

# **LA NUOVA DISCIPLINA DELLA DICHIARAZIONE DI INIZIO DI ATTIVITA' \***

**di Patrizia Marzaro Gamba\***

1. La *ratio* della riforma dell'art. 19 della legge n. 241 del 1990. – 2. L'ambito di applicazione della disciplina. – 3. La procedura di presentazione della DIA. – 4. I poteri della p.A. a seguito della presentazione della dichiarazione. – 4. La tutela giurisdizionale e i riflessi sulla giurisdizione in tema di DIA edilizia.

## **1. La *ratio* della riforma dell'art. 19 della legge n. 241 del 1990**

Già le osservazioni in primissima lettura al nuovo art. 19 della legge n. 241 hanno messo in luce le incongruenze e i molti problemi derivanti dalla riforma apportata dalla legge n. 80 del 2005 e certamente la sensazione che si ricava anche da un'analisi più approfondita del nuovo istituto è che ad alcuni di essi sarà difficile anche in futuro dare una soluzione pienamente soddisfacente.

Proprio per questo motivo, tuttavia, e per la delicatezza del quadro complessivo che si ricava dalle modifiche apportate dalla legge n. 80 alla legge sul procedimento amministrativo, sembra necessario che l'esame dei punti salienti della nuova denuncia d'inizio – o, meglio, dichiarazione d'inizio di attività – venga condotto alla luce di un inquadramento generale della riforma degli artt. 19 e 20 della legge n. 241 e del rapporto in cui quest'ultima si pone con quella più ampia operata in precedenza dalla legge n. 15 del 2005.

A prescindere da qualsiasi valutazione sui risultati raggiunti, infatti, si ha l'impressione che mentre con la legge n. 15 il legislatore si sia effettivamente mosso con l'intento di procedere ad un "completamento organico e sistematico della legge

---

\* Testo della relazione presentata al Convegno su "La nuova legge 241 del 1990 e la sua tutela giurisdizionale: primi spunti applicativi" tenutosi presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Brescia il 30 giugno 2005.

\* Professore associato di Diritto urbanistico nella facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Padova (sede di Treviso)

del 1990”<sup>1</sup> condotto alla luce delle elaborazioni dottrinali e giurisprudenziali successive alla legge sul procedimento, allo scopo di “tracciare anche un primo abbozzo di codificazione del diritto amministrativo sostanziale”<sup>2</sup>, con il d.l. n.35 convertito nella legge n. 80, il legislatore sia stato mosso da uno scopo diverso, di minor respiro, perché dettato dall’esigenza contingente, per cui le modifiche apportate agli artt. 19 e 20 si collocano solo in via mediata nel disegno generale di riforma della legge sul procedimento amministrativo (al pari, probabilmente, di quelle apportate all’art. 2 sull’inadempimento dell’amministrazione).

Mentre, quindi, la riforma della legge n. 15 può essere considerata come riforma, generale, della disciplina generale del procedimento, quella della legge n. 80 non si presenta con caratteristiche analoghe, ma appare piuttosto come l’innesto di una disciplina in qualche modo ‘speciale’ su di una precedente di carattere generale, con l’evidente rischio di forzarne l’impianto sistematico, snaturandola; e questa diversa genesi è probabilmente la prima ragione delle incongruenze e dei problemi interpretativi che presenta la nuova versione dell’art. 19.

Del resto, che la nuova disciplina dell’art. 19 – oltre a quella dell’art. 20 (ma anche quella dell’art. 2, comma 5, così ansioso di assicurare un risultato da attribuire *sic et simpliciter* al giudice il potere di pronunciarsi sulla fondatezza dell’istanza) – sia nata con lo scopo primario di ‘fare da volano’ alla ripresa delle iniziative economiche è riconosciuto espressamente dallo stesso legislatore – il d.l. n. 35 è noto come decreto sulla competitività – il quale, da questo punto di vista si muove in un solco che gli è sempre stato familiare : dal decreto Nicolazzi del 1982, alla legge n. 662 del 1996 alla legge obiettivo n. 443 del 2001 (per ricordare alcune ipotesi speciali di applicazione del silenzio-assenso e della denuncia d’inizio) il ricorso a questi istituti è stato concepito anzitutto come un mezzo per favorire la ripresa e lo sviluppo dell’economia e solo in via mediata come uno strumento di riequilibrio dei rapporti

---

<sup>1</sup> FRANCARIO, Dalla legge sul procedimento amministrativo alla legge sul provvedimento amministrativo, (sulle modifiche ed integrazioni recate dalla legge 15/2005 alla legge 241/1990), in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it)

<sup>2</sup> ROMANO TASSONE, Prime osservazioni sulla legge di riforma della legge n. 241/1990, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it)

tra cittadino e amministrazione in alcuni settori della vita economica soggetti a controllo pubblico.

Se questa è la *ratio* che ha ispirato anche la riforma dell'art. 19, è chiaro che essa pone evidenti problemi di armonizzazione tra vecchia e nuova disciplina, come se il legislatore avesse voluto 'forzare' l'uso di un istituto generale, sicuramente problematico ma avente una sua astratta giustificazione come generale strumento di semplificazione dell'azione amministrativa e di liberalizzazione dell'attività privata (per usare una terminologia ormai entrata nell'uso comune), ad uno scopo più ridotto e contingente.

Per ciò che riguarda l'originario art. 19, sopprimere l'intermediazione del potere autorizzatorio dell'amministrazione in caso di attività vincolata aveva un suo fondamento e non si poneva in contrasto con i canoni della buona amministrazione: in fondo – si potrebbe sintetizzare – se il procedimento amministrativo è il luogo naturale delle garanzie degli interessi privati e pubblici coinvolti, è giustificata la scelta di sopprimere il potere e il luogo in cui esso viene esercitato, quando privato e collettività possano trovare tali garanzie direttamente nelle norme, le quali non lascino spazio di scelta alla p.A.

Il privato sarà legittimato dalle norme stesse ad esercitare il proprio diritto, tutte le volte in cui si trovi nelle condizioni descritte dalla fattispecie astratta, mentre vi sarà un arretramento delle posizioni dell'amministrazione, cui sarà lasciato il compito di controllare *a posteriori* la corrispondenza tra fattispecie astratta e fattispecie concreta.

Ora, i problemi cui si è andati incontro al momento di dare applicazione all'art. 19 sono ben noti; sono note l'incertezza ingenerata negli operatori e la conseguente diffidenza dimostrata sia dai privati che dalle amministrazioni nei confronti di uno strumento in sé giustificato ma di cui non erano chiari ambito di applicazione e conseguenze di tale applicazione; tanto che la denuncia d'inizio è decollata, pur tra mille difficoltà, solo quando la si è introdotta in settori specifici ed individuati dell'attività privata – in particolare edilizia e commercio -, a dimostrazione che

l'effettività di questo istituto, che avrebbe potuto sicuramente portare ad un cambiamento anzitutto 'culturale' nella concezione dei rapporti tra cittadino e amministrazione – il primo reso più libero e chiamato ad assumersi la responsabilità dell'esercizio dei propri diritti, la seconda fatta arretrare ad una funzione di controllo successivo, a tutto vantaggio della tutela di interessi più rilevanti - dipendeva dal grado di certezza che lo circondava.

Tant'è che più dettagliata è stata la disciplina, maggiore è stato il grado di penetrazione dell'istituto, pur con tutti i problemi che esso ha provocato.

La riforma attuata con la legge n. 80 sembra invece rispondere ad un proposito inverso; non si cerca di semplificare l'azione pubblica e di alleggerire il privato definendone il più possibile i rispettivi spazi a garanzia dei relativi interessi, ma si dilata al massimo la disciplina generale, forzandola al raggiungimento di un risultato immediato e contingente; al tempo stesso, probabilmente consapevoli di tale forzatura, si dilatano allo stesso modo anche i poteri successivi dell'amministrazione, a tutto danno della coerenza sistematica e della certezza in sede applicativa.

In sintesi: si vuole accelerare al massimo l'intrapresa privata, cercando al contempo di salvaguardare l'interesse pubblico e i terzi, ma senza definire chiaramente le rispettive posizioni e collocarle in un sistema unitario.

E' vero che nello scorrere la norma si ha l'impressione che qua e là il legislatore abbia tenuto conto anche di alcuni problemi particolarmente delicati legati alla natura della DIA e alla tutela del terzo, emersi in precedenza soprattutto con riguardo alla denuncia di attività edilizia<sup>3</sup>, ma il complesso delle modifiche appare sotto molti profili chiaramente mosso dall'urgenza di assicurare un risultato (la si potrebbe definire ormai "ansia parossistica da risultato"<sup>4</sup>) e slegato da una precisa consapevolezza della natura dell'istituto che si sta disciplinando.

---

<sup>3</sup> Sui quali sia consentito il rinvio a MARZARO GAMBA, *La denuncia d'inizio di attività edilizia, profili sistematici, sostanziali e processuali*, Milano, 2005.

<sup>4</sup> Riprendendo l'ormai nota ed efficace definizione di CASSETTA, *La difficoltà di "semplificare"*, in *Dir.amm.*, 1998, 344 ss., il quale parla di "ansia di provvedere" o di "garantire un risultato", con riguardo alle misure di semplificazione via via introdotte negli anni novanta.

Inoltre non va sottovalutato che l'art.19 e il successivo art. 20 sembrano porre disposizioni di principio, là dove stabiliscono – salvi i limiti derivanti dalla tutela di particolari interessi –, da una parte, che tutti gli atti di consenso vincolati sono sostituiti *ex lege* dalla DIA e, dall'altra, che i 'rimanenti' procedimenti ad istanza di parte, quelli, cioè, che non siano venuti meno in forza dell'art. 19, possono concludersi in modo tacito con il silenzio assenso.

Si può, cioè, ipotizzare un nuovo principio dettato dalla legge n. 80, in forza del quale tutti i poteri attivabili su istanza di parte – salve le eccezioni normativamente previste – sono soggetti in via generale alle misure di semplificazione di cui agli artt. 19 e 20 della legge n. 241, per cui dichiarazione d'inizio e silenzio accoglimento 'si dividono il campo' dei relativi provvedimenti; ricordando inoltre che la DIA sostituisce *ex lege* il provvedimento di consenso e dunque non costituisce facoltà del privato ricorrere ad essa in alternativa al silenzio assenso, perché non esiste più il relativo potere autorizzatorio.

Siamo infatti di fronte ad istituti che, dividendosi l'ambito di applicazione, si escludono a vicenda e anche per questo motivo è difficile respingere l'idea che questa scelta del legislatore sia stata concepita, *ex art. 29* della legge n. 241, come una nuova "*garanzia del cittadino nei riguardi dell'azione amministrativa*"; così stando le cose, peraltro, a regioni e comuni potrebbe essere riconosciuto un ruolo importante in sede di applicazione dei due istituti nelle materie di propria competenza e proprio per dare quella certezza che si è ancor più rarefatta nella nuova disciplina.

In questo quadro va dunque collocata e analizzata la nuova DIA, per valutarne portata e natura rispetto al sistema precedente, oltre che capacità di rispondere agli obiettivi originari e attuali perseguiti dal legislatore.

Le modifiche apportate dalla legge n. 80 attengono a vari profili:

- ambito di applicazione
- procedura di presentazione della dichiarazione
- poteri successivi dell'amministrazione
- tutela giurisdizionale

## **2. L' ambito di applicazione della nuova disciplina**

Il quadro è delimitato da un complesso di elementi:

- il riferimento ad una più ampia specie di provvedimenti da intendersi sostituiti;
- la previsione di una serie di “*condizioni legittimanti*”;
- il riferimento ad una vasta ed eterogenea categoria di interessi pubblici per la

tutela dei quali il procedimento amministrativo rimane luogo naturale e necessario delle garanzie.

I problemi che si profilano a questo proposito sono numerosi e alcuni di essi particolarmente evidenti.

Quanto ai provvedimenti sostituiti dalla DIA rimane la formulazione generale ma le novità riguardano in particolare il riferimento espresso alle “*iscrizioni in albi o ruoli richieste per l'esercizio di attività imprenditoriali, commerciali o artigianali*” e alle “*concessioni non costitutive*”.

Il primo caso non pone particolari interrogativi, anzi è da ritenere positivo trattandosi di uno dei pochi elementi certi offerti all'interprete (naturalmente deve trattarsi di atti vincolati), mentre il secondo sembra porne di pressoché insolubili.

Pare infatti molto difficile pensare a concessioni non costitutive – quindi a concessioni traslative – aventi natura vincolata e come tali sostituite dalla dichiarazione d'inizio, non potendosi certo immaginare che il legislatore abbia voluto sostituire *tout court* le concessioni traslative con la dichiarazione d'inizio. Alla fin fine, se si pensa alla limitatezza delle utilità oggetto di concessione traslativa e alla necessità di scelta tra una pluralità di ‘pretendenti’ che essa postula – e comunque al bilanciamento degli interessi coinvolti che presuppone, anche nelle ipotesi in cui non vi fosse da effettuare una scelta tra più aspiranti - , la DIA avrebbe un oggetto

impossibile... (senza pensare alla convenzione tra le parti che accompagna la concessione...).

Che significato dare a tale inserzione ?

L'unica possibilità che residua è che essa sia proprio espressione di quella dilatazione della disciplina generale di cui si parlava prima, per cui il legislatore abbia cercato di usare una formulazione tendenzialmente omnicomprensiva dei provvedimenti di consenso, a prescindere dal loro *nomen* tipico e abbia voluto menzionare queste pretese “*concessioni non costitutive*” quando di concessioni propriamente non si tratti, bensì di ulteriori provvedimenti di consenso all'esercizio di un'attività aventi natura vincolata (ma questo obiettivamente non spiega l'attributo “*non costitutivo*” ).

Per ciò che riguarda le condizioni “*legittimanti*” vi è probabilmente qualche elemento positivo.

Anzitutto è stato espunto il limite “*senza l'esperimento di prove a ciò destinate che comportino valutazioni tecniche discrezionali*” la cui interpretazione aveva sollevato qualche dubbio in dottrina (ci si era chiesti se dalla DIA fossero esclusi tutti quei provvedimenti in cui comunque era riservata alla p.A. un potere di valutazione discrezionale, ovvero soltanto quei procedimenti in cui l'accertamento dei presupposti avvenga mediante prove a ciò destinate che comportino, appunto, valutazioni tecniche discrezionali<sup>5</sup>); oggi si deve ritenere che i provvedimenti sostituiti dalla DIA siano tutti quelli, a prescindere dal loro *nomen*, “*il cui rilascio dipenda esclusivamente dall'accertamento dei requisiti e presupposti di legge o di atti amministrativi a contenuto generale e non sia previsto alcun limite o contingente complessivo o specifici strumenti di programmazione settoriale per il rilascio degli stessi*”, formulazione più ampia rispetto al passato ma che depone in modo più chiaro per la natura vincolata del potere eliminato.

---

<sup>5</sup> Cfr. in particolare FALCON, L'autoamministrazione dei privati, in *Procedimenti e accordi nell'amministrazione locale*, Atti del XLII Convegno di studi di scienza dell'amministrazione, Milano 1997, 138 ss.

Inoltre, mentre la vecchia formulazione parlava semplicemente di “*presupposti e requisiti di legge*” per il ricorso alla denuncia e oggetto di controllo successivo, il nuovo art. 19 al comma 3 fa riferimento ad una fattispecie legittimante il privato, e sempre oggetto di controllo successivo comprensiva di “*condizioni, modalità e fatti legittimanti*”.

Ora, un riferimento così ampio e diverso rispetto al passato sembra non solo confermare la natura della DIA come ipotesi di legittimazione *ex lege*, ma al tempo stesso fornire anche un’indicazione più chiara sul momento in cui essa viene ad esistenza (definendo di conseguenza anche l’oggetto del controllo della p.A).

In particolare, parlando non solo di fatti (termine che potrebbe essere riferito ai presupposti e requisiti di fatto necessari per l’esercizio dell’attività) ma anche di condizioni (si potrebbe pensare in senso ampio ai presupposti e requisiti di diritto) e di modalità (si potrebbe pensare a modalità procedurali), la norma sembra subordinare il formarsi della fattispecie alla presenza di tutti questi elementi; e quindi, a presupposti e requisiti, di fatto e di diritto, a modalità procedurali attinenti alla presentazione di certificazioni e attestazioni e al decorso del (primo) termine di trenta giorni per l’inizio dell’attività.

E’ in questo momento che si dovrebbe dire formata la legittimazione del privato all’esercizio del diritto, che sarà poi oggetto di controllo da parte della p.A.

Più difficile è pensare che anche la comunicazione di effettivo inizio dell’attività e il decorso del (secondo) termine di trenta giorni per l’esercizio del potere di verifica da parte della p.A. siano da considerare elementi costitutivi; questo secondo atto del privato pare infatti avere più una funzione meramente notiziale e di acclaramento della propria situazione nei confronti della p.A. – ‘ti comunico che sono nell’esercizio del mio diritto’ – ai fini, appunto, del decorso del secondo termine di trenta giorni entro il quale l’amministrazione potrà vietare la prosecuzione dell’attività.

In relazione agli interessi che escludono il ricorso alla DIA – difesa nazionale, pubblica sicurezza, immigrazione, amministrazione della giustizia, amministrazione



delle finanze, tutela della salute e della pubblica incolumità, del patrimonio culturale e paesaggistico e dell'ambiente e atti imposti dalla normativa comunitaria -, se è condivisibile la *ratio* di tale limite, il lato negativo potrebbe essere dato dalla sua indeterminatezza, per cui, di fronte ad un certo atto di competenza di un'amministrazione preposta alla tutela di uno di questi interessi, ci si dovrebbe chiedere *in primis* se si tratti di atto effettivamente volto a tale scopo e in caso di risposta negativa ci si dovrebbe poi interrogare anche sulla sua natura vincolata o meno.

Qualora, peraltro, uno di questi atti per cui la DIA è esclusa fosse richiesto al fine dell'adozione del provvedimento finale, sostituito invece dalla DIA, si ritiene che la necessità dell'atto espresso non impedisca al privato di presentare la dichiarazione d'inizio 'finale', ma semplicemente che il previo rilascio dell'atto espresso rientri tra le c.d. condizioni legittimanti per la presentazione della DIA.

### **3. La procedura di presentazione della DIA**

La legge n. 80 ha operato una sorta di 'modularizzazione' nella procedura di presentazione della DIA, scandita in due fasi: presentazione della dichiarazione e primo termine di trenta giorni per l'inizio dell'attività, comunicazione dell'inizio e secondo termine di trenta giorni per la pronuncia del divieto; si tratta di una novità rispetto al passato, che, da un lato, risente delle esperienze speciali – i cui diversi termini vengono però espressamente fatti salvi dal comma 4 – e, dall'altro, pare concepita come uno dei vari contrappesi alla spinta all'uso di questo strumento che ha ispirato la riforma.

E' scomparsa quindi la contestualità tra presentazione della DIA ed esercizio dell'attività e – uniformandosi al modello della denuncia edilizia – si prevede il necessario decorso di un termine di 30 giorni cui è subordinato l'inizio, inizio che, a differenza della DIA edilizia, peraltro deve essere espressamente comunicato alla p.A.

#### **4. I poteri della p.A. a seguito della presentazione della DIA**

Il tema è sempre stato molto delicato e sotto un certo profilo è stato complicato dalla riforma che vi ha inciso operando quella dilatazione dei poteri cui si è accennato in precedenza, anche in questo caso in funzione di contrappeso alla spinta alla competitività, senza preoccuparsi della congruenza del sistema.

I poteri di cui l'amministrazione dispone sono più d'uno.

Stando alla lettera del nuovo art. 19, essa esercita un necessario potere di verifica della sussistenza della fattispecie legittimante che si conclude espressamente solo in caso negativo, con il divieto di esercizio dell'attività e dell'ordine di rimozione degli eventuali effetti prodottisi.

Essa dispone inoltre *ex art. 21, comma 2 bis*, dei poteri di “vigilanza, prevenzione e controllo sulle attività” per l'esercizio delle quali la dichiarazione d'inizio ha sostituito il provvedimento di consenso; e ciò è del tutto logico perché tale sostituzione opera sul piano procedurale non incidendo sul regime sostanziale delle attività, che continuano ad essere regolamentate dal legislatore .

Infine, secondo la clausola di salvezza inserita nel comma 3 dell'art. 19, la p.A. disporrebbe del potere di annullamento d'ufficio *ex art. 21 quinquies* e di quello di revoca *ex art. 21 nonies* .

Ora, quanto al potere di controllo sulla denuncia e sulle altre “condizioni legittimanti”, oltre che sull'attività iniziata, si tratta di un potere tipico, presente fin dall'origine sia nell'istituto generale – anche se nel regime precedente era necessariamente esercitabile solo successivamente all'inizio dell'attività – che nelle fattispecie speciali, la natura del quale non sembra sostanzialmente mutata rispetto al regime precedente, nonostante oggi si sia in presenza di una disciplina molto più articolata.

L'amministrazione continua, quindi, ad essere titolare di un potere di controllo in funzione inibitoria dell'esercizio dell'attività, potere attivato necessariamente dalla

presentazione della dichiarazione – ciò che dovrebbe giustificare l'esclusione dall'obbligo della comunicazione di avvio – e non dalla successiva comunicazione di inizio dell'attività, che sotto questo profilo pare appunto svolgere una funzione notiziale e sollecitatoria nei confronti dell'amministrazione. In quanto tale, questo potere trova una manifestazione espressa solo nel caso di insussistenza delle condizioni legittimanti, con l'adozione, appunto, di un "*provvedimento di divieto di prosecuzione dell'attività e di rimozione dei suoi effetti*", salva la possibilità di conformazione dell'attività entro un termine – non inferiore a trenta giorni – fissato dalla p.A.

Il fatto che a questo proposito la lettera dell'art. 19 non sia mutata rispetto al regime precedente e che questo potere continui ad avere ad oggetto non la sola denuncia e le condizioni legittimanti, ma anche un'attività già iniziata, sono argomenti che di per sé depongono per l'esistenza in capo alla p.A. di un potere a contenuto sfavorevole e non di un potere di consenso all'esercizio dell'attività, per cui si possa attribuire al silenzio dell'amministrazione, decorsi i (secondi) 30 giorni, significato di provvedimento favorevole al privato.

Per ciò che riguarda, poi, la natura di questo (secondo) termine di trenta giorni, nonostante sia scomparsa la formula rafforzativa "*entro e non oltre*" della versione originaria, pare che si debba comunque continuare a riconoscergli carattere perentorio, tenendo presente, però, che entro i trenta giorni dalla comunicazione dell'inizio la p.A. dovrà necessariamente dichiarare l'insussistenza della fattispecie legittimante e assegnare, "*ove ciò sia possibile*", il termine per la conformazione dell'attività. Qualora poi il privato non vi provvedesse, la p.A., constatata l'inadempienza, manterrebbe il potere di vietare l'esercizio dell'attività anche se il (secondo) termine di trenta giorni si è già consumato.

Non sembra, peraltro, che a mutare la natura di questo potere dell'amministrazione e, conseguentemente, la natura della DIA, possa venire quella clausola di salvezza dell'esercizio del potere di autotutela inserita nel comma 3 dell'art. 19, in cui si fa riferimento ai poteri di annullamento d'ufficio e di revoca,

clausola che si presenta come un altro degli elementi incongrui della nuova disciplina, che ha già attirato l'attenzione dei commentatori e a cui non sembra in realtà possibile dare una spiegazione pienamente soddisfacente.

Con un'interpretazione apertamente perplessa di tale clausola, si è detto che il riferimento ai provvedimenti di secondo grado trasformerebbe la DIA in “uno strano irrocervo che nasce privato e si tramuta in pubblico per poter essere annullato come provvedimento..”<sup>6</sup> una volta decorsi i (secondi) trenta giorni.

Questa tesi, peraltro, non è nuova, com'è noto, essendo stata prospettata da una parte della giurisprudenza e sostenuta anche da qualche opinione isolata in dottrina con riguardo alla DIA edilizia; tuttavia le ragioni della perplessità hanno effettivamente un loro fondamento, e, anzi, da un certo punto di vista paiono perfino maggiori rispetto al passato, nonostante questo nuovo espresso riferimento ai provvedimenti di secondo grado.

E' chiaro che la soluzione di questo problema interpretativo è legato alla questione della natura della dichiarazione d'inizio, ma non sembra che dalla riforma dell'art. 19 si possano ricavare elementi tali da mutare opinione e ritenere che la DIA da atto soggettivamente e oggettivamente privato sia divenuta una nuova fattispecie di titolo abilitativo tacito.

Ciò per una serie di considerazioni, cui in questa sede è possibile solo accennare.

Anzitutto per una ragione di ordine sistematico; la *ratio* della riforma degli atti di consenso all'esercizio dell'attività privata operata dalla legge n. 80, come si è detto, è quella di accelerare l'intrapresa di tutte le attività, dividendo il campo del controllo pubblico su di esse tra dichiarazione d'inizio per tutti i provvedimenti vincolati e silenzio assenso per quelli rimanenti (a basso tenore di discrezionalità, si auspica...) – tanto che l'art. 20 in apertura fa espressamente salva l'applicazione dell'art. 19 -. Ora, sarebbe aggiungere incongruenza a incongruenza pensare che da

---

<sup>6</sup> M.A.SANDULLI, Competizione, competitività, braccia legate e certezza del diritto (note a margine della legge di conversione del D.L. 35 del 2005), in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it)

una parte si sia voluto rendere generale la distinzione tra le due misure di semplificazione già codificata nel testo originario della legge n. 241 e contemporaneamente vi sia stata una ‘contaminazione’ dei due istituti, che invece hanno connotazione e ragion d’essere diverse.

Nello stesso senso potremmo richiamare anche il fatto che il legislatore abbia individuato l’oggetto del controllo della p.A. in sede di dichiarazione d’inizio nelle “*condizioni, modalità e fatti legittimanti*” l’esercizio dell’attività, in tal modo sembrando riferirsi ad un’ipotesi, appunto di legittimazione *ex lege*.

Vi è però un altro argomento nel nuovo art. 19 che assume rilievo sistematico e non meramente letterale, il quale avvalorata la tesi della dichiarazione d’inizio come atto del privato legittimato all’esercizio del diritto direttamente dalla legge e non da un titolo tacito.

Un’indicazione in questo senso, infatti, pare doversi ricavare dal comma 5, che devolve alla giurisdizione esclusiva “*ogni controversia relativa all’applicazione dei commi 1, 2 e 3*”, e, quindi, ogni controversia tra privato e amministrazione relativa alla presentazione della dichiarazione, all’intrapresa dell’attività e all’esercizio da parte della p.A. dei poteri inibitori successivi, oltre a quelli di cui essa eventualmente disponga in sede di autotutela e di repressione.

Se la DIA fosse un titolo abilitativo tacito non ci sarebbe stato bisogno di attribuire il relativo contenzioso alla giurisdizione esclusiva, non essendoci dubbio alcuno che in caso di attribuzione al silenzio dell’amministrazione di effetti equivalenti a quelli del provvedimento favorevole il terzo leso dispone degli ordinari mezzi impugnatori, come è confermato anche dal successivo art. 20, che infatti nulla dice sull’impugnazione del silenzio-assenso.

Naturalmente l’argomento è troppo vasto per essere affrontato in questa sede, ma pare proprio che questa disposizione possa essere considerata ‘figlia’ della sentenza n. 204 del 2004 della Corte costituzionale.

Se - come ha affermato la Consulta - l’art. 103, comma 1, Cost. “non ha conferito al legislatore ordinario una assoluta ed incondizionata discrezionalità

nell'attribuzione al giudice amministrativo di materie devolute alla sua giurisdizione esclusiva, ma gli ha conferito il potere di indicare 'particolari materie' nelle quali 'la tutela nei confronti della pubblica amministrazione' investe 'anche' diritti soggettivi", un potere, quindi, che "deve considerare la natura delle situazioni soggettive coinvolte, e non fondarsi esclusivamente sul dato, oggettivo, delle materie", quale spiegazione più ragionevole di questa prima applicazione normativa dell'art.103 Cost. dopo la sentenza n. 204, se non quella – costituzionalmente adeguata – che riconosce che si versa in un settore con speciali caratteristiche, nel quale opera la pubblica amministrazione–autorità, ma nel quale si è in presenza di quell' intreccio singolarmente complesso di diritti soggettivi ed interessi legittimi che secondo la Corte continua a giustificare lo spostamento della tutela dei diritti dalla sua sede naturale ?

Ciò, si noti, non significa che si faccia dipendere dalla norma processuale l'individuazione della natura delle situazioni giuridiche soggettive coinvolte; i termini della questione della natura della DIA erano ben chiari a dottrina, giurisprudenza e, si deve ritenere, allo stesso legislatore, fin dalla sua creazione con la legge n. 241, per cui la devoluzione alla giurisdizione esclusiva non vale certamente a costituire il diritto del privato, ma va correttamente intesa, come riconoscimento della presenza di posizioni di diritto soggettivo e non solo di interesse legittimo in sede di dichiarazione di inizio di attività. (Naturalmente tale riconoscimento apre il tema dell'oggetto della domanda del terzo in sede di giurisdizione esclusiva, a cui si tornerà fra poco).

Rimane il problema del significato da dare alla clausola di salvezza di cui al comma 3; se non la si vuole considerare come mirante a far salvi i provvedimenti di riesame aventi ad oggetto i precedenti provvedimenti inibitori dell'attività privata – come è stato anche ipotizzato<sup>7</sup>, ma si tratterebbe comunque di clausola ultronea – si deve finire per considerarla anzitutto come una formula 'standardizzata', che è stata

---

<sup>7</sup> LIGUORI, Note su diritto privato, atti non autoritativi e nuova denuncia di inizio dell'attività, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it)

inserita dal legislatore, negli stessi termini sia nell'art. 19 che nell'art. 20, per garantire la più ampia tutela dell'interesse pubblico, dilatando quanto più possibile i relativi poteri della p.A..

Ciò comunque pone il problema di individuarne i margini di applicazione alla DIA.

Ora, se non pare proprio possibile ipotizzare una revoca della dichiarazione, ci si potrebbe chiedere se il potere di annullamento d'ufficio (quello stesso evocato anche dagli artt. 38 e 39 del t.u. dell'edilizia per la c.d. superdia) non possa essere inteso come indicazione della permanenza in capo alla p.A. del potere non di annullare ma in realtà di dichiarare l'insussistenza delle condizioni legittimanti anche oltre il secondo termine di trenta giorni, in questo caso, però, in presenza di un interesse pubblico ulteriore e attuale rispetto a quello volto al ripristino della legalità violata (in fondo anche per il silenzio assenso noi sappiamo che è improprio parlare di annullamento del silenzio, trattandosi di un fatto, per cui l'annullamento del silenzio va inteso come provvedimento volto all'eliminazione degli effetti prodottisi in forza dell'attribuzione normativa al silenzio del significato di provvedimento favorevole, eliminazione che richiede comunque una valutazione discrezionale sulla sussistenza dell'interesse). E, in ogni caso, il ricorso al potere di autotutela dovrebbe apparire residuale, dovendo comunque concorrere con gli eventuali poteri di vigilanza, repressivi e sanzionatori di cui al successivo art. 21, comma 2 *bis*.

## **5. La tutela giurisdizionale e i riflessi sulla giurisdizione in tema di DIA edilizia.**

Si è già detto della *ratio* della devoluzione delle controversie alla giurisdizione esclusiva; il profilo più interessante al quale rimane dunque da accennare riguarda l'oggetto della domanda del terzo al giudice amministrativo nel caso di dichiarazione di inizio dell'attività; non essendovi particolari problemi sia per ciò che riguarda la tutela del privato che ha dichiarato l'inizio dell'attività, nei confronti dei successivi

provvedimenti inibitori o comunque repressivi e finanche di quelli in sede di autotutela della p.A., sia per le controversie tra terzo leso dall'inizio dell'attività e privato dichiarante, che continuano a trovare il loro giudice naturale nel giudice ordinario, non potendo certo essere spostate dinanzi al giudice amministrativo in forza della previsione della giurisdizione esclusiva.

Nel caso della tutela del terzo nei confronti della p.A., invece, si debbono distinguere due diversi strumenti, solo il secondo dei quali è esperibile in sede di giurisdizione esclusiva.

Qualora l'amministrazione disponga di un potere repressivo specifico nei confronti dell'attività iniziata in assenza delle condizioni legittimanti ex art. 21, comma 2 bis della legge n. 241, e al terzo sia possibile riconoscere una posizione differenziata e qualificata nei confronti dell'esercizio di tale potere, si può pensare anzitutto all'impugnazione dell'eventuale inadempimento della p.A., ai sensi del nuovo art. 2, comma 5, della legge sul procedimento. In questo caso, però, non si agisce in sede di giurisdizione esclusiva, ma si utilizza il rito speciale *ex art. 21 bis* della legge TAR, e, alla luce delle nuove disposizioni della legge n. 241, si potrà chiedere al giudice che si pronunci sulla fondatezza della pretesa all'esercizio del potere repressivo, e dunque che si pronunci sulla sussistenza o meno della legittimazione *ex lege*, su di un fatto, peraltro, che dovrebbe essere oggetto di accertamento vincolato. (Non si potrà invece impugnare *ex art. 21 bis* l'inadempimento al dovere di vietare l'inizio e la prosecuzione dell'attività perché il potere è destinato ad estinguersi nel termine perentorio dei trenta più trenta giorni).

In ogni caso, però, l'impugnazione del silenzio-inadempimento presuppone che, a monte, esista un potere di repressione dell'attività iniziata *sine titulo* e che terzo si trovi in quella posizione differenziata e qualificata rispetto all'esercizio di tale potere che lo legittima ad impugnare il silenzio-inadempimento; come è avvenuto, ad esempio con la più recente giurisprudenza del giudice amministrativo sulla repressione degli abusi edilizi.



Nel caso in cui non si versasse in tale situazione – mancando il potere repressivo o, comunque la legittimazione a ricorrere - tuttavia, pare di dovere ritenere che vi sia un altro strumento esperibile dal privato in sede di giurisdizione esclusiva e che sostanzialmente vale ad individuare il contenuto dei poteri di cui il giudice dispone in tale diverso ambito.

La tutela che il terzo, leso dalla presentazione della DIA e dall'inizio dell'attività in assenza delle condizioni di legittimazione, può ottenere nei confronti della p.A. ai sensi del comma 5 dell'art. 19, infatti, sembra passare necessariamente attraverso la domanda di accertamento dell'illegittimità del comportamento della p.A., ma non di un suo comportamento inadempiente, bensì del comportamento errato che essa abbia tenuto, non vietando la prosecuzione dell'attività.

Anche in questo caso, quindi, la tutela necessariamente postula l'accertamento giudiziale dell'inesistenza della legittimazione *ex lege* del privato all'esercizio del diritto, garantendo quindi effettività alla tutela del terzo.

E' evidente che questa prospettazione apre ad ulteriori riflessioni, che non possono essere svolte in questa sede; può essere utile però soffermarsi su di un'ultima notazione di carattere sistematico che viene a legare proprio sotto il profilo della tutela giurisdizionale la disciplina generale dell'art. 19 con quelle speciali, e in particolare con la DIA edilizia, 'figlia' della prima, oltre che caso di più ampia applicazione della DIA stessa.

I problemi della tutela del terzo nel caso della DIA edilizia sono ben noti<sup>8</sup>.

Sono note le diverse soluzioni prospettate allo scopo di assicurarne l'effettività, così come sono note le ulteriori difficoltà sorte dopo che la sentenza n. 204 del 2004 ha eliminato la giurisdizione esclusiva sui comportamenti in materia urbanistica ed edilizia, per cui ci si limiterà qui solo ad una riflessione 'che guardi al futuro'.

Recenti pronunce del giudice amministrativo di primo grado<sup>9</sup> – pur in un quadro giurisprudenziale sempre molto composito – hanno posto l'accento sul fatto

---

<sup>8</sup> Sia consentito qui il rinvio a MARZARO GAMBÀ, La denuncia d'inizio, cit.

<sup>9</sup> TAR Piemonte, I, 4 maggio 2005, nn. 1359 e 1367, in [www.lexitalia.it](http://www.lexitalia.it).

che la pronuncia della Corte, come già sottolineato anche da più parti in dottrina, debba “essere interpretata sistematicamente sulla base della sua motivazione, dovendosi ritenere sottratti alla giurisdizione del giudice amministrativo solamente i comportamenti non riconducibili, neppure in via mediata, all’esercizio della funzione amministrativa”; secondo tali pronunce, quindi, rientra ancora nella giurisdizione esclusiva il giudizio volto a conoscere dell’illegittimità del comportamento del comune che non abbia vietato l’inizio dei lavori denunciati dal privato, con un atto che rimane oggettivamente e soggettivamente privato.

Ora, questa giurisprudenza, volta a dare in fondo applicazione alla *ratio* della pronuncia della Corte, garantendo da una parte il diritto del terzo all’effettività della tutela e dall’altra la giurisdizione piena del giudice amministrativo, potrebbe trovare forza proprio nella previsione del nuovo comma 5 dell’art. 19, così come quest’ultimo può trovare contenuto in questa giurisprudenza, e, attraverso di essa, in un’interpretazione costituzionalmente adeguata della giurisdizione esclusiva (si ricordi che nei mesi scorsi la IV Sezione del Consiglio di Stato, con ord. 17. 3. 2005, n. 1109, ha rimesso all’Adunanza plenaria la questione dell’individuazione della nozione di “*comportamento*” che la Corte ha inteso ricondurre alla giurisdizione ordinaria, chiedendo se essa riguardi tutta l’attività materiale della p.A o solo quella che “non sia riconducibile, neppure mediatamente, all’esercizio del potere autoritativo della p.A”) .

E’ vero che l’art. 19, al comma 4, fa salve le “*disposizioni di legge vigenti che prevedono termini diversi*” per i casi speciali di DIA, ed è vero che al comma 5 si devolve alla giurisdizione esclusiva ogni controversia relativa all’applicazione dei commi 1, 2 e 3, ma è altrettanto vero che ciò che viene fatto salvo dall’art. 19 sono in sostanza le diverse procedure che caratterizzano le denunce speciali, senza che ciò intacchi in alcun modo il fatto che queste ultime partecipino della medesima natura di quella generale (per cui, per tutto ciò che non disponesse la normativa speciale si dovrebbe andare a quella generale).

Non sembra quindi che vi siano ostacoli particolari per ammettere che attraverso l'art. 19 sia stata introdotta la giurisdizione esclusiva per tutte le ipotesi di DIA, generali e speciali, giurisdizione esclusiva la cui portata potrà a propria volta essere 'illuminata' dalla giurisprudenza sui casi 'speciali' appena ricordati.

Potrebbe essere questo, alla fin fine, l'effetto sistematico 'indotto' più importante di una disciplina che facilita sì il privato ma continua a non dargli certezze, e così facendo in fondo tradisce uno dei canoni fondamentali sul quale si fonda il rapporto tra autorità e libertà, e che – in nome di quello “scambio transattivo di efficienza contro legalità”<sup>10</sup> attuato in forza del “riconoscimento economico del fattore tempo”<sup>11</sup> - ancora una volta finisce per riversare sul giudice il compito di garantire la cura dell'interesse pubblico.

---

<sup>10</sup> R. FERRARA, Procedimento amministrativo, semplificazione e realizzazione del risultato: dalla “libertà dall'amministrazione” alla libertà dell'amministrazione ?, in *Dir. Soc.*, 2000, 101 ss.

<sup>11</sup> TRIMARCHI BANFI, Diritti, poteri e responsabilità nelle recenti riforme di alcuni procedimenti amministrativi, in *Dir. Pubbl.*, 18998, 823 ss.