoli affidamenti soggettivi in ordine alla realizzabilità dell'intervento denunciato» (*op. cit.*, 272).

(33) Qualche dubbio in merito alla previsione della giurisdizione esclusiva verrà sollevato più oltre.

(34) Così anche alcune decisioni dei giudici amministrativi: T.a.r. Torino, Piemonte, Sez. I, 19 aprile 2006, n. 1885, cit.

(35) Sulla non esauribilità del potere inibitorio scaduti i termini di legge, con riferimento alla DIA edilizia, si veda Cons. Stato, Sez. IV 12 marzo 2009, n. 1474, in *Red. Amm. - C.d.S.*, 2009, 03: «Nel caso di presentazione di dichiarazione di inizio di attività l'inutile decorso del termine assegnato prima dall'art. 2, comma 60, 23 dicembre 1996 n. 662 e ora dall'art. 23, t.u. 6 giugno 2001, n. 380 all'Autorità comunale per l'adozione del provvedimento di inibizione ad effettuare il previsto intervento edificatorio, non comporta che l'attività del privato, ancorché del tutto difforme dal paradigma normativo, possa considerarsi lecitamente effettuata e quindi essere esente dalle sanzioni previste dall'ordinamento per il caso di sua mancata rispondenza alle norme di legge e di regolamento, alle prescrizioni degli strumenti urbanistici ed alle modalità esecutive fissate nei titoli abilitativi; segue da ciò che il titolo abilitativo, formatosi per effetto dell'inerzia dell'Amministrazione, può diventare oggetto di interventi di annullamento d'ufficio o revoca e che essa, dopo il decorso del termine previsto per la verifica dei presupposti e requisiti di legge, non perde i propri poteri di autotutela, nel senso di poteri sia di vigilanza e sanzionatori che di poteri espressione dell'esercizio di una attività di secondo grado estrinsecantesi nell'annullamento d'ufficio e nella revoca, seppure nel rispetto del principio di reciproca lealtà e certezza dei rapporti giuridici».

(36) Così, nella manualistica si trovano veloci richiami ai poteri di autotutela e si chiarisce che, una volta scaduto il termine di trenta giorni, la norma consente il potere dell'Amministrazione di procedere con revoca o annullamento d'ufficio, fatta salva ovviamente la tutela dell'affidamento del privato in buona fede, secondo la disciplina prevista dagli artt. 21-*quinquies* e 21-*nonies*, V. CERULLI IRELLI, *Lineamenti del diritto amministrativo*, Torino, 2006, 408. L. FERRARA, *I diritti soggettivi ad accertamento autonomo*, cit., 149, contrario alla configurabilità di uno stato di legittimo affidamento in caso di DIA non conforme alla legge.

(37) In questo senso pare dirigersi anche l'interpretazione di G. FALCON, *L regolarizzazione delle attività private e l'art. 19 della l. n. 241/1990*, cit., spec. 447.

(38) Per la verità, se la volontà del legislatore è quella che si è ipotizzata, in dottrina è stata acutamente rilevata una contraddizione nelle modifiche legislative sul punto: F. GAFFURI, *La denuncia di inizio attività dopo le riforme del 2005 alla l. n. 241 del 1990*, cit., «per quanto concerne il termine giova sottolineare che l'art. 19 non stabilisce espressamente la sua natura perentoria; anzi, per la verità, dal tenore letterale della norma è stato espunto l'inciso, a carattere rafforzativo, entro e non oltree, contenuto nella pregressa disciplina temporale del potere di verifica sulla denuncia. Purtroppo, la dottrina e la giurisprudenza più recenti appaiono concordi nel considerare il suddetto riconoscimento uno dei risultati più rilevanti della riforma» (*op. cit.*, 389).

(39) L. FERRARA, *I diritti soggettivi ad accertamento amministrativo*, cit., 126 ss. e 142-143.

(40) Che riprende uno schema già proposto da L. FERRARA, *I diritti soggettivi ad accertamento amministrativo*, cit., 143.

(41) Cons. Stato, Ad. gen. 6 febbraio 1992, n. 27, in *Foro it.*, 1992, III, 2000.

(42) L. FERRARA, *I diritti soggettivi ad accertamento amministrativo*, cit., 145.

(43) Pare contrastare questa ricostruzione A. TRAVI, *La dia e la tutela del terzo: fra pronunce del g.a. e riforme legislative*, cit., 1325 ss., secondo cui «se si subordina a un apprezzamento discrezionale l'intervento dell'Amministrazione (dopo la scadenza del termine perentorio per la verifica della DIA), diventa problematica anche una tutela per il terzo sul modulo del ricorso sul silenzio» (*op. cit.*, 1334).

In senso invece tendenzialmente favorevole E. BOSCOLO, *la denuncia di inizio attività riformata: il diritto (a regime amministrativo) tra silenzio-assenso ed autotutela*, cit., 841.

Fanno riferimento a forme di autotutela *sui generis* E. CASSETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, VII ed., Milano, 2005, 487 e A. GANDINO, *La nuova DIA: a proposito di*

*semplificazione ed autotutela*, in *Foro amm.-T.a.r.*, 2005, 3807, spec. 3811.

Sostiene che il richiamo all'art. 21-*nonies* non possa essere inteso in senso letterale e che probabilmente deve essere utilizzato per distinguere le manifestazioni di potere amministrativo prima e dopo la scadenza del termine G. VESPERINI, *La denuncia di inizio attività e il silenzio assenso*, in *Giorn. dir. amm.*, 2007, 83 ss.

(44) A simili conclusioni giunge F. GAFFURI, *I ripensamenti giurisprudenziali in merito alla questione relativa alla natura della denuncia di inizio attività e alla tutela del terzo controinteressato dopo le riforme del 2005 alla l. n. 241/1990*, cit., 264.

(45) Commenta alcune decisioni del Consiglio di Stato che paiono introdurre l'azione di accertamento in caso di silenzio inadempimento G. GRECO, *Silenzio della Pubblica Amministrazione e oggetto del giudizio amministrativo*, in *Giur. it.*, 1983, Dis. IV, Parte III, Sez. I.

(46) In dottrina, nel senso di riconoscere l'azione di accertamento, si è espresso chiaramente, in entrambi i suoi approfondimenti dedicati al tema, Federico Gaffuri, che ha avuto il merito di semplificare il complesso e intricato materiale giurisprudenziale, prospettando inoltre soluzioni lungimiranti, considerato che sono quelle attualmente recepite dalla giurisprudenza del Consiglio di Stato: F. GAFFURI, *La denuncia di inizio attività dopo le riforme del 2005 alla legge n. 241 del 1990: considerazioni sulla natura dell'istituto*, cit., e *I ripensamenti giurisprudenziali in merito alla questione relativa alla natura della denuncia di inizio attività e alla tutela del terzo contro interessato dopo le riforme del 2005 alla legge n. 241/1990*, cit.

(47) Punto 7.7 della sentenza in commento.

(48) In particolare di G. GRECO, *L'accertamento autonomo del rapporto nel giudizio amministrativo*, Milano, 1980, 174: «quando l'Autorità amministrativa omette di operare nel senso anzidetto o provvede in modo variamente illegittimo deve ovviamente soccorrere il sistema giurisdizionale che, in tanto può dirsi dotato di effettività, in quanto riesce a realizzare - attraverso strumenti processuali magari diversi - un assetto di rapporti che sia conforme a quello astrattamente previsto dall'ordinamento: a questo scopo, il problema dell'accertamento giurisdizionale del rapporto amministrativo assume un ruolo fondamentale».

(49) In *Urb. e app.*, 2009, 541, con nota di S. FANTINI, *La pregiudiziale amministrativa come motivo inerente la giurisdizione*; in *Giorn. dir. amm.*, 2009, 379, con nota di L. TORCHIA, *La pregiudiziale amministrativa dieci anni dopo la sent. n. 500/99: effettività della tutela e natura della giurisdizione*: in questa *Rivista*, 2009, 460, con nota di G. GRECO, *La Cassazione conferma il risarcimento autonomo dell'interesse legittimo: progresso o regresso del sistema?*

(50) Di recente, al fine di individuare una forma di tutela piena delle posizioni soggettive del privato al cospetto della p.a., è stato riproposto un percorso, che trova le sue radici negli studi di Orsi Battaglini, nella monografia di C. CUDIA, *Funzione amministrativa e soggettività della tutela. Dall'eccesso di potere alle regole del rapporto*, Milano, 2008. Sul presupposto che la Costituzione non imponga forme di tutela speciali per il contenzioso con l'Amministrazione, si propone un modello improntato alla pariteticità tra pubblico e privato, «nel quale le regole che presiedono all'esercizio del potere sono calate nella logica del rapporto e acquisiscono una nuova e più intensa esigibilità», in cui il sindacato per eccesso di potere lasci il posto a più moderni schemi privatistici, 162.

In sostanza «qualunque sia l'estensione quantitativa del potere amministrativo, per la parte in cui risulta giuridicamente disciplinato esso non è qualitativamente speciale, perché l'individuo ha diritto al diritto (vanta cioè diritti soggettivi al rispetto delle prescrizioni normative). (...) Dal lato della tutela giurisdizionale in senso stretto, emerge la necessità di un sistema in cui il controllo giurisdizionale riguardi l'applicazione della norma in quanto tale, senza che questa possa essere filtrata dagli interessi di una parte del rapporto» (*op. cit.*, 168). L'Autrice propende quindi per una concezione marcatamente soggettiva della tutela giurisdizionale amministrativa, che certamente incrementa il principio di effettività della tutela giurisdizionale, ma a partire da una prospettiva che si distacca dalla *ratio* storica della nostra giustizia amministrativa: «l'individuo che protegge in sede giurisdizionale una propria situazione soggettiva, non persegue il pubblico bene, ma cura i propri interessi: non esiste una mano invisibile del diritto pubblico. Il ricorrente che impugna un provvedimento amministrativo non sente di collaborare all'affermazione dell'interesse pubblico, ma percepisce se stesso come avversario dell'Amministrazione» (*op. cit.*, 172).

(51) Lo stesso Greco, pur ragionando - a suo tempo - nell'ottica dell'effettività della tutela, è parso particolarmente cauto nel verificare le conseguenze di tale principio: «sebbene studiato prevalentemente in una prospettiva di effettività della tutela del ricorrente, l'accertamento autonomo è idoneo a soddisfare compiutamente tutte le parti del rapporto sostanziale. Amministrazione pubblica compresa: poiché detto accertamento definisce i termini del rapporto, è idoneo a concludere - salvi i margini di discrezionalità - la controversia sostanziale, dichiarando definitivamente quale delle parti abbia ragione sul piano sostanziale», G. GRECO, *Silenzio della Pubblica Amministrazione e oggetto del giudizio amministrativo*, cit., 12.

(52) Sul punto non mi dilungo avendo già espresso alcune critiche nell'articolo *Alcune perplessità sul richiamo ai principi di diritto amministrativo europeo e, in particolare, alla CEDU, nella recente giurisprudenza amministrativa: la mancata ricognizione dei significati*, in questa *Rivista*, 2009, 552.

(53) Si vedano in tema le riflessioni di P. DE LISE, *Relazione di sintesi: la pienezza e la concentrazione della tutela*, in *La nuova giurisdizione del giudice amministrativo* - Convegno di studio 14-15 marzo 2008 a Lecce, Roma, 2008, 133 ss.

(54) Pare troppo ambizioso ripercorrere in questa sede tutti gli sviluppi e le riflessioni che hanno accompagnato l'evoluzione del pensiero dottrinale in merito all'azione di accertamento e, ancora prima, all'oggetto del processo amministrativo. Un obiettivo più ragionevole è invece quello di ricordare alcuni contributi sul tema, particolarmente impegnativi, cui si rinvia: A. PIRAS, *Interesse legittimo e giudizio amministrativo*, Milano, 1962; F. LA VALLE, *Azione d'impugnazione e azione di adempimento nel giudizio amministrativo di legittimità*, in *Jus*, 1965, 152; R. VILLATA, *L'esecuzione delle decisioni*

del Consiglio di Stato, Milano, 1971, 405 ss.; G. GRECO, *Silenzio della pubblica Amministrazione e problemi di effettività della tutela degli interessi legittimi*, in *Riv. dir. proc.*, 1979, 395; F. MERUSI, *Verso un'azione di adempimento?*, in *Scritti in onore di Giovanni Miele, Il processo amministrativo*, Milano, 1979, 335; V. CAIANIELLO, *Le azioni proponibili e l'oggetto del giudizio amministrativo*, in *Foro amm.*, 1980, 851 ss., spec. 866 ss.; G. GRECO, *L'accertamento autonomo del rapporto nel giudizio amministrativo*, Milano, 1980, 58 ss.; *Silenzio della pubblica Amministrazione e oggetto del giudizio amministrativo*, in *Giur. it.*, 1983, III, 1, 138; M. CLARICH, *L'azione di adempimento nel sistema di giustizia amministrativa in Germania: linee ricostruttive e orientamenti giurisprudenziali*, in questa *Rivista*, 1985, 66 ss.; B. SASSANI, *Impugnativa dell'atto e disciplina del rapporto. Contributo allo studio della tutela dichiarativa nel processo civile e amministrativo*, Padova, 1989, 117; C. CONSOLO, *Per un giudicato pieno e perentorio a prezzo di un procedimento amministrativo all'insegna del principio di preclusione*, in questa *Rivista*, 1990, 171 ss., spec. 174 ss.; G. GRECO, *Per un giudizio di accertamento compatibile con la mentalità del giudice amministrativo*, in questa *Rivista*, 1992, 481 ss.; G. ABBAMONTE, *Sentenze di accertamento ed oggetto del giudizio amministrativo di legittimità e di ottemperanza*, in *Scritti in onore di Giannini*, Milano, 1988, I, 1 ss. Si aggiunge anche qualche riferimento a monografie più recenti (anche se meno decisive per l'impostazione della problematica), in argomento: A. BARTOLINI, *La nullità del provvedimento amministrativo*, Torino, 2000; A. POLICE, *Il ricorso di piena giurisdizione davanti al giudice amministrativo*, II, Padova, 2001; L. GIANI, *Funzione amministrativa e obbligo di correttezza*, Napoli, 2005; C. CUDIA, *Funzione amministrativa e soggettività della tutela. Dall'eccesso di potere alle regole del rapporto*, cit.; M. PROTTO, *Il rapporto amministrativo*, Milano, 2008.

(55) M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, a cura di E. CARDI - A. NIGRO, Bologna, ult. ed., spec. parte III.

(56) Come in effetti dimostrano proprio le tesi di Nigro che si sviluppano attorno agli effetti del giudicato per allargare la tutela riconosciuta al ricorrente nei confronti dell'azione amministrativa.

(57) Cosa si debba intendere per *rapporto amministrativo* prova a chiarirlo M. PROTTO, *Il rapporto amministrativo*, cit., 6: «per rapporto amministrativo si intende il sistema proiettato nel tempo delle relazioni giuridicamente rilevanti, bipolari e multipolari, esterne ed interne, che si instaurano tra pubbliche amministrazioni e privati in relazione all'esercizio della funzione amministrativa e alla tutela dei diritti fondamentali». Nella monografia citata si ripercorrono i tratti essenziali della concezione del rapporto giuridico applicato alla relazione tra Amministrazione e cittadino ora nell'ordinamento tedesco, ora nell'ordinamento italiano, con riferimento al quale vengono rappresentate le posizioni di ROMAGNOSI, SANTI ROMANO, RANELLETTI, CAMMEO, FORTI, VITTA, D'ALESSIO, MIELE, ZANOBINI, GUICCIARDI, *op. ult. cit.*, 29 ss.

Per quanto concerne l'aspetto della tutela giurisdizionale, l'Autore riferisce come punto di svolta la posizione di Cammeo che nel suo *Commentario alle leggi sulla giustizia amministrativa* individua una giurisdizione sui rapporti di diritto amministrativo costituiti tra i cittadini e lo «stato d'Amministrazione». Nel testo viene inoltre evidenziato il percorso che, partendo da una concezione di rapporto amministrativo inteso come rapporto di diritto pubblico, caratterizzato ora dalla supremazia dell'Amministrazione, ora dalla supremazia dell'interesse pubblico, passa attraverso l'affermazione del principio di *autoritatività dell'atto amministrativo* (che si accompagna all'affermazione del primato del provvedimento sul rapporto), e culmina nelle riflessioni di Piras, Giannini e Nigro, per finire con gli approfondimenti di Greco, di Leonardo Ferrara e di Scoca, che sviluppano un'analogia tra rapporto amministrativo e diritto di credito e con quelli dei sostenitori della *legalità-risultato*, e in particolare di Romano Tassone, che coniano l'espressione «rapporto di risultato».

La definizione di rapporto amministrativo proposta da Protto presenta alcuni significativi profili di divergenza rispetto alle tesi, ancora fondamentali, esposte da Greco. In particolare in ordine alla *multipolarità del rapporto* e all'*analogia tra interesse legittimo e diritto di credito* (cfr. sull'esclusione della possibilità di considerare le relazioni multipolari del rapporto amministrativo G. GRECO, *L'accertamento autonomo*, op. cit., 172).

(58) Lo ricorda, senza mezzi termini, R. VILLATA, nel *Commento introduttivo alla riforma della l. n. 205/2000*, in premessa alla prima edizione de AA.VV., *Il processo davanti al giudice amministrativo. Commento sistematico alla l. n. 205/2000*, a cura di B. SASSANI - R. VILLATA, Torino, 2001, 6-7.

(59) Come arriva ad affermare parte della dottrina amministrativista più recente. Così, ad esempio, M. PROTTO, *Il rapporto amministrativo*, cit. e C. CUDIA, *Funzione amministrativa e soggettività della tutela. Dall'eccesso di potere alle regole del rapporto*, cit., 367.

(60) Questa prospettiva è quella che era stata assunta da Guido Greco nel suo contributo monografico sul *L'accertamento autonomo nel processo amministrativo*, cit., e che pare ancora oggi la più apprezzata dagli studiosi del diritto processuale amministrativo: «un giudizio, cioè, che prescinda da una verifica in termini di *antigiuridicità dell'inerzia amministrativa* - totale o parziale che sia - e che - abbandonando definitivamente gli schemi concettuali tipici del giudizio di annullamento - sia diretto, *tout court*, a fornire l'adattamento puntuale della astratta disciplina normativa al rapporto concreto; sia diretto, dunque, ad accertare la fondatezza della pretesa di diritto sostanziale del ricorrente e il correlativo contenuto dell'obbligo di provvedere, salvi i margini di *discrezionalità*» (*op. cit.*, 37).

Sullo specifico tema dell'oggetto del giudizio cfr., *op. cit.*, 174 ss. Ivi è evidenziata anche la stretta connessione tra azione di accertamento e giudizio di ottemperanza: «l'unica strada praticabile per un ampliamento della tutela delle posizioni sostanziali dei cittadini non è quella di un gonfiamento del giudizio di ottemperanza, ma sibbene quella di un ampliamento della portata cognitoria e decisoria del giudizio di legittimità». Ciò in quanto, il giudizio di ottemperanza non dà le stesse garanzie di contraddittorio e di doppio grado di giudizio che darebbe il ricorso al giudizio di legittimità.

(61) A. PIRAS, *Interesse legittimo e giudizio amministrativo*, cit.

(62) M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, a cura di E. CARDI - A. NIGRO, *op. cit.*

(63) «Gli interessi legittimi dinamici, proprio perché non possono mai essere soddisfatti dal mero giudizio di annullamento, necessitano di una cognizione del rapporto amministrativo quanto più completa possibile, pur nell'ambito del giudizio di legittimità: solo così potranno sussistere le premesse necessarie per la realizzazione effettiva della pretesa, che è insita in detto interesse legittimo e che potrà essere compiutamente soddisfatta solo a seguito della successiva emissione del provvedimento positivo», G. GRECO, *L'accertamento autonomo*, *op. cit.*, 6. E con specifico riferimento al caso del silenzio: «la pronuncia dichiarativa dell'obbligo di provvedere - senza, peraltro, che sia indicato il contenuto di tale obbligo -, così come la pronuncia dichiarativa dell'obbligo di procedere, non è idonea a definire neppure parzialmente il rapporto giuridico tra Amministrazione e amministrato», 16.

(64) Per i dettagli si veda G. GRECO, *L'accertamento autonomo*, *op. cit.*, 45 ss.

(65) Che «costituisce il fatto giuridico necessario per l'acquisizione dei beni della vita, cui tendono gli interessi legittimi dinamici, e per la conservazione del bene della vita cui tendono gli interessi legittimi statici», G. GRECO, *L'accertamento autonomo*, *op. cit.*, 157.

(66) Le più acute critiche su questo specifico punto della tesi di Greco sono state sollevate da R. VILLATA, *Nuove riflessioni sull'oggetto del processo amministrativo*, in *Studi in onore di Antonio Amorth*, Milano, 1982, 705 ss.: «Lo sforzo di riferire le norme sostanziali disciplinatrici della potestà relativa al bene della vita in termini tali da configurare la determinazione di chi sia il titolare del bene, cioè se questo spetti al privato o alla pubblica amministrazione, non riesce poi in alcun modo a sganciare dal potere l'interesse legittimo, tanto è vero che viene definito come la pretesa all'emanazione (o alla non emanazione) del provvedimento: dunque pur sempre una pretesa soddisfacibile non direttamente, ma con l'intermediazione necessaria (dell'esercizio) del potere. (...) Se la pretesa attinge al provvedimento, ciò vuol dire che, contrariamente al diritto soggettivo, una delle parti è in posizione di potere e, dunque, in relazione all'esercizio di tale potere si pongono sia l'interesse legittimo, sia la stessa logica del giudizio che lo tutela» (*op. cit.*, 718-719).

(67) Greco conclude nel senso che «l'interesse legittimo, come posizione giuridica sostanziale di vantaggio può essere definito in termini di pretesa all'emanazione o alla non emissione di un determinato provvedimento da parte di chi possa esserne destinatario», G. GRECO, *L'accertamento autonomo*, *op. ult. cit.*, 151. Di qui l'Autore prosegue svolgendo un'analogia tra interesse legittimo e diritto di credito.

(68) In realtà, la configurazione e il significato della presenza della funzione di accertamento nell'ambito del processo civile è più complesso di quanto non appaia. Questo tema, che per ovvie ragioni non può essere sopra sviscerato, è stato percepito in tutta la sua complessità storica e concettuale nel lavoro di B. TONOLETTI, *L'accertamento amministrativo*, Padova, 2001, alla cui Introduzione sia consentito rinviare interamente sul punto.

(69) Senza particolari forzature, nella monografia si ammette la mancanza di un espresso riconoscimento legislativo dell'azione di accertamento, pur sostenendo che ciò non costituisce un ostacolo insormontabile per ammettere, nel nostro sistema di giustizia amministrativa, un'azione atipica di accertamento. Già nella premessa contenente i profili critici, G. GRECO, *L'accertamento autonomo*, *op. cit.*, 39.

(70) G. GRECO, *L'accertamento autonomo*, *op. cit.*, 215.

(71) «Il disegno normativo attuale prevede, dunque, come evenienza del tutto normale che il giudizio cassatorio dei Giudici amministrativi non sia preceduto da una fase contenziosa o semi contenziosa, con poteri di merito dell'organo giudicante; ne consegue, il venir meno di quella giustificazione sistematica, che il giudizio di annullamento a mio avviso originariamente aveva, in quanto sopraggiungeva per lo più dopo almeno un grado di decisioni concernenti anche il - merito - dell'azione amministrativa», G. GRECO, *L'accertamento autonomo*, *op. cit.*, 99.

(72) G. GRECO, *L'accertamento autonomo*, *op. cit.*, 111.

(73) G. GRECO, *L'accertamento autonomo*, *op. cit.*, 112. A diverse conclusioni perviene R. VILLATA, *Nuove riflessioni sull'oggetto del processo amministrativo*, *cit.*, 721 ss. Lo studioso, contrariamente a quanto affermato da Greco, sostiene che «il processo amministrativo è caratterizzato dalla presenza di una parte in posizione di potere, e precisamente in posizione di potere proprio rispetto a quell'utilità materiale che il privato mira a conseguire o difendere. Ciò esclude, ed esclude per necessità logica, che risulti ipotizzabile un giudizio sul rapporto, giacché tra il bene, le parti ed il giudice si colloca appunto il potere di una delle parti, che ha dunque essa e non il giudice la potestà di disporre del bene. Giudizio sul rapporto infatti può esistere, ed anzi esiste, nel processo civile (...). Completamente diversa appare la situazione nel processo amministrativo; le parti non sono in posizione di equiordinazione, avendo una di esse il potere di disporre del bene; la norma non detta la disciplina per determinare la pertinenza del bene, ma regola le condizioni di esercizio del potere spettante alla parte in posizione di supremazia: al giudice, dunque, non spetta di assegnare il bene all'una o all'altra parte, ma di verificare che una di esse eserciti in modo corretto il potere, che l'ordinamento le riconosce, di disporre di quel bene».

(74) Anche se taluno ha continuato a mantenere una posizione più cauta. Così, ad esempio, B. TONOLETTI, *Mero accertamento e processo amministrativo: analisi di casi concreti*, in questa *Rivista*, 2002, 593. L'Autore ricorda che anche con la l. n. 205/2000 il legislatore non ha espressamente e definitivamente risolto il problema dell'ammissibilità dell'azione di accertamento nel processo amministrativo di legittimità.

(75) Si legga G. GRECO, *L'art. 2 della legge 21 luglio 2000, n. 205*, in questa *Rivista*, 2002, 1, in cui lo studioso, arricchendo la sua tesi degli anni '80, chiarisce che ora, a differenza di allora, tale tesi si appoggia non più su generici riferimenti costituzionali o su principi generalissimi del diritto, ma su ragioni sistematiche legate allo sviluppo giurisprudenziale e normativo dell'assetto del processo amministrativo, soprattutto dopo la novella della l. n. 205/2000: «Come è noto, quello che si vuol definire accertamento del rapporto, non è più un obiettivo da raggiungere, né solo il frutto di una giurisprudenza

pretoria ed evolutiva. Esso è viceversa normativamente previsto e, comunque, presupposto, una volta introdotta in via generale l'azione di risarcimento del danno, anche in forma specifica. L'azione di risarcimento del danno, anche attraverso la reintegrazione in forma specifica, altro non è, per la tutela degli interessi pretensivi, che un'azione di adempimento o comunque è qualcosa di più e racchiude un'azione di adempimento. In questi casi, infatti, la soddisfazione (o se si vuole il risarcimento) dell'interesse legittimo pretensivo leso non può che passare attraverso un giudizio che ne accerti la fondatezza e che ordini all'Amministrazione l'emissione del provvedimento richiesto», 7.

(76) Si riscontra in effetti in dottrina la tendenza ad estendere il concetto di rapporto amministrativo non solo alla relazione intercorrente tra privato e Amministrazione in relazione ad un determinato provvedimento, ma anche all'intero «problema amministrativo», cfr., M. PROTTO, *Il rapporto amministrativo*, cit., 224 ss.

(77) La reintegrazione in forma specifica è stata anche intesa come «azione per l'adempimento del dovere inerente al rapporto originario e si realizza attraverso il contenuto ordinatorio della sentenza di condanna: in questo senso può dirsi che la tutela ha carattere primario», F. TRIMARCHI BANFI, *Tutela specifica e tutela risarcitoria degli interessi legittimi*, Torino, 2001, 80.

(78) In dottrina ha approfondito e ripercorso il significato dello *ius dicere* e delle espressioni *accertare* e *accertamento* B. TONOLETTI, *L'accertamento amministrativo*, cit., 1 ss. Lo studioso, in una prospettiva storica, ha ricostruito il significato basilare dello *ius dicere* come «la fissazione vincolante della norma da seguire nella soluzione di un caso singolo», 2-3, mettendo in luce anche la vaghezza e l'ambiguità del concetto, intimamente legato all'attività di accertamento, in cui «è depositata l'idea che la norma preesista al giudizio in un senso ben più pregnante rispetto alla generica concezione del giudice come scopritore del diritto, poiché tale concezione è il risultato di un percorso storico che ha condotto nel XIX secolo al superamento del carattere giurisdizionale del tardo diritto comune». (...) «La forma dell'attività giudiziale di cui la teoria dell'accertamento è espressione, deve quindi essere considerata come una forma storica, la quale nasce in contrapposizione allo *ius dicere* del tardo diritto comune (che portava ad un diritto prevalentemente giurisprudenziale, n.d.r.), nel contesto di un nuovo ordine delle fonti del diritto» (*op. cit.*, 7).

(79) In questo senso G. DE GIORGI CEZZI, *Processo amministrativo e giurisdizione esclusiva: profili di un diritto in trasformazione*, in questa *Rivista*, 2000, 696: «Nelle nuove ipotesi di giurisdizione esclusiva sembra ritrovarsi proprio il superamento della tradizionale nozione di legittimità a favore di una tutela piena dei rapporti dedotti in giudizio, anche quando coinvolgono posizioni di interesse legittimo. Una volta che si ammetta in questo ambito la sentenza dichiarativa, non si potrà infatti limitarne la portata alle sole questioni risarcitorie, ma esigenze di ricostruzione unitaria dei poteri del giudice dovranno ammetterne la possibilità anche per risolvere lo stato di incertezza oggettiva circa la consistenza di un diritto, di una pretesa, di uno stato, di un rapporto giuridico, ecc., prima ancora del verificarsi di una lesione, senza possibilità di distinguere fra situazioni di diritti e di interessi. Premessa per la risarcibilità di questi ultimi, è sempre infatti il previo accertamento dell'illegittimità dell'azione amministrativa, che ridonda a contenuto autonomo in relazione a domande diverse dalla richiesta di risarcimento. I poteri decisorii del giudice si arricchiscono inoltre dell'azione di condanna a un *facere* specifico (art. 35, comma 1) che implica l'esame del rapporto e, al pari dell'azione di adempimento dell'ordinamento tedesco, consente ad esempio la condanna al rilascio di un provvedimento positivo satisfattivo di un interesse «pretensivo». La presenza di un contenzioso di accertamento che scende all'esame del rapporto in relazione alla domanda di tutela posta, spiega infine l'ampliamento dei poteri istruttori del giudice, previsto dall'art. 35, comma 3, che supera, in questo ambito, la concezione puramente formale del giudizio di legittimità sottesa alla formula dell'art. 44, t.u. Cons. Stato, per andare, coi poteri e (quasi tutti) i mezzi «attribuiti al magistrato dal codice di procedura civile», «alla scoperta della verità», secondo la formula usata dall'art. 27, r.d. 17 agosto 1907, n. 642 per descrivere i poteri istruttori nella giurisdizione di merito.»

(80) W. GIULIETTI, *Attività privata e potere amministrativo - il modello della dichiarazione di inizio attività*, cit., 239, secondo cui si rende necessario prospettare l'esperibilità di un'azione di accertamento ad esito conformativo a tutela dei terzi e, per giungere a questo risultato, è necessario ammettere che il citato art. 7 «consenta al giudice di conformare il successivo esercizio della funzione mediante la condanna ad un *facere* specifico, almeno laddove vengano in considerazione poteri vincolati o limitatamente ad aspetti vincolati di poteri discrezionali».

(81) V. DOMENICHELLI, *Le azioni nel processo amministrativo*, in questa *Rivista*, 2006, 1, spec. 5: «Non è ancora chiaro che cosa sia veramente la reintegrazione in forma specifica nel processo amministrativo, ma è evidente che se al giudice è possibile chiedere non solo l'annullamento, ma anche la condanna al risarcimento del danno e se questa può essere richiesta per equivalente o in forma specifica, restituendo o attribuendo (ove possibile) al ricorrente il bene della vita ingiustamente sottratto o negato, ciò significa che è consentita un'articolazione della domanda giudiziale che esalta il ruolo del ricorrente/attore come protagonista dell'azione nella ricerca della tutela più adeguata possibile, avvicinando ancor più il processo amministrativo a quello civile, come processo di parti retto dal principio dispositivo.» ... «La novità legislativa è dunque dirompente anche sotto un altro profilo giacché, se il contenuto di accertamento giudiziale della pronuncia di annullamento veniva oscurato dall'effetto demolitorio, nella condanna al risarcimento il momento della cognizione della fondatezza della pretesa riacquista la sua assoluta centralità: se non altro perché, l'annullamento può essere disposto anche solo per profili formali/procedurali, mentre il risarcimento (e, ancor più, la reintegrazione in forma specifica) presuppone l'accertamento non tanto e non solo della illegalità dell'atto amministrativo, quanto della titolarità del bene della vita e della sua ingiusta lesione».

Non molto diversa l'analisi di M. CLARICH, *Tipicità delle azioni e azione di adempimento nel processo amministrativo*, in questa *Rivista*, 2005, 557: «La tipicità dell'azione di annullamento era coerente, come si è visto, con la visione originaria del processo

amministrativo come un processo impostato sulla tutela degli interessi legittimi oppositivi ai quali corrispondeva una pretesa a un *non facere* in capo all'Amministrazione, cioè un dovere di astensione dall'emanare il provvedimento restrittivo della sfera giuridica dell'interessato. L'art. 45 del t.u. e l'art. 26, comma 2, della legge istitutiva dei T.a.r. che individuano come unico dispositivo di accoglimento la sentenza di annullamento rispecchiavano perfettamente tale visione. Una siffatta visione non corrisponde più, come si è sottolineato, all'evoluzione legislativa e giurisprudenziale che ha attribuito rilevanza e pari dignità agli interessi legittimi pretensivi», 586. L'Autore, dopo aver esaminato le tipologie di azioni presenti nel processo amministrativo di legittimità, conclude per la possibilità di ritenere ammessa una forma atipica di azione di accertamento: «In ultima analisi, non pare azzardato ritenere che un ordinamento processuale che con riferimento alla tutela degli interessi legittimi prevede espressamente l'azione di annullamento ammette con ciò stesso implicitamente la possibilità di proporre azioni dichiarative di doveri e di condanna all'emanazione di un provvedimento determinato, almeno nei casi in cui all'esito dell'accertamento processuale, e dunque in relazione ai limiti oggettivi del giudicato, non residui in capo all'Amministrazione alcun margine di discrezionalità.».

(82) A tale riguardo è utile ricordare l'interrogativo che muove l'intero scritto di G. FALCON, *Il giudice amministrativo tra giurisdizione di legittimità e giurisdizione di spettanza*, in questa *Rivista*, 2001, 287, sul punto: «Ma come conciliare la necessità, ai fini risarcitori, del giudizio di *spettanza* del bene-provvedimento (o del bene acquisibile attraverso il provvedimento), prefigurato dalla Corte di cassazione, con la struttura tradizionale della giurisdizione sugli interessi?» (*op. cit.*, 309). Si ricorda che lo studioso riflettendo su casi in cui il risarcimento del danno sia legato alla lesione di interessi legittimi pretensivi, ha proposto di ragionare nei termini della spettanza del bene. Ed ha introdotto un ulteriore interrogativo: «Come dunque può, in astratto, emergere la spettanza del provvedimento *nel giudizio amministrativo* di giurisdizione generale o di *legittimità?*» (*op. cit.*, 315). «In questa prospettiva, occorrerebbe riprendere il filo della proposta formulata da Guido Greco, all'inizio degli anni '80, dell'azione di accertamento autonomo del rapporto, già sopra ricordata. Questa ripresa potrebbe essere agevolata dalla considerazione che il riconoscere la possibilità di un giudizio di spettanza rispetto alle situazioni di interesse legittimo - inevitabilmente implicata nel risarcimento da lesione di interesse al provvedimento - al fondo trasforma la natura di tale interesse» (*op. cit.*, 318).

(83) In questo senso oltre a G. GRECO, *L'art. 2 della legge 21 luglio 2000, n. 205*, cit., 1, si richiamano le tesi favorevoli di F. GIGLIONI, *Il ricorso avverso il silenzio tra tutela oggettiva e tutela soggettiva*, commento a Cons. Stato, Ad. plen., 9 gennaio 2002, n. 1, in questa *Rivista*, 2002, 932.

Dà conto del dibattito sul silenzio, A. BERTOLDINI, *I riti immediati ed abbreviati previsti dalla legge 21 luglio 2000, n. 205: la mediazione giurisprudenziale tra certezza ed effettività di tutela*, in questa *Rivista*, 2003, 1288, spec. 1334.

(84) Oltre ai già citati commenti si richiama anche l'opinione di F. SATTÀ, *Impugnativa del silenzio e motivi di merito*, in *Foro amm.-C.d.S.*, 2002, 49.

(85) Diverge dalla logica della spettanza del bene e propone invece una ricostruzione della giurisdizione amministrativa come luogo di verifica del rispetto di diritti e obblighi delle parti, trattate in maniera tendenzialmente paritaria, C. CUDIA, *Funzione amministrativa e soggettività della tutela. Dall'eccesso di potere alle regole del rapporto*, cit.: «il giudice amministrativo, finalmente, si emancipa dall'interesse pubblico, e diviene giudice del rapporto p.a./cittadino: non perché definisce il contenuto sostanziale delle reciproche posizioni (il concreto assetto degli interessi), ma perché verifica il rispetto di diritti ed obblighi», 367.

(86) Data la complessità e la delicatezza delle tematiche coinvolte, si è dovuto anche precisare, in funzione quasi di contenimento della scioltezza con cui sono stati affrontati certi argomenti, che «la nozione di oggetto del processo ha un significato scientificamente (dogmaticamente, si sarebbe detto una volta) preciso, che va ben al di là della esigenza di garantire che la sentenza del giudice non si limiti ad annullare il provvedimento impugnato, lasciando all'Amministrazione la facoltà di rinnovarlo e di emanare una determinazione assai simile, se non identica, così frustrando le esigenze di tutela dei cittadini. Che per soddisfare siffatta indiscutibile esigenza si debba passare da un giudizio sull'atto a un giudizio sul rapporto appare, si consenta di rilevarlo, affermazione tanto soverosamente quanto senza adeguata conoscenza delle categorie di teoria generale del processo ripetuta», così R. VILLATA, nel *Commento introduttivo alla riforma della l. n. 205/2000*, AA.VV., *Il processo davanti al giudice amministrativo. Commento sistematico alla l. n. 205/2000*, cit., 6.

(87) Cfr., E. RICCI, *Profili della nuova tutela cautelare amministrativa del privato nei confronti della p.a.*, in questa *Rivista*, 2002, «In primo luogo, è eliminato l'atto amministrativo illegittimo, con decisione di contenuto costitutivo, previo accertamento della fondatezza della pretesa all'annullamento vantata dal ricorrente. In secondo luogo, la decisione contiene anche un accertamento (o se si preferisce, un giudicato) su ciò che la p.a. deve compiere come conseguenza dell'annullamento. Nel corso del tempo il contenzioso di annullamento si è infatti trasformato da contenzioso sull'atto impugnato in contenzioso con più ampio oggetto, capace di investire anche il rapporto che per effetto dell'annullamento sorge tra il privato e la p.a.» (*op. cit.*, 288).

(88) A sostegno della sua affermazione Ricci cita tra tutti M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, op. cit.

(89) La dottrina maggioritaria tende ad interpretazioni rivolte a ampliare le forme di tutela e le azioni esperibili nel processo amministrativo soprattutto a partire dai progressi ottenuti nell'ambito dei poteri cognitori e decisorii del giudice amministrativo nell'esercizio della sua giurisdizione esclusiva, cfr., V. DOMENICHELLI, *Le azioni nel processo amministrativo*, in questa *Rivista*, 2006, 1. «Anche se non si è mai giunti a riconoscere cittadinanza nella giurisdizione amministrativa all'azione di accertamento autonomo del rapporto, a prescindere dall'impugnazione degli atti, come richiesto da una parte autorevole della dottrina, è pur vero che si sono ammesse - analogamente che nel processo civile - le azioni di accertamento dei diritti soggettivi e, insieme, la

disapplicazione degli atti, sempre se lesivi di situazioni giuridiche riconosciute come diritti soggettivi; ed è sempre nella giurisdizione esclusiva che si è sperimentato il potere di condanna della p.a. al pagamento delle somme di cui risulti debitrice. Affiancandosi così nella giurisdizione esclusiva azioni di impugnazione, azioni di accertamento e azioni di condanna, si è riconosciuta la presenza anche nella giurisdizione amministrativa di quella trilogia di azioni (costitutive, di accertamento, di condanna) elaborata nel processo civile e si sono sperimentate, ancorché con alterna fortuna, forme di articolazione delle domande giudiziali che, superando il rigido *petitum* di annullamento, costituiscono un progresso indubitabile verso una maggiore tutela degli interessi molto variegati che si presentano nel contatto quotidiano con l'attività amministrativa» (op. cit., 3).

(90) W. GIULIETTI, *Attività privata e potere amministrativo - il modello della dichiarazione di inizio attività*, cit., 240 ss.

Similmente anche M. PROTTO, *Il rapporto amministrativo*, cit., 268 ss., trattando proprio il tema della DIA e, in particolare, della tutela del terzo, ha affermato che «la figura del rapporto amministrativo durevole pare irrinunciabile per la corretta ricostruzione dell'istituto della dichiarazione di inizio attività e dei poteri che il legislatore ha configurato in capo all'Amministrazione. (...) Siffatte incertezze in merito all'inquadramento dell'istituto inducono a prospettare la tesi che il rapporto amministrativo di durata possa effettivamente costituire la figura concettuale più idonea a rappresentare la natura della DIA salvaguardando la *ratio* dell'istituto, costituita non dalla semplificazione, ma dalla liberalizzazione di determinate attività economiche, con l'introduzione di un modello effettivamente alternativo al provvedimento (anche tacito)».

(91) M. PROTTO, *Il rapporto amministrativo*, cit., 273.

(92) T.a.r. Abruzzo, Pescara, 23 gennaio 2003, n. 197, in *Foro amm.-T.a.r.*, 2003, 210.

(93) Serie perplessità sul significato da attribuire alla giurisdizione esclusiva emergono già nello scritto di L. BERTONAZZI, *Legge 18 giugno 2009, n. 69 e giustizia amministrativa: una primissima lettura*, cit., 894: «Chi scrive confessa di non aver mai realmente compreso il significato della previsione di giurisdizione esclusiva introdotta dalla novella del 2005 nell'art. 19, comma 5, cit.: essa non si giustifica con l'eventualità dell'accertamento pregiudiziale su questioni relative a diritti (si pensi, ad esempio, all'accertamento pregiudiziale di un diritto reale in una controversia sulla DIA edilizia), perché ciò non è precluso al giudice amministrativo nella sua generale giurisdizione di legittimità (art. 8 della legge n. 1034/71). Ove poi si escluda, con un'interpretazione costituzionalmente orientata, che il giudice amministrativo conosca delle liti di vicinato o di liti comunque insorte tra privati, ecco che la predetta ipotesi di giurisdizione esclusiva resta un indecifrabile guscio vuoto.».

(94) Sul tema una prospettiva peculiare emerge è assunta nello scritto di B. TONOLETTI, *Mero accertamento e processo amministrativo: analisi di casi concreti*, cit., in cui viene esaminata la giurisprudenza del giudice amministrativo al fine di verificare quali siano i casi in cui emerge la problematica della «crisi di effettività del diritto sostanziale amministrativo che non riescono a trovare una soluzione soddisfacente nell'assetto della giustizia amministrativa», 603. Ivi si evidenziano in particolare le argomentazioni che hanno condotto la giurisprudenza amministrativa a escludere l'azione di accertamento «puro», volta alla tutela degli interessi legittimi, anche per evitare che si arrivasse, così, ad eludere il termine di decadenza previsto per l'impugnazione dei provvedimenti amministrativi.

(95) Cons. Stato, Sez. IV, 11 maggio 2007, n. 2272, in *Foro amm.-C.d.S.*, 2007, 1442; Cons. Stato, Sez. VI, 29 ottobre 2008, n. 5411, *ivi*, 2008, 2809.

Su questo stesso tema si registra una qualche apertura in giurisprudenza ove pare dedursi la possibilità di richiedere un'azione di accertamento, dice la giurisprudenza: «esplicita o implicita», a tutela di interessi legittimi, anche subordinandola al termine di decadenza dei sessanta giorni: cfr., Cons. Stato, Sez. VI, n. 3139/06, in *Foro amm.-C.d.S.*, 2006, 1559.

(96) T.a.r. Puglia, Lecce, Sez. III, 23 marzo 2009, n. 493, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

(97) Chiarisce però a riguardo Greco che «invero, l'accertamento dell'interesse legittimo (...) non scaturisce dall'esigenza di eliminare uno stato di incertezza sulla cennata posizione giuridica sostanziale, sibbene dall'esigenza di eliminare una lesione già in atto. Non si tratta, dunque, di una tutela preventiva dell'interesse legittimo, che sarebbe verosimilmente in contrasto, se non con il principio di separazione dei poteri, con la disciplina sostanziale della potestà amministrativa e con la circostanza che l'ordinamento ha attribuito all'Autorità amministrativa la gestione di determinati rapporti; si tratta viceversa di una tutela a posteriori, richiesta a seguito dell'asserita lesione dell'interesse legittimo e, dunque, dell'asserita violazione della disciplina sostanziale dell'esercizio del potere amministrativo», G. GRECO, *L'accertamento autonomo*, op. cit., 218.

(98) Così Cons. Stato, Sez. VI, n. 1391/2009, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

(99) T.a.r. Abruzzo, Pescara, 23 gennaio 2003, n. 197, *Foro amm.-T.a.r.*, 2003, 210; T.a.r. Lombardia, Brescia, 13 aprile 2002, n. 686 in *App. urb. ed.*, 2003, 106.

(100) E che l'attività di controllo sia priva di ogni discrezionalità risulta chiarito da tempo in giurisprudenza, cfr., ad esempio T.a.r. Campania, Napoli, Sez. I, 6 dicembre 2001, n. 5272, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

(101) Si fa presente peraltro che la giurisprudenza amministrativa ha negato l'obbligo della comunicazione di avvio del procedimento in casi in cui, ad esempio, il ricorrente/dichiarante adduceva la mancata comunicazione di avvio del procedimento in occasione dell'adozione di un ordine di cessazione dell'attività. Cfr., T.a.r. Campania, Napoli, Sez. V, 2 febbraio 2007, n. 884, in *Foro amm.-T.a.r.*, 2007, 645; Cons. Stato, Sez. VI, 23 dicembre 2005, n. 7359, in *Foro amm.-C.d.S.*, 2005, 3688; Cons. Stato, Sez. VI, 5 dicembre 2005, n. 6946, *ivi*, 3672. Questo orientamento della giurisprudenza amministrativa pare condivisibile, in quanto il privato/dichiarante è certamente a conoscenza del procedimento apertosi proprio con la sua istanza. Perciò, semmai, il problema della comunicazione di avvio si potrebbe porre con riferimento al terzo, non certo con riferimento al dichiarante stesso. Non pare che possa essere un valido argomento, per negare l'applicazione dell'art. 7 della l. n. 241 a garanzia della partecipazione del terzo, la natura privata della DIA che non rileva in questo caso,

considerato che con la presentazione dell'atto si attiva comunque quel procedimento di controllo che altro non è se non un procedimento amministrativo ai sensi della l. n. 241/1990.

(102) Nel senso chiarito ad esempio da Cons. Stato, Sez. IV, 27 aprile 2004, n. 2555, in *Foro amm.-C.d.S.*, 2004, 1100.

(103) G. GRECO, *L'accertamento autonomo*, op. cit., 164.

(104) G. GRECO, *L'accertamento autonomo*, op. cit., 228.

(105) Nel senso chiarito da B. TONOLETTI, *L'accertamento amministrativo*, cit., 90:

«sono individuabili come attività di accertamento in senso tecnico tutte le ipotesi in cui l'ordinamento renda giuridicamente rilevante, nell'ambito del processo di attuazione del diritto oggettivo, il momento di concretizzazione delle disposizioni normative».

(106) Chiarito cosa s'intende non si condivide la posizione di Vesperini, laddove si precisa che il termine dei trenta giorni non possa essere considerato perentorio. Si ritiene, invece, che perentorio sia, in quanto scade, con quel termine, la possibilità di esercizio di poteri vincolati, G. VESPERINI, *La denuncia di inizio attività e il silenzio assenso*, cit., 87.

Nel senso della perentorietà del termine, similmente a quanto si afferma nel testo, G. FALCON, *La regolarizzazione delle attività private e l'art. 19 della l. n. 241/1990*, cit., 448.

---

Utente: Milano Universit□

Tutti i diritti riservati - © copyright 2012 - Dott. A. Giuffrè Editore S.p.A.

 GIUFFRÈ EDITORE