

Natura giuridica della DIA in attesa di una “definitiva” definizione.

1. Dalla Dia alla Scia: nuove norme vecchi problemi.

L'acceso dibattito giurisprudenziale e dottrinale in materia di Dia, ed in particolare riferito alla sua natura giuridica, sembrerebbe essere ormai in dirittura d'arrivo alla vigilia dell'attesa pronuncia dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, alla quale, mediante l'ordinanza n. 14 del 5 gennaio 2011, è stata rimessa la questione per essere risolta una volta per tutte.

Ebbene, prima di analizzare le varie tesi sostenute sulla controversa tematica, sarebbe utile interrogarsi sull'attualità del dibattito in corso, a fronte della recente modifica apportata all'art. 19 della L. n. 241/90 ad opera dell'art. 49 del D.L. n. 78/2010 in materia di stabilizzazione finanziaria e competitività economica, con la quale la vecchia e gloriosa Dia è stata mandata in soffitta ed al suo posto è comparsa la SCIA, acronimo di segnalazione certificata di inizio attività.

A tal proposito non è del tutto fuorviante rilevare come questo recente emendamento all'art. 19, L. n. 241/90 segua all'approvazione del D.Lgs. n. 59/2010 di attuazione della direttiva 2006/123/CE (c.d. direttiva servizi) che modifica radicalmente il regime delle attività economiche, di carattere imprenditoriale e professionale nel mercato interno e dunque, in questo senso, come il nuovo istituto risponda a finalità e operi in campi non del tutto corrispondenti a quelli dell'originario istituto della Dia.

Pertanto, da una prima riflessione, a fronte della esplicita scelta di un meccanismo automatico di sostituzione della disciplina della Scia a quella della Dia, impressa dall'art. 49, comma 4-ter, d.l. n. 78/2010, si potrebbe giungere alla conclusione che l'intervento dell'Adunanza Plenaria risulti tardivo, semplicemente destinato a regolare tutte quelle questioni già pendenti, ma in via di estinzione, senza aver nessuna rilevanza *pro futuro*, ridimensionando in tal senso la portata innovativa della stessa pronuncia.

In realtà, però, l'attualità del dibattito in corso, così come messo in risalto anche dall'ordinanza di rimessione n. 14 del 2011, risulta essere confermata alla luce dell'ancor difficile confronto tra la Scia e la Dia edilizia, intesa quale *species* rispetto all'originale istituto.

A tal proposito alcuni autori si espongono dichiarando esplicitamente come *“con la nuova Scia la vecchia Dia edilizia non abbia nulla a che vedere e ciò lo si percepisce ancora dal confronto delle caratteristiche degli istituti, che per la Dia edilizia presentano evidenti analogie con le caratteristiche della vecchia Dia ma non con quelle della nuova Scia. Nell'istituto configurato dal comma 4 bis dell'art. 49, l. n. 122/10, le differenze più sensibili rispetto al precedente stanno nell'aggravamento degli oneri di dichiarazione a carico del privato, nel diverso atteggiarsi dei poteri di controllo dell'amministrazione e nell'inasprimento delle sanzioni nel caso di mandacio o di falso”*¹.

Pertanto, una volta sinceratosi dell'attualità della questione, si procederà ad analizzare i punti salienti della stessa così come affrontati dalla giurisprudenza amministrativa negli ultimi anni e così sapientemente sintetizzati nell'adunanza di rimessione.

2. Dia: atto privato o atto provvedimentale?

Porsi la domanda se la Dia abbia natura di un atto privato o, diversamente, natura provvedimentale equivale a chiedersi se questa debba essere sussunta nel *genus* degli strumenti di liberalizzazione ovvero tra quelli di semplificazione amministrativa.

Come è chiaro la disamina in questione non è fine a se stessa, ma principalmente risulta essere propedeutica rispetto ad ulteriori tratti problematici, primo fra tutti, quello della tutela processuale del terzo.

Ebbene, si legge chiaramente nell'ordinanza di rimessione n. 14 del 5 gennaio 2011 come *“le diverse tesi sulla natura dell'istituto possono portare a conclusioni*

¹C. Lamberti, Nell'edilizia vige ancora la Dia?, in Urb. e App., 2010, 1260.

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

Procediamo pertanto per ordine mettendo in luce, per primi, i tratti salienti della c.d. tesi provvedimentale, secondo cui la Dia si tradurrebbe direttamente nell'autorizzazione implicita all'effettuazione dell'attività in virtù di una valutazione legale tipica, con la conseguenza che i terzi potrebbero agire innanzi al giudice per chiedere l'annullamento della determinazione formatasi in forma tacita.

Si tratterebbe, quindi, di un istituto del tutto peculiare, comunque assimilabile ad un'istanza autorizzatoria, che con il decorso del termine di legge, provoca la formazione di un titolo, cioè di un provvedimento tacito di accoglimento di una siffatta istanza, che rende lecito l'esercizio dell'attività².

A fondamento di siffatta conclusione militerebbero molteplici ragioni da rinvenire tanto nel portato letterale della legge 241/90 nonché del d.P.R. n. 380/2001 quanto nella ontologia della formazione della fattispecie.

Infatti, al riguardo, si ritiene eloquente non solo il rinvio agli art. 21 quinquies e 21 nonies della legge n. 241, il cui esercizio presupporrebbe la presistenza di un titolo provvedimentale su cui incidere, quanto il disposto di cui agli artt. 22, c. 4 e 7, 38 c. 2 bis nonché 39, c. 5 bis del cit. d. P.R. n. 380.

Nello specifico, sostenendo che la Dia e il permesso di costruire siano titoli abilitativi di analoga natura si ritiene assolutamente irragionevole, oltre che lesivo dell'effettività di tutela, pensare che questa non possa essere considerata dal legislatore un titolo suscettibile di essere annullato.

Sarebbe, infatti, preferibile ritenere che il formarsi di un determinato titolo abilitativo, o di un altro, non comporti alcun cambiamento sotto il profilo della tutela del terzo e del conseguente intervento del giudice, in alcun modo limitato dalla decadenza del poter di intervento dell'amministrazione.

² In questo senso: Cons. Stato, sez. IV, 13 gennaio 2010, n. 72; Cons. Stato, sez. IV, 25 novembre 2008, n. 5811; Cons. Stato, sez. IV, 29 luglio 2008, n. 3742; Cons. Stato, sez. 12 settembre 2007, n. 4828; Cons. Stato, sez. VI, 5 aprile 2007, n. 1550.

Come è ovvio, a conclusioni diametralmente opposte perviene la tesi c.d. privatistica secondo cui la principale caratteristica dell'istituto in questione consisterebbe proprio nella sostituzione dei tradizionali modelli procedurali in tema di autorizzazione con un nuovo schema ispirato alla liberalizzazione delle attività economiche private, con la conseguenza che per l'esercizio delle stesse non sarebbe più necessaria l'emanazione di un titolo provvedimentale di legittimazione.

Come anche sottolineato nell'ordinanza di rimessione in esame, la tesi privatistica è stata principalmente "sponsorizzata" dalla sentenza del Consiglio di Stato, sez. VI n. 717/09, laddove si ribadisce costantemente che la Dia è un atto di un soggetto privato e non di una pubblica amministrazione, che ne è invece destinataria, e non costituisce pertanto, esplicitazione di una potestà pubblicistica.

In tal senso, il potere di verifica di cui dispone l'amministrazione, a differenza di quanto accade nel regime a previo atto amministrativo, non è finalizzato all'emanazione dell'atto amministrativo di consenso all'esercizio dell'attività, ma di controllo, privo di discrezionalità, della corrispondenza di quanto dichiarato dall'interessato rispetto ai canoni normativi stabiliti per l'attività in questione.

Si sottolinea inoltre come *“se la Dia fosse davvero un atto destinato ad avviare un procedimento destinato a concludersi con un provvedimento di accoglimento per silentium, tra la Dia e il Silenzio-assenso sarebbe arduo cogliere una sostanziale differenza. Al contrario, la legge n. 241/90 delinea in due articoli differenti, il 19 e il 20, così mostrando di voler tener distinti i due istituti e di attribuire loro una diversa funzione: mentre con la Dia si attua una liberalizzazione dell'attività privata non più soggetta ad autorizzazione, il silenzio assenso non incide in senso abrogativo sul regime autorizzatorio, ma costituisce una mera semplificazione procedimentale, prevedendo una modalità di conseguimento dell'autorizzazione equipollente ad un provvedimento esplicito di accoglimento”*³.

Seguendo l'iter logico della ricostruzione tutta privatistica le soluzioni prospettabili al fine di garantire la tutela del terzo sarebbero addirittura due, di cui

³ Cons. Stato, Sez. VI, 9 febbraio 2009, n. 717.

una particolarmente innovativa in quanto introdurrebbe nel processo amministrativo un'azione per così dire atipica, quella, cioè, di mero accertamento.

Ma procediamo per ordine: la prima strada perseguibile dal terzo, a fronte di un atto di autonomia del privato, sarebbe quella di agire con lo strumento del silenzio rifiuto; vale a dire, il terzo, decorso inutilmente il termine previsto per l'esercizio del potere inibitorio, potrebbe sollecitare la P.A. all'adozione di provvedimenti di autotutela, ed invocare, in caso di inerzia, il silenzio rifiuto di cui all'art. 21 bis della legge Tar (oggi art. 117 C.P.A.).

Diversamente, secondo la soluzione, accolta dalla citata sentenza 717/09, l'effettività della tutela non può che essere assicurata al terzo se non mediante azione di accertamento autonomo che il terzo può esperire innanzi al giudice amministrativo per sentire pronunciare che non sussistevano i presupposti per svolgere l'attività sulla base di una semplice denuncia di inizio attività. Emanata la sentenza di accertamento, graverà sull'amministrazione l'obbligo di ordinare la rimozione degli effetti della condotta posta in essere dal privato, sulla base dei presupposti che il giudice ha ritenuto mancanti.

Orbene, circa l'assenza di una norma espressa che contempra nel giudizio amministrativo l'azione di accertamento, il giudice amministrativo, al contrario, ne ravvisa il fondamento non solo nell'articolo 24 della Costituzione, quanto nel nesso che lega il potere di accertamento processuale allo stesso concetto di giurisdizione, sicché l'ammissibilità di tale azione discenderebbe dall'esistenza stessa della giurisdizione, che infatti implica uno "*ius dicere*"⁴.

L'ordinanza di rimessione in commento, nel deferire il tutto all'Adunanza Plenaria, lascia, pertanto, aperte tutte le tesi appena delineate senza propendere per l'una o per l'altra, certo è, ed in questo appare più risoluta, quale che sia il rimedio esperibile a tutela del terzo, non si potrà ammettere, per esigenze di certezza dei rapporti con la pubblica amministrazione, l'applicabilità alla fattispecie del termine decadenziale (60 giorni), piuttosto che prescrizione, individuando il momento dal

⁴ E. Giardino, La natura giuridica della Dia e la tutela del terzo, in *Giornale di diritto amministrativo* 12/2010, pag. 1249

quale il termine debba essere fatto decorrere (conoscenza del comportamento della fattispecie), sia che si abbracci la tesi della impugnativa demolitoria che quella dell'accertamento autonomo.

 Date le premesse, non resta che aspettare il responso finale.