

N. 00015/2011/REG.PROV.COLL.

N.00001/2011 REG.RIC.A.P.

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
Il Consiglio di Stato
in sede giurisdizionale (Adunanza Plenaria)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1 di A.P. del 2011, proposto
da:

Serma Costruzioni Srl, in persona del legale rappresentante pro
tempore, rappresentato e difeso dagli avv. Raffaele Bucci, Paolo
Fiorilli, con domicilio eletto presso Paolo Fiorilli in Roma, via Cola
di Rienzo 180;

contro

Dovesi Giancarlo, rappresentato e difeso dagli avv. Francesco
Iaderosa, Giovanni Minelli, Paolo Stella Richter, con domicilio eletto

presso Paolo Stella Richter in Roma, viale Mazzini N.11;
nei confronti di
Comune di Venezia, in persona del Sindaco pro tempore, rappresentato
e difeso dagli avv.ti Maurizio Ballarin, Giulio Gidoni, Antonio
Iannotta, M.M. Morino, Nicoletta Ongaro, Nicolo' Paoletti, Giuseppe
Venezian, con domicilio eletto presso Niccolo' Paoletti in Roma, via B.
Tortolini N. 34; Masiero Marco;
e con l'intervento di
ad opponendum:
Ordine degli Architetti, Pianificatori, Paesaggisti e Conservatori di
Roma e Provincia, in persona del legale rappresentante pro tempore,
rappresentato e difeso dall'avv. Giuseppe Lavitola, con domicilio
eletto presso Giuseppe Lavitola in Roma, via Costabella 23;
per la riforma
della sentenza del T.A.R. VENETO - VENEZIA: SEZIONE II n.
03881/2008,
resa tra le parti, concernente DIA IN VARIANTE AL PERMESSO DI
COSTRUIRE

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 2 maggio 2011 il Cons.
Francesco Caringella e uditi per le parti gli avvocati Fiorilli,
Minelli, Stella Richter, Paoletti e Lavitola.;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

La Serma Costruzioni srl, proprietaria di due distinti immobili affacciati sui lati opposti di via S. Elena nel territorio del Comune di Venezia, veniva autorizzata, con permesso di costruire n.84298 del 2003, alla ristrutturazione e al risanamento conservativo di entrambi gli edifici.

Sia la galleria che un porticato ovest-est erano interamente gravati da servitù di pubblico passaggio pedonale in forza di atto notarile del 16 luglio 1956; il porticato, in particolare, risultava essere, per tutta la sua lunghezza e metà della sua larghezza, di proprietà Serma e per l'altra metà (longitudinale) di proprietà Dovesi.

Il Dovesi contestava dapprima il permesso di costruire n. 84198 del 2003 che, autorizzando il transito nel portico anche con automezzi, aveva aggravato la servitù da pedonale a carrabile; a seguito di tale contestazione, la società Serma produceva la DIA n.403111/2004 con cui, in variante al primo titolo abilitativo, ripristinava l'uso esclusivamente pedonale del portico.

Con l'ultima denuncia di inizio attività n.197703 del 2007, presentata in variante al permesso di costruire n. 84298/2003, la società Serma dichiarava di voler effettuare lavori edilizi volti, tra l'altro, a rendere carrabile la propria metà (longitudinale) del porticato ed a realizzare un marciapiede sul fronte est della via S. Elena dalla via Miranese al porticato stesso.

Con il ricorso di primo grado il sig. Dovesi impugnava tale ultima DIA, sostenendo che, a mezzo di tali lavori, si sarebbe prodotto un aggravio della servitù di passaggio sul suolo di sua proprietà in violazione del disposto dell'art. 1067 c.c.

Il giudice di primo grado accoglieva il ricorso pervenendo all'annullamento della DIA.

Secondo la sentenza impugnata, la trasformazione della servitù, da pedonale in carrabile, gravante sulla porzione longitudinale del portico di proprietà Serma, avrebbe aggravato l'esercizio della servitù pedonale alla quale era assoggettato l'intero portico. In tal modo, infatti, non si sarebbe aggravato soltanto il peso della servitù sul fondo Serma, ma si sarebbe imposto abusivamente a carico del fondo Dovesi un peso diverso da quello originariamente costituito per contratto.

Avverso tale sentenza ha proposto appello la società Serma Costruzioni srl, deducendo che:

1) la denuncia di inizio attività non costituisce atto amministrativo impugnabile, trattandosi di attività del privato e non assumendo essa valore provvedimento; la sentenza sarebbe quindi erronea laddove ha ritenuto direttamente impugnabile la denuncia di inizio di attività.

Secondo la società, l'unico rimedio avverso la d.i.a. (atto di parte privato), consisterebbe nel rivolgere formale istanza all'amministrazione e nell'impugnare l'eventuale silenzio-rifiuto su di

essa formatosi. Il primo giudice avrebbe dovuto concludere per la inammissibilità della impugnativa della denuncia di inizio attività;

2) la sentenza sarebbe errata anche nel punto in cui ha individuato, a fondamento dell'illegittimità della denuncia di inizio di attività, una mera violazione di tipo civilistico, attinente ai rapporti privatistici fra le parti. Tale doglianza avrebbe potuto proporsi soltanto dinanzi al giudice ordinario alla cui cognizione spettano le controversie circa l'esistenza di diritti di uso pubblico su strade private.

Si è costituito l'appellato Dovesi, chiedendo il rigetto dell'appello. Ha proposto altresì ricorso incidentale subordinato, rispetto ai motivi proposti in prime cure, deducendo vizi di violazione di legge ed eccesso di potere sotto svariati profili.

Si è costituito anche il Comune di Venezia, rimettendosi alla decisione di questo Consesso.

La Sezione rimettente ha sottoposto il ricorso alla cognizione dell'Adunanza Plenaria, ex art. 99 del codice del processo amministrativo, ai fini della soluzione delle questioni di diritto, di particolare importanza e fonti di contrasti giurisprudenziali, relative alla natura giuridica della dichiarazione di inizio attività ed alle conseguenti tecniche di tutela sperimentabili dal terzo leso dallo svolgimento dell'attività denunciata.

Ha inoltre spiegato intervento ad opponendum l'Ordine degli Architetti, Pianificatori, Paesaggisti e Conservatori di Roma e

Provincia.

Le parti hanno affidato al deposito di apposite memorie l'ulteriore illustrazione delle rispettive tesi difensive.

All'udienza pubblica del 2 maggio 2011 la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

1. La Sezione rimettente sottopone al vaglio dell'Adunanza Plenaria le questioni di diritto relative alla natura giuridica della denuncia di inizio attività ed alle tecniche di tutela azionabili dal terzo che deduca un pregiudizio per effetto dell'illegittimo svolgimento dell'attività denunciata.

2. Ai fini dell'esame dei quesiti sottoposti dall'ordinanza di rimessione, si deve, in via preliminare, esaminare e confutare il motivo d'appello con cui la parte ricorrente eccepisce il difetto di giurisdizione del giudice amministrativo.

E' sufficiente, all'uopo, ribadire che, ai sensi dell'art. 133, comma 1, lett. a, n. 3, del codice del processo amministrativo, in materia di dichiarazione di inizio attività sussiste la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo e che, in ogni caso, l'iniziativa proposta nel caso di specie da parte del terzo mira a far valere l'interesse legittimo leso dal non corretto esercizio del potere amministrativo di verifica della conformità dell'attività dichiarata rispetto al paradigma normativo, nella specie rappresentato dal divieto di aggravio

della servitù ai sensi dell'art. 1067 del codice civile. La controversia sottoposta alla cognizione di questo Giudice non riguarda, quindi, un rapporto meramente privatistico, ossia il conflitto tra il denunciante che intenda svolgere l'attività oggetto della dichiarazione ed il terzo che lamenti l'indebita ingerenza nella sua sfera giuridica, ma si appunta su un rapporto amministrativo che ha come fulcro il corretto e tempestivo esercizio del potere amministrativo di controllo circa la conformità dell'attività dichiarata al paradigma normativo, con conseguente adozione delle misure inibitorie in caso di esito negativo del riscontro. Il contenzioso ha quindi come oggetto l'esercizio di un potere pubblicistico finalizzato alla tutela di interessi pubblici, in coerenza con il disposto dell'art. 7, comma 1, del codice del processo amministrativo, che assegna alla giurisdizione del giudice amministrativo la cognizione delle controversie concernenti l'esercizio o il mancato esercizio del potere amministrativo.

E' pur vero che il ricorrente avrebbe potuto contestare direttamente all'autore della d.i.a. la violazione della servitù, ma ciò, in base al noto principio giurisprudenziale della doppia tutela, non esclude che egli possa avere invece interesse – legittimo in senso tecnico – a pretendere l'intervento repressivo dell'amministrazione in una più ampia e più efficace prospettiva di tutela degli interessi pubblici coinvolti. Basti a tal fine considerare che l'accesso in auto invece che pedonale non è certo circostanza irrilevante dal punto di vista urbanistico.

3. E' possibile ora passare all'esame del motivo di appello con il quale la società appellante deduce l'erroneità della sentenza impugnata, nella parte in cui ha annullato la denuncia di inizio attività.

Secondo l'appellante la denuncia di inizio attività non costituirebbe atto amministrativo suscettibile di rimedi demolitori (pagine 20 e 21 dell'appello), trattandosi di attività del privato e non assumendo essa valore provvedimento. L'unico rimedio esperibile avverso un titolo abilitativo derivante da una denuncia di inizio attività consisterebbe, quindi, nella sollecitazione della successiva attività dell'amministrazione nel senso che il terzo potrebbe agire, con il rimedio del silenzio, per rimuovere l'eventuale inerzia amministrativa o impugnare i successivi atti amministrativi eventualmente adottati a fronte delle istanze a tal fine formulate.

L'Adunanza rileva che le problematiche giuridiche sottoposte al suo esame hanno dato luogo ad un articolato dibattito giurisprudenziale, puntualmente analizzato dall'ordinanza di remissione, sulle questioni relative alla natura sostanziale dell'istituto della denuncia di inizio attività ed alle conseguenti tecniche di tutela azionabili dai terzi.

4. Prima di passare all'esame delle questioni di diritto rimesse al vaglio dell'Adunanza, occorre analizzare il quadro normativo al fine di delimitare l'oggetto del presente giudizio.

Va ricordato che la DIA è stata introdotta, in via generale, dall'art. 19 della legge 7 agosto 1990, n. 241 e, con riferimento alla materia

edilizia, dagli artt. 22 e 23 del D.P.R. 6 giugno 2001, n. 380.

Il modello della dichiarazione di inizio attività è stato inoltre recepito dall'art. 12 del D.Lgs. 29 dicembre 2003, n. 387, in materia di promozione dell'energia elettrica prodotta da fonti rinnovabili, dagli artt. 87 e 87 bis del D. Lgs. 1° agosto 2003, n. 259, in materia di comunicazioni elettroniche, dall'art. 38 del D.L. 25 giugno 2008, n. 112, convertito dalla legge 6 agosto 2008, n. 133, in materia di attività produttive, e dagli articoli 8, 17 e 64 del D.Lgs. 26 marzo 2010, n. 59, di attuazione della direttiva 2006/123/CE del 12 dicembre 2006, in materia di attività imprenditoriali e professionali.

Va, in particolare, osservato che il modello della d.i.a., come regolato dalle leggi nn. 15 e 80/2005 e n. 69/2009, prima delle modifiche da ultimo apportate dalla legge n. 122/2010 di cui si dirà in seguito, si articola in una d.i.a. a legittimazione differita, per effetto della quale l'attività denunciata può essere intrapresa, con contestuale comunicazione, solo dopo il decorso del termine di trenta giorni dalla comunicazione (art.19, comma 2, primo periodo, della legge n. 241/1990) e in una d.i.a. a legittimazione immediata, che consente l'esercizio dell'attività sin dalla data di presentazione della dichiarazione (art. 19, comma 2, secondo periodo, con riferimento all'esercizio delle attività di impianti produttivi di beni e di prestazioni di servizi di cui alla direttiva 2006/123/CE, compresi gli atti che dispongono l'iscrizione in albi o ruoli o registri ad efficacia abilitante). Ai sensi del comma 3 dell'art. 19 cit. l'amministrazione competente, in caso di dichiarazione presentata in assenza delle condizioni, modalità e fatti legittimanti, adotta provvedimenti motivati di divieto dell'esercizio di detta attività nel

termine di trenta giorni, decorrente, per la denuncia ad efficacia differita, dalla comunicazione dell'avvenuto inizio dell'attività e, per la d.i.a. ad efficacia immediatamente legittimante, dalla presentazione dell'originaria denuncia. In materia edilizia tale potere inibitorio è esercitabile nel termine di trenta giorni dalla presentazione della dichiarazione, che, a sua volta, deve precedere di almeno trenta giorni l'inizio concreto dell'attività edificatoria (art. 23, commi 1 e 6, del d.P.R. n. 380/2001).

Decorso senza esito il termine per l'esercizio del potere inibitorio, la pubblica amministrazione dispone del potere di autotutela ai sensi degli articoli 21 quinquies e 21nonies della legge 7 agosto 1990, n. 241.

Restano inoltre salve, ai sensi dell'art. 21 della legge n. 241/1990, le misure sanzionatorie volte a reprimere le dichiarazioni false o mendaci nonché le attività svolte in contrasto con la normativa vigente, così come sono impregiudicate le attribuzioni di vigilanza, prevenzione e controllo previste dalla disciplina di settore.

Da ultimo, si deve considerare l'ulteriore evoluzione dell'ordinamento che, a seguito delle modifiche apportate all'art. 19 della legge n. 241/1990 dal D.L. n. 78 del 31 maggio 2010, convertito dalla legge n. 122 del 30 luglio 2010, consente sempre l'immediato inizio dell'attività oggetto dell'informativa a seguito della presentazione della segnalazione certificata di inizio attività (cd. s.c.i.a.). Restano salvi, anche nella rinnovata architettura normativa, il potere dell'amministrazione di vietare, entro il modificato termine di sessanta giorni dal ricevimento della segnalazione, l'esercizio dell'

attività in assenza delle condizioni di legge, nonché il potere di autotutela esercitabile in caso di decorso infruttuoso di tale termine e dei poteri sanzionatori e di vigilanza di cui al rammentato art. 21.

Il modello della s.c.i.a. è stato recepito dal d.P.R. 9 luglio 2010, n. 159, in materia di accreditamento delle agenzie delle imprese, e dal d.P.R. 7 settembre 2010, n. 160, in tema di sportello unico delle attività produttive.

Orbene, se da un canto va precisato che il giudizio in esame concerne, una fattispecie anteriore a dette ultime modifiche e che quindi esulano dall'oggetto del presente giudizio le novità apportate con l'introduzione della s.c.i.a. per effetto della legge n. 122/2010 nonché la tematica dell'applicabilità di detto modello alla materia edilizia (tematica sulla quale è da ultimo intervenuto il legislatore con l'art. 5 del decreto legge 13 maggio 2011, n. 70, convertito dalla legge 12 luglio 2011, n. 106), dall'altro è pur vero che le problematiche affrontate e le relative soluzioni non possono non trovare fondamento in una ricostruzione degli istituti in questione di portata generale e quindi valevole anche per il futuro.

5. Così delimitata la portata delle questioni sulle quali l'Adunanza Plenaria è chiamata a pronunciarsi, si deve muovere dall'analisi della problematica preliminare della natura giuridica dell'istituto della dichiarazione di inizio attività (d'ora in poi d.i.a.).

5.1. Secondo un primo approccio ermeneutico (cfr., ex plurimis, Cons. Stato, Sez. IV, 4 maggio 2010, n. 2558; 24 maggio 2010, n. 3263; 8 marzo 2011, n. 1423), sostenuto anche dall'interventore ad opponendum,

la d.i.a. non è uno strumento di liberalizzazione imperniato sull'abilitazione legale all'esercizio di attività affrancate dal regime autorizzatorio pubblicistico ma rappresenta un modulo di semplificazione procedimentale che consente al privato di conseguire, per effetto di un'informativa equiparabile ad una domanda, un titolo abilitativo costituito da un'autorizzazione implicita di natura provvedimentale che si perfeziona a seguito dell'infruttuoso decorso del termine previsto dalla legge per l'adozione del provvedimento di divieto.

Trattasi, quindi, di una fattispecie a formazione progressiva che, per effetto del susseguirsi dell'informativa del privato e del decorso del tempo per l'esercizio del potere inibitorio, culmina in un atto tacito di assenso, soggettivamente e oggettivamente amministrativo.

Corollario processuale di detta tesi è l'affermazione secondo cui i terzi lesi dal silenzio serbato dall'amministrazione a fronte della presentazione della d.i.a. sono legittimati a reagire con le forme e nei tempi del ricorso ordinario di annullamento del provvedimento amministrativo (art. 29 e 41 del codice del processo amministrativo).

5.1.1. Un primo argomento a sostegno della valenza provvedimentale dell'istituto è desunto dalla previsione espressa del potere amministrativo di assumere, una volta decorso il termine per l'esplicazione del potere inibitorio, determinazioni in via di autotutela ai sensi degli articoli 21-quinquies e 21-nonies della legge n. 241/1990 (art. 19, comma 3, come mod. dall'art. 3 del D.L. 14 maggio 2005, n. 35, conv. dalla legge 14 maggio 2005, n. 80 e, poi, dall'art. 9 della legge 18 giugno 2009, n. 69). Tale riferimento all'autotutela

decisoria di secondo grado, con esito di ritiro, sembra, invero, presupporre, ad avviso di tale ricostruzione, un provvedimento, o comunque un titolo, su cui sono destinati ad incidere, secondo la logica propria del *contrarius actus*, i provvedimenti di revoca o di annullamento.

Come è stato rilevato, inoltre, se è ammesso l'annullamento d'ufficio, parimenti, e tanto più, deve essere consentita l'azione di annullamento davanti al giudice amministrativo (Cons. Stato, Sez. VI, 5 aprile 2007, n. 1550).

Un ulteriore referente normativo a supporto della tesi della sostanziale equiparabilità della d.i.a. al silenzio assenso è rinvenuto nel disposto dell'art. 21, comma 2 bis, della stessa legge n. 241/1990-comma aggiunto dall'articolo 3, comma 6-nonies, del D.L. 14 marzo 2005, n. 35, convertito con modificazioni, in legge 14 maggio 2005, n. 80-secondo cui “restano ferme le attribuzioni di vigilanza, prevenzione e controllo su attività soggette ad atti di assenso da parte di pubbliche amministrazioni previste da leggi vigenti, anche se è stato dato inizio all'attività ai sensi degli articoli 19 e 20”.

Si aggiunge, poi, che l'accoglimento della tesi del provvedimento implicito coniuga l'esigenza di piena tutela del terzo, legittimato a reagire in sede giurisdizionale a seguito della formazione del titolo senza bisogno dell'attivazione della procedura finalizzata alla formazione del silenzio-rifiuto (o inadempimento), con i principi di certezza dei rapporti giuridici e di tutela dell'affidamento legittimo in capo al denunciante, soddisfatti dall'applicazione dei termini del giudizio impugnatorio che precludono la contestazione giudiziaria dell'

assetto impresso dal titolo amministrativo, ancorché perfezionatosi per silentium, a seguito del decorso del termine decadenziale di sessanta giorni, decorrente dalla piena conoscenza del silenzio significativo.

5.1.2. Ulteriori elementi a sostegno della ricostruzione provvedimentale si ricaverebbero, con particolare riferimento alla d.i. a in materia edilizia, da alcune norme contenute nel testo unico approvato con D.P.R. n. 380/2001.

In prima battuta, si sottolinea che il titolo II del testo unico annovera tra i “Titoli abilitativi” sia la denuncia di inizio di attività che il permesso di costruire.

Gli articoli 22 e 23 del testo unico considerano, poi, la d.i.a. quale titolo che abilita all’intervento edificatorio. Ebbene, in teoria generale, il titolo è l’atto o fatto giustificativo dell’acquisto di una posizione soggettiva e il provvedimento è, ad avviso della dottrina tradizionale, l’atto che costituisce, modifica o estingue una posizione giuridica amministrativa.

Rilevante viene considerato, in particolare, l’art. 22 del d.P.R. n. 380/2001, il quale stabilisce che il confine tra l’ambito di operatività della d.i.a. e quello del permesso di costruire non è fisso: le Regioni possono, infatti, ampliare o ridurre l’ambito applicativo dei due titoli abilitativi, ferme restando le sanzioni penali (art. 22, comma 4), ed è comunque fatta salva la facoltà dell’interessato di chiedere il rilascio di permesso di costruire per la realizzazione degli interventi assoggettati a d.i.a. (art. 22, comma 7).

Per la tesi in esame, una simile previsione dimostrerebbe che d.i.a. e permesso di costruire sono titoli abilitativi di analoga natura, che si diversificano solo per il procedimento da seguire. Sarebbe, infatti, irragionevole, oltre che lesivo del canone costituzionale di effettività della tutela giurisdizionale, reputare che il terzo controinteressato incontri limiti diversi a seconda del tipo di titolo abilitativo, che può dipendere da una scelta della parte o da una diversa normativa regionale.

Viene poi in considerazione il comma 2-bis dell'art. 38 che, prevedendo la possibilità di "accertamento dell'inesistenza dei presupposti per la formazione del titolo", equipara detta ipotesi ai casi di "permesso annullato", in modo da avallare la costruzione che configura d.i.a. alla stregua di titolo suscettibile di annullamento.

Sulla stessa linea si pone l'art. 39, comma 5-bis, che consente l'annullamento straordinario della d.i.a. da parte della Regione, confermando, così, che la denuncia viene considerata dal legislatore come un titolo passibile di annullamento (in sede amministrativa e, quindi, a maggior ragione, in sede giurisdizionale).

5.2. La tesi esposta, seppure sostenuta dalla condivisibile esigenza di evitare che l'introduzione della d.i.a. possa sortire l'effetto di assottigliare gli spazi di tutela giurisdizionale offerti al terzo controinteressato, si presta, tuttavia, ad alcune considerazioni critiche.

Un primo profilo di debolezza strutturale della tesi del silenzio

significativo con effetto autorizzatorio è dato dal rilievo che detta soluzione elimina ogni differenza sostanziale tra gli istituti della d. i.a. e del silenzio-assenso e, quindi, si pone in distonia rispetto al dato normativo che considera dette fattispecie diverse con riguardo sia all'ambito di applicazione che al meccanismo di perfezionamento.

Infatti, la legge n. 241/1990, agli articoli 19 e 20, manifesta il chiaro intento di tenere distinte le due fattispecie, considerando la d. i.a. come modulo di liberalizzazione dell'attività privata non più soggetta ad autorizzazione ed il silenzio assenso quale modello procedimentale semplificato finalizzato al rilascio di un pur sempre indefettibile titolo autorizzatorio. Anche la disciplina recata dagli artt. 20 e segg. del testo unico sull'edilizia di cui al citato d.P.R. n. 380/2001, a seguito delle modifiche apportate dal decreto legge n. 70/2011, distingue il modello provvedimentale del permesso di costruire che si perfeziona con il silenzio assenso ed i moduli (d.i.a. e s.c.i. a.) fondati sull'inoltro di un'informativa circa l'esercizio dell'attività edificatoria.

A sostegno dell'assunto depone, poi, la formulazione letterale del primo comma dell'art. 19 della legge n. 241/1990, che, seguendo un disegno che contrappone la d.i.a. al provvedimento amministrativo di stampo autorizzatorio, sostituisce, in una logica di eterogeneità, ogni autorizzazione comunque denominata (quando il rilascio dipenda esclusivamente dall'accertamento dei requisiti o 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) con una dichiarazione del privato ad efficacia (in via immediata o differita) legittimante.

La principale caratteristica dell'istituto, di recente accentuata dall'introduzione di denunce ad efficacia legittimante immediata, risiede, quindi, nella sostituzione dei tradizionali modelli provvedimentali autorizzatori con un nuovo schema ispirato alla liberalizzazione delle attività economiche private consentite dalla legge in presenza dei presupposti fattuali e giuridici normativamente stabiliti (così già il parere 19 febbraio 1987, n. 7, reso dall'Adunanza Generale del Consiglio di Stato sul disegno di legge poi confluito nella legge n. 241/1990).

L'attività dichiarata può, quindi, essere intrapresa senza il bisogno di un consenso dell'amministrazione, surrogato dall'assunzione di auto-responsabilità del privato, insito nella denuncia di inizio attività, costituente, a sua volta, atto soggettivamente ed oggettivamente privato (in questi termini, Cons. Stato. Sez. VI, 9 febbraio 2009, n. 717 e 15 aprile 2010, n. 2139; Sez. IV, 13 maggio 2010, n. 2919).

In questo assetto legislativo non c'è quindi spazio, sul piano concettuale e strutturale, per alcun potere preventivo di tipo ampliativo (autorizzatorio, concessorio e, in senso lato, di assenso), sostituito dall'attribuzione di un potere successivo di verifica della conformità a legge dell'attività denunciata mediante l'uso degli strumenti inibitori e repressivi.

Il denunciante è, infatti, titolare di una posizione soggettiva originaria, che rinviene il suo fondamento diretto ed immediato nella legge, sempre che ricorrano i presupposti normativi per l'esercizio dell'attività e purché la mancanza di tali presupposti non venga stigmatizzata dall'amministrazione con il potere di divieto da

esercitare nel termine di legge, decorso il quale si consuma, in ragione dell'esigenza di certezza dei rapporti giuridici, il potere vincolato di controllo con esito inibitorio e viene in rilievo il discrezionale potere di autotutela.

E' a questo punto chiaro che detta liberalizzazione dei settori economici in esame ha carattere solo parziale in quanto il principio di autoresponsabilità è temperato dalla persistenza del potere amministrativo di verifica dei presupposti richiesti dalla legge per lo svolgimento dell'attività denunciata. Trattasi, in sostanza, di attività ancora sottoposte ad un regime amministrativo, pur se con la significativa differenza che detto regime non prevede più un assenso preventivo di stampo autorizzatorio ma un controllo -a seconda dei casi successivo alla presentazione della d.i.a. o allo stesso inizio dell'attività dichiarata-, da esercitarsi entro un termine perentorio con l'attivazione ufficiosa di un doveroso procedimento teso alla verifica della sussistenza dei presupposti di fatto e di diritto per l'esercizio dell'attività dichiarata. Nella stessa prospettiva della sostituzione dell'assenso preventivo con la vigilanza a valle, l'ultimo periodo del primo comma dell'art. 19 stabilisce che i pareri e le verifiche a carattere preventivo di organi o enti sono sostituiti dalle certificazioni variamente denominate presentate dal privato, con salvezza delle verifiche successive da parte delle amministrazioni competenti.

Analizzando il fenomeno dall'angolazione del denunciante, si può affermare che costui è titolare di una posizione soggettiva di vantaggio immediatamente riconosciuta dall'ordinamento, che lo abilita a realizzare direttamente il proprio interesse, previa instaurazione di

una relazione con la pubblica amministrazione, ossia un contatto amministrativo, mediante l'inoltro dell'informativa. Il privato è, poi, titolare di un interesse oppositivo a contrastare le determinazioni per effetto delle quali l'amministrazione, esercitando il potere inibitorio o di autotutela, incida negativamente sull'agere licere oggetto della denuncia. Per converso, il terzo pregiudicato dallo svolgimento dell'attività denunciata è titolare di una posizione qualificabile come interesse pretensivo all'esercizio del potere di verifica previsto dalla legge.

5.2.1. La tesi della formazione del silenzio significativo positivo è anche incompatibile, sul piano logico e ontologico, con l'avvento del modello della d.i.a. a legittimazione immediata (oggi generalizzato con l'introduzione della s.c.i.a.), nonché con il modello a legittimazione differita in cui il termine per l'esercizio del potere inibitorio si esaurisce dopo la comunicazione dell'avvenuto inizio dell'attività. In tali ipotesi la legge, infatti, consente l'inizio dell'attività in un tempo anteriore allo spirare del termine per l'esercizio del potere inibitorio e alla conseguente formazione del preteso titolo tacito. Ne deriva che, salvo accedere alla complessa configurazione di un silenzio assenso con efficacia retroattiva o alla tesi, ancora più opinabile, secondo cui il silenzio assenso si perfezionerebbe prima del decorso del termine per l'esercizio del potere inibitorio, in tali casi il passaggio del tempo non produce un titolo costitutivo avente valore di assenso ma impedisce l'inibizione di un'attività già intrapresa in un momento anteriore.

5.2.2. Non assume poi particolare rilievo, al fine di infirmare la ricostruzione offerta e di suffragare la tesi del silenzio-assenso, la

circostanza che la scelta tra detti due opposti moduli di intervento amministrativo – l'autorizzazione preventiva ed il controllo successivo - sia, in materia edilizia, rimessa alla normativa regionale o addirittura all'iniziativa del privato (art. 22 del D.P.R. 380/2001).

I dubbi sollevati circa la coerenza di tale sistema duttile con l'esigenza di assicurare una tutela adeguata ed efficace del terzo anche con riguardo al modulo della denuncia legittimante, sono fugati dal riconoscimento giurisprudenziale della praticabilità di tecniche di tutela efficaci ed adeguate anche in caso di configurazione della d.i. a. come modello di liberalizzazione.

5.2.3. La lettura dell'istituto in termini di provvedimento tacito di assenso non è giustificata neanche dal richiamo legislativo all'esercizio dei poteri di autotutela di cui agli artt. 21-quinquies e 21-nonies della legge n. 241/1990.

Come già osservato da questo Consiglio (Sez. VI, n. 717/2009; 2139/2010, citt.), con tale prescrizione il legislatore, lungi dal prendere posizione sulla natura giuridica dell'istituto a favore della tesi del silenzio assenso, ha voluto solo chiarire che il termine per l'esercizio del potere inibitorio doveroso è perentorio e che, comunque, anche dopo il decorso di tale spazio temporale, la p.a. conserva un potere residuale di autotutela. Detto potere, con cui l'amministrazione è chiamata a porre rimedio al mancato esercizio del doveroso potere inibitorio, condivide i principi regolatori sanciti, in materia di autotutela, dalle norme citate, con particolare riguardo alla necessità dell'avvio di un apposito procedimento in contraddittorio, al rispetto del limite del termine ragionevole, e soprattutto, alla necessità di

una valutazione comparativa, di natura discrezionale, degli interessi in rilievo, idonea a giustificare la frustrazione dell'affidamento incolpevole maturato in capo al denunciante a seguito del decorso del tempo e della conseguente consumazione del potere inibitorio.

5.3. L'iscrizione dell'art. 19 della legge n. 241/1990 in una logica di liberalizzazione impedisce anche di dare ingresso alla tesi secondo cui, pur dovendosi escludere che per effetto del silenzio dell'amministrazione si formi uno specifico ed autonomo provvedimento di assenso, sarebbe la denuncia stessa a trasformarsi da atto privato in titolo idoneo ad abilitare sul piano formale lo svolgimento dell'attività.

Secondo questo approccio ricostruttivo, cioè, la norma prefigurerebbe una fattispecie a formazione progressiva per effetto della quale, in presenza di tutti gli elementi costitutivi, verrebbe a formarsi un titolo costitutivo che non proviene dall'amministrazione ma trae origine direttamente dalla legge. Tali elementi sarebbero la denuncia presentata dal privato, accompagnata dalla prescritta documentazione, il decorso del termine fissato dalla legge per l'esercizio del potere inibitorio ed il silenzio mantenuto dall'amministrazione in tale periodo di tempo.

Nella concomitanza di questi tre elementi, sarebbe, dunque, la legge stessa a conferire alla denuncia del privato la natura di "titolo" abilitante all'avvio delle attività in essa contemplate, senza bisogno di ulteriori intermediazioni provvedimentali, esplicite od implicite, dell'amministrazione.

Ritiene il Collegio che anche tale tesi sia incompatibile con il rammentato assetto legislativo che rinviene il fondamento giuridico diretto dell'attività privata nella legge e non in un apposito titolo costitutivo, sia esso rappresentato dall'intervento dell'amministrazione o dalla denuncia stessa come atto di auto-amministrazione integrante esercizio privato di pubbliche funzioni (cd. "d.i.a. vestita in forma amministrativa").

Del resto, la sussistenza di un potere inibitorio, qualitativamente diverso e cronologicamente anteriore al potere di autotutela, è incompatibile con ogni valenza provvedimentale della d.i.a. in quanto detto potere non potrebbe certo essere esercitato in presenza di un atto amministrativo se non previa la sua rimozione. Il riconoscimento di un potere amministrativo di divieto, da esercitare a valle della presentazione della d.i.a. e senza necessità della rimozione di quest'ultima secondo la logica del *contrarius actus*, dimostra, in definitiva, l'insussistenza di un atto di esercizio privato del potere amministrativo e l'adesione ad un modello di liberalizzazione temperata che sostituisce l'assenso preventivo con il controllo successivo.

6. Appurato che la denuncia di inizio attività non è un provvedimento amministrativo a formazione tacita e non dà luogo in ogni caso ad un titolo costitutivo, ma costituisce un atto privato volto a comunicare l'intenzione di intraprendere un'attività direttamente ammessa dalla legge, si devono ora analizzare, al fine di rispondere al secondo quesito sottoposto all'Adunanza Plenaria, gli strumenti di tutela a disposizione del terzo che si ritenga leso dallo svolgimento dell'attività dichiarata e dal mancato esercizio del potere inibitorio.

6.1. Secondo una tesi in passato maggioritaria il terzo potrebbe invocare la tutela dell'interesse legittimo pretensivo di cui è titolare con l'esercizio dell'azione nei confronti del silenzio-rifiuto (o inadempimento), oggi disciplinata dagli artt. 31 e 117 del codice del processo amministrativo (così, ex multis, Cons. Stato, sez. V, 22 febbraio 2007, n. 948; Sez. IV, 4 settembre 2002, n. 4453).

Una prima impostazione, inquadrabile in questa linea di pensiero, reputa che detto silenzio-rifiuto (o inadempimento) si configuri con riferimento all'esercizio del doveroso potere inibitorio. Ad avviso di un'altra lettura, invece, il terzo, decorso senza esito il termine per l'esercizio del potere inibitorio, sarebbe legittimato a richiedere all'Amministrazione l'adozione dei provvedimenti di "autotutela", attivando, in caso di inerzia, il rimedio di cui alle richiamate norme del codice del processo amministrativo. Non manca, infine, chi fa riferimento al silenzio-rifiuto maturato in ordine all'esplicazione del potere sanzionatorio di cui all'art. 21 della legge n. 241/1990.

Nessuna delle esposte ricostruzioni risulta dogmaticamente ineccepibile e, soprattutto, idonea a garantire al terzo, titolare di una situazione giuridica differenziata e qualificata, una tutela piena, immediata ed efficace.

6.1.1. L'applicazione del rito del silenzio all'omesso esercizio del potere inibitorio doveroso è resa problematica dalla circostanza che il silenzio-rifiuto postula, sul piano strutturale, la sopravvivenza del potere al decorso del tempo fissato per la definizione del procedimento amministrativo, mentre, nella specie, lo spirare del termine perentorio di legge implica la definitiva consumazione del potere in esame. In

altre parole, nel silenzio-inadempimento lo spirare del termine di legge non conclude il procedimento ma accentua il dovere della p.a. di porre fine all'illecito comportamentale permanente, al contrario di quanto accade nel caso di specie dove l'inerzia dell'amministrazione che si protragga oltre i confini di cui all'art. 19, comma 3, della legge n. 241/1990, conclude il procedimento estinguendo il potere amministrativo di divieto. Ne consegue che, anche a voler ritenere che l'azione nei confronti del silenzio-rifiuto sia proponibile, in conformità all'ampio tenore letterale dell'art. 31, comma 1, del codice del processo amministrativo, con riguardo ad un potere ufficioso, nel caso in esame il decorso del tempo non configura una mera inerzia nell'esercizio di un potere ancora esistente - ossia una violazione del permanente obbligo di definizione della procedura, stigmatizzabile con un ricorso, proposto nel termine annuale di cui all'art. 31, comma 2, del codice del processo amministrativo, al fine di sollecitare una risposta esplicita dell'amministrazione ancora titolare del potere - ma produce un esito negativo della procedura, sotto il profilo della definitiva preclusione dell'esercizio del potere inibitorio.

La protrazione del silenzio amministrativo dà luogo, quindi, ad un esito negativo del procedimento che produce la lesione dell'interesse pretensivo del terzo al conseguimento della misura inibitoria (con correlato consolidamento della legittimazione del denunciante a porre in essere l'attività), non tutelabile con il rimedio congegnato dal legislatore con riguardo al silenzio-inadempimento.

6.1.2. Non è persuasiva neanche la ricostruzione che, proprio prendendo le mosse da tali considerazioni, reputa praticabile il rimedio avverso il silenzio non significativo mantenuto dall'

amministrazione a fronte dell'istanza proposta dal terzo al fine di eccitare l'esercizio del potere di autotutela di cui si è detto.

Anche questa soluzione non coglie nel segno perché non è idonea a tutelare in modo efficace la sfera giuridica del terzo.

Innanzitutto, questi avrebbe l'onere, prima di agire in giudizio, di presentare apposita istanza sollecitatoria alla P.A., così subendo una procrastinazione del momento dell'accesso alla tutela giurisdizionale, e, quindi, specie con riguardo alla d.i.a. ad efficacia immediata, un' incisiva limitazione dell'effettività della tutela giurisdizionale in spregio ai principi di cui agli artt. 24, 103 e 113 Cost.

Inoltre, e soprattutto, l'istanza sarebbe diretta ad eccitare non il potere inibitorio di natura vincolata (che si estingue decorso il termine perentorio di legge), ma il c.d. potere di autotutela evocato dall'art. 19, comma 3, della legge n. 241/1990 tramite il richiamo ai principi sottesi agli artt. 21-quinquies e 21-nonies. Tale potere, tuttavia, è ampiamente discrezionale in quanto postula la rammentata ponderazione comparativa, da parte dell'amministrazione, degli interessi in conflitto, con precipuo riferimento al riscontro di un interesse pubblico concreto e attuale che non coincide con il mero ripristino della legalità violata. Nell'eventuale giudizio avverso il silenzio-rifiuto, quindi, il giudice amministrativo non potrebbe che limitarsi ad una mera declaratoria dell'obbligo di provvedere, senza poter predeterminare il contenuto del provvedimento da adottare. Evidente risulta, allora, la compressione dell'interesse del terzo ad ottenere una pronuncia che impedisca lo svolgimento di un'attività illegittima mediante un precetto giudiziario puntuale e vincolante che

non subisca l'intermediazione aleatoria dell'esercizio di un potere discrezionale.

In definitiva, se la lesione dell'interesse pretensivo del terzo è ascrivibile alla mancata adozione di un provvedimento inibitorio doveroso, è incongruo che la tutela debba riguardare l'esercizio del diverso e più condizionato potere discrezionale di autotutela.

6.1.3. Non è immune da censure neanche la tesi che postula l'attivazione del rito del silenzio rifiuto al fine di contrastare l'omessa adozione dei provvedimenti sanzionatori, posto che il potere richiamato dall'articolo 21 della legge n. 241/1990 è soggetto a stringenti limiti che lo rendono inidoneo a soddisfare, in modo effettivo e pieno, la posizione del terzo. Si consideri, in particolare, che la legislazione di settore consente all'amministrazione l'adozione di sanzioni pecuniarie che, per loro natura, sono inidonee a soddisfare l'interesse del terzo ad ottenere una misura che impedisca l'attività denunciata e neutralizzi gli effetti dalla stessa già prodotti.

La sincronizzazione del meccanismo di tutela con i connotati della posizione soggettiva lesa, ossia l'interesse pretensivo ad ottenere una concreta misura interdittiva, esige allora, in un'ottica costituzionalmente orientata, di accedere ad una lettura del sistema delle tutele che consenta al terzo di esperire un'azione idonea ad ottenere il risultato della cessazione dell'attività lesiva non consentita dalla legge mediante il doveroso intervento dell'amministrazione titolare del potere di inibizione.

6.2. Ai fini dello scrutinio delle tecniche di tutela praticabili dal terzo si deve allora approfondire la questione della natura giuridica del silenzio osservato dall'amministrazione nel termine perentorio previsto dalla legge per l'esercizio del potere inibitorio.

6.2.1. Riprendendo le considerazioni in precedenza svolte sul tema, detto silenzio si distingue dal silenzio-rifiuto (o inadempimento) in quanto, mentre quest'ultimo non conclude il procedimento amministrativo ed integra una mera inerzia improduttiva di effetti costitutivi, il decorso del termine in esame pone fine al procedimento amministrativo diretto all'eventuale adozione dell'atto di divieto; pertanto, nella fattispecie in esame, il silenzio produce l'effetto giuridico di precludere all'amministrazione l'esercizio del potere inibitorio a seguito dell'infruttuoso decorso del termine perentorio all'uopo sancito dalla legge. In definitiva, a differenza del silenzio rifiuto che costituisce un mero comportamento omissivo, ossia un silenzio non significativo e privo di valore provvedimentale, il silenzio di che trattasi, producendo l'esito negativo della procedura finalizzata all'adozione del provvedimento restrittivo, integra l'esercizio del potere amministrativo attraverso l'adozione di un provvedimento tacito negativo equiparato dalla legge ad un, sia pure non necessario, atto espresso di diniego dell'adozione del provvedimento inibitorio.

Che detta inerzia costituisca un silenzio significativo negativo lo si ricava anche dalla considerazione che l'attivazione di un procedimento doveroso finalizzato all'adozione della determinazione inibitoria implica l'esistenza di un potere il quale, all'esito della verifica circa la sussistenza dei presupposti per l'esercizio dell'attività denunciata, può naturalmente essere speso tanto in senso

positivo, con l'adozione dell'atto espresso di interdizione, quanto con una determinazione negativa tacita alternativa all'esito provvedimentale espresso. Trattasi, quindi, di un provvedimento per silentium con cui la p.a., esercitando in senso negativo il potere inhibitorio, riscontra che l'attività è stata dichiarata in presenza dei presupposti di legge e, quindi, decide di non impedire l'inizio o la protrazione dell'attività dichiarata.

La disciplina in esame può essere accostata a fattispecie concettualmente analoghe, con particolare riguardo a quelle prese in esame dall'indirizzo giurisprudenziale che ammette l'impugnabilità, da parte dei terzi controinteressati, dei c.d. provvedimenti negativi, con cui l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato archivia una determinata denuncia o comunque rifiuta di esercitare il proprio potere interdittivo o sanzionatorio (Cons. Stato, Sez. VI, 23 luglio 2009, n. 4597; 3 febbraio 2005, n. 280).

Sul piano delle situazioni soggettive detto atto tacito consolida l'affidamento del denunciante circa la legittimazione allo svolgimento dell'attività, lasciando detto soggetto esposto al rischio del più limitato potere di autotutela. Al tempo stesso il silenzio frustra l'interesse pretensivo del terzo, portatore di una posizione differenziata e qualificata, ad ottenere l'adozione del provvedimento interdittivo nel rispetto del principio di imparzialità dell'azione amministrativa.

Detto silenzio significativo negativo si differenzia dal silenzio accoglimento (o assenso) di cui all'articolo 20 della legge n. 241/1990 perché si riferisce al potere inhibitorio mentre il silenzio assenso

presuppone la sussistenza di un potere ampliativo di stampo autorizzatorio o concessorio che nella specie si è visto non ricorrere.

Ne consegue che mentre nel silenzio assenso il titolo abilitativo è dato dal provvedimento tacito dell'autorità, nella fattispecie in esame il titolo abilitante è rappresentato dall'atto di autonomia privata che, grazie alla previsione legale direttamente legittimante, consente l'esercizio dell'attività dichiarata senza il bisogno dell'intermediazione preventiva di un provvedimento amministrativo.

Va ancora osservato che la qualificazione del silenzio in parola alla stregua di atto tacito di diniego del provvedimento inibitorio chiarisce la portata del richiamo dell'articolo 19, comma 3, della legge n. 241/1990 alle disposizioni di cui all'art. 21 quinquies e 21 nonies in quanto l'esercizio del potere di autotutela si traduce nel superamento della precedente determinazione favorevole al denunciante.

Da ultimo, la qualificazione del silenzio in esame come provvedimento tacito, onerando il terzo portatore dell'interesse pretensivo leso al rispetto del termine decadenziale di impugnazione, soddisfa l'esigenza di certezza dei rapporti giuridici ed il principio comunitario di tutela dell'affidamento legittimo del denunciante consolidatosi a seguito del decorso del tempo.

6.3. La configurazione del silenzio in esame alla stregua di silenzio significativo produce, infatti, precise conseguenze in merito alle tecniche di tutela praticabili del terzo controinteressato all'esercizio dell'attività denunciata.

Venendo in rilievo un provvedimento per silentium, la tutela del

terzo sarà affidata primariamente all'esperimento di un'azione impugnatoria, ex art. 29 del codice del processo amministrativo, da proporre nell'ordinario termine decadenziale.

Quanto al dies a quo del ricorso per annullamento, ai sensi di legge il termine decadenziale di sessanta giorni per proporre l'azione prende a decorrere solo dal momento della piena conoscenza dell'adozione dell'atto lesivo (cfr. art. 41, comma 2, del codice).

A tale proposito, ai fini dell'accertamento della conoscenza dell'atto lesivo, trovano applicazione i principi interpretativi consolidati, elaborati in materia di impugnazione di provvedimenti in materia edilizia e urbanistica.

Alla stregua del condivisibile orientamento interpretativo di questo Consiglio (Sez. VI, n. 717/2009 cit.), la decorrenza del termine decadenziale, in materia edilizia, non può essere di norma fatta coincidere con la data in cui i lavori hanno avuto inizio, in quanto, come la giurisprudenza ha già specificato per l'impugnazione dei titoli abilitativi edilizi, il termine inizia a decorrere quando la costruzione realizzata rivela in modo certo ed univoco le essenziali caratteristiche dell'opera e l'eventuale non conformità della stessa al titolo o alla disciplina urbanistica. Ne deriva che, in mancanza di altri ed inequivoci elementi probatori, il termine per l'impugnazione decorre non con il mero inizio dei lavori, bensì con il loro completamento (così Cons. Stato, Sez. IV, 5 gennaio 2011, n. 18, secondo cui il termine per ricorrere in sede giurisdizionale da parte dei terzi avverso atti abilitativi dell'edificazione decorre da quando sia percepibile la concreta entità del manufatto e la sua incidenza

effettiva sulla propria posizione giuridica; Cons. Stato, Sez. VI, 10 dicembre 2010, n. 8705, ad avviso della quale il completamento dei lavori è considerato indizio idoneo a far presumere la data della piena conoscenza del titolo edilizio, salvo che venga fornita la prova di una conoscenza anticipata).

Va soggiunto che, nel caso in cui la piena conoscenza della presentazione della d.i.a. avvenga in uno stadio anteriore al decorso del termine per l'esercizio del potere inibitorio, il dies a quo coinciderà con il decorso del termine per l'adozione delle doverose misure interdittive.

6.4. Ci si deve chiedere, a questo punto, se l'azione di annullamento proposta dal terzo possa essere ritualmente accompagnata, ai fini del completamento della tutela, dall'esercizio di un'azione di condanna dell'amministrazione all'esercizio del potere inibitorio.

6.4.1. Con la decisione 23 marzo 2011, n. 3, questa Adunanza, nel dare risposta positiva al quesito generale relativo all'esperibilità di un'azione di condanna pubblicistica all'esercizio del potere autoritativo in materia di interessi pretensivi, ha fatto leva sulla disciplina dettata dal codice del processo amministrativo in materia di tecniche di tutela dell'interesse legittimo.

Il codice, infatti, portando a compimento un lungo e costante processo evolutivo e dando attuazione armonica ai principi costituzionali e comunitari in materia di pienezza ed effettività della tutela giurisdizionale, oltre che ai criteri di delega fissati dall'art. 44 della legge 18 giugno 2009, n. 69, ha ampliato le tecniche

di tutela dell'interesse legittimo mediante l'introduzione del principio della pluralità delle azioni. Si sono, quindi, aggiunte alla tutela di annullamento la tutela di condanna (risarcitoria e reintegratoria ex art. 30), la tutela dichiarativa (con l'azione di nullità del provvedimento amministrativo ex art. 31, comma 4) e, in materia di silenzio-inadempimento, l'azione di condanna (cd. azione di esatto adempimento) all'adozione del provvedimento, anche previo accertamento, nei casi consentiti, della fondatezza della pretesa dedotta in giudizio (art. 31, commi da 1 a 3).

Si è nell'occasione osservato che il decreto legislativo 2 luglio 2010, n. 104, sia pure in maniera non esplicita, ha ritenuto esperibile, anche in presenza di un provvedimento espresso di rigetto e sempre che non vi osti la sussistenza di profili di discrezionalità amministrativa o tecnica, l'azione di condanna volta ad ottenere l'adozione dell'atto amministrativo richiesto. Ciò alla stregua del combinato disposto dell'art. 30, comma 1, che fa riferimento all'azione di condanna senza la tipizzazione dei relativi contenuti (sull'atipicità di detta azione si sofferma la relazione governativa di accompagnamento al codice) e dell'art. 34, comma 1, lett. c), ove si stabilisce che la sentenza di condanna deve prescrivere l'adozione di misure idonee a tutelare la situazione soggettiva dedotta in giudizio (cfr., con riguardo al quadro normativo anteriore, Cons. Stato, Sez. VI, 15 aprile 2010, n. 2139; 9 febbraio 2009, n. 717).

In definitiva, l'architettura del codice, in coerenza con il criterio di delega fissato dall'art. 44, comma 2, lettera b, n. 4, della legge 18 giugno 2009, n. 69, ha superato la tradizionale limitazione della tutela dell'interesse legittimo al solo modello impugnatorio,

ammettendo l'esperibilità di azioni tese al conseguimento di pronunce dichiarative, costitutive e di condanna idonee a soddisfare la pretesa della parte vittoriosa.

Di qui, la trasformazione del giudizio amministrativo, ove non vi si frapponga l'ostacolo dato dalla non sostituibilità di attività discrezionali riservate alla pubblica amministrazione, da giudizio amministrativo sull'atto, teso a vagliarne la legittimità alla stregua dei vizi denunciati in sede di ricorso e con salvezza del riesercizio del potere amministrativo, a giudizio sul rapporto regolato dal medesimo atto, volto a scrutinare la fondatezza della pretesa sostanziale azionata.

Va poi osservato che, secondo la ricostruzione offerta dalla richiamata decisione dell'Adunanza Plenaria, alla stregua dell'inciso iniziale del comma 1 dell'art. 30, salvi i casi di giurisdizione esclusiva del giudizio amministrativo (segnatamente, con riferimento alle azioni di condanna a tutela di diritti soggettivi) ed i casi di cui al medesimo articolo (relativi proprio alle domande di risarcimento del danno ingiusto di cui ai successivi commi 2 e seguenti), la domanda di condanna può essere proposta solo contestualmente ad altra azione in guisa da dar luogo ad un *simultaneus processus* che obbedisce ai principi di concentrazione processuale ed economia dei mezzi giuridici. Ne deriva che la domanda tesa ad una pronuncia che imponga l'adozione del provvedimento satisfattorio non è ammissibile se non accompagnata dalla rituale e contestuale proposizione della domanda di annullamento del provvedimento negativo (o del rimedio avverso il silenzio ex art. 31).

6.4.2. Applicando dette coordinate ermeneutiche al caso che ne occupa si deve concludere che il terzo è legittimato all'esercizio, a completamento ed integrazione dell'azione di annullamento del silenzio significativo negativo, dell'azione di condanna pubblicistica (cd. azione di adempimento) tesa ad ottenere una pronuncia che imponga all'amministrazione l'adozione del negato provvedimento inibitorio ove non vi siano spazi per la regolarizzazione della denuncia ai sensi del comma 3 dell'art. 19 della legge n. 241/1990.

La proposizione di detta azione è, infatti, coerente, sul piano processuale, con il ricordato disposto dell'art. 30, comma 1, del codice, trattandosi di domanda proposta contestualmente a quella di annullamento.

Risultano rispettati anche i limiti posti dall'art. 31, comma 3, visto che lo jussum giurisdizionale non produce un'indebita ingerenza nell'esercizio di poteri discrezionali riservati alla pubblica amministrazione ma, sulla scorta dell'accertamento dell'esistenza dei presupposti per il doveroso potere inibitorio, impone una determinazione amministrativa non connotata da alcun profilo di discrezionalità.

Si deve aggiungere che tale soluzione, anticipando alla fase della cognizione un effetto conformativo da far valere altrimenti nel giudizio di ottemperanza, consente un'accelerazione della tutela coerente, oltre che con il generale principio di effettività della tutela giurisdizionale, con la stessa propensione mostrata dal codice (cfr. art. 34, comma 1, lett. e) a trasfondere nel contenuto della sentenza di cognizione l'adozione di misure attuative tradizionalmente

proprie dell'esecuzione.

Alla stregua di consolidati principi giurisprudenziali, la proposizione di detta azione di condanna, in aggiunta e a completamento di quella di annullamento, deve essere valutata sulla scorta dell'apprezzamento della portata effettiva del ricorso alla luce del petitum sostanziale in esso contenuto.

6.5. Tanto detto circa le coordinate della tutela azionabile dal terzo dopo il perfezionamento della decisione amministrativa di non adottare la misura inibitoria, si pone l'ulteriore problema relativo agli spazi di accesso alla giustizia amministrativa rivendicabili dal terzo che subisca una lesione in un arco di tempo anteriore al decorso del termine perentorio fissato dalla legge per l'esercizio di tale potere.

Infatti, specie alla luce dell'introduzione della d.i.a. a legittimazione immediata e dell'avvento della s.c.i.a., è possibile che l'attività denunciata abbia inizio prima della formazione del provvedimento negativo suscettibile di impugnazione. Detta eventualità è peraltro configurabile anche con riguardo al generale modello della d.i.a. a legittimazione differita di cui al previgente art. 19 della legge n. 241/1990, in virtù del quale il dichiarante è legittimato all'esercizio dell'attività trenta giorni dopo la presentazione della dichiarazione mentre il potere inibitorio è esercitabile entro i trenta giorni dalla comunicazione dell'avvenuto inizio dell'attività stessa.

Ci si deve allora chiedere se il terzo possa agire in giudizio, nello *spatium temporis* che separa il momento in cui la d.i.a. produce effetti

legittimanti dalla scadenza del termine per l'esercizio del potere inibitorio, al fine di ottenere una pronuncia che impedisca l'inizio o la prosecuzione, con effetti anche irrimediabilmente lesivi dell'attività dichiarata, non essendo accettabile in linea di principio che vi possa essere un "periodo morto" (non coperto cioè neanche dalla tutela ante causam di cui si dirà in seguito) in cui un interesse rimanga privo di tutela. Un'azione deve essere dunque esperibile per garantire la verifica dei presupposti di legge per l'esercizio dell'attività oggetto di denuncia. Osserva il Collegio che, non essendosi ancora perfezionato il provvedimento amministrativo tacito e non venendo in rilievo un silenzio-rifiuto, l'unica azione esperibile è l'azione di accertamento tesa ad ottenere una pronuncia che verifichi l'insussistenza dei presupposti di legge per l'esercizio dell'attività oggetto della denuncia, con i conseguenti effetti conformativi in ordine ai provvedimenti spettanti all'autorità amministrativa.

L'Adunanza deve al riguardo farsi carico del duplice problema dell'ammissibilità di un'azione atipica e della compatibilità di detta azione, nel caso di specie, con il limite fissato dal comma 2 dell'art. 34 del codice del processo in punto di divieto dell'adozione di pronunce con riguardo a poteri non ancora esercitati.

6.5.1. Quanto al primo aspetto, l'Adunanza, in adesione alla tesi già sostenuta da questo Consiglio, con riguardo al panorama normativo anteriore al decreto legislativo n. 104/2010 (Sez. VI, decisioni n. 717/2009, 2139/2010, citt.), reputa che l'assenza di una previsione legislativa espressa non osti all'esperibilità di un'azione di tal genere quante volte, come nella specie, detta tecnica di tutela sia l'unica idonea a garantire una protezione adeguata ed immediata dell'

interesse legittimo.

Sviluppando il discorso già avviato dall'Adunanza Plenaria con la richiamata decisione n. 3/2011, si deve, infatti, ritenere che, nell'ambito di un quadro normativo sensibile all'esigenza costituzionale di una piena protezione dell'interesse legittimo come posizione sostanziale correlata ad un bene della vita, la mancata previsione, nel testo finale del codice del processo, dell'azione generale di accertamento non precluda la praticabilità di una tecnica di tutela, ammessa dai principali ordinamenti europei, che, ove necessaria al fine di colmare esigenze di tutela non suscettibili di essere soddisfatte in modo adeguato dalle azioni tipizzate, ha un fondamento nelle norme immediatamente precettive dettate dalla Carta fondamentale al fine di garantire la piena e completa protezione dell'interesse legittimo (artt. 24, 103 e 113).

Anche per gli interessi legittimi, infatti, come pacificamente ritenuto nel processo civile per i diritti soggettivi, la garanzia costituzionale impone di riconoscere l'esperibilità dell'azione di accertamento autonomo, con particolare riguardo a tutti i casi in cui, mancando il provvedimento da impugnare, una simile azione risulti indispensabile per la soddisfazione concreta della pretesa sostanziale del ricorrente.

A tale risultato non può del resto opporsi il principio di tipicità delle azioni, in quanto corollario indefettibile dell'effettività della tutela è proprio il principio della atipicità delle forme di tutela.

In questo quadro la mancata previsione, nel testo finale del codice,

di una norma esplicita sull'azione generale di accertamento, non è sintomatica della volontà legislativa di sancire una preclusione di dubbia costituzionalità, ma è spiegabile, anche alla luce degli elementi ricavabili dai lavori preparatori, con la considerazione che le azioni tipizzate, idonee a conseguire statuizioni dichiarative, di condanna e costitutive, consentono di norma una tutela idonea ed adeguata che non ha bisogno di pronunce meramente dichiarative in cui la funzione di accertamento non si appalesa strumentale all'adozione di altra pronuncia di cognizione ma si presenta, per così dire, allo stato puro, ossia senza sovrapposizione di altre funzioni. Ne deriva, di contro, che, ove dette azioni tipizzate non soddisfino in modo efficiente il bisogno di tutela, l'azione di accertamento atipica, ove sorretta da un interesse ad agire concreto ed attuale ex art. 100 c.p.c., risulta praticabile in forza delle coordinate costituzionali e comunitarie richiamate dallo stesso art 1 del codice oltre che dai criteri di delega di cui all'art. 44 della legge n. 69/2009.

Tale evenienza ricorre proprio con riguardo alla tutela invocata dal terzo al cospetto della presentazione di una denuncia pregiudizievole, quante volte la denuncia, producendo un effetto legittimante istantaneo, o comunque anticipato rispetto al decorso del termine per l'esercizio del potere inibitorio, possa produrre effetti lesivi che fanno nascere l'interesse ad agire in giudizio in un momento anteriore alla definizione del procedimento amministrativo.

La soluzione è suffragata anche da un'interpretazione sistematica delle norme dettate dal codice del processo amministrativo che, pur difettando di una disposizione generale sull'azione di mero accertamento, prevedono la definizione del giudizio con sentenza di

merito puramente dichiarativa agli artt. 31, comma 4 (sentenza dichiarativa della nullità), 34, comma 3 (sentenza dichiarativa dell' illegittimità quante volte sia venuto meno l'interesse all'annullamento e persista l'interesse al risarcimento), 34, comma 5 (sentenza di merito dichiarativa della cessazione della materia del contendere), 114, comma 4, lett. b (sentenza dichiarativa della nullità degli atti adottati in violazione od elusione del giudicato).

Soprattutto, l'azione di accertamento è implicitamente ammessa dall' art. 34, comma 2, del codice del processo amministrativo, secondo cui “in nessun caso il giudice può pronunciare con riferimento a poteri amministrativi non ancora esercitati”. Detta disposizione, che riproduce l'identica formulazione contenuta nella soppressa norma del testo approvato dalla Commissione del Consiglio di Stato, dedicata all' azione generale di accertamento, vuole evitare, in omaggio al principio di separazione dei poteri, che il giudice si sostituisca alla pubblica amministrazione esercitando una cognizione diretta di rapporti amministrativi non ancora sottoposti al vaglio della stessa. Detta disposizione non può che operare per l'azione di accertamento, per sua natura caratterizzata da tale rischio di indebita ingerenza, visto che le altre azioni tipizzate dal codice sono per definizione dirette a contestare l'intervenuto esercizio (od omesso esercizio) del potere amministrativo.

6.5.2. Si deve a questo punto valutare se, nel caso della d.i.a., l' esperimento, da parte del terzo, di un'azione di accertamento volta ad evitare gli effetti lesivi derivanti dall'esercizio dell'attività nel limitato arco di tempo prima descritto, violi il limite sancito dal citato art. 34, comma 2, del codice.

Tale norma è contenuta in una disposizione relativa alle sentenze di merito e fa divieto al giudice di pronunciare su “poteri non ancora esercitati”.

E' indubbio, quindi, che fino al termine di conclusione del procedimento il giudice non possa adottare una pronuncia di merito. Tale impedimento cessa però alla scadenza del termine predetto, che implica la definizione della procedura con l'esercizio del potere nei sensi prima esposti.

Per i ricorsi proposti anteriormente all'esercizio del potere inibitorio e a partire dal momento in cui la d.i.a. produce effetti giuridici legittimanti si deve fare applicazione del consolidato insegnamento giurisprudenziale che distingue tra i presupposti processuali - ossia i requisiti che devono sussistere ai fini della instaurazione del rapporto processuale - che devono esistere sin dal momento della domanda, e le condizioni dell'azione - ossia i requisiti della domanda che condizionano la decidibilità della controversia nel merito - che devono esistere al momento della decisione (cfr. Cass., sez. I, 9 ottobre 2003, n. 15082; conf. Cass. 8338/2000; 4985/1998; Sez. un. 1464/1983; 3940/1988; Cass., Sez. lav., n. 1052/1995).

Nella specie, la scadenza del termine di conclusione del procedimento è un fatto costitutivo integrante una condizione dell'azione che, ai sensi del disposto dell'art. 34, comma 2, cit., deve esistere al momento della decisione.

Ne deriva che l'assenza del definitivo esercizio di un potere ancora

in fieri, afferendo ad una condizione richiesta ai fini della definizione del giudizio, non preclude l'esperimento dell'azione giudiziaria anche se impedisce l'adozione di una sentenza di merito ai sensi del citato capoverso dell'art. 34.

Per converso, in ossequio ai principi prima ricordati in tema di effettività e di pienezza della tutela giurisdizionale, di cui la tutela interinale è declinazione fondamentale, il giudice amministrativo può adottare, nella pendenza del giudizio di merito, le misure cautelari necessarie, ai sensi dell'art. 55 del codice del processo amministrativo, al fine di impedire che, nelle more della definizione del procedimento amministrativo di controllo e della conseguente maturazione della condizione dell'azione, l'esercizio dell'attività denunciata possa infliggere al terzo un pregiudizio grave ed irreparabile.

Sono adottabili, a fortiori, misure cautelari ante causam, al fine di assicurare gli effetti della sentenza di merito, in presenza dei presupposti all'uopo sanciti dall'art. 61 del codice del processo amministrativo. La proposizione della domanda ante causam può essere idonea a soddisfare l'esigenza di piena tutela del terzo anche senza la proposizione dell'azione di accertamento laddove i termini di legge (art. 61, comma 5) entro i quali la misura provvisoria conserva i suoi effetti prima dell'introduzione del giudizio di merito relativo al silenzio provvedimentale, siano in concreto compatibili con la preservazione delle ragioni interinali del terzo.

La possibilità di adottare misure cautelari prima della definizione del procedimento amministrativo è confortata anche dalla considerazione

che la misura provvisoria si appunta su un rapporto amministrativo già sottoposto al vaglio della pubblica amministrazione con la presentazione della denuncia di inizio attività e con la conseguente attivazione della procedura amministrativa finalizzata all'adozione degli eventuali provvedimenti inibitori. Se si aggiunge che l'interesse del terzo ad agire insorge sin da quando il denunciante è abilitato all'esercizio dell'attività lesiva, si deve concludere che l'azione di accertamento proposta in via anticipata consente l'adozione di misure cautelari che, lungi dall'implicare una non consentita sostituzione nell'esercizio del potere di controllo, mira ad evitare che l'utilità dell'eventuale adozione della misura inibitoria adottata all'esito dell'esercizio del potere possa essere vanificata dagli effetti medio temporesortiti dall'esplicazione dell'attività denunciata.

6.5.3. Una volta spirati i termini di legge per la definizione del procedimento con il conseguente pieno esercizio del potere amministrativo, verrà a configurarsi la condizione dell'azione mancante, con conseguente rimozione dell'ostacolo frapposto dall'articolo 34, comma 2, alla definizione del giudizio.

Occorre all'uopo distinguere a seconda che la p.a. adotti o meno il provvedimento di divieto, satisfattorio dell'interesse del terzo.

In caso positivo si registrerà la cessazione della materia del contendere, ex art. 34, comma 5, del codice del processo, in ragione della piena soddisfazione della pretesa del ricorrente ad evitare lo svolgimento dell'attività dichiarata.

In caso negativo il giudice potrà pronunciarsi sul merito del ricorso

senza che sia all'uopo necessaria la proposizione, da parte del terzo
ricorrente, di motivi aggiunti, ex art. 43 del codice.

Va, infatti, osservato che oggetto dell'accertamento invocato con l'azione iniziale non può essere solo la mera sussistenza o insussistenza dei presupposti per svolgere l'attività sulla base di una semplice denuncia ma, in coerenza con i caratteri della giurisdizione amministrativa come giurisdizione avente ad oggetto l'esercizio del potere amministrativo ai sensi dell'articolo 7, comma 1, del codice, la sussistenza o l'insussistenza dei presupposti per l'adozione dei provvedimenti interdittivi doverosi, e, quindi, la fondatezza dell'interesse pretensivo all'uopo azionato del terzo. Si tratta, del resto, di due aspetti strettamente connessi visto che alla verifica dell'inesistenza dei presupposti previsti dalla legge per lo svolgimento dell'attività dichiarata segue, in via indefettibile, in mancanza di spazi per la regolarizzazione, l'intervento della vincolata determinazione interdittiva.

Ne deriva che, in forza del principio di economia processuale, l'azione di accertamento, una volta maturato il termine per la definizione del procedimento amministrativo, si converte automaticamente in domanda di impugnazione del provvedimento sopravvenuto in quanto la portata sostanziale del ricorso iniziale finisce per investire in pieno, sul piano del petitum sostanziale e della causa petendi, la decisione della pubblica amministrazione di non adottare il provvedimento inibitorio. E tanto specie se si considera che detto silenzio provvedimentale non introduce, per sua natura, elementi motivazionali che richiedano una specifica contestazione con una nuova iniziativa processuale. Resta salva la facoltà dell'

articolazione di motivi aggiunti suggeriti dalle risultanze dell'istruttoria svolta dall'amministrazione o dalla sopravvenienza di nuovi elementi. La proposizione di motivi aggiunti sarà invece onerosa, pena l'improcedibilità del ricorso già presentato, nell'ipotesi in cui la pubblica amministrazione, all'esito del procedimento amministrativo inaugurato con la presentazione della d.i.a., adotti un atto espresso che evidenzi le ragioni della mancata adozione della determinazione inibitoria.

7. Applicando le coordinate fin qui esposte al caso di specie si deve pervenire al rigetto dell'appello.

Non merita, infatti, accoglimento il motivo con cui si pretende di ricavare dalla pur corretta premessa della qualificazione della d.i.a. come atto oggettivamente e soggettivamente privato la conseguenza dell'inammissibilità della domanda di annullamento proposta in prime cure dall'odierno appellato.

In applicazione della regola oggi sancita dall'art. 32, comma 2, del codice del processo amministrativo, ricognitiva di un principio già elaborato dalla giurisprudenza, la domanda di primo grado, pur essendo attecnicamente rivolta all'impugnazione della d.i.a., è riqualificabile, contenendone tutti elementi formali e sostanziali, come domanda che, sulla scorta dell'accertamento dell'illegittimità dell'attività denunciata, mira a contestare la decisione della pubblica amministrazione di non vietare l'attività oggetto della dichiarazione.

Ne deriva che va confermato l'accoglimento della domanda sancito con la sentenza appellata, pur con la suddetta riqualificazione della

domanda stessa e la conseguente correzione della motivazione della sentenza.

8. L'appello non reca invece alcuna censura in ordine ai motivi sostanziali che hanno condotto all'accoglimento del ricorso in primo grado in relazione alla violazione del divieto di aggravamento della servitù. La sentenza deve quindi essere, sotto tale aspetto, integralmente confermata. Ne consegue l'improcedibilità del ricorso incidentale subordinato proposto dal Dovesi.

9. La complessità delle questioni di diritto affrontate, fonte di contrasti giurisprudenziali, giustifica la compensazione delle spese di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Adunanza Plenaria) definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge e conferma, con diversa motivazione, la sentenza appellata.

Dichiara l'improcedibilità del ricorso incidentale.

Spese compensate.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.

Così deciso in Roma, nelle camera di consiglio del 2 maggio e del 4
luglio 2011 con l'intervento dei magistrati:

Pasquale de Lise, Presidente del Consiglio di Stato

Giancarlo Coraggio, Presidente di Sezione

Gaetano Trotta, Presidente di Sezione

Stefano Baccarini, Presidente

Pier Luigi Lodi, Presidente

Rosanna De Nictolis, Consigliere

Marco Lipari, Consigliere

Marzio Branca, Consigliere

Francesco Caringella, Consigliere, Estensore

Anna Leoni, Consigliere

Maurizio Meschino, Consigliere

Sergio De Felice, Consigliere

Angelica Dell'Utri, Consigliere

IL PRESIDENTE DEL CONSIGLIO DI STATO

L'ESTENSORE IL SEGRETARIO

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 29/07/2011

(Art. 89, co. 3, cod. proc. amm.)

Il Dirigente della Sezione