

Considerazioni sulla S.C.I.A.

A cura di ALESSANDRA PULITANO

L'istituto della Dia oggi Scia ha ispirato da sempre il legislatore, sempre più impegnato a stabilire, sia con le modifiche apportate all'art.19 della legge 7 agosto del 1990 n. 241 che con la legge n.122 del 2010, (in particolare l' art. 49 comma 4 ter, che ha sostituito l'espressione Dia con quella di Scia),e successivamente dopo la legge Madia n.124 del 2015, il labile confine tra pubblico e privato ed in particolare quale sia la forma di tutela giusta del controinteressato nei confronti di una Scia.

Non è revocabile in dubbio che, in questo istituto, coesistano i caratteri tipici del potere autoritativo dell'Amministrazione e la vistosa deroga ad opera del principio di parità tra le parti che ha carattere eccezionale.¹

Di qui la necessità di un solido fondamento normativo, una ragionevole giustificazione,² e, soprattutto, la predisposizione di strumenti di garanzia avverso l'esercizio del potere, in ottemperanza ai principi e alle libertà fondamentali previsti dalla Costituzione.³

Da ciò si evince che la fattispecie delle attività libere regolate dalle leggi di tipo amministrativo e assoggettate ad un regime di comunicazione preventiva, è disciplinata in termini generali dall'art.19,il quale prevede espressamente al comma 2 la possibilità per il privato di segnalare la sua attività all' amministrazione competente, senza la necessità di quest'ultima di dover rilasciare i permessi.

Dunque in un certo senso un' attività rappresentata da un potere sostitutivo del privato alla Pa che si rappresenta nella più ampia espressione della sola segnalazione di inizio di attività dal momento che, entro i termini di 60 giorni, la stessa amministrazione verifica la sussistenza di tutta la documentazione ritenuta necessaria a proseguire l' attività, in caso di riscontro inadeguato *“adotta motivati provvedimenti di divieto di prosecuzione dell' attività e di rimozione e degli eventuali effetti dannosi di essa, salvo che, ove ciò sia possibile, l'interessato provveda a conformare alla*

¹Profili della tutela civile contro i poteri privati, Padova 1988,M.Buoncrisiano-“dopo la modifica dell' art.1 della L.n. 241 del 90, il potere autoritativo dell' amministrazione è soggetto non solo ai principi di legalità e giustizi abilità ma anche al principio di sussidiarietà”.

² Le Autorità private, Jovene ed.1977,C.M.Bianca.

³ La tutela civile dei diritti,Giuffrè ed.1987,A.Di Majo.

normativa vigente detta attività ed i suoi effetti entro il termine all' uopo indicato, in ogni caso non inferiore a trenta giorni ".⁴

Secondo un primo orientamento, prima dell' intervento dell' Adunanza Plenaria del Cds n.15 del 2011, la presentazione della (allora) Dia era uno strumento di semplificazione dell' azione amministrativa che dava origine ad un procedimento amministrativo che, una volta trascorso il termine di sessanta giorni per l' esercizio del potere inibitorio della P.a. (oltre a residuare anche un potere di autotutela in capo all' Amministrazione di revoca e annullamento) si concludeva con un provvedimento favorevole tacito, formatosi *per silentium*.

Tale orientamento traeva la sua ratio dal testo letterale della legge n. 241 del 90, che, ante novella n. 80 del 2005, affermava come "l'atto di consenso si intende sostituito da una denuncia di inizio d' attività", da cui, dunque, si desumeva come il legislatore stesso avesse voluto qualificare la Dia come provvedimento a formazione progressiva, con l' intento di semplificare l' azione amministrativa.⁵

Pertanto, il terzo, non aveva altro rimedio se non quello di impugnare il provvedimento tacito di assenso entro il termine breve di sessanta giorni dalla piena conoscenza dell'atto lesivo, per ottenere l'annullamento.

Per un altro orientamento, poi seguito dalla stessa Plenaria, alla Dia doveva riconoscersi natura di atto privato, ravvisandosi una forma di silenzio - diniego, vale a dire come provvedimento tacito dell' inibizione dell' attività dichiarata⁶.

Spettando al terzo un' azione esperibile di annullamento nel caso in cui l' esercizio del potere inibitorio da parte della P.A. fosse già trascorso, altrimenti, un' azione di accertamento atipica a consolidamento della situazione giuridica di vantaggio acquisita.

Spesso liberalizzazione e semplificazione sono state assimilate o, comunque, indistintamente richiamate, tuttavia ,occorre operare un distinguo: mentre con la semplificazione, si riducono gli adempimenti procedurali richiesti in relazione ad una determinata attività, il cui svolgimento resta subordinato al perfezionarsi di un iter procedimentale, la liberalizzazione è invece cosa diversa e presuppone che non sia necessario neanche il formarsi di un titolo abilitativo (seppur implicito) e che l'attività possa essere liberamente esercitata senza una previa autorizzazione ma, con la semplice presa atto dell' amministrazione.

⁴ Dalla Dia alla Scia, P.Diglio, www.altalex.com.

⁵ Per molto tempo questo è stato l' orientamento maggioritario; in merito si segnalano le pronunce del Cds, Sez.IV 8 marzo 2011, n.1423; Id 24 maggio 2010 n.3263; Id n.2558.

⁶ Cds Sez.V 19 giugno 2006, n. 3586; Id. 4 settembre 2002, n. 4453.

Con la conseguenza che per l' esercizio delle attività economiche private non è più necessaria l' emanazione di un titolo provvedimento di legittimazione e che, la legittimazione del privato all' esercizio dell' attività, non è più fondata sull' atto di consenso della P.a., secondo lo schema "norma-potere-effetto", ma è una legittimazione *ex lege, secondo lo schema "norma-fatto-effetto"*, in forza del quale il soggetto è abilitato allo svolgimento dell' attività direttamente dalla legge, la quale disciplina l' esercizio del diritto eliminando l' intermediazione del potere autorizzatorio della P.a.⁷.

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 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 oppositivi⁸.

Recentemente, il legislatore con la riforma Madia - legge n. 124 del 2015 ha risolto, almeno in parte, la discussione riguardante la natura giuridica della Dia (oggi)Scia e del terzo, pregiudicato dall' attività oggetto della segnalazione.

In particolare, l'art.6 ha eliminato la disposizione relativa al potere di esercizio di autotutela inserita nel vecchio comma 3 dell'art. 19 della L. n. 241 del 90, togliendo ogni dubbio sulla qualifica della Scia, che così rimane solo un atto privato non direttamente impugnabile.

In questo rinnovato contesto, "l'effetto abilitativo nasce non dal mancato esercizio dei poteri amministrativi, ma al contrario dal loro esercizio attraverso la valutazione in conformità della norma"⁹.

Dunque "un potere della P.a che si definisce successivo ma vincolato all' accertamento dei requisiti di legge, senza alcun margine di spazio per alcun potere di tipo ampliativo-preventivo;"¹⁰semmai, solo di quelli inibitori "divieto di prosecuzione"- repressivi "rimozione degli effetti dannosi"- conformativi "chiedere al privato di conformare, ove possibile, l' attività intrapresa alla normativa

⁷ Cds sez.VI,9 feb.2009 n. 717: con la Dia, quindi , al principio autoritativo si sostituisce il principio dell'autoresponsabilità dell'amministrato che è legittimato ad agire in via autonoma valutando l' esistenza dei presupposti richiesti dalla normativa in vigore; anche perché se la Dia fosse davvero un atto destinato ad avviare un procedimento destinato a concludersi con un provvedimento di accoglimento *per silentium, tra Dia e silenzio-assenso sarebbe arduo accogliere una sostanziale differenza.*

⁸ L'accertamento autonomo del rapporto nel giudizio amministrativo, Milano, 1980,G.Greco.

⁹ Cdsn.188 16 luglio 2012.

¹⁰ Così Cds , parere n. 839 del 2016.

vigente altrimenti gli interessati possono avvalersi unicamente dell'azione di cui all'art. 31 c.p.a. nell'ipotesi di inerzia dell'amministrazione sollecitata all'esercizio delle verifiche.

In sintesi, un tipo di controllo successivo alla libera attività del privato che risulta ispirata ad una logica semplificativa tale da rispecchiare, nella stessa P.a., quella funzione conciliativa che rappresenta l'anello di congiunzione tra l'interesse pubblico con quello privato.

Pertanto, se la Scia rimane avvolta nell'alveo degli aspetti pubblicistici e privatistici non può che sposare altresì l'esigenza della tutela del terzo.

Così, l'amministrazione a fronte di una denuncia da parte del terzo, ha l'obbligo di procedere all'accertamento dei requisiti che potrebbero giustificare "un intervento repressivo" anche in un'ottica di autotutela amministrativa: un'autotutela che si differenzia dalla "normale" autotutela per l'assenza di discrezionalità attinente sia al contenuto dell'atto sia all'andamento del procedimento, dovendo l'amministrazione tener conto dei presupposti che legittimano l'esercizio dei poteri di autotutela e, in particolare, dell'affidamento ingenerato nel destinatario dell'azione amministrativa".¹¹

L'argomento in discorso forse richiederebbe di essere oggetto di una interpretazione costituzionalmente orientata, in quanto, se da un lato, l'istituto dell'autotutela è un *quid alii* rispetto alla definizione del procedimento di controllo in termini ostativi alla prosecuzione dell'attività, dall'altro, aderendo alla tesi privatistica, la Scia intesa come strumento di liberalizzazione non integra l'esercizio espresso o tacito del potere autorizzatorio.

E' possibile, allora ravvisare nel modulo della Scia la cristallizzazione di un diverso procedimento instaurato dal controinteressato, rispetto a quello del privato a mezzo della presentazione della Scia, dal momento che il diverso procedimento operato dal controinteressato imporrebbe una manifesta presa di posizione da parte dell'ente destinatario dell'istanza; di talchè, l'eventuale inerzia serbata dall'ufficio pubblico potrebbe costituire per il controinteressato un legittimo motivo di doglianza, da sottoporre al G.a. nelle note forme del rito avverso il silenzio –sul presupposto che il medesimo andrebbe reputato- evidentemente-privato di qualsiasi significato amministrativo, e conseguentemente equiparato al mero inadempimento del dovere di provvedere.¹²

Quindi, se la lesione del terzo scaturisce dalla mancanza dei poteri doverosi privi di ogni margine di discrezionalità l'azione sul silenzio (inadempimento) non può che essere indirizzata avverso l'inerzia prodottasi sul procedimento avviato con la Scia, ed il Giudice, nel giudicare l'illiceità dell'attività

¹¹ Consiglio di Stato, sez. VI, sent. 29 settembre-3 novembre 2016, n. 4610.

¹² Soluzioni e Prospettive-dalla Dia alla Scia, in riv. giur. n. 1 il Diritto Amministrativo-F. Caringella, anno 2012.

oggetto della Scia e la fondatezza della pretesa del terzo all'emissione dei provvedimenti inibitori e ripristinatori, opera un accertamento che si riferisce al momento in cui il silenzio si è formato.¹³

In questo modo la sollecitazione del privato a seguito dell'inerzia della P.A. rileva non a modo di atto processuale –con l'implicazione di termini processuali- bensì riferita alla necessità di utilizzare sempre e comunque il giudizio sul silenzio inadempimento per garantire e non limitare ogni possibilità sull'effettività della tutela.

In sostanza quel che può mancare è il provvedimento, ciò che non può mancare è il procedimento amministrativo destinato a concretarsi non solo nell'attività di controllo, ma anche, e ancor prima in quella di valutazione e ciò in ragione dell'ovvio esercizio della funzione amministrativa non solo in presenza di attività provvedimentale ma anche e, soprattutto, in caso di attività procedimentale.¹⁴

Tuttavia, pur volendo ignorare i principi fondamentali che governano l'agere della pubblica amministrazione, verrebbero in soccorso quelli, pur più stringenti, dell'ordinamento comunitario il cui principio generale è, sicuramente, quello per cui il procedimento deve essere concluso in modo espresso e motivato senza ricorso a soluzioni normative idonee a tipizzare in termini favorevoli il silenzio;¹⁵ tranne che per alcune marginali ipotesi, al silenzio delle istituzioni, non viene quindi, attribuito uno specifico valore giuridico.¹⁶

Poiché, in sede comunitaria, il parametro della proporzionalità non opera in modo unidirezionale, ovvero solo per evitare aggravii di oneri procedimentali per i cittadini e imprese, vietando che il procedimento sia più complicato di quanto si possa ragionevolmente ritenere, ma opera anche in senso inverso, vietando che il procedimento sia troppo semplice rispetto a quanto richiesto dall'importanza degli interessi in gioco e dalla potenziale lesività per questi della decisione che deve uscire dal procedimento.¹⁷

Al di fuori dei principi comunitari, nel nostro ordinamento, il richiamo del legislatore all'art.21-nonies riguarda solo le condizioni previste da tale norma: interesse pubblico e motivazione.

Quindi chiarisce solo l'ambito entro cui l'Amministrazione può intervenire decorso il termine dei poteri di controllo sull'attività (nei primi 60 giorni l'Amministrazione può esercitare il potere- tra i

¹³La Scia e la tutela del terzo in questa Rivista 2012, M. Ramajoli.

¹⁴ Funzione amministrativa, procedimento, processo, in Riv. Tri. Dir. Pubbl., 1952, II, Benvenuti.

¹⁵ L'Amministrazione europea, cit., 1883 G. Della Cananea.

¹⁶ L'atto amministrativo, Sticchi Damiani (che ricorda come, una seconda giurisprudenza comunitaria, comunque oscillante, il silenzio amministrativo è stato a volte interpretato come decisione implicita a carattere negativo, passibile di ricorso giurisdizionale (Trib. I grado, 12 dic. 1996. T-16/91).

¹⁷ Le semplificazioni dei procedimenti autorizzativi, Cedam, 2005, D. Corletto

60 giorni e i 18 mesi l'Amministrazione deve valutare contrapposti interessi in un'ottica di bilanciamento di interessi)¹⁸.

Una forma di autotutela a geometria variabile connotata sì di discrezionalità ma che incontra un limite nella modalità di esercizio a carattere vincolato.

La *ratio* della norma risiederebbe non tanto in un alleggerimento dell'attività amministrativa ma su un dovere primario dell'amministrazione di un corretto e fisiologico esercizio della funzione amministrativa ancora una volta proposta a ponderare tutti gli interessi coinvolti, pubblici e privati. E' questa un'esigenza molto avvertita: la tutela rispetto all'incertezza che si supera sia qualificando la Scia come un atto privato, sia ponendo i limiti di cui all'esercizio del potere di autotutela della P.a.; anzi, potrebbe considerarsi ricucita lungo un unico *fil rouge*: la tutela rinforzata delle posizioni coinvolte.

¹⁸ La Scia dopo la riforma Madia, in Le nuove leggi del diritto amministrativo-speciale riforma Madia, Dike Giuridica, Roma 2016-M. Borgherini.