

FIorenzo LIGUORI

Professore ordinario di diritto amministrativo presso

l'Università degli Studi di Napoli Federico II

fiorenzo.liguori@unina.it

ACCESSO ALLA TUTELA PROCESSUALE AVVERSO LA S.C.I.A. NELLA RECENTE GIURISPRUDENZA

RECENT CASE LAW IN CERTIFIED NOTICE OF COMMENCEMENT OF WORK LITIGATIONS

SINTESI

La sostituzione delle autorizzazioni non discrezionali con il diverso modello del controllo ex post di attività liberamente avviate continua, a distanza di quasi trent'anni dalla sua introduzione, a produrre negli interpreti una sorta di spaesamento. Anche dopo che il comma 6-ter dell'art. 19 della legge 241 ha segnato la fine della ricerca affannosa di qualcosa da impugnare i modelli culturali tradizionali continuano ad emergere, specie con riguardo alla non ancora del tutto metabolizzata decadenza del potere di controllo e divieto. La Corte Costituzionale, recependo le letture più liberali e innovative, chiarisce che la fase amministrativa è solo una parentesi "a tempo" della s.c.i.a., modello non riducibile a logiche integralmente di diritto amministrativo; e che la riduzione della tutela del terzo in sede di giurisdizione amministrativa è compatibile con i principi costituzionali.

Lo scritto, nell'analizzare la recente giurisprudenza in materia, ripropone l'idea, ora avallata dalla Corte Costituzionale, che il processo non può far rivivere poteri che andavano esercitati entro un termine perentorio già interamente decorso nel momento della proposizione del giudizio. L'apparato rimediante risultante dalla corretta lettura del comma 6-ter, anche alla luce delle innovazioni volute dalla legge 124 del 2015, è lo specchio fedele della disciplina sostanziale. Le garanzie giurisdizionali per il terzo, come ricorda del resto la Corte, non si esauriscono davanti al giudice amministrativo, ma sono completate dalla fondamentale tutela civile dei diritti.

ABSTRACT

The replacement of non-discretionary authorizations with the different model of ex post control of freely started activities continues, almost thirty years after its introduction, to produce in the interpreters a sort of disorientation. Even after paragraph 6-ter of the art. 19 of Law 241 marked the end of the search for a measure to challenge, traditional cultural models continue to emerge, especially with regard to the not yet completely metabolized decadence of con-

trol and prohibition powers. The Constitutional Court, assimilating the most liberal and innovative interpretations, clarifies that the administrative phase is only a parenthesis of the discipline of s.c.i.a. and that the limitation of judicial protection of third parties is compatible with constitutional principles. The paper reiterates the idea that the judgment cannot dredge up elapsed powers. The protection system resulting from the correct interpretation of paragraph 6-ter, also in the light of the innovations required by law n. 124 of 2015, is the faithful mirror of the substantive rules. The jurisdictional guarantees of third parties rights, do not end with the administrative process, but are completed by the civil enforcement of rights.

PAROLE CHIAVE: tutela del terzo, azione del terzo, tutela civile, silenzio-inadempimento, tutela giurisdizionale.

KEYWORDS: third protection, third court proceedings, civil enforcement, non-compliance by silence, judicial protection.

INDICE: 1. La tutela del terzo tra giudizio amministrativo e giudizio civile. – 2. Alla ricerca di qualcosa da impugnare. – 3. Il termine per l'azione del terzo e il problema dell'affidamento del segnalante. – 4. La natura dei poteri ed i termini per il loro esercizio. La tutela civile dei diritti. – 5. La concorrenza delle tutele e gli effetti possibili della sentenza sul silenzio-inadempimento.

1. La tutela del terzo tra giudizio amministrativo e giudizio civile.

La semplificazione del meccanismo diretto a produrre l'effetto giuridico abilitante all'esercizio delle attività private non subordinate a valutazioni discrezionali ha, nella percezione comune, finito per rendere più complicato l'accesso alla tutela giurisdizionale. La Corte Costituzionale, di recente, ha dovuto ancora una volta occuparsi dell'art. 19 della l. 7 agosto 1990, n. 241, affrontando direttamente il problema dell'accesso al giudice da parte del cd. terzo¹.

La decisione interviene in una controversia che riguarda l'apertura di una finestra in dedotta violazione di un regolamento condominiale; ed anche l'altro grande arresto in tema di s.c.i.a., l'Adunanza plenaria n. 15/2011², investiva una questione di marca civilistica, e cioè dei lavori che avrebbero comportato l'aggravamento di una servitù.

Entrambe le controversie ben avrebbero potuto essere sottoposte alla cognizione del giudice ordinario, ma invece sono state instaurate davanti al

¹ Corte Cost., sent. 13 marzo 2019, n. 45, in www.cortecostituzionale.it. Per un primo commento cfr. C. LAMBERTI, *La SCLIA tutela le attività economiche non il terzo*, in *Giur. It.*, 2019, p. 917 e ss., anche per la ricostruzione della giurisprudenza costituzionale in tema di d.i.a.-s.c.i.a. L'ordinanza di rimessione è T.A.R. Toscana, Firenze, Sez. III, 11 maggio 2017, n. 667, in *Riv. Giur. ed.*, 2/2017, p. 328.

² Cons. St., A.p. 29 luglio 2011, n.15, in *Riv. Giur.ed.*, 2011, p. 533 e ss., con commento di M. A. Sandulli. In tema, di recente, anche per ogni ulteriore riferimento, cfr. R. BERTOLI, *S.c.i.a. e tutela del terzo: decadenza del potere inibitorio e pretesa del suo esercizio*, in *Riv. it. Dir. Pubbl. comunit.*, 6/2017, p. 1381 e ss.

giudice amministrativo, nell'ambito di una giurisdizione esclusiva di cui si sarebbe forse potuto fare a meno, e che si è rivelata fonte di ulteriori equivoci nella decifrazione della attuale s.c.i.a., questa strana creatura che cambia spesso anche il nome, ma sulla cui vera identità si coltivano ancora misteri.

Non è qui il caso di ritornare sulle tante contraddizioni di questo istituto, se non per ricordare che sono state determinate anche dall'instabilità del quadro normativo, ma più ancora, è da credere, dalla strenua resistenza dei modelli culturali tradizionali, incentrati sulla presenza di un atto autorizzativo³.

La spiegazione fantastica più interessante dell'acronimo mai ascoltata è quella formulata in un convegno non giuridico di "strana creatura indubbiamente aliena"⁴, ma forse l'avverbio si può scegliere meglio, giacché la resistenza degli stilemi tradizionali fa sembrare fin qui più appropriato "inutilmente" che "indubbiamente"; con riguardo a questo istituto, del resto, di indubbio c'è stato a lungo, e forse ancora c'è, nella percezione di molti, ben poco.

In punto di tutela un aspetto, però, dovrebbe essere chiaro, specie dopo Corte Costituzionale n. 45/2019, e cioè che si tratta di un caso nel quale la pienezza della giurisdizione va assicurata dalla concorrenza dei diversi rami del sistema giurisdizionale, e non solo dal (già peraltro sovraesposto) giudice amministrativo.

La giurisdizione esclusiva non può comunque estendersi ai rapporti interpretati, anche se sorprendentemente in qualche caso il Consiglio di Stato si è spinto anche in questa direzione, ordinando al privato, in sede di reintegrazione in forma specifica, la demolizione d un fabbricato realizzato sulla base di una s.c.i.a. prodotta in assenza dei predetti requisiti⁵.

Il privato, è il caso di ricordarlo ancora, ha il diritto di rimanere privato e perciò il giudice amministrativo non ha alcun titolo, neppure in sede di giurisdizione esclusiva, che investe pur sempre i rapporti tra cittadini e amministrazione, per ordinarli alcunché, ma può solo intimare all'Amministrazione, se ne ricorrono i presupposti sostanziali e processuali, di assumere le determinazioni consequenziali all'accertamento dell'insussistenza dei presupposti legittimanti l'attività di cui alla s.c.i.a..

³ A. TRAVI, *La tutela nei confronti della d.i.a. tra modelli positivi e modelli culturali*, in *Dir. pubbl.*, 2014, p. 17 e ss. In tema anche F. LIGUORI, *Le incertezze degli strumenti di semplificazione: lo strano caso della d.i.a.-s.c.i.a.*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2015, p. 1223 e ss.

⁴ Ne parlò Gianni Comporti in un incontro di studi bocconiano di qualche anno fa.

⁵ IV, 22 dicembre 2014, n. 4764. La sentenza si può vedere in www.giustizia.amministrativa.it ed è commentata in F. LIGUORI, *Le incertezze*, op. cit., pp. 1242-1243. Nello stesso senso cfr. R. BERTOLI, op. cit., 1385 e n. 25.

La giurisdizione esclusiva si affianca senza sostituirsi a quella ordinaria e ricomprende unicamente le controversie circa l'esercizio o il mancato esercizio dei poteri riconosciuti all'Amministrazione, poteri tipici e limitati nel tempo, come ha ricordato da ultimo anche la Corte Costituzionale. Si tratta di una parentesi importante, ma pur sempre di una parentesi di natura amministrativa che si inserisce in un rapporto più lungo tra privato e privato: il che dovrebbe anche sdrammatizzare le problematiche relative al consolidamento dell'affidamento, se è vero che la posizione del segnalante è naturalmente esposta alle iniziative che il cd. terzo può intraprendere entro il termine di prescrizione⁶.

Il privato, è il caso di ricordarlo ancora, ha il diritto di rimanere privato e perciò il giudice amministrativo non ha alcun titolo, neppure in sede di giurisdizione esclusiva, che investe pur sempre i rapporti tra cittadini e amministrazione, per ordinarli alcunché, ma può solo intimare all'Amministrazione, se ne ricorrono i presupposti sostanziali e processuali, di assumere le determinazioni consequenziali all'accertamento dell'insussistenza dei presupposti legittimanti l'attività di cui alla s.c.i.a..

2. Alla ricerca di qualcosa da impugnare.

È ben noto che l'introduzione di questo istituto ha generato una sorta di spaesamento degli operatori specie sul fronte dell'accesso al giudice. Ha preso forma così un evidente paradosso: un istituto nato per liberarsi dell'atto ha determinato sul piano processuale la necessità di recuperarne anche solo una finzione per garantire al terzo una tutela effettiva e in forma specifica.

Il presupposto è che l'atto integri una garanzia di giustizia e che – profilo per vero tutto da dimostrare – la tutela da assicurare nelle ipotesi di s.c.i.a. non possa essere meno incisiva di quella che avrebbe garantito al terzo l'impugnativa di un atto autorizzatorio⁷.

I diversi modi di concepire il modello e le diverse soluzioni in tema di tutela del terzo – dall'impugnativa dell'atto del privato alla “invenzione” di un silenzio-diniego – hanno, infatti, tutti un tratto comune: la ricerca di un atto da impugnare.

⁶ S. CAPOZZI, *S.c.i.a. e tutela del terzo: la Consulta chiarisce*, in *Riv.giur. ed.*, 2-2019, p. 318 e ss..

⁷ R. BERTOLI, op. cit. In tema, cfr. anche M. RAMAJOLI, *La s.c.i.a. e la tutela del terzo*, in *Dir.proc.amm.*, 2012, spec. pp. 329-330; M. A. SANDULLI, *Segnalazione certificata di inizio attività*, in *Libro dell'anno del diritto*, Roma, 2017.

L'attuale disciplina, sulla quale è intervenuta la recente decisione della Consulta, contenuta nel comma 6 *ter* dell'art. 19, a questa ricerca del provvedimento eponimo, vero o finto, ha invece inteso porre finalmente fine.

La disposizione, introdotta nel 2011, precisa infatti che «*La D.I.A. e la S.C.I.A. non costituiscono provvedimenti impugnabili*» e aggiunge che «*gli interessati possono sollecitare l'esercizio delle verifiche spettanti all'amministrazione e, in caso di inerzia, esperire esclusivamente l'azione di cui all'art. 31, commi 1, 2 e 3 del d.lgs. 2 luglio 2010 n.104*».

Non è comune che una norma si impegni a dettare qualificazioni giuridiche e ad indicare gli strumenti processuali da utilizzare in via esclusiva, ma in questo caso è chiaro che il legislatore ha voluto porre un freno alla creatività della giurisprudenza, che rischiava di rendere ingestibile un istituto ritenuto strategico.

La legge n. 124 del 7 agosto 2015 ha poi provveduto anche a “sfolire” la gamma degli altri poteri riconosciuti all'Amministrazione riscrivendo i commi 3 e 4 dell'art. 19: viene così esclusa, con la sola eccezione della materia edilizia (co.6 *bis*), l'applicabilità del sistema sanzionatorio ordinario (precludendo in tal modo ai terzi la possibilità di agire nel procedimento e nel processo per l'adozione delle relative misure), mentre si chiarisce che il potere inibitorio generale sopravvive trasformato alla consumazione del termine di 60 gg., potendo l'Amministrazione intervenire anche dopo, ma solo se ricorrono le condizioni di cui all'art. 21 *novies*. L'ambiguo e fuorviante richiamo agli istituti tipici dell'autotutela cede dunque il passo ad una diversa e più cauta previsione dalla quale si ricava che il potere è pur sempre quello di controllo e di inibizione-conformazione, ma condizionato, nella sua seconda fase temporale, alla stregua del potere di annullamento d'ufficio, dalle esigenze di tutela dell'affidamento.

3. Il termine per l'azione del terzo e il problema dell'affidamento del segnalante.

Il rimedio individuato dall'art. 6 *ter* va riferito al potere di controllo e di inibizione-conformazione, come rimodellato dalla l. 124/2015, e deve ritenersi esperibile soltanto fino a che questo potere, sottoposto a termini perentori, esiste nella sua duplice e successiva declinazione: prima quella piena e di natura vincolata durante i primi 60 (o 30) giorni; poi quella più limitata e a matrice discrezionale durante i successivi 120 (o 150) giorni⁸.

⁸ F. LIGUORI, *op. cit.*, p. 1252 e ss.

L'unico modo ammissibile per chiedere al giudice amministrativo di pronunziarsi sul mancato esercizio del controllo è, inoltre, parso quello di inoltrare un sollecito prima della scadenza del termine, proponendo poi l'eventuale ricorso entro l'anno. Non si può infatti condividere l'idea⁹, per quanto autorevole e ispirata all'effettività della tutela dei terzi, che il giudice possa far rivivere un potere già estintosi.

Il TAR Firenze ha invece sposato la tesi della resurrezione del potere con un ragionamento un po' obliquo: ci si preoccupa, e perciò si investe la Corte della questione, dell'affidamento del segnalante rispetto ad un potere vincolato *sine die*. Si vede cioè il problema "a valle" mentre sarebbe stato agevole superarlo "a monte", fermandosi all'idea basilica che il potere, se si è estinto nel procedimento, perché sottoposto a termine perentorio, non può poi essere riesumato nel processo.

Sarebbe bastato aver chiaro che la tutela si modella sulle posizioni sostanziali e non può dare più di quanto riconosca il diritto obiettivo. Tanto più che la diversa ricostruzione invece recepita presenta non secondarie implicazioni problematiche quali: i) la dissociazione tra l'oggetto delle sollecitazioni e quello della tutela (se è vero che non si può sollecitare un potere non più in titolarità dell'Amministrazione, ma solo quelli residui); ii) la trasfigurazione del giudizio sul silenzio, che avrebbe ad oggetto, in contraddizione con la sua stessa natura, un potere che l'Amministrazione non può più esercitare.

Ma tant'è, anche in questo campo, che dovrebbe essere ispirato alla semplificazione e alla prevedibilità, la creatività dei giudici pare proprio irrefrenabile.

Basti pensare a quanto si è detto nel corso del tempo sulla cd. autotutela, che ha conquistato il centro della scena nella disciplina di un istituto che, se correttamente utilizzato, non dovrebbe proprio presentare manifestazioni provvedimentali: autotutela ampliata ben oltre la sua naturale estensione e che, secondo una certa ricostruzione, recepita anche dalla giurisprudenza, avrebbe dovuto contaminare anche il potere sanzionatorio, stravolgendone i connotati doverosi e vincolati per trasformarlo in una espressione di natura discrezionale¹⁰.

⁹ L'idea è stata espressa da G. GRECO, *Ancora sulla s.c.i.a.: silenzio e tutela del terzo (alla luce del comma 6 ter dell'art. 19 l. 241/90)*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2014, p. 645 e ss. In tema, criticamente, F. LIGUORI, op. cit., pp. 1255-1256.

¹⁰ A. TRAVI, *Dichiarazione di inizio attività (dir.amm.)* in *Enc.dir.*, Milano, Annali, vol. II, 2008, p. 363. Per una diversa idea si può vedere F. LIGUORI, op. cit., p. 1247 ss., anche per gli essenziali riferimenti di giurisprudenza e dottrina.

In questo solco di fraintendimenti va ascritta a pieno titolo l'ordinanza di rimessione del TAR Toscana, che muove dall'azzardato presupposto che un potere non più nella disponibilità dell'Amministrazione per il decorso del termine perentorio possa tuttavia essere sollecitato dal terzo e riprendere vita nel processo da questi promosso.

4. La natura dei poteri ed i termini per il loro esercizio. La tutela civile dei diritti.

Il TAR Toscana si era, dunque, interrogato sulla natura dei poteri sollecitabili dal terzo controinteressato: se cioè fossero quelli inibitori e vincolati da esercitare nei sessanta giorni dalla presentazione della s.c.i.a. o, invece, quelli che implicano una valutazione discrezionale per effetto del richiamo alla disciplina dell'annullamento d'ufficio: la natura non doverosa di questi ultimi ha indotto il TAR a propendere per i primi.

Da tale lettura discendeva la censura all'art. 19, comma 6 *ter* nella parte in cui non individua il termine entro il quale il terzo può sollecitare le verifiche dell'amministrazione, termine che non sarebbe desumibile nemmeno dal sistema normativo complessivo. Tale carenza consentirebbe un'interpretazione *«in base alla quale il terzo resterebbe sempre libero di presentare l'istanza sollecitatoria dei poteri amministrativi inibitori nonché di agire ex art. 31 c.p.a.»*¹¹ con la conseguenza che verrebbe compromesso l'affidamento del segnalante circa la legittimità dell'attività intrapresa.

La Corte ha dichiarato non fondate le questioni di legittimità costituzionale ed ha anche provveduto, con pochi tratti precisi, a definire l'istituto in continuità con i suoi precedenti arresti.

In merito alla natura dei poteri sollecitabili dal terzo la Corte afferma che *«sulla base del dato testuale la locuzione “verifiche spettanti all'amministrazione” lascia chiaramente intendere che la norma rinvia a poteri già previsti»* e cioè quelli indicati nel medesimo art. 19 da esercitarsi entro i 60 giorni dalla presentazione della s.c.i.a. ovvero nei successivi 18 mesi in caso di autotutela. La Corte ha anche aggiunto che la volontà del legislatore del 2011 *«in aperta dialettica con la nota sentenza n. 15 del 2011 dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato»* aveva *«la finalità di escludere l'esistenza di atti amministrativi impugnabili (il cosiddetto silenzio-diniego) e quindi di limitare le possibilità di tutela del terzo all'azione contro il silenzio, inteso in modo tradizionale come inadempimento»*.

¹¹ T.A.R. Toscana, Firenze, Sez. III, 11 maggio 2017, n. 667.

Del resto, un potere vincolato “*sine die*” non sarebbe coerente con la nuova previsione che fissa un termine anche per l’esercizio del potere di autotutela e, su un piano più generale, contrasterebbe con il principio di legalità-tipicità.

Secondo la Corte la s.c.i.a. rappresenta un istituto di liberalizzazione che il legislatore ha inteso inequivocabilmente escludere dall’area amministrativa tradizionale e quindi «*la fase amministrativa che ad essa accede costituisce una – sia pur importante – parentesi puntualmente delimitata nei modi e nei tempi*». Una volta decorsi i termini per le verifiche amministrative «*la situazione soggettiva del segnalante si consolida definitivamente nei confronti dell’amministrazione, ormai priva di poteri, e quindi anche del terzo. Questi, infatti, è titolare di un interesse legittimo pretensivo all’esercizio del controllo amministrativo, e quindi, venuta meno la possibilità di dialogo con il corrispondente potere, anche l’interesse si estingue*».

I termini previsti per l’esercizio delle verifiche dell’amministrazione (60 o 30 per le prime e 18 mesi per quelle supplementari) sono, dunque, perentori e, una volta scaduti, l’amministrazione non può più intervenire, nemmeno in caso di tempestiva sollecitazione. La Corte ha, dunque, avallato la posizione di chi aveva sostenuto che, rispetto ad un interesse generale delineato nei termini dettati dall’art. 19, il terzo non può ottenere più dell’attuazione del diritto obiettivo ed il giudice non può fare più di quanto non possa la stessa amministrazione cui la cura di quell’interesse è affidata; con condizioni e tempi che tengono conto del contemperamento degli interessi operato in sede normativa. Tra questi, l’affidamento del segnalante ha un suo specifico rilievo, imponendo un onere di tempestività e dell’azione amministrativa e della eventuale iniziativa in opposizione del terzo.

Sarebbe comunque opportuno, ad avviso della Corte, un intervento del legislatore «*quantomeno ai fini, da una parte, di rendere possibile al terzo interessato una più immediata conoscenza dell’attività segnalata e, dall’altra, di impedire il decorso dei relativi termini in presenza di una sua sollecitazione, in modo di sottrarlo al rischio del ritardo nell’esercizio del potere da parte dell’Amministrazione e al conseguente effetto estintivo del potere*».

La sentenza riconosce che una ricostruzione così fatta potrebbe comportare un affievolimento della posizione del terzo ma ritiene che non basti questo per mettere in discussione le conclusioni raggiunte. Anche perché va considerata l’ulteriore tutela prevista dall’art. 21, e cioè la sollecitazione dei poteri di verifica in caso di dichiarazioni mendaci o false attestazioni (co.1) e dei poteri di vigilanza, prevenzione e controllo previsti da leggi di settore (co. 2 *bis*), non-

ché l'azione di condanna al risarcimento del danno per mancato esercizio del doveroso potere di verifica (sulla base del co.2 *ter*).

I rimedi, che sono previsti in forme articolate anche in sede di giudizio amministrativo, non devono, del resto, essere necessariamente dello stesso tipo e presentare l'identica efficacia di quelli previsti nelle vicende di diritto amministrativo "integrale". La s.c.i.a. è una cosa diversa, con una fase amministrativa provvedimento solo eventuale e circoscritta. Ed infatti, la Corte ha voluto ricordare che, a fronte di attività illecita, *«valgono le ordinarie regole di tutela civilistica del risarcimento del danno, eventualmente in forma specifica»*.

I poteri amministrativi sono solo successivi e rigidamente limitati nei contenuti e nei tempi: unicamente nell'arco di vita di questi poteri, comunque successivi all'avvio dell'attività, è possibile riconoscere e tutelare la posizione dei terzi.

Un rapporto giuridico così fatto sfugge agli schemi classici del diritto amministrativo. Del resto, le sue peculiarità attengono, a ben vedere, più alla tutela degli interessi dei terzi che alla tutela dell'interesse generale, che può ritenersi comunque assicurato dai doverosi obblighi di verifica e dalla possibilità di intervenire anche oltre lo spirare del primo termine, mediante il controllo con le modalità dell'autotutela.

Se poi l'Amministrazione si manifesta attraverso l'emanazione di atti, ne va da sé che chi ha interesse a contestarli (il segnalante, ma anche il terzo, se attraverso tali atti l'Amministrazione avalla anche solo in parte la liceità dell'attività avviata) può ovviamente avvalersi degli ordinari strumenti di reazione. La mancanza di un previo potere autorizzatorio non rende possibile la configurazione di un interesse legittimo oppositivo al suo rilascio, bensì unicamente dell'interesse pretensivo "a termine" rispetto al potere inibitorio, anch'esso "a termine".

I rapporti giuridici tra terzi e segnalante vanno dunque prevalentemente collocati nell'ambito civilistico e attengono essenzialmente ad interessi che danno vita a posizioni di diritto (concorrenza, proprietà, sicurezza, salute, ecc.).

Il rimedio è dunque quello indicato dalla Corte: l'azione risarcitoria innanzi al giudice ordinario, eventualmente anche in forma specifica.

Ed è rilevante notare che, se la r.f.s. in danno del segnalante non può trovare, per le ragioni già dette, alcuno spazio nella giurisdizione amministrativa esclusiva, in un giudizio tra privati sarebbe invece sicuramente ammissibile, ove ricorrano le condizioni di cui all'art. 2058 c.c.

L'apparato rimediale si confà alle caratteristiche sostanziali dell'istituto come disegnato dal legislatore; e la Corte è come se volesse dire agli interpreti

di rassegnarsi, di interrompere il flusso della creatività, di prendere finalmente atto di una scelta che si distacca dal modo tradizionale di concepire il rapporto tra autorità e libertà, ma in realtà la riporta all'originaria visione liberale¹².

5. La concorrenza delle tutele e gli effetti possibili della sentenza sul silenzio-inadempimento.

Per chi da sempre professa l'idea dell'irriducibilità della s.c.i.a. alle logiche tradizionali dei rapporti amministrativi, la soluzione elaborata dalla Consulta non può non apparire come un importante punto di arrivo per la ricostruzione sistematica dell'istituto e del complesso dei rimedi esperibili. Ma la valorizzazione del ruolo del giudice ordinario tocca un punto delicato. Deve infatti esserci una ragione se il giudice amministrativo viene comunemente e quasi esclusivamente investito della tutela in tema di s.c.i.a. mentre la giurisdizione ordinaria resta ai margini. Si è posto, evidentemente, un problema di effettività, di rendimento del giudizio civile, che fa preferire la tutela amministrativa, nell'ambito della quale, tra l'altro, è più ampia la legittimazione e le risposte più rapide ed efficaci. Ma siamo nel mondo dell'opportunità empirica non della coerenza sistemica.

La Corte Costituzionale ha avallato la ricostruzione secondo la quale la riduzione dello spazio di tutela amministrativa del terzo è un costo sociale ammissibile e voluto nella logica della liberalizzazione: non si tratta di una contraddizione, ma di una scelta coerente con il quadro generale¹³.

Sul piano del diritto sostanziale e della sua analisi economica la riduzione della tutela amministrativa del terzo è lo specchio fedele della conformazione che si è inteso imprimere all'istituto¹⁴.

Di fronte alla chiara scelta legislativa di limitare nei modi e nei tempi la tutela amministrativa si deve auspicare che il giudice civile, quando investito di

¹² E. BOSCOLO, *I diritti soggetti a regime amministrativo*, 2001, p. 53 e ss.; A. TRAVI, *Dichiarazione di inizio attività*, op. cit., 343 ss.

¹³ A. TRAVI, *La tutela nei confronti della d.i.a.*, op. cit., p. 26; F. LIGUORI, op. cit., p. 1256.

¹⁴ Non sembra perciò da condividere la proposta avanzata a conclusione del suo pregevole studio da E. SCOTTI, *La segnalazione di inizio attività*, in A. ROMANO (a cura di), *L'azione amministrativa*, Torino, Giappichelli, 2016, p. 650 e ss. di «consentire tutte le azioni ammissibili nel giudizio amministrativo» sulla base di una interpretazione costituzionalmente orientata che dovrebbe portare al superamento del dato letterale, chiaro invece nel senso della esclusività del rimedio avverso il silenzio-inadempimento. Di fronte ad una tale disposizione - assunta peraltro in "aperta dialettica" con le diverse opzioni della giurisprudenza - l'attività interpretativa deve autolimitarsi. Del resto, la norma costituzionale invocata riguarda la tutela giurisdizionale contro gli atti amministrativi, che qui è fuori campo, trattandosi invece di una ipotesi di inerzia, con riferimento alla quale l'art. 31 cit. prevede un rimedio tipico.

tali questioni, non perpetui quell'atteggiamento che ancora traspare se deve conoscere dell'attività amministrativa (qui peraltro assente) e che Giannini definiva di "untorello acculato in un vicolo". Più in generale i tempi della giustizia civile dovrebbero avvicinarsi a quelli della giustizia amministrativa.

Occorre anche, per altro verso, considerare che, se è vero che il termine per l'esercizio del potere è perentorio e se è, del pari, vero che tale potere una volta consumato quel termine non può rivivere in giudizio, allora è chiaro che la tutela specifica diventa inattuabile anche davanti al giudice amministrativo.

Non si può infatti ammettere un intervento del giudice che imponga all'Amministrazione di esercitare un potere che non le spetta più¹⁵. La conseguenza è che residua unicamente il rimedio risarcitorio, ma condizionato in punto di fondatezza dalla mancata tempestiva sollecitazione (art. 30 c.p.a.).

Va fatta però una precisazione. E' vero infatti che le conseguenze dell'accertamento dell'inadempimento non possono spingersi¹⁶ fino al punto di dare nuova vita ad un potere già estinto nel momento in cui il giudizio viene proposto¹⁷. Ma le cose cambiano se il giudizio viene proposto prima che il termine per l'esercizio del diritto sia decorso. Il fatto che l'azione nei confronti del silenzio sia di norma esperibile solo quando sia decorso il termine per la conclusione del procedimento, non può essere d'ostacolo, perché in questo caso i poteri inibitori sono da esercitare immediatamente ed è previsto un termine finale di natura perentoria. Del resto tale lettura è avvalorata dall'estensione (di cui al primo correttivo al CPA) dell'azione *ex* art. 31 anche ai casi previsti dalla legge diversi dall'infruttuosa decorrenza del termine.

L'effetto retroattivo della pronuncia di accertamento dell'inadempimento nello svolgimento della funzione di controllo è, dunque, in grado di far rivivere il potere solo se il terzo si è attivato entro il termine: unicamente in questo caso la pronuncia del giudice, ancorché intervenuta a termine scaduto, può avere effetti retroattivi laddove negli altri casi incontra il "limite esterno" costituito dalla irreversibile decadenza del potere per il decorso di termini perentori¹⁸. L'azione per attivare il potere generale di inibire l'attività può dunque essere

¹⁵ In tema, cfr. ora R. BERTOLI, *op. cit.*, spec. par. 7. Cfr. inoltre, L. S. BERTONAZZI, *Natura giuridica della s.c.i.a. e tecnica di tutela del terzo nella sentenza dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 15/2011 e nell'art. 19 comma 6 ter della legge n. 241/90*, in *Dir.proc.amm.*, 2012, p. 250.

¹⁶ In senso opposto, si veda, peraltro, Cons. Stato, IV, 15 aprile 2010, n. 2139, in www.giustizia-amministrativa.it

¹⁷ F. LIGUORI, *op. cit.*, pp. 1254-1258. Per A. TRAVI, *La tutela del terzo*, *op. cit.*, p. 519 «*il processo non può "inventare" figure o pretese giuridiche che non esistono nel diritto sostanziale*».

¹⁸ Il punto affrontato in F. LIGUORI, *Annulamento dell'atto negativo di controllo: decadenza del potere o del processo?*, commento a Cons. Stato, Sezione V, 8 luglio 1995, n. 1034, in *Dir.proc.amm.* 1996, p. 719.

proposta soltanto qualora il terzo abbia sollecitato entro il termine l'esercizio del potere: la tutela accordata costituisce il fedele riflesso della configurazione del potere e delle situazioni soggettive coinvolte, e quindi anche i canoni costituzionali possono dirsi rispettati. Questa lettura, proposta a suo tempo, sembra ora in qualche misura recepita dal Giudice delle Leggi che, nella sua scarna decisione, non tralascia di richiedere al legislatore soluzioni per l'immediata conoscenza dell'attività segnalata e per *«impedire il decorso dei termini in presenza di una sollecitazione»*, presupponendo evidentemente che il sollecito debba prodursi prima della scadenza del termine. Mentre le iniziative successive alla scadenza del primo e del secondo termine possono mettere in moto unicamente i poteri residui *sine die* enumerati dalla Corte.

La Corte Costituzionale, con la recente pronuncia, completa l'opera di salvataggio dell'istituto della S.C.I.A. e di delineazione della sua irriducibilità alle logiche del diritto amministrativo, trattandosi di *«un modello ad efficacia legittimante immediata, che attiene al principio di semplificazione dell'azione amministrativa ed è finalizzata ad agevolare l'iniziativa economica»*¹⁹ si tratta di una prestazione specifica, *«circoscritta all'inizio della fase procedimentale»* che rientra tra i livelli essenziali delle prestazioni esprimendo il principio di un aggravamento *sub specie* di non duplicabilità delle scelte discrezionali già effettuate²⁰.

La sentenza n. 35 si occupa (anche) dello snodo relativo alla tutela del terzo e lo fa in continuità con la sentenza n. 49 del 2016²¹, secondo la quale l'individuazione della consistenza e dell'efficacia delle modalità di intervento *ex post* dell'Amministrazione *«è parte integrante del titolo abilitativo e costituisce con essa un tutt'uno inscindibile»*, esprimendo la *«capacità di resistenza»* del titolo stesso. E se l'obiettivo è agevolare l'iniziativa economica, è ragionevole che il titolo si debba consolidare e non restare esposto a tempo indeterminato alle verifiche tardive dell'Amministrazione: quei poteri sono "a tempo" e non è concepibile che possano rinascere per iniziativa del terzo: *«Una dilatazione temporale dei poteri di verifica, per di più con modalità indeterminate, comporterebbe, invece, quel recupero dell'istituto all'area amministrativa tradizionale, che il legislatore ha inteso inequivocabilmente escludere»*.

¹⁹ Corte Cost., sent. 9 maggio 2014, n. 127 in www.cortecostituzionale.it.

²⁰ Corte Cost., sent. 1 ottobre 2003, n. 303, in *Giur.Cost.*, 2003, 5; Corte Cost., 20 giugno 2012, n.164, in www.federalismi.it.

²¹ Corte Cost., sent. 9 marzo 2016, n.49, in *Riv. Giur. Ed.*, 2016, p. 8 ss., con nota di Strazza.

Basterà quest'ennesimo chiarimento a rimettere in sesto un istituto che doveva servire al rilancio economico e che, trasformato in un rebus, è ormai visto malissimo dal mercato?

L'impressione è che l'operazione di salvataggio posta in essere dalla Corte potrà funzionare soltanto se si daranno finalmente per fermi alcuni punti, invero chiari da tempo, ma che la riproposizione dei modelli culturali tradizionali ha continuato a porre in discussione, da ultimo con le ordinanze di rimessione del TAR Toscana.

Questi presupposti ormai acclarati sono: la natura privata della s.c.i.a., la rigida delimitazione dei poteri sollecitabili, la perentorietà dei termini, anche per il terzo, l'impossibilità di far rivivere nel processo poteri già estintisi nel procedimento, l'ammissibilità di una scelta legislativa che comporta un "costo sociale" in termini di tutela del terzo, l'irriducibilità, in definitiva, dell'istituto all' "area amministrativa tradizionale".

Solo così s.c.i.a. potrà finalmente voler dire "strana creatura indubbiamente (e non inutilmente) aliena", nel senso proprio di altro da, e cioè dal provvedimento, anche tacito, e dalle sue forme di tutela.