

LUCA R. PERFETTI

Dichiarazione di inizio attività e liberalizzazione dell'attività edilizia. Note a margine di Cassazione Penale, III, 23 Gennaio 2001, N. 204

ABSTRACT

Il lavoro prende le mosse dalla recente sentenza Cassazione Penale sez. III, 23 gennaio 2001, n. 204, per muovere all'indagine dei titoli abilitativi in materia edilizia. In particolare viene studiato il problema dell'estensione del regime della dichiarazione di inizio attività ad un'ampia gamma di interventi, anche di nuova edificazione. Il tema viene affrontato sia dal punto di vista della competenza legislativa regionale in materia, sia da quello delle conseguenze sul regime sanzionatorio degli abusi che, soprattutto, da quello, tipicamente amministrativistico, del regime della dichiarazione ex art.19, l.241/1990, in contrapposizione a quello concessorio, raggiungendo alcune conclusioni sia in merito al regime della dichiarazione che alle questioni applicative che la legislazione regionale esaminata principalmente pone.

LUCA RAFFAELLO PERFETTI

DICHIARAZIONE DI INIZIO ATTIVITÀ E LIBERALIZZAZIONE
DELL'ATTIVITÀ EDILIZIA

Note a margine di Cassazione Penale, III, 23 gennaio 2001, n. 204

SOMMARIO

1) *La sentenza e la disciplina regionale*; 2) *Incostituzionalità della legge regionale e sanzioni penali*; 3) *Il regime della dichiarazione ex art.19 l.241/90*; 4) *Problemi applicativi*.

1. La sentenza e la disciplina regionale

Con la sentenza sez. III penale, 23 gennaio 2001, n. 204, la Corte di Cassazione ha affermato la rilevanza penale delle attività edilizie intraprese in forza di dichiarazione di inizio attività, in quei casi in cui la legislazione regionale lombarda, in contrasto con la disciplina nazionale, estendeva il regime di cui all'art. 19 l.241/90 anche ad interventi che avrebbero richiesto il previo rilascio di concessione edilizia. La Corte di Cassazione, nella specie, ha sostanzialmente disapplicato la legge regionale, proponendone una lettura abrogatrice, apertamente contrastante con il disposto normativo. Prima di entrare nel merito della decisione, quindi, occorre premettere una breve illustrazione della disciplina regionale. La l.r. Lombardia 19 novembre 1999, n. 22 (che detta misure in materia di parcheggi) reca, all'art. 4, una previsione che modifica profondamente il quadro dei titoli abilitativi agli interventi edilizi; la struttura della disposizione regionale è apparentemente semplice: si richiama (art. 4, c. I) la disciplina di cui all'art. 19 l. 241/90 e la si applica (c. II) agli interventi edilizi sottoposti ad autorizzazione edilizia, estendendola (c. III), però, ai casi previsti "dall'allegato A della deliberazione della giunta regionale n. 6/38573". Ove si guardi alla deliberazione della giunta regionale richiamata, vi si troveranno elencati una serie di interventi edilizi, tra i quali quelli per i quali la legislazione nazionale richiede il previo rilascio di concessione edilizia¹; la volontà di estendere il regime della dichiarazione anche

¹ Già lo stesso art. 4 della legge si riferisce anche ad interventi per i quali siano dovuti oneri di urbanizzazione e costo di costruzione, con il che facendo intendere di disporre in materia di interventi altrimenti sottoposti a concessione. Quanto alla de-

a quegli interventi è confermata da successiva circolare interpretativa² che, tuttavia, confusamente, pare per un verso confermare la sostituzione del regime della concessione con quello ex art. 19 l. 241/90, per altro considerare i regimi coesistenti ed alternativi, per altro ancora presentare il regime della dichiarazione quasi fosse quello, evidentemente differente, del silenzio assenso ex art. 20 l. 241/90³. In questo

terminazione degli interventi, la DGR 25 settembre 1998, n. 6/38573 – in *Bollettino Ufficiale della Regione Lombardia*, 30.10.98, n. 43 –, con la quale si dettano gli indirizzi generali per la redazione dei regolamenti edilizi comunali, alla quale la legge rinvia, espressamente richiama e qualifica attività che ricadono nelle nozioni di manutenzione ordinaria, straordinaria, restauro, risanamento conservativo e ristrutturazione edilizia, nonché le modifiche ed integrazioni al patrimonio edilizio esistente (sopralzo, ampliamento, demolizione), la ricostruzione edilizia e la nuova edificazione. Si consideri, poi, che la delibera è accompagnata da un “Comunicato” dell’assessore regionale all’Urbanistica, nel quale si afferma testualmente che, “le definizioni di interventi edilizi, contenute nell’allegato A, costituiscono parametro di riferimento per i Comuni”.

² Con successiva circolare regionale (Circolare dell’Assessore regionale all’urbanistica, 9.12.1999, n. 60, in *Bollettino ufficiale della Regione Lombardia*, 10.12.1999, III suppl. straordinario, n. 49) l’esecutivo regionale ribadiva che il novero degli interventi sottoposti a dichiarazione era stato ampliato dalla l.r. Lombardia 22/99, estendendolo alle nuove edificazioni; l’unica esclusione espressamente posta dalla circolare è riferita alla “concessione edilizia convenzionata”, con espressione assai impropria ma che certo vale a fare intendere che l’unica area realmente sottratta al regime della dichiarazione è quella della pianificazione attuativa convenzionata.

³ Nella direzione della sostituzione del regime della dichiarazione a quello della concessione – conformemente alla previsione della legge regionale – è parte della citata circolare n. 60/99, laddove si sostiene che “la nuova disciplina sulla DIA prevale su ogni contrastante (più restrittiva) previsione che fosse contenuta in strumenti urbanistici comunale, sia generali che attuativi, vigenti e/o adottati” e ciò, riterrebbe l’assessorato regionale, “in forza del principio generale del diritto sulla cd gerarchia delle fonti, in base al quale un atto legislativo prevale su difformi previsioni contenute in atti di natura regolamentare”. Se si volesse dar credito alla circolare regionale, quindi, la sottoposizione al regime di cui all’art. 19 l. 241/90 degli interventi di nuova edificazione avrebbe la natura – che sarebbe lecito attendersi – di mutamento del regime delle relative attività – e d, infatti, prevale sulle difformi norme di piano –, di eliminazione della concessione edilizia (atto corrispondente a differente regime) dalla categoria dei provvedimenti abilitativi, di liberalizzazione degli interventi edilizi di nuova edificazione, mutamento d’uso, variante in corso d’opera, con le relative conseguenze sul regime della proprietà e delle posizioni soggettive. Tuttavia, all’opposto, la stessa circolare n. 60/99 sostiene che l’estensione del regime ex art. 19 l.241/90 agli interventi di nuova edificazione “non impedisce certo che l’avente titolo richieda gli atti di assenso previsti dalla vigente legislazione per l’esecuzione delle opere soggette a DIA (autorizzazione o concessione edilizia); infatti, la DIA è una facoltà e non certo un obbligo”. Nella lettura fornita dall’esecutivo lombardo, quindi, il regime ex art. 19 l.

quadro normativo si inserisce la vicenda che ha dato origine alla pronuncia in rassegna. Ad esito dell'essersi perfezionato il termine di cui all'art. 19 l. 241/90, il denunziante aveva dato avvio alla edificazione di fabbricati di nuova costruzione. Per parte sua il Procuratore della Repubblica di Sondrio adottò un decreto di sequestro penale, contestando il reato di cui all'art. 20 della l. 47/85 (opere realizzate in assenza di concessione edilizia). Il Tribunale del riesame aveva, successivamente, annullato il decreto di sequestro, applicando la l.r. 22/99 che, ad opinione del Tribunale, aveva fatto venire meno il reato ove fosse stata presentata denuncia a termini dell'art. 19 l. 241/90. La Corte di Cassazione, investita della questione dal ricorso presentato dalla Procura⁴, annullava senza rinvio il provvedimento del Tribunale, restituendo così efficacia al decreto di sequestro.

Il supremo organo della giustizia penale, infatti, ritiene che "ragioni di ordine testuale, razionale e sistematico non consentono, però, di accedere a tale interpretazione (n.d.r., quella fornita dal Tribunale del riesame) poiché la norma, che non disciplina in maniera organica la materia della denuncia di inizio attività urbanistica, enuncia espressamente i principi cui intende ancorarsi nell'esercizio della potestà legislativa prevista dall'art. 117 Cost. che impone il rispetto di quelli fondamentali stabiliti dalle leggi dello Stato"⁵. Si tratta di una lettura palesemente in contrasto con la disposizione regionale, che chiaramente

241/90 non sarebbe altro che una semplificazione procedimentale, non incidendo affatto sulla sostanza dei rapporti, delle posizioni soggettive e del regime della proprietà e del suo uso.

⁴ La Procura ricorreva denunciando la violazione di legge in base all'art. 19, l. 241/90, in relazione alla previsione di cui all'art. 117 Costituzione, nonché il contrasto con il sistema dei titoli abilitativi tracciato dalla l. 662/96 (ed, in particolare, all'art. 2, comma 60).

⁵ Il giudice àncora, quindi, la sua lettura adeguatrice al richiamo operato dalla disposizione regionale in favore dell'art. 19 l. 241/90 ed alla disposizione di cui all'art. 2, comma 60, l. 662/96. In forza del richiamo operato dalla legge regionale a dette disposizioni (e, comunque, della loro vigenza), la Cassazione conclude che la norma regionale "deve essere convogliata nell'alveo dei principi fondamentali della legislazione urbanistica statale, puntualmente riconosciuti dal legislatore regionale, considerato, altresì, che l'istituto della dichiarazione di inizio attività, non è stato organicamente disciplinato con riferimento all'intera materia urbanistica, ma precipuamente richiamato per le attività di recupero di immobili e di realizzazione di nuovi parcheggi e che l'espressione "tutti gli interventi edilizi" ha la portata limitativa impressa dalla specifica menzione degli interventi di cui al precedente comma 2".

estende il regime della dichiarazione ad ipotesi sottoposte a quello concessorio dalla legge nazionale⁶. Nella sostanza, pare proprio d'esser in presenza di una sorta di disapplicazione della legge regionale incostituzionale, in ipotesi in cui, invece, ben più coerente sarebbe stato sollevare la questione di legittimità costituzionale, sia pure con tutti i limiti che derivano dal fatto che oggetto della questione sarebbe stata disposizione che ha il contenuto di togliere rilevanza penale ad un comportamento⁷.

2. Incostituzionalità della legge regionale e sanzioni penali

La disposizione regionale e la sentenza appena rammentate, pongono non pochi problemi interpretativi. Anzitutto, e più radicalmente, si pone la questione della legittimità costituzionale della disposizione di cui all'art. 4 l.r. Lombardia 22/99. Tuttavia, si tratta della questione meno spinosa, essendo piuttosto evidente il contrasto con l'art. 117. È, infatti, noto come il testo stesso dell'art. 19 l. 241/90 escluda le attività sottoposte al regime concessorio dall'area di applicabilità del regime della dichiarazione, né sussistono dubbi circa il fatto che la disposizione in questione sia norma che reca un principio generale del-

⁶ Nella sostanza, il giudice penale opera una sorta di disapplicazione della legge regionale illegittima, sul modello di quanto avverrebbe per l'atto amministrativo di pari condizione in sede civile ovvero della legge nazionale in contrasto con disciplina comunitaria. Tuttavia, questa sorta di disapplicazione *extra ordinem*, porta ad ulteriori incertezze ed apre problemi applicativi. La Regione Lombardia, per parte sua, è insorta contro la decisione in questione, sollevando conflitto di attribuzioni avanti la Corte Costituzionale.

⁷ Non è difficile comprendere quale ragione abbia indotto la Corte ad evitare la rimessione al giudice delle leggi; è ben nota, infatti, la questione della problematicità dell'eventuale declaratoria di illegittimità costituzionale delle norme penali di favore, che determina, in forza della pronunzia della Corte Costituzionale, la rilevanza penale di comportamenti precedentemente scusati. Sul tema, come noto la Corte ha mostrato atteggiamenti oscillanti. Dopo un iniziale atteggiamento in senso negativo, l'ammissibilità delle questioni di legittimità costituzionale relative alle norme penali di favore è stato più largamente ammesso. Tuttavia, l'atteggiamento interpretativo della Corte non s'è stabilizzato e, anche per via dell'intrecciarsi della questione con quella delle pronunzie manipolative del giudice delle leggi, la questione dell'ammissibilità ha registrato oscillazioni interpretative. Su tutta questa vicenda, in sintesi, A. CERRI, *Corso di giustizia costituzionale*, Milano, 1994, 66.

l'ordinamento giuridico, in forza anche dell'art. 29 l. 241/90⁸. La questione non è modificata né dalla riforma dell'art. 117 Costituzione conseguente all'entrata in vigore della legge costituzionale 3/2001; infatti, se si è generalizzata la potestà legislativa regionale nella materia del "governo del territorio", comprensiva della materia dell'edilizia, non di meno si tratta di ipotesi che rientra nella competenza legislativa concorrente. In materia edilizia, quindi, le Regioni incontrano ancora il limite del nel rispetto dei principi fondamentali fissati dalle leggi dello Stato ed alla legge regionale, quindi, continua ad essere preclusa la capacità di abrogare principi fondamentali della legge nazionale⁹. Né il contenuto delle disposizioni rammentate è modificato dal d.P.R. 6 giugno 2001, n. 380 (testo unico dell'edilizia) a mente del quale (art. 10, III c.) si prevede che le Regioni possano, semmai, ampliare il novero degli interventi che richiedono concessione edilizia¹⁰.

Per altro, non può sfuggire il fatto che la norma regionale lombarda, sia pure indirettamente, incide sul regime sanzionatorio penale e sui modi di estrinsecazione del diritto di proprietà¹¹.

⁸ Sulla questione si vedano i contributi raccolti da G. PASTORI (a cura di), *Legge 7 agosto 1990, n. 241 e ordinamenti regionali*, Padova, 1997 e, particolarmente, quello di S. FREGO, *Legge n. 241 e ordinamenti regionali*, 23. Sull'autonomia regionale in materia si vedano anche le brevi ma chiare considerazioni di A. TRAVI, *sub art.29*, in *Le nuove leggi civili commentate*, 1995. Sulle novità, a Costituzione invariata, apportate dai provvedimenti legislativi di ridefinizione dell'ambito delle competenze tra centro e Regioni, cfr. M. MAZZAMUTO, *Dichiarazioni sostitutive: le principali innovazioni delle leggi Bassanini*, in *Nuove Autonomie*, 1999, 45.

⁹ Né contrasta con la natura di norma che detta principi inderogabili alla legislazione regionale l'insegnamento secondo il quale "il principio enunciato dall'art. 19, l. 7 agosto 1990 n. 241, di naturale libertà di iniziativa economica su denuncia, per i casi già sottoposti ad autorizzazioni vincolate e prive di discrezionalità tecnica, non può essere ritenuto direttamente applicabile alle regioni, ma deve essere definito e limitato da apposita regolamentazione regionale, non essendo lo Stato abilitato a dettare, anche per le Regioni, norme sui settori esclusi dal regime liberalizzato" (Consiglio di Stato (Sez. IV), 3 marzo 1997, n. 200, in *Urbanistica e appalti*, 1997, 1157, ove nota di E. BOSCOLO), ovvero quello (T.A.R. Friuli-V. Giulia, 18 giugno 1998, n. 815, in *Rivista giuridica dell'edilizia*, 1998, I, 1460) secondo cui "nelle materie di competenza legislativa regionale non si verifica una diretta applicazione dell'art. 19 l. 7 agosto 1990 n. 241 e dei relativi regolamenti statali di attuazione, spettando alla Regione l'adeguamento del proprio preesistente ordinamento sulla base dei principi desumibili dalla legge statale".

¹⁰ Sul tema, comunque, cfr. V. MAZZARELLI, *Il testo unico in materia edilizia: quel che resta dell'urbanistica*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2001, 775.

¹¹ La riflessione sul modello di proprietà amministrata in relazione alla disciplina

Ancorché la dimostrazione dell'illegittimità costituzionale della disposizione regionale non richieda che un breve cenno, piuttosto complesso sono le questioni che questa considerazione apre. La disposizione regionale, infatti, è tuttora vigente e la pronuncia della sua incostituzionalità da parte del giudice delle leggi avrebbe limitati effetti dal punto di vista penalistico, stante il principio di irretroattività dell'abrogazione di norme che escludono la punibilità di dati comportamenti; è, infatti, evidente, che la sottoposizione al regime della dichiarazione escluderebbe l'applicabilità dell'art. 20 della l. 47/85 che punisce come reato il comportamento di chi ponga in essere interventi edilizi sottoposti al regime concessorio in assenza o difformità dalla concessione.

Dal punto di vista penalistico, le conseguenze sono notevoli. Non solo, infatti, non pare punibile il comportamento di chi ponga in essere, in forza di dichiarazione di inizio attività, interventi che richiederebbero pervio rilascio di concessione in forza della legge statale. Parrebbe, anzi, da ritenersi che anche le attività svolte in assenza sia di concessione che di dichiarazione non siano punibili. Infatti, l'art. 19 l. 241/90 non disciplina una conclusione tipica del procedimento (com'è per il silenzio assenso ex art. 20), quanto, piuttosto, un diverso regime delle attività del privato; pertanto, liberalizzata l'attività, si dovranno ritenere inapplicabili le sanzioni penali previste per attività che liberalizzate¹² non sono. In tal senso, ogni attività edilizia di nuova edifica-

di cui all'art. 19 in esame è particolarmente sviluppata, anche con riferimento agli spazi riservati all'autonomia regionale, da E. BOSCOLO, in monografia in corso di pubblicazione. Dello stesso, frattanto, si veda *Il silenzio-assenso in tema di pubblici esercizi*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 1999, 430.

¹² Come si avrà modo di vedere, la disciplina della dichiarazione conduce ad una sostanziale liberalizzazione delle attività relative, conferendo al privato diritti che si esercitano in ambito regolato. Sulla relazione tra regolazione giuridica e libera azione di mercato, descrivendo la parabola dalla soggettività pubblica alla regolazione (già anticipata da C. MARZUOLI, *Le privatizzazioni fra pubblico come soggetto e pubblico come regola*, in *Diritto pubblico*, 1995, 393), cfr. S. CASSESE, *I rapporti tra Stato ed economia all'inizio del XXI secolo*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2001, 96 e ID., *La semplificazione amministrativa e l'orologio di Taylor*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1998, 699. Quanto alla relazione tra semplificazione e liberalizzazione in relazione all'art.19, *ex multis*, A. SANDULLI, *La semplificazione amministrativa tra riforma e restaurazione*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 1997, 989 e ID., *La semplificazione*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1999, 757; la relazione in questione è stata colta dalla dottrina in modo non univoco, andandosi da chi, come cfr. E. CASETTA, *La difficoltà di semplificare*, in *Diritto amministrativo*, 1998, 354, ha messo in luce l'effetto semplificante della liberalizzazione delle attività, a chi, invece, ha sottolineato la

zione che non richieda l'approvazione di piani attuativi, essendo sottoposta al regime della dichiarazione, non potrebbe esser sanzionata penalmente sia che la dichiarazione sia stata presentata sia, all'opposto, che la presentazione sia mancata poiché le attività corrispondenti, comunque, non richiedono concessione.

Non di meno la questione ha rilievo dal punto di vista privatistico, stante la previsione di cui all'art. 10 l. 47/85, che colpisce con la nullità i contratti tra privati che abbiano ad oggetto immobili abusivi. La condizione di incertezza, conseguente anche alla sentenza in rassegna, circa il contenuto dell'art. 4 della l.r. Lombardia n. 22/1999 non consente di escludere che possano esser considerati abusivi interventi realizzati in forza di titolo conforme alla previsione della legge regionale. Ne conseguirebbe la responsabilità civile del venditore e la nullità dei negozi stipulati in relazione a beni interessati da interventi posti in essere in forza dell'art. 4 della l.r. Lombardia n. 22/1999, laddove questa ecceda l'operatività dell'art. 19 l. 241/90.

Per altro verso, poiché nella più parte dei casi, ad esito della presentazione della dichiarazione, mancherà un provvedimento amministrativo, lo stesso interesse pubblico finirà per esser fatto valere dai privati controinteressati, che deducano in sede civile (con le comprensibili difficoltà, anche in termini di esecuzione della eventuale decisione favorevole) l'illegittimità della situazione creatasi.

Ancora più complessa la situazione generata dalla disposizione e dall'interpretazione fornita dalla Cassazione quanto alla disciplina di diritto amministrativo.

Occorrerebbe, infatti, chiedersi –nella vigenza della disposizione – quale sorte subiscano le opere realizzate in difformità o assenza di dichiarazione, ovvero in forza di previa concessione alla quale vengano apportate varianti essenziali secondo il regime della dichiarazione, op-

permanenza (e, per certi versi, la necessità) di poteri pubblici, specie di regolazione, a fronte di interventi di liberalizzazione (cfr. M.P. CHITI, *Atti di consenso*, in *Diritto amministrativo*, 1996, 181), ed, anzi, aumenti il livello di dettaglio della regolazione (cfr. A. TRAVI, *La liberalizzazione*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1998, 645), a chi, al contrario, ha messo in relazione biunivoca liberalizzazione e deregolazione (cfr. G. CORSO, *Attività economica privata e deregulation*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1998, 629), a chi ha evidenziato, invece, i compiti di amministrazione di controllo delle attività liberalizzate (cfr. G. VESPERINI, *Attività private e controlli amministrativi nella l.241: tra regole di semplificazione e promesse di liberalizzazione*, in *Regione e governo locale*, 1992, 367).

pure se sia ammissibile la presentazione della dichiarazione "in sanatoria". Bastano questi pochi tratti a rendere necessaria la precisazione circa la natura della dichiarazione ex art. 19 l. 241/90.

3. Il regime della dichiarazione ex art. 19 l. 241/90

La letteratura giuridica ha inquadrato l'istituto della dichiarazione di inizio attività con diversità d'accenti¹³, anche con riferimento alla specifica questione della sua applicazione in materia edilizia¹⁴. In primo luogo, va segnalata quella lettura, secondo la quale dall'art. 19 l. 241/90 discende la legittimazione *ex lege* delle attività corrispondenti¹⁵. La tesi, largamente seguita in dottrina, viene argomentata dalle

¹³ Per l'indagine a fondo sul tema si veda L. FERRARA, *Diritti soggettivi ad accertamento amministrativo. Autorizzazione ricognitiva, dichiarazione sostitutiva e modi di produzione degli effetti*, Padova, 1996, *passim*. Per l'illustrazione dei modelli e delle tecniche di semplificazione adottati nei Paesi OCSE, M. CLARICH, *Modelli di semplificazione nell'esperienza comparata*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1998, 679. Per l'indagine sul tema oggetto di questa nota – nel senso dell'espansione del modello della denuncia – cfr. ID., *Temine del procedimento e potere amministrativo*, Torino, 1995, 117.

¹⁴ Sul tema specifico dell'applicazione dell'art.19 in materia edilizia, cfr. P. MANTINI, *La semplificazione amministrativa in materia edilizia*, in *Rivista giuridica dell'edilizia*, 1995, 791, secondo il quale, "[nel]la nuova disciplina è la legge e non più il provvedimento dell'amministrazione a legittimare il privato all'esercizio dell'attività"; in senso analogo, N. ASSINI, P. MANTINI, *Manuale di diritto urbanistico*, II ed., Milano, 1997, 613. Di "disciplina liberalizzatrice" parlano anche P. MARZARO GAMBA, *L'individuazione degli interventi edilizi soggetti a denuncia di inizio: aspetti problematici*, in *Rivista giuridica dell'urbanistica*, 1997, 257, S. CIVITARESE MATTEUCCI, *Trasformazioni dell'amministrazione e funzione di controllo sull'uso dei suoli. Il principio di responsabilità tra 'pubblico' e 'privato'*, in *Rivista giuridica dell'urbanistica*, 1995, 142 e L. MIGLIORINI, *Ancora sulla c. d. sanatoria urbanistica*, in *Scritti in onore di Giuseppe Guarino*, III, Padova, 1998, 15. IN senso opposto, M. BERNARDINI, *Dalla concessione alla denuncia di inizio di attività*, Padova, 1998, 94, e G. C. MENGOLI, *Manuale di diritto urbanistico*, IV ed., Milano, 1997, 923, secondo il quale la l. 662/96 "viene a configurare in sostanza la denuncia di inizio attività come un istituto molto simile a quello dell'autorizzazione tacita, nel senso che il silenzio, decorso il termine prefissato, viene a costituire effetti giuridici".

¹⁵ Per tutti, A. TRAVI, *Silenzio – assenso e legittimazione ex lege nella disciplina delle attività private in base al d.p.r. 26 aprile 1992, n. 300*, in *Foro amministrativo*, II, 1993, 601. In senso conforme, V. PARISIO, *I silenzi della pubblica amministrazione*, Milano, 1996, 205.

differenze tra il silenzio assenso (come valutazione legale tipica¹⁶, sicché la legge, dando rilievo al decorso del tempo, gli riconnette effetti legali tipici del provvedimento amministrativo espresso¹⁷, salvi i poteri di autotutela) ed il regime della dichiarazione ex art. 19 l. 241/90¹⁸. Altri, pur non condividendo il modello appena descritto, sono concordi nel ritenere che la dichiarazione si differenzia dal silenzio assenso perché le attività sottoposte al regime della prima non necessitano, per essere intraprese, del consenso —anche se implicito— dell'amministrazione¹⁹. Anche chi²⁰ ha escluso che si possa parlare di autoammini-

¹⁶ Come noto, tuttavia, in passato si sono avanzate anche differenti interpretazioni dell'istituto del silenzio assenso; v'è chi ha prospettato lo stesso silenzio assenso quale ipotesi di legittimazione *ex lege* (A. DE ROBERTO, *Silenzio assenso e legittimazione ex lege nella legge "Nicolazzi"*, in *Diritto e società*, 1983, 163), ovvero quale titolo abilitativo all'attività (A. CARULLO, *L'edificabilità dei suoli*, Padova, 1983, 96) o fattore di effettività interposto tra norma e fattispecie concreta, sicché potrà dirsi esistente o non, con evidenti conseguenze sull'attività conseguente (A.M. SANDULLI, *Il silenzio accoglimento nella legge Nicolazzi*, in *Rivista giuridica dell'edilizia*, 1982, II, 53).

¹⁷ In tal senso il richiamo è a G. F. SCOCA, *Il silenzio della pubblica amministrazione*, Milano, 1971, *passim*, ed ID. *Contributo sul tema della fattispecie precettiva*, Perugia, 1979, 72 e ss.

¹⁸ In particolare si ritiene che, nel caso di interventi sottoposti a dichiarazione, si trovi nella legge una compiuta determinazione della fattispecie, diversamente da quanto avviene in quelli di silenzio assenso, ove è sempre possibile l'intermediazione dell'atto amministrativo, in funzione di "disciplina particolare" (A. TRAVI, *op. ult. cit.*, 608). In secondo luogo, si afferma che il silenzio assenso è istituto di applicazione tendenzialmente generale, mentre non è così per il regime di cui all'art.19. Infine, il regime della dichiarazione legittima *ex lege*, direttamente, l'esercizio dell'attività salvo l'obbligo di denunciarne l'avvio, mentre nell'istituto del silenzio il titolo in forza del quale si svolge una data attività è il provvedimento, ancorché implicito. Ne consegue, in quest'ordine di idee, che l'amministrazione, nel caso di attività ex art.19 dispone del solo potere di controllo, sicché i provvedimenti eventualmente assunti non hanno natura di atto di ritiro. Proprio per questo non c'è tutela del terzo sul supposto assenso (ma solo in sede ordinaria per fare valere il rapporto tra privati, ovvero avverso l'inerzia —nella specie del silenzio diniego— conseguente ad invito a voler controllare, rivolto dallo stesso terzo all'amministrazione. Sul problema dei profili procedurali che seguono la presentazione della dichiarazione e sulla natura del potere correttivo, comunque, F. TRIMARCHI BANFI, *Diritti, poteri e responsabilità nelle recenti riforme di alcuni procedimenti amministrativi*, in *Diritto pubblico*, 1999, 823.

¹⁹ In questo senso, V. CERULLI IRELLI, *Modelli procedurali alternativi in tema di autorizzazioni*, in *Diritto amministrativo*, 1993, 58. Conformemente G. ACQUARONE, *La denuncia di inizio attività. Profili teorici.*, Milano, 2000, 190.

²⁰ G. FALCON, *L'autoamministrazione dei privati*, in *Procedimenti e accordi nell'amministrazione locale. Atti del XLII Convegno di Studi di Scienza dell'Amministrazione*

strazione dei privati e di liberalizzazione delle attività²¹, ha contrapposto il modello dell'attività privata sottoposta ad eventuale vigilanza dell'autorità a quello che richiede preventivo consenso dell'amministrazione²², ritenendo quello di cui all'art. 19 come intermedio. Il fatto che nel caso dell'art. 19 la successiva attività di vigilanza venga ritenuta necessaria²³ – cosa discussa da altro insegnamento²⁴ – non esclude affatto che l'attività possa esser svolta dal privato in assenza di qualsiasi espressione di consenso da parte dell'amministrazione, traendo la legittimazione non dal formarsi del silenzio tipizzato dell'amministrazione ma dalla legge.

Quegli orientamenti, poi, che riconnettono il valore legittimante alla presentazione della denuncia²⁵, ancorché sottoposti a penetranti critiche²⁶, non possono non ammettere il fatto che nessun procedere e provvedere è richiesto al potere pubblico perché il privato possa esercitare i suoi diritti.

La giurisprudenza, per parte sua, mostra oscillazioni che vanno da insegnamenti (che paiono errati) che qualificano il regime della denuncia come silenzio assenso²⁷, ad altri che riconnettono il valore legitti-

ne, Milano, 1997, 139 – ma, anche, Id., *La normativa sul procedimento amministrativo: semplificazione o aggravamento?*, in *Rivista giuridica dell'urbanistica*, 2000, 119. Per l'illustrazione del concetto F. BENVENUTI, *Disegno dell'amministrazione italiana*, Padova, 1996 ed Id., *Il nuovo cittadino*, Venezia, 1994, 81 e G. MORBIDELLI, *Il procedimento amministrativo*, in L. MAZZAROLLI, G. PERICU, A. ROMANO, F. A. ROVERSI MONACO, G. F. COCA (a cura di), *Diritto amministrativo*, Bologna, 1993, 1357.

²¹ G. DE MINICO, *Note sugli artt. 19 e 20 della legge n.241/90*, in *Diritto amministrativo*, 1993, 272.

²² G. FALCON, *L'autoamministrazione dei privati*, cit., 144.

²³ G. FALCON, *L'autoamministrazione dei privati*, cit., 148.

²⁴ A. PAJNO, *Gli articoli 19 e 20 della legge n. 241 prima e dopo la legge 24 dicembre 1993 n. 537. Intrapresa dell'attività privata e silenzio dell'amministrazione*, in *Diritto processuale amministrativo*, 1994, 22.

²⁵ D. PULITANO, *Commento all'art. 21*, in V. ITALIA, M. BASSANI, *Procedimento amministrativo e accesso ai documenti amministrativi. Legge 7 agosto 1990, n. 241*, Milano, 1995 II ed., 401 e I. FRANCO, *Il nuovo procedimento amministrativo*, Bologna, 1991, 144

²⁶ Per le quali si può senz'altro rinviare a G. FALCON, *L'autoamministrazione dei privati*, cit., 161

²⁷ È, ad esempio, il caso di T.A.R. Toscana, sez. II, 17 febbraio 1998, n. 225, in *Foro Amministrativo*, 1998, secondo il quale non sussisterebbe "alcun termine decadenziale per l'esercizio da parte della p.a. dei poteri di accertamento dei requisiti prescritti per le attività private intraprese in base all'art.19 l.241/90, sia per l'adozione di provvedimenti diretti a vietare la continuazione dell'attività sia per l'annullamento del

mante alla dichiarazione²⁸, ad altri, infine, che non distinguono tra legittimazione *ex lege* ed in base alla dichiarazione²⁹.

L'individuazione del titolo legittimante (la legge, la dichiarazione, il decorrere del termine) importa conseguenze non irrilevanti circa i problemi applicativi che la sentenza in questione e la disciplina regionale lombarda pongono.

4. Problemi applicativi

La sentenza della Corte di Cassazione esclude l'applicabilità del regime *ex art.* 19 l. 241/90. La legge regionale, per quanto invalida, è ancora in vigore. Non ci si può non chiedere quali effetti si applichino sul regime delle sanzioni amministrative in Lombardia.

Anzitutto si darà il caso di interventi conformi al piano regolatore

silenzio assenso formatosi sulla domanda dell'interessato", laddove si fatica a comprendere come si possa formare silenzio assenso sulla base della dichiarazione *ex art.* 19. Non di meno errata pare l'opinione del Consiglio di Stato (Sez. V), 11 maggio 1998, n. 554, in *Giurisprudenza italiana*, 1998, 1939, secondo la quale "costituisce non già diniego di licenza commerciale, bensì un atto di autotutela recante l'inibizione di continuare l'attività la comunicazione con cui il sindaco, alcuni giorni dopo aver ricevuto la dichiarazione d'inizio dell'attività stessa ai sensi dell'art. 19 l. 7 agosto 1990 n. 241, rende noto all'imprenditore interessato l'insussistenza dei presupposti per il relativo svolgimento ed invita il comando di polizia urbana a vigilare su quest'ultimo, da intendere a tutti gli effetti vietato".

²⁸ In tal senso T.A.R. Abruzzi, L'Aquila, 14 febbraio 1995, n. 30, in *I. T.A.R.*, 1995, I, 1803, secondo il quale "la formale denuncia di inizio di attività assume il valore dell'esplicita autorizzazione amministrativa in tutti i casi in cui il formale rilascio di quest'ultima non è subordinato a positive valutazioni discrezionali della P.A. e dipende esclusivamente dall'accertamento dei presupposti e dei requisiti di legge". E ciò perché "La denuncia di inizio di attività che, ai sensi dell'art. 19 l. 7 agosto 1990 n. 241, assume il valore di autorizzazione amministrativa è e rimane un atto del privato."

²⁹ Si tratta di insegnamenti che si sono formati soprattutto in merito all'attività di verifica e sulla natura perentoria del termine per il suo esercizio ("relativamente alle attività che il privato può svolgere dopo previa comunicazione all'amministrazione del loro inizio, è limitato al termine perentorio di sessanta giorni l'esercizio, da parte dell'amministrazione stessa, del potere di verificare d'ufficio dei presupposti e dei requisiti di legge, nonché di disporre gli ulteriori incombenti" cfr. Consiglio di Stato (Ad. Gen.), 28 aprile 1994, n. 137, in *Foro Italiano*, 1996, III, 329). In dottrina, per la tesi della perentorietà del termine, A. TRAVI, *sub art.19*, in A. TRAVI (a cura di), *Legge 7 agosto 1990, n. 241*, in *Le nuove leggi civili commentate*, 1995, 109, sulla scorta del dato letterale. Nello stesso senso, A. PAJNO, *op.ult.cit.*, 42, M. CLARICH, *op. ult. cit.*, 114, e G. VESPERINI, *op. ult. cit.*, 112. Di diverso avviso G. FALCON, *op. ult. cit.*, 178.

(che richiedono previo rilascio di concessione edilizia in base al d.P.R. 380/2001) che sono stati preceduti da dichiarazione di inizio attività. A seguire l'orientamento della Corte di Cassazione, l'amministrazione dovrebbe (e l'omissione è punita come reato) irrogare le sanzioni di cui all'art. 7 l. 47/85; in forza della legge regionale il comportamento è perfettamente legittimo. Ne consegue che, ove l'amministrazione applicasse le sanzioni di cui alla l. 47/85, il realizzante potrebbe legittimamente eccepire il contrasto con la legge regionale; infatti, ove si consideri che la legittimazione ad eseguire le opere discenda direttamente dalla legge, non residuano dubbi sulla legittimità di quanto eventualmente realizzato.

In secondo luogo si deve ipotizzare il caso in cui l'intervento sia posto in essere in forza di dichiarazione (conforme allo strumento urbanistico), ma la realizzazione avvenga in difformità da quanto denunciato (ipotesi, com'è facile immaginare, non ignota alla prassi lombarda). Nell'ordine di idee della Corte di Cassazione, questi interventi sarebbero, comunque, abusivi per le ragioni illustrate nel caso che precede. Chi volesse dare ossequio alla legge regionale, invece, dovrebbe porsi il problema dalla misura sanzionatoria applicabile. In questo caso emerge tutta l'ambiguità della circolare della Giunta regionale che s'è richiamata (che, come accennato, descrive il regime della dichiarazione come se si trattasse di ipotesi di silenzio assenso). Infatti, la fattispecie non potrebbe esser sanzionata a termini della l. 47/85 (né in forza dell'art. 7, previsto per le opere realizzate in difformità dalla concessione, né in base all'art. 12, dettato per il caso della difformità dall'autorizzazione), poiché è lo stesso art. 19 l. 241/90 a disporre in ordine alle conseguenze tipiche in quest'ipotesi. Appaiono, peraltro, evidenti le differenze tra le due ipotesi: in base alla previsione di cui all'art. 7 l. 47/85 sussistono due distinti provvedimenti, di diffida a ripristinare e successivo ordine a rimuovere le difformità (mentre, all'opposto, nel regime dell'art. 19 l. 47/85, manca la fare monitoria), non sono stabiliti termini massimi per l'esercizio del potere sanzionatorio (mentre è perentorio il termine stabilito dall'art.19), è prevista l'acquisizione alla proprietà pubblica dell'area (assente nel regime della dichiarazione).

Diviene qui rilevante la questione di quale sia il titolo legittimante all'esercizio dell'attività ex art. 19 l.2 41/90. Ove il titolo discenda – come pare doversi ritenere – direttamente dalla legge, infatti, non si potrà che ritenere che l'amministrazione disponga solo dei poteri che lo stesso art.19 prevede e che gli stessi siano da esercitarsi entro il

termine perentorio di legge. Né una simile limitazione potrebbe superarsi facendo luogo all'applicazione del generale potere di polizia amministrativa³⁰. Tuttavia, non sfugge certo come la conseguenza di simili norme sia quella dell'impossibilità pratica del controllo amministrativo; è infatti evidente come nel corso di realizzazione di un'opera, avviata in forza di un titolo valido, sia ben possibile operare una serie di difformità che costituirebbero variante essenziale nel regime della concessione e che ben difficilmente l'amministrazione riuscirebbe a sanzionare nei ristretti limiti decadenziali previsti dall'art. 19. Infatti, la realizzazione di un intervento edilizio (stante anche l'efficacia triennale del titolo concessorio) posta spesso all'apertura di un cantiere che può operare anche per un tempo non breve, sicché le difformità appariranno all'amministrazione solo a termine scaduto. La conseguenza è del tutto comprensibile nella logica della liberalizzazione del regime tipica dell'art. 19 l. 241/90; ad essere meno condivisibile è la stessa estensione del regime della dichiarazione alle nuove edificazioni.

Ove, invece, si voglia intendere (ma la tesi è assolutamente minoritaria in dottrina e per lo più superata in giurisprudenza) che il titolo discenda dal decorso del tempo, si finirà per uniformare il regime di cui all'art. 19 a quello del silenzio assenso, potendosi così ipotizzare un tardivo provvedimento di autotutela in ordine al consenso implicito formatosi. Tuttavia, in quest'ipotesi, si finirebbe per stravolgere il contenuto dell'art. 19 allo scopo di renderne meno inaccettabili le applicazioni. Nella sostanza, dovendosi dare credito all'opinione secondo la quale, nei casi di cui all'art. 19, il titolo in forza del quale realizzare l'intervento discende direttamente dalla legge, si dovrà ammettere solo il potere di inibizione e intimazione a conformare l'attività di cui all'art. 19, con il limite della natura perentoria del termine entro il quale il detto potere deve essere esercitato.

V'è una terza ipotesi (che costituisce, in realtà, una variante di quella precedente, di nuovo venendo in rilievo la qualificazione dell'istituto della dichiarazione): cosa avvenga, cioè, quando il privato abbia

³⁰ È pur vero che autorevole dottrina si è richiamata alla possibile applicazione dei generali poteri di controllo e polizia amministrativa (cfr. M. P. CHITI, *op. ult. cit.*, 197). Tuttavia, non si può trascurare la necessità di una debita osservanza del principio di legalità, sicché la potestà sanzionatoria ordinaria, derivante dall'esercizio di poteri di polizia amministrativa, se non si vogliono rinverdire antiche idee di relazioni di supremazia speciale, deve essere contenuta in espresse previsioni di legge (se non altro in ossequio agli artt. 97 e 23 Costituzione).

avviato l'attività edilizia in forza di concessione e, successivamente, vi abbia apportato modifiche sostanziali senza alcun titolo abilitativo. Nessun problema, di nuovo, secondo la visione prospettata dalla Cassazione, essendo dette opere abusive e, quindi, soggette a sanzione (o richiedenti sanatoria). Nell'ordine di idee del legislatore regionale, invece, varrebbe la pena di chiedersi se siano ipotizzabili regimi sanzionatori distinti (a seconda di quello per il quale il privato ha optato in sede di richiesta di concessione o avvio dell'attività), ovvero se si debba ritenere tutto attratto in quello della dichiarazione (poiché il privato avrebbe potuto operare con questa fin *ab origine*) oppure, ancora, se prevalga la sostanza del rapporto, sicché sanzioni e procedimento siano quelli descritti dalla l. 47/85. L'unica lettura che pare conforme alla disposizione regionale ed al regime della dichiarazione come legittimazione *ex lege*, è quella in forza della quale l'amministrazione dispone dei soli poteri di cui all'art. 19, poiché la sottoposizione al regime di quell'articolo di un intero settore di attività equivale alla loro liberalizzazione e sottrazione alla disciplina delle sanzioni per le opere realizzate in assenza di concessione. Ne consegue che l'amministrazione dovrà sanzionare la difformità con gli strumenti (e nei termini di prescrizione) stabiliti dallo stesso art. 19.

Un quarto problema è dato dalla sanabilità delle opere realizzate in assenza o difformità da dichiarazione (ma conformi agli strumenti urbanistici). Nessun dubbio, nel sistema tracciato dalla Corte di Cassazione, che ciò sia possibile attraverso lo strumento dell'accertamento di conformità previsto dall'art. 13 l. 47/85. Resta da dire delle diverse conseguenze che derivano dall'applicazione della legge lombarda. Infatti, nel sistema della legge regionale, occorre chiedersi se sia possibile presentare la richiesta di accertamento di conformità nelle forme dell'art. 19 l. 241/90 ove l'intervento sia stato realizzato in assenza di titoli abilitativi. Infatti, mentre nel caso di avvenuta presentazione della dichiarazione, è lo stesso art. 19 a prevedere l'ipotesi della conformità alla normativa vigente, ci si deve chiedere se sia possibile che l'intervento venga compiuto interamente e solo successivamente presentata la dichiarazione per ottenere gli effetti di cui all'art. 13 l. 47/85. Comportamenti di questo tipo non sono ignoti alla prassi. Sulla base del testo originario dell'art. 19 ("l'esercizio di un'attività... può essere intrapreso"), si sarebbe potuti giungere con certezza alla conclusione dell'inammissibilità della richiesta di accertamento di conformità ex art. 13 l. 47/85 nelle forme della dichiarazione di inizio attività. Dopo l'approvazione della l. 537/93 la conclusione è meno sconta-

ta; tuttavia, poiché ci si riferisce a “denuncia di inizio attività”, parrebbe doversi escludere che la stessa giunga al completamento dell'opera. Ne consegue che, a fronte di opere già eseguite, residua solo lo strumento dell'art. 13 l. 47/85 e, quindi, la richiesta di una concessione espressa.

In conclusione, si deve ritenere che la legge regionale sia costituzionalmente illegittima nella parte in cui estende il regime della dichiarazione alle opere che richiedono concessione edilizia, nel sistema della legge nazionale. Tuttavia, la decisione della Corte di cassazione non vale a fare chiarezza, poiché solo il giudice delle leggi avrebbe potuto annullare la legge. Non di meno, anche quando la Corte Costituzionale dovesse annullare la legge regionale invalida, residuano non piccole questioni di diritto transitorio e, non di meno (soprattutto dal punto di vista penale) non tutti gli effetti determinatisi in applicazione della legge invalida potranno essere rimossi dall'eventuale decisione in ordine alla sua mancata conformità a Costituzione. Dal punto di vista generale, si possono fare due osservazioni. Anzitutto, l'applicazione dell'art. 19 l. 21/90 – anche ove fosse legittimamente disposta, per esempio dalla legge nazionale – determina un notevole depotenziamento dell'attività di controllo, non senza pregiudizio per valori costituzionalmente protetti; infatti, la perentorietà del termine di cui all'art. 19 l. 21/90, fa sì che i limitati poteri sanzionatori si esauriscano in termini brevi, inadatti alla verifica degli abusi in edilizia. In secondo luogo, appare evidente che simili applicazioni dell'art. 19 l. 21/90 potrebbero indurre l'amministrazione e la giurisprudenza ad interpretare la disposizione avvicinandola all'art. 20, allo scopo di consentire una maggiore efficacia della repressione degli abusi. In quest'ottica, però, non potrebbe che venire stravolta la fisionomia del regime – di liberalizzazione – delle attività che l'art. 19 ha introdotto. Ne deriverebbero ulteriori incertezze, confermandosi, così, che le liberalizzazioni affrettate e mal fatte sono nemiche della certezza del diritto – e, con essa, dell'intrapresa privata – quanto gli eccessi di regolazione o di complessità della decisione amministrativa.