

LA SCIA (E I MODELLI COMUNICATIVI): IL CONTROLLO 'COLLABORATIVO' E LE FORME DELLA TUTELA

Emanuele Boscolo

SOMMARIO: 1 Liberalizzazione con effetto di semplificazione. – 2. La funzione di controllo e il giudizio prognostico di recuperabilità. – 3 Le diverse forme di tutela del terzo. – 4. La diversificazione dei modelli comunicativi.

1. Liberalizzazione con effetto di semplificazione.

Le innovazioni succedutesi sul testo dell'art. 19 della legge 7 agosto 1990, n. 241 hanno inciso profondamente sulla struttura della figura profilata dalla norma che fa leva sull'autoresponsabilità del privato. Si è passati dalla denuncia, alla dichiarazione di inizio attività, per approdare all'attuale segnalazione certificata di inizio attività (SCIA), ma i ripensamenti più profondi si sono concentrati sulle forme del controllo che l'amministrazione deve esercitare sull'atto comunicativo e, più in generale, sul progetto di attività.

L'art. 19 si prefigge la restituzione di più ampi spazi alla libertà di iniziativa economica mediante la rimozione degli ostacoli che si frappongono all'avvio delle attività economiche e sono suscettibili di generare *compliance cost*. Superate le iniziali prudenze e difficoltà di diffusione, la SCIA, specie dopo la legge Madia e gli interventi del 2016, rappresenta oggi il principale vettore di avvio di un vasto novero di attività private, che possono essere intraprese senza necessità di acquisizione di un previo assenso da parte dell'amministrazione¹. Al-

¹ Sullo schema di fondo di tale norma si vedano gli approfondimenti teorici di L. FERRARA, *Diritti soggettivi ad accertamento amministrativo. Autorizzazione ricognitiva, denuncia sostitutiva e modi di produzione degli effetti*, Padova, 1996; E. BOSCOLO, *Diritti soggettivi a regime amministrativo. L'art. 19 della l. 241/90 ed altri modelli di liberalizzazione*, Padova, 2001; G. ACQUARONE, *La denuncia di inizio attività. Profili teorici*, Milano, 2000; W. GIULIETTI, *Attività privata e potere amministrativo. Il modello della dichiarazione di inizio attività*, Torino,

la base dell'art. 19² è dunque riscontrabile una scelta liberalizzante che incide sul rapporto autorità-libertà e presuppone il riconoscimento della originarietà e pienezza della posizione soggettiva del privato. La legge abilita il privato all'avvio di attività che sono definite da una cornice di regole sostanziali non scalfite dalla sottoposizione al modello liberalizzante: l'art. 19 non sottende, da questo punto di vista, alcuna deregolazione³. Poiché si tratta di attività potenzialmente in grado di pregiudicare interessi pubblici e di incidere entro la sfera di soggetti terzi, resta necessario che l'amministrazione mantenga una funzione di controllo per scongiurare il rischio che si producano effetti e vengano operate trasformazioni non conformi al paradigma normativo (in danno di vicini, concorrenti, ecc.). Non si registra quindi una deamministrativizzazione, ma solo una revisione delle forme di esercizio del controllo, che non si carica di funzioni ulteriori. L'intervento pubblico – a differenza di quanto previsto nella disciplina degli atti di consenso – non è funzionale alla produzione di un effetto accrescitivo (o di perfezionamento) della posizione del privato e neppure di un effetto abilitativo (si è parlato in proposito di legittimazione *ex lege*). Ne consegue, sul piano della relazione cittadino-amministrazione, l'affrancamento del privato da ogni dipendenza-condizionamento rispetto all'intervento amministrativo, a cui consegue un rilevante effetto di semplificazione “secondaria”⁴.

Sul piano sostanziale, il cittadino è titolare di una posizione soggettiva non

2008; G. SCAZZA, *La s.c.i.a. tra semplificazione, liberalizzazione e complicazione*, Napoli, 2020; M.A. SANDULLI, *La segnalazione certificata di inizio attività (S.C.I.A.)*, in *Principi e regole dell'azione amministrativa*, a cura di M.A. Sandulli, IV ed., Milano, 2023, p. 363.

² A. TRAVI, *Dichiarazione di inizio attività (diritto amministrativo)*, in *Enc. dir., Ann. II*, t. 2, Milano, 2008, p. 343.

³ La scarsa qualità e chiarezza di tali norme, si pensi alla disciplina degli interventi edilizi espressa dai piani urbanistici, costituisce sovente fonte di incertezze che si riflettono sulla diffusione del modello comunicativo.

⁴ Il controllo si svolge in forme non interferenti: già la Corte costituzionale (Corte cost. n. 200/2012) aveva colto come lo schema delineato dall'art. 19 risultasse pienamente coerente con le indicazioni della Direttiva Bolkestein (direttiva 2006/123/UE), secondo cui una regolazione più intrusiva delle attività economiche è ammissibile solo ove ricorrano “motivi imperativi di interesse generale”. È stato ricordato (F. DINELLI, *Riflessioni sulla segnalazione certificata di inizio attività. Analisi di un istituto enigmatico*, in *www.federalismi.it*, 2023) come anche la sottoposizione di una determinata attività al regime dell'art. 19 vada valutata alla luce del ricorrere di specifiche giustificazioni di stretta necessità. In tal senso, nel settore edilizio e in quello commerciale, sulla scorta di una valutazione di proporzionalità tra interessi pubblici da tutelare e modalità di avvio dell'attività, si è ritagliato spazio per figure comunicative con grado di formalizzazione ancor minore rispetto a quello della SCIA (*infra*).

derivata dall'intervento amministrativo, definibile diritto soggettivo a regime amministrativo. Una posizione di vantaggio che presenta caratteristiche salienti, prima tra tutte la relazionalità: il diritto si configura infatti necessariamente entro una relazione tra il soggetto e l'amministrazione che si instaura a seguito dell'atto dichiarativo del privato. Questa particolare classe di diritti soggettivi presenta un lato attivo e un lato passivo. Entro il lato attivo si colloca la facoltà di dare avvio (senza dilazioni e condizionamenti) all'attività. Il lato passivo è invece connotato da un onere (se vuoi, devi) gravante sul privato, divenuto nelle diverse formulazioni sempre più impegnativo: contestualmente all'avvio dell'attività, occorre infatti trasmettere all'amministrazione una segnalazione accompagnata da dichiarazioni sostitutive e da attestazioni (rese da professionisti) atte a comprovare la sussistenza di tutti i presupposti legali definiti dalle discipline generali e settoriali di volta in volta rilevanti (in sostanza, al privato è demandata l'effettuazione di una istruttoria primaria, la cui attendibilità è presidiata da norme penali e dalla misura della irrecuperabilità dei vantaggi introdotta dal correlato art. 21 della legge sul procedimento per il caso di dichiarazioni travisatorie).

L'esigenza ordinamentale di un controllo non postula affatto la recessività della posizione soggettiva rispetto al potere dell'amministrazione. Il modello definito dall'art. 19 – e questo resta il punto fondamentale – riesce a far coesistere il riconoscimento di una posizione non derivata al cittadino e il mantenimento di un controllo pubblico sull'avvio di attività potenzialmente lesive. Il lato attivo e quello passivo si mantengono in equilibrio: si può parlare per tale ragione di un diritto soggettivo capace di fronteggiare un potere, a definitivo scardinamento della teoria della degradazione, assioma che tanta parte ha avuto nell'elaborazione della dogmatica del diritto amministrativo otto-novecentesco.

2. La funzione di controllo e il giudizio prognostico di recuperabilità.

La funzione a cui è chiamata l'amministrazione è ascrivibile alla categoria generale del controllo⁵: l'intervento amministrativo è preordinato a una verifica cartolare circa la conformità al paradigma ordinamentale di quanto dedotto

⁵ Secondo la definizione ancora attuale formulata da U. FORTI, *I controlli dell'amministrazione comunale*, in *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano*, a cura di V.E. Orlando, vol. II, Milano, 1915, p. 607), nel controllo sarebbe identificabile un "giudizio circa la rispondenza di determinate attività a determinate norme e principi".

nella segnalazione, il cui esito, in caso di verifica positiva, non viene formalizzato in alcun atto. Solo in caso di rilevata difformità (qualunque difformità, senza che vi sia spazio per ponderazioni di gravità ulteriori), si procede all'emanazione di un provvedimento. Si distinguono quindi un primo segmento, definibile "controllo-riscontro", a carattere necessario, puntuale e doveroso, e un secondo segmento, eventuale e formalizzato, definibile "controllo-misura". La legge n. 124/2015 e poi ancora il d.lgs. n. 126/2016 hanno operato un profondo ridisegno delle prerogative attribuite all'amministrazione nel controllo-misura mediante una ritipizzazione-graduazione delle misure adottande. Il controllo-misura originariamente si risolveva nell'inibitoria dell'attività, mentre ora le misure emanabili sono improntate prioritariamente alla riconformazione dell'attività, secondo uno schema che presenta chiare assonanze con le previsioni espressive del c.d. dovere di soccorso (secondo l'archetipo dettato dall'art. 6 della legge n. 241/1990): uno schema che trova oggi un saldo ancoraggio nel principio di collaborazione, a cui è riconosciuto un rango d'apice dall'art. 1, legge n. 241/1990. Ove il controllo-riscontro abbia fatto emergere un profilo di difformità, l'amministrazione deve operare una verifica circa la possibilità di conformazione dell'attività. Ove, ad esito di un'operazione logica a carattere propositivo, sia verificata la conformabilità, all'amministrazione non è consentito limitarsi ad eccepire (in negativo) i profili critici, ma le è imposto, sempre in positivo, di indicare al privato i correttivi (progettuali-realizzativi) che il privato può apportare entro un termine assegnando. La valutazione positiva di recuperabilità non può quindi risolversi in una formula di generico invito alla riconformazione ma deve assumere la struttura di un elenco puntuale di misure (attuabili dal privato e rispettose del principio di proporzionalità), con assegnazione di un termine congruo rispetto alla complessità degli interventi da attuare, comunque non inferiore a trenta giorni. In caso di mancata esatta ottemperanza alle misure conformative, l'attività dovrà "intendersi vietata".

La novella del 2016 ha previsto che la sospensione dell'attività venga disposta (sempre in contestualità con la prescrizione di misure conformative) solo nel duplice ordine di casi in cui siano state riscontrate attestazioni non veritiere o si configuri un pericolo (derivante dalla prosecuzione dell'attività nelle more della conformazione) per gli interessi pubblici in materia ambientale, paesaggistica, di tutela della salute, della sicurezza pubblica e della difesa nazionale. Solo in caso di riscontrata non conformabilità (circostanza che l'amministrazione deve motivare adeguatamente) dovrà essere emanata una misura conclusivamente inibitoria rispetto alla prosecuzione dell'attività e ordinata la

rimozione degli “eventuali effetti dannosi di essa” (formula non poco ambigua, volta alla conservazione degli effetti non pregiudizievoli di una attività avviata sull’erroneo convincimento di conformità ordinamentale).

Un profilo saliente della fattispecie descritta dall’art. 19 attiene alla previsione di un termine perentorio per l’esercizio del potere di controllo. Il mancato compimento della funzione di controllo entro sessanta giorni dalla ricezione della SCIA (trenta giorni nel settore edilizio) preclude l’attivazione del controllo-misura a fronte della rilevazione di una qualunque difformità. Nella stagione alle spalle, i riferimenti agli articoli della legge sul procedimento 21-*quinquies* (sulla revoca) e 21-*nonies* (sull’annullamento) avevano fornito un argomento a ricostruzioni “pubblicizzanti” della fattispecie, inclini (soprattutto in prospettiva della strutturazione di un modello di tutela su impugnazione) a profilare la sussistenza di un atto tacito suscettibile di formarsi per effetto del mancato intervento dell’amministrazione. Nel quadro attuale, venuti meno i citati riferimenti, il comma 4 dell’art. 19 stabilisce che l’amministrazione possa ancora esercitare il potere di controllo al ricorrere tuttavia delle condizioni dettate dall’art. 21-*nonies*. Non un potere “di” autotutela ma il potere di controllo esercitabile nel “modo” autotutela (ossia al ricorrere dei presupposti selettivi a cui sottostà l’autotutela su atti, a cui il legislatore si è riferito *per relationem*) e quindi in seguito alla ponderazione degli interessi pubblici ulteriori rispetto all’esigenza di ripristino della legalità, ad un bilanciamento tra le diverse posizioni coinvolte e con considerazione anche del profilo temporale, secondo la formula combinatoria tipizzata nel citato art. 21-*nonies*. Norma quest’ultima, pertinentemente menzionata in quanto espressiva di un principio applicabile ad una classe di poteri esercitabili solo ricercando un temperamento tra le qualificate esigenze di ristabilimento della legalità e l’affidamento riposto dal privato (in conseguenza dell’inerzia protratta dall’amministrazione rispetto al controllo-riscontro nell’ordinario termine di sessanta giorni). Tra le condizioni di esercizio del potere di controllo dettate dall’art. 21-*nonies* viene in rilievo – come detto – anche quella rappresentata dal rispetto del termine “ragionevole”, comunque non superiore a dodici mesi (che decorrono dall’esaurimento dei sessanta giorni assegnati per il controllo ordinario), spirati i quali l’attività non è più contestabile in via amministrativa, neppure in caso di tempestiva diffida all’amministrazione da parte di un terzo (come segnalato dal Corte cost. n. 49/2019 e confermato dal Corte cost. n. 153/2020). Già Corte cost. n. 188/2012 aveva sottolineato in passato la irrinunciabilità di una possibilità di intervento a posteriori da parte dell’amministrazione e tale principio era stato ribadito anche da Corte cost. n. 49/2016. Quest’ultima sentenza (avente ad oggetto l’assetto della legislazione edilizia toscana) aveva sottoli-

neato che una struttura bifasica della funzione di controllo (una prima fase di controllo “ordinario”; una seconda fase, eventuale, nelle forme dell’autotutela, con attenzione all’affidamento del privato) costituisce un principio fondamentale della disciplina dei titoli edilizi (ma in realtà del diritto amministrativo generale). Il potere di controllo nel modo dell’autotutela resta invece esercitabile anche successivamente ai dodici mesi in caso di accertamento di mendacio (con sentenza penale passata in giudicato ma anche su accertamento autonomo dell’amministrazione) *ex art. 21-nonies*, comma 2-*bis*: quest’ultima disposizione consente infatti l’esercizio dell’autotutela senza limitazioni temporali nell’ipotesi in cui la parte segnalante o i propri tecnici abbiano fornito rappresentazioni di stati e fatti volte a indurre l’amministrazione a travisare profili rilevanti della fattispecie. In tali casi, oltre a trovare spazio una risposta sanzionatoria particolarmente severa, lo svolgimento dell’attività potrà essere senz’altro inibita, sulla scorta di una valutazione ordinamentale (espressa direttamente dalla legge) di non meritevolezza di protezione del soggetto che abbia intenzionalmente cercato di indurre in errore l’amministrazione (con operatività in tal caso anche del principio di “irrecuperabilità degli effetti” derivabile anche dall’art. 21, comma 1, della legge n. 241/1990, teso a impedire ogni conformazione o sanatoria dell’attività). Dai casi di travisamento su fatti semplici rappresentati travisatoriamente, vanno tenuti distinti casi (non infrequenti) in cui qualificazioni e inquadramenti categoriali operati dal privato si rivelino successivamente non condivisibili da parte dell’amministrazione (si può fare l’esempio di un privato che abbia inquadrato come manutenzione straordinaria un intervento, correttamente rappresentato, intervento che l’amministrazione ritenga successivamente non praticabile perché integrante una ristrutturazione). In questi casi, occorre introdurre una distinzione, non sempre facile nella pratica, tra interventi tipologicamente riconducibili allo spazio della SCIA e interventi totalmente estranei a tale ambito onde parlare di SCIA irregolare (per difetto di taluni elementi strutturali) e di SCIA inesistente (perché riferita a fattispecie completamente estranea rispetto al perimetro degli interventi subordinati al regime dichiarativo). Solo nel primo ordine di ipotesi, si dovrebbero privilegiare le esigenze di stabilità, come del resto si ritiene (maggioritariamente) in tema di silenzio-assenso invalidamente formatosi (Cons. Stato, Sez. VI, 30 novembre 2023, n. 10383).

Il settore edilizio⁶ ha offerto un’ampia casistica e ha consentito di far emergere la rilevanza del richiamo operato dall’art. 19, comma 6-*bis* secondo cui

⁶M.A. SANDULLI, *Edilizia*, in *Enc. dir., I tematici, Funzioni amministrative*, a cura di B. G. Mattarella, M. Ramajoli, Milano, 2022, p. 405.

“restano altresì ferme le disposizioni relative alla vigilanza sull’attività urbanistico-edilizia, alle responsabilità e alle sanzioni previste dal d.P.R. 6 giugno 2001, n. 380, e dalle leggi regionali”, con conseguente reprimibilità anche a distanza di tempo di trasformazioni che avrebbero dovuto essere precedute dal rilascio di un permesso di costruire⁷, rispetto alle quali il mancato tempestivo riscontro della SCIA si ritiene non possa produrre alcun affidamento (affidamento invece meritevole di protezione in caso di SCIA consolidatasi unicamente in difetto di elementi di validità rispetto ad un intervento riconducibile alle categorie menzionate nell’art. 22 del TU Edilizia).

3. *Le diverse forme di tutela del terzo.*

Lo schema di tutela oppositiva del soggetto che propone la segnalazione certificata non pone soverchi dubbi. Il segnalante, a fronte di provvedimenti che impongono l’inibitoria e il ripristino anziché disporre la riconformazione ovvero che dettino misure conformative incongrue, potrà ottenere una tutela piena e connotata dalla necessaria effettività di fronte al giudice amministrativo nelle forme dell’azione di annullamento.

Decisamente più complessa – e ancora irrisolta – la tematica della tutela dei terzi⁸. La questione riveste notevole rilevanza pratica, in quanto alla diffusione raggiunta dal modello della segnalazione di inizio attività non è corrisposta l’elaborazione e il consolidamento di un dispositivo di protezione veramente adeguato delle parti pregiudicate da tali attività. Si tratta di uno degli snodi problematici a cui il codice del processo amministrativo non ha saputo dare una risposta e il distacco dai parametri costituzionali si fa sempre più inaccettabile. Va recisamente esclusa l’impugnabilità della SCIA in quanto atto privato: risultano quindi recessive le ricostruzioni che tendevano ad identificare nella fattispecie delineata dall’art. 19 un titolo tacito, suscettibile di formarsi per effetto dell’inerzia comunale. Il sistema delle tutele deve necessariamente adeguarsi alla scelta liberalizzante che ha determinato la scomparsa di un atto abilitativo autonomamente impugnabile dal terzo. Anche la soluzione prefigurata dall’art. 19, comma 6-ter, si presenta tuttavia insoddisfacente. L’impugnazione del silenzio serbato dall’amministrazione *ex art.* 31 c.p.a. sulla sollecitazione formulata dal terzo, oltre ad imporre un onere di iniziativa in

⁷ TAR Lombardia, Sez. II, 21 dicembre 2023, n. 3148.

⁸ A. TRAVI, *Lezioni di giustizia amministrativa*, XVI ed., Torino, 2024, p. 220.