

PRIME RIFLESSIONI SULLA DICHIARAZIONE DI INIZIO DI ATTIVITA' E SUL SILENZIO ASSENSO A POCHI GIORNI DALLA ENTRATA IN VIGORE DELLA LEGGE 14 MAGGIO 2005 N. 80 DI CONVERSIONE DEL D.L. 14 MARZO 2005 N. 35.

A cura di: Avv. Andrea Calzolaio

I - La Dichiarazione di Inizio della attività

Premessa.

Scopo del presente contributo non è quello di analizzare i singoli aspetti del regime giuridico della DIA nei singoli settori dell'ordinamento, ma di inquadrare l'istituto nella sua evoluzione storica (consumatasi in poco più di dieci anni eppure già densa di aspettative, di problematicità e forse – potremmo dire – di incertezze e delusioni) onde poi meglio tratteggiare l'ultimo sviluppo recentissimo, consistente appunto nell'art. 3 comma 1 del decreto legge n. 35 del 14 marzo 2005.

1) Cenni sulla successione di leggi nel tempo per la disciplina della DIA.

1.1 - Gli articoli 19 e 20 della legge 7 agosto 1990 n. 241 hanno disciplinato per la prima volta in forma organica fattispecie che possiamo definire di ridefinizione delle funzioni di amministrazione attiva per l'esercizio del controllo pubblico preventivo sulle attività private.

L'articolo 19 nella sua originaria stesura demandava ad un regolamento amministrativo la individuazione dei casi in cui "l'esercizio di una attività privata subordinato ad autorizzazione, licenza, abilitazione, nulla osta, permesso od altro atto di consenso comunque denominato, può essere intrapreso su denuncia di inizio dell'attività da parte dell'interessato alla Amministrazione competente". Al regolamento spettava anche di determinare i casi in cui l'inizio può essere immediato o sottoposto ad un termine. La Amministrazione conserva il potere di vietare d'ufficio la prosecuzione dell'attività e di ordinarne la rimozione degli effetti, salvo che non fosse possibile la sua conformazione a norma. La DIA è espressamente limitata ai casi in cui l'assenso "dipenda esclusivamente dall'accertamento dei requisiti e presupposti prescritti, senza esperimento di prove a ciò destinate, non sia previsto un limite o contingente complessivo, non possa derivare pregiudizio alla tutela storico-artistica o ambientale o alla sicurezza del lavoratore sul luogo di lavoro".

Come si vede, siamo in presenza di disposizioni che all'epoca si presentavano come fortemente innovative, perché in sostanza una iniziativa privata svolta secondo questo procedimento sostituisce (che comunque è cosa diversa dall'abolire) il provvedimento abilitativo, onde la attività privata può svolgersi liberamente senza che occorra l'intervento formale della Amministrazione.

Fu emanato il relativo regolamento n. 300 del 26 aprile 1993, che con apposite tabelle elencava la casistica per la applicazione della norma con o senza termine dilatorio.

1.2 - Intervenne però una novella legislativa con i comma 10 e 11 della legge 24 dicembre 1993 n. 537, che hanno dato una nuova formulazione dell'art. 19 nel testo vigente fino alla novella del DL n. 35.

Veniva con ciò introdotta, come all'epoca segnalò il Consiglio di Stato nel parere dell'A.G. n. 137 del 1994, una vera e propria liberalizzazione per legge: infatti fu direttamente il "nuovo" art. 19 a sancire il principio che l'atto di consenso si intende sostituito dalla DIA.

I presupposti sono i medesimi, con talune precisazioni che è bene evidenziare:

- non devono occorrere prove comportanti valutazioni tecniche discrezionali;

- la denuncia deve attestare la sussistenza dei presupposti e requisiti di legge e deve essere corredata dalla autocertificazione di esperimento delle prove (non discrezionali) eventualmente previste;  
- sono escluse espressamente dal regime DIA le concessioni edilizie e le autorizzazioni ex legibus 1089 e 1497, ma sono anche implicitamente esclusi quei casi in cui si richiede l'esercizio di una discrezionalità non solo tecnica (che secondo un orientamento oggi prevalente non sarebbe neppure vera discrezionalità, in quanto comporta il riferimento a parametri estragiuridici vincolati, desunti dalla tecnica o dalla scienza), bensì anche amministrativa (consiste nella ponderazione degli interessi coinvolti in base a criteri di opportunità e – in senso lato – di buona amministrazione).  
Resta fermo il potere dell'Amministrazione di vietare la prosecuzione o rimuovere gli effetti, salva la possibilità di conformazione, ma viene fissato il termine "entro e non oltre sessanta giorni dalla denuncia".

Per ciò che attiene la natura della Dia, Consiglio di Stato, sez. IV, sentenza 26 luglio 2004 n. 5326 sostiene che "la denuncia di inizio di attività costituisce un particolare tipo di procedimento semplificato ed accelerato, introdotto dall'art. 19 della legge 7 agosto 1990, n. 241, che prescinde dall'emanazione di un provvedimento amministrativo e comporta una specie di inversione procedimentale, con il privato che comunica all'Amministrazione che ad una certa data inizierà una certa attività produttiva" e quindi con ciò si diversifica rispetto al silenzio assenso previsto dall'art. 20 che ci accingiamo ad esaminare.

Va notato peraltro che è stata talvolta usata la definizione "denuncia autorizzativa" (ad esempio in Consiglio di Stato, IV, 3 marzo 1997 n. 200), che coglie bene la duplice anima dell'istituto in esame, pur senza di per sé sciogliere i dilemmi che lo caratterizzano.

1.3 - L'art. 20 era rimasto inalterato nella stesura originaria della riforma, sia nella legge 15 sia nel D.L. n. 35. È stato invece profondamente modificato, insieme all'art. 2, dalla legge di conversione n. 80 del 2005.

Esso disciplina una fattispecie concettualmente diversa dalla DIA, anche se simile sotto il profilo pratico. Si tratta infatti di un vero e proprio silenzio significativo e più precisamente di silenzio assenso.

La disposizione sarà esaminata nell'apposito commento.

Ci limitiamo qui ad accennare alle differenze fra le fattispecie dell'art. 19 e dell'art. 20, che e restano sono molteplici: il 19 sostituisce la autorizzazione, il 20 la mantiene sia pure in forma silenziosa; il 19 implica la assenza di discrezionalità, il 20 si applica anche quando sussiste una discrezionalità amministrativa o tecnica; il 19 non configura (lmeno apparentemente) un provvedimento, mentre il 20 sì; il 19 comporta l'immediato inizio dell'attività, il 20 richiede il decorso del termine; nel 19 non può darsi un provvedimento positivo postumo, nel 20 sì e così via.

In particolare, nella fattispecie del silenzio assenso (art. 20) la tutela del terzo trova espressione giurisdizionale nella consueta forma della impugnazione giurisdizionale del provvedimento tacito, che ha natura provvedimentoale e corrisponde alla vecchia autorizzazione tacita prevista ad esempio in materia edilizia dall'art. 7 del D.L. n. 9/1982, convertito in legge 25 marzo 1982 n. 94 (vedi in giurisprudenza recentemente Tar Veneto II, 20 giugno 2003 n. 3405, su cui torneremo più avanti).

1.4 – Importante è ricordare l'art. 21, il quale stabilisce che in caso di false dichiarazioni non è ammessa la conformazione della attività oggetto di Dia (comma 1) e che sono applicabili le sanzioni attualmente previste per il caso di attività svolte in assenza o difformità dall'assenso della PA a chi svolga la attività in mancanza dei requisiti o in contrasto con la normativa in vigore (comma 2). Si tratta di disposizione che persegue la finalità (perfettamente condivisibile) di confermare la illiceità amministrativa ed eventualmente penale di attività prive dei requisiti, ma essa in sostanza ripropone il tema tuttora oggettivamente aperto di quale sia la natura della Dia, che si qualifica atto privato ma resta soggetta a sanzioni pubblicistiche previste proprio per la mancanza dell'atto abilitativo che la Dia sostituisce (o forse secondo alcuni, potremmo dire, costituisce in forma tacita). È insomma la distinzione fra Dia e silenzio assenso (o assenso tacito), introdotta

dagli artt. 19 e 20, che si conferma piuttosto artificiosa già alla luce dell'art.21 e tanto più delle altre disposizioni che ci accingiamo ad esaminare.

## 2) La Dia in materia edilizia.

2.1 - Sciogliendo riserve e rimuovendo esclusioni che caratterizzavano inizialmente l'istituto, l'estensione all'edilizia del regime della Dia avviene con un primo intervento del legislatore consistente nell'art. 4 del D.L. 5 ottobre 1993 convertito in legge n. 493 del 1993, poi sostituito integralmente dall'art. 2 comma 60 della legge 23 dicembre 1996 n.662.

La Dia in edilizia viene riservata solo ad interventi minori (manutenzione straordinaria, restauro e risanamento conservativo, eliminazione barriere architettoniche, recinzione, sistemazione di aree sportive senza edificazione, opere interne, impianti tecnologici, varianti minori a concessioni rilasciate, parcheggi pertinenziali nel sottosuolo), con il triplice presupposto che gli immobili non siano assoggettati a norme vincolistiche di legge o di PRG, che lo strumento urbanistico detti disposizioni immediatamente operative e che gli interventi non contrastino con il piano adottato.

Resta aperto il tema centrale della DIA, ossia se questa costituisca un provvedimento (in forma simile al silenzio assenso dell'art. 20) o se invece, in quei casi ed a quelle condizioni volute dalla legge, in realtà sia venuto meno il regime autorizzatorio degli interventi e questi siano ridotti a mera attività privata (analogamente alla Dia ex art. 19).

In effetti il linguaggio delle disposizioni in esame fa propendere a prima vista nel senso che si tratta di Dia in senso stretto: nel comma 4 dell'art. 2 vi è espresso richiamo a tale disposizione; nei commi 4 e 11 si subordina l'inizio della attività alla mera denuncia ed al decorso del termine di venti giorni; nel comma 15 l'intervento interdittivo del Comune è qualificato non come diniego ma come ordine motivato di non effettuare le prescritte trasformazioni.

Tuttavia, resta il fatto singolare che la Dia a norma dell'art. 19 sostituisce il provvedimento (il che autorizza a pensare che quel determinato procedimento dà vita ad un provvedimento, anche se in forma peculiare) e che al comma 14 emerge la esigenza di dimostrare il titolo abilitante, per disporre che la Dia e i suoi allegati sono considerati documenti idonei a tale dimostrazione: resta quindi un certo grado di ambivalenza, che vedremo accentuato nel nuovo regime oggi vigente.

La delicata problematica degli aspetti di valutazione (tecnica?) della conformità dell'intervento alle norme urbanistiche sono risolti con la necessità di aggiungere agli elaborati progettuali anche una dettagliata relazione tecnica e di redigere, ad opere finite, un certificato di collaudo che attesti anche la loro conformità alla Dia. Il tecnico progettista incaricato assume la veste di persona esercente un servizio di pubblica necessità, rilevante anche ai fini penali (artt. 359 e 481 C.P.).

2.2 - La Dia in materia edilizia ha subito una completa riforma che si è stratificata in varie fasi ed infine ha dato luogo al testo oggi vigente degli artt. 22 e 23 del DPR 6 giugno 2001 n. 380, Testo Unico delle disposizioni in materie edilizia (Tued).

Risultano ampliati i casi di intervento soggetto a Dia, fino ad includere non solo tutti quelli che non son soggetti né da un lato ad attività libera (art. 6) né dall'altro a permesso di costruire (art.10), ma anche interventi di nuova costruzione o di ristrutturazione, in alternativa al permesso di costruire ed a scelta dell'interessato, ossia le ristrutturazioni e le nuove costruzioni:

- "qualora siano disciplinati da piani attuativi ... che contengano precise disposizioni planovolumetriche...la cui sussistenza sia dichiarata..." (lettera b);
- ovvero "qualora siano in diretta esecuzione di strumenti urbanistici generali recanti precise disposizioni plano-volumetriche" (lettera c).

Tale elencazione è contenuta al terzo comma dell'art. 22 e risulta, come si vede, non priva di incongruenze specie fra la lettera b e la lettera c).

Sono anche inclusi gli interventi in zone vincolate, subordinatamente al parere delle autorità preposte alla tutela del vincolo (comma 6).

Per ciò che riguarda i poteri interdittivi del Comune, il Consiglio di Stato ha precisato che essi vanno esercitati nel termine di nuovo trenta giorni, ricordando peraltro che in base alla vecchia Dia il termine non era di venti giorni (dopo i quali il provato può iniziare l'intervento) ma di sessanta giorni, in forza proprio dell'art. 19 della legge n. 241 (Sez. V, sentenza 29 gennaio 2004 n. 308).

Il regime sanzionatorio sia amministrativo sia penale è nettamente diversificato a seconda che si tratti di interventi minori (soggetti a sanzioni solo pecuniarie, salvo immobili vincolati od inclusi nei centri storici: art. 37) o di interventi soggetti al permesso di costruire (art. 37 comma 6).

Preme evidenziare che le norme del Tued contengono elementi significativi in ordine alla natura della Dia, nel senso che si tratti non di atto provato ma di provvedimento *sui generis*: esse non richiamano più espressamente l'art. 19 della legge n. 241, includono espressamente la Dia nel titolo II dei titoli abilitativi, rendono quell'asserito "non-provvedimento" che è la Dia idoneo a legittimare gli stessi interventi che fanno oggetto di quel provvedimento edilizio per eccellenza che è il permesso di costruire, stabiliscono la applicabilità alla Dia delle stesse disposizioni che si applicano all'annullamento del permesso di costruire (vedi i commi 2 *bis* e 5 *bis* agli artt. 38 e 39).

Tali elementi rendono a mio avviso preferibile assimilare la Dia edilizia piuttosto ad un titolo abilitativo tacito che ad un mero atto privato, con tutte le conseguenze del caso in ordine alla sua annullabilità e impugnabilità, nonché alla tutela giurisdizionale dei terzi avanti al Giudice amministrativo.

Va anche rilevato che un delicato problema interpretativo si pone ora con riferimento alla applicabilità del silenzio assenso anche in materia edilizia, dopo la riforma dell'art. 20 della legge n. 241 del 1990. A tale questione accenneremo nei successivi paragrafi di commento dedicati all'art. 20.

### 3) La Dia e la tutela giurisdizionale.

Il tema della tutela giurisdizionale è stato spesso trattato dalla giurisprudenza, con esiti non univoci in quanto diversi a seconda della posizione che si assume in ordine alla natura giuridica della Dia..

Le ragioni di chi vede nella Dia un provvedimento tacito sono ben espresse dal Tar Veneto nella sentenza sez. II 20 giugno 2003 n. 3405: "La D.I.A. quindi, nel disegno della L. 662/96 si comporta allo stesso modo della vecchia autorizzazione tacita: cioè come un titolo che si forma silenziosamente, con il possesso di tutti i requisiti formali e sostanziali prescritti. Questa conclusione resta ulteriormente confortata dalla lettura del D.Lg. 301/2002 che ha sostituito gli artt. 22 e 23 del Tued ove si ribadisce espressamente (art. 1, comma 5) che "la sussistenza del titolo è provata con la copia della denuncia di inizio attività da cui risulti la data di ricevimento della denuncia, l'elenco di quanto presentato a corredo del progetto, l'attestazione del professionista abilitato, nonché gli atti di assenso eventualmente necessari". Anche le norme più recenti, quindi, non configurano affatto la D.I.A. come un'attività "privata", bensì come un titolo abilitativo, che proviene dall'Amministrazione, sia pure in forma silenziosa o per inerzia (cioè per non aver esercitato la P.A., nel termine perentorio stabilito dalla legge, il proprio potere inibitorio). Altre chiare disposizioni sostengono la tesi proposta. Invero, il D.Lg. 301/2002 aggiunge i commi 2 *bis* e 5 *bis* agli artt. 38 e 39 del T.U., estendendo anche agli interventi realizzati con D.I.A. la disciplina degli interventi edilizi eseguiti in base a "permesso annullato", il che presuppone, all'evidenza, che la stessa Amministrazione (e il giudice amministrativo) possano annullare il titolo D.I.A.. Agli interventi realizzati con D.I.A. viene estesa altresì la possibilità, come per ogni altro titolo edilizio, di annullamento straordinario da parte della Regione. Se la D.I.A. fosse un mero atto privato, cui la P.A. resta estranea tranne che per - eventualmente - sanzionare successivamente l'attività non

conforme alle norme, queste disposizioni sarebbero del tutto prive di logica, in quanto non avrebbe senso prevedere la possibilità di annullamento del titolo (che, secondo la tesi cui il Collegio non aderisce, neppure c'è), essendo sufficiente l'intervento successivo/repressivo. “.

Altra giurisprudenza è conforme, sull'assunto che “è da ritenere impugnabile immediatamente - senza cioè la previa notifica di atto di diffida nel caso in cui l'Amministrazione non si sia pronunciata sulla istanza con la quale si sollecita l'emissione di provvedimenti repressivi - una D.I.A. per la quale sia decorso il termine di trenta giorni previsto dalla legge, al fine di ottenere dal G.A. ogni occorrente misura interdittiva; tale conclusione pare avvalorata, da una parte, dall'equiparazione che, limitatamente a questi fini, occorre effettuare tra il permesso di costruire e la D.I.A., nella sua veste di dichiarazione che acquista valenza operativa dopo il decorso del visto termine e, dall'altra, dall'esigenza che sia garantita l'effettività della tutela giurisdizionale” (Tar Lombardia Brescia, ordinanza 23 luglio 2004 n. 1321)

Il Consiglio di Stato (e con lui la maggior parte dei Tar) invece la pensa diversamente ed esclude che la Dia sia un provvedimento, sicché qualifica il mancato intervento repressivo del Comune come omissione di una attività doverosa ex art. 21 della legge n. 241 e lo assoggetta alla procedura del silenzio rifiuto. Ciò al fine di dare ai terzi pregiudicati dalla Dia quella tutela di cui sarebbero altrimenti sprovvisti

Al riguardo può vedersi la nota sentenza sez. VI, 4 settembre 2002 n. 4453 e da ultimo, in materia di Dia edilizia ed in una fattispecie particolare, Sez. V, sentenza 4 febbraio 2004 n. 376: “Anche nel vigore della nuova disciplina introdotta dalla legge 7 agosto 1990, n. 241, il soggetto che intende reagire contro l'inerzia della P.A. ha l'onere di seguire il rigoroso *iter* procedimentale indicato dall'art. 25 del t.u. 10 gennaio 1957, n. 3, in base al quale, dopo la presentazione di un'istanza e dopo il silenzio dell'amministrazione protrattosi per almeno sessanta giorni, l'interessato può effettuare una diffida a provvedere entro un congruo termine (non inferiore a trenta giorni) da notificare a mezzo di ufficiale giudiziario, cui fa seguito la proposizione del ricorso (allorquando tale procedimento si sia concluso e si sia fatto formalmente constatare l'inadempimento della P.A.) nel termine di decadenza fissato dalla legge, decorrente dalla scadenza del termine assegnato con l'atto di diffida”. Il Tar delle Marche, al pari di diversi altri TAR richiamati ivi in motivazione, ha aderito a tale orientamento con la sentenza 4 febbraio 2003 n.35.

Talune pronunce hanno espresso il residuale convincimento che si possa affermare la giurisdizione amministrativa in forza della attribuzione ad essa del sindacato sui comportamenti, quindi al di fuori dello stesso schema Dia-provvedimento o Dia-silenzio rifiuto (così TAR Veneto nella citata sentenza n.3405: “in ogni caso, anche se si volesse ritenere che la D.I.A. sia un mero atto "privato", tuttavia il ricorso non sarebbe inammissibile. Infatti le ricorrenti, oltre che l'annullamento del titolo hanno altresì richiesto la dichiarazione di illegittimità del comportamento tenuto dalla P.A. in merito alla D.I.A., in altre parole la dichiarazione di illegittimità dell' omissione o dell' errata effettuazione (per travisamento dei presupposti di fatto) del controllo preventivo che, se correttamente realizzato, avrebbe dovuto condurre all'inibizione dell' attività edilizia. I "comportamenti" dell' Amministrazione "in materia di edilizia e urbanistica" sono sindacabili in sede di giurisdizione esclusiva da parte del giudice amministrativo a tenore dell' art. 7 della L. 21.7.2000 n. 205, che ha modificato il D.Lg. 31.3.98 n. 80 sostituendo, per quanto qui rileva, l' intero art. 34 che tale prescrizione recava, dopo la dichiarazione di illegittimità costituzionale di cui alla sentenza della Corte Costituzionale n. 292 dell' 11 - 17.7.2000.”).

E' appena il caso di rilevare che un tale orientamento poteva ritenersi ora superato ed insostenibile, a seguito della nota sentenza della Corte Costituzionale 6 luglio 2004 n. 204. Tuttavia Tar Piemonte, Sez. I, 4 maggio 2005 n. 1359 ha ritenuto che la incostituzionalità non si estende ai comportamenti riferibili all'esercizio di una potestà amministrativa, sicché il problema resta aperto da questo versante, mentre però si accentua la già rilevata artificiosità di dover individuare un comportamento riconducibile all'esercizio della potestà amministrativa ed avente effetti sostitutivi di autorizzazione, ma che però sarebbe vietato qualificare provvedimento.

### 3. La dichiarazione di inizio della attività nel D.L. 14 marzo 2005 n.35

3.1 - Non so dire se si sentisse davvero una così profonda esigenza di ritornare sulla disciplina di un istituto recente come la Dia per la quarta volta almeno (ma bisognerebbe considerare la legge obiettivo del 2001 in materia edilizia e sarebbe così la quinta).

Il legislatore, per di più in sede di decretazione d'urgenza (!), ha avvertito tale esigenza e siamo così ad occuparci dell'art. 3 comma 1 del cosiddetto decreto competitività, che sotto il titolo della "semplificazione amministrativa" riformula *ex novo* e sostituisce l'art. 19 della legge n. 241, a meno di un mese di distanza ed in sede diversa rispetto alla riforma organica dettata dalla legge 11 febbraio 2005 n. 15.

Se la prima semplificazione fosse quella che il legislatore impone a se stesso, certo un tal guazzabuglio sarebbe stato evitato.

Non diversa considerazione va riferita poi al tema del silenzio assenso, che è stato addirittura regolato *ex novo* in sede di conversione del decreto legge n. 35.

3.2 - Anzitutto rileviamo che la Dia ora cambia nome: non più denuncia ma dichiarazione. Forse potrebbe essere ridotta in sigla come DichIA e così la chiameremo in questo testo.

Il cambiamento di nome non riveste peraltro particolare rilevanza, come emerge dalla verifica della disciplina sostanziale dell'istituto che resta immutato. Anzi, se la espressione "dichiarazione" volesse accentuare l'aspetto privatistico della fattispecie e ridurre l'impatto volitivo e negoziale (quindi anche provvedimentale, quando riferibile alla attività amministrativa), va detto che a ben vedere le disposizioni sostanziali vanno poi in tutt'altra direzione.

3.3 - Il comma 1 stabilisce che la DichIA sostituisce ogni atto di autorizzazione, licenza, concessione non costitutiva, permesso o nulla osta comunque denominato, comprese le domande di iscrizione in albi o ruoli richieste per l'esercizio di attività imprenditoriale, commerciale e artigianale".

Le inclusioni nella DichIA sono indicate catalogando i titoli: autorizzazione, licenza, concessione non costitutiva, permesso o nulla osta comunque denominato, comprese le domande per iscrizioni in albi o ruoli richieste per l'esercizio di attività non imprenditoriale, commerciale o artigianale.

Si tratta di un modo di procedere che richiede l'utilizzo di nozioni non codificate dal legislatore, che nel disciplinare i singoli istituti usa espressioni quanto mai variegiate, ma derivanti dalla dottrina e dalla giurisprudenza. Di qui inevitabili difficoltà per la Pubblica Amministrazione, quando deve classificare i singoli provvedimento nell'ambito delle categorie indicate dall'art. 19.

Notiamo anzitutto che è scomparsa dall'elenco dei titoli inclusi la materia delle abilitazioni (appartengono sempre al novero delle autorizzazioni in quanto rimuovono un ostacolo all'esercizio di una attività, ma hanno la caratteristica di comportare un esame tecnico circa la idoneità del soggetto).

Comare invece un po' a sorpresa in tale elenco la materia delle concessioni (provvedimenti che fanno sorgere nuovi poteri in capo al destinatario), limitata comunque a quelle "non costitutive" (quindi sarebbe esclusa la concessione della personalità giuridica privata, esempio di concessione costitutiva, ma incluse le concessioni traslative: difficile immaginare una casistica, alla luce delle successive limitazioni stabilite dalla legge).

Si nota anche l'esplicito riferimento alle iscrizioni in albi, la cui elencazione peraltro esclude gli albi professionali dall'ambito di applicazione della norma.

Notiamo poi che, rispetto la vecchio testo, dal novero delle materie escluse scompare la concessione edilizia.

Ciò è presumibilmente dovuto (nelle intenzioni almeno) al fatto che in realtà il Tued ha disciplinato anche la Dia sostitutiva del permesso di costruire (già concessione edilizia), come sopra accennato, sicchè la esclusione non appariva attuale né come linguaggio (la concessione edilizia non esiste più) né come contenuto.

Tuttavia, nel gioco linguistico di inclusioni ed esclusioni, il fatto che il permesso di costruire non è espressamente escluso dalla applicazione dell'art. 19 fa sorgere il dubbio che l'art. 19 possa intendersi nel senso che esso ha inteso abrogare e sostituire la disciplina procedimentale della Dia edilizia come descritta nei precedenti paragrafi dalle norme del Tued.

Tale dubbio è solo parzialmente rimosso (ed anzi per certi aspetti è avvalorato) dal successivo comma 4, che fa salvi i soli termini diversi previsti da disposizioni vigenti, ma non anche i procedimenti in quanto tali.

Si poteva sperare che su questo punto il legislatore facesse chiarezza in sede di conversione in legge, ma ciò non è avvenuto.

Comunque, in sede di interpretazione e nonostante le riferite ambiguità, mi pare che si possa al momento ritenere che la disciplina del Tued sia rimasta in vigore, sull'assunto che essa ha carattere di specialità in materia edilizia rispetto alla disciplina generale dell'art. 19.

3.4 - Restano anche per la fattispecie incluse alcune delle consuete limitazioni già presenti nel precedente art. 19: l'assenso sostituito dalla DichIA deve essere esclusivamente condizionato all'accertamento di requisiti e presupposti fissati da norme sopraordinate e in assenza di limiti o contingenti numerici.

Sparisce però il divieto ai applicare la DichIA ai casi che richiedono "l'esperimento di prove che comportino valutazioni tecniche discrezionali": oggi quindi la DichIA sembra applicabile quando sono richieste valutazioni tecniche discrezionali.

Tuttavia occorre considerare che è stata rimossa la parola "abilitazione" dall'elenco delle fattispecie, la cui nozione consiste appunto nella necessità di una valutazione della idoneità tecnica e che ora l'art. 19 non include più nel proprio ambito.

Vi sono quindi argomenti per ritenere che i casi in cui si richiedono prove di tal fatta restano esclusi anche dalla DichIA come lo erano dalla DIA.

3.5 - Vengono introdotte nuove e molto penetranti esclusioni per materia. Non può aversi DichIA negli atti riguardanti difesa nazionale, pubblica sicurezza, immigrazione, giustizia, finanze, salute e pubblica incolumità, patrimonio culturale e paesaggistico, ambiente, atti imposti da normativa comunitaria.

Si tratta di esclusioni molto importanti, che riducono di molto l'impatto innovativo della nuova disciplina, o più precisamente la ridimensionano in senso oggettivo.

Se si considera poi che la legge in questione è stata già in passato ritenuta non direttamente applicabile alle Regioni (vedi ad esempio la sentenza del Consiglio di Stato, IV, 3 marzo 1997 n. 200 sopra citata) e che essa va ora considerata (dopo la riforma del titolo V della Costituzione) cedevole rispetto alla disciplina procedimentale che sia dettata dalle Regioni (e forse anche dai Comuni) nei procedimenti di rispettiva competenza, le ampie limitazioni testè dimostrano che il novero degli atti soggetti a DichIA è obiettivamente modesto già in ambito statale e tutto da ridefinire in ambito regionale e subregionale.

3.6 - Anche sotto il profilo procedimentale, vengono introdotte norme che attenuano ogni automatismo: il privato non può iniziare subito la attività, ma deve attendere trenta giorni e darne comunicazione all'Amministrazione; l'Amministrazione dispone di altri trenta giorni decorrenti dalla comunicazione (che è cosa ben diversa dai sessanta del precedente art.19, che decorrevano dalla denuncia) per assumere provvedimenti interdittivi; detto termine è prorogabile per trenta giorni con provvedimento motivato se sono richiesti pareri e se questi non sono resi nel termine la

Amministrazione “può adottare i propri provvedimenti indipendentemente dalla acquisizione del parere” (comma 3).

Come si vede, è espressamente previsto un procedimento istruttorio, comprensivo anche di un eventuale sub-procedimento di tipo consultivo.

Sono fatte espressamente salve le disposizioni che prevedono termini diversi, fra cui rientra anche la Dia edilizia, sempre che non si intenda che essa è a priori estranea all’art. 19 nei sensi cennati in precedenza.

3.7 - La decorrenza dalla comunicazione di inizio della attività del termine per l’esercizio dei poteri interdittivi e soprattutto il riferimento ai pareri costituiscono elementi che accentuano il ruolo pubblicistico della Amministrazione, fino a consentirle di svolgere una vera e propria istruttoria.

Ciò correlativamente riduce a mio avviso la possibilità di sostenere il carattere “privato” della DichIA, in cui effetti in realtà si producono all’esito di quello che non può non definirsi come un vero e proprio procedimento amministrativo.

Molto interessante al riguardo è anche la attribuzione del potere di assumere in via di autotutela i provvedimenti di revoca (art. 21 quinquies) e di annullamento d’ufficio (art. 21 nonies), che il comma 3 fa espressamente salvo.

Qui la legge contraddice la giurisprudenza amministrativa, che negava espressamente un potere di autotutela nel procedimento di Dia, tornando tale inevitabile conseguenza dalla qualificazione della Dia come atto privato che non costituisce per definizione provvedimento amministrativo (“L’attività dell’amministrazione conseguente alla denuncia di inizio attività non è riconducibile al potere di autotutela perché non consegue ad un provvedimento amministrativo ma ad una dichiarazione del privato cittadino.”: Consiglio Stato, sez. VI, 4 settembre 2002, n. 4453, citata).

Ritengo che di fronte ad una presa di posizione tanto netta del legislatore è giocoforza ritenere che la DichIA è ormai assimilabile ad un provvedimento amministrativo tacito e che la differenza piuttosto artificiosa fra fattispecie dell’art. 19 e fattispecie dell’art. 20 è destinata sotto tal profilo a tramontare.

Tuttavia sia la dottrina che ha commentato la legge (Luigi Olivieri in Lexitalia.it maggio 2005) sia le prime sentenze successive alla riforma tendono a confermare l’orientamento prevalente.

Ne parleremo nell’ultimo paragrafo.

3.8 – Va qui segnalato un problema che la ricostruzione in senso provvedimentale della DichIA pone. Se la DichIA è un provvedimento sui generis (simile al silenzio-assenso, seppure diversamente connotato per presupposti e procedimento), allora quale regime dovrà applicarsi per la disciplina del procedimento? Nell’ottica di tale quesito, mi paiono da valorizzare due disposizioni: l’art. 8, comma 2 lettera c bis), il quale prevede che la comunicazione di avvio indica la data entro cui il provvedimento deve concludersi in base all’art. 2 comma 2 e 3; e l’art. 20 comma 1 nella parte in cui, a differenza dell’art. 19, richiama espressamente i termini dell’art. 2 ai fini della formazione del silenzio assenso. Tali disposizioni differenziano nettamente la DichIA e il silenzio assenso non sotto il profilo della natura del silenzio (che non viene ivi trattata e va quindi ricercata nel sistema delle norme, in termini che abbiano cercato qui di suggerire) ma proprio sotto il profilo del procedimento: l’art. 19 costituisce un procedimento peculiare, disciplinato da norme diverse rispetto a quello ordinario e in particolare rispetto a quello dell’art. 20. Il procedimento ex art. 19 è speciale, in quanto è previsto solo per determinati provvedimenti (autorizzazioni e simili) e non è destinato a concludersi né col provvedimento espresso (art. 2 comma 1) né con il silenzio assenso tipizzato dall’art. 20, ma con un silenzio significativo sui generis. Ad esso si applicano dunque solo le disposizioni che lo regolano espressamente, fra cui non rientra ad esempio gli artt. 7 ed 8.

3.9 - Il quinto comma devolve ogni controversia in materia al Giudice amministrativo: si tratta di una competenza per materia piuttosto particolare e dai connotati molto ampi, potendosi definire la Dia (e mutuiamo questa espressione dalla giurisprudenza costituzionale formatasi sul titolo V) una



materia trasversale, che attraversa molti settori dell'ordinamento. Ai fini della legittimità costituzionale di una tale attribuzione, come individuata dalla nota sentenza n. 204 della Corte Costituzionale, essa può ritenersi corretta in quanto è comunque fondata sul presupposto di un potere pubblicistico e di supremazia, quale quello che tipicamente riconduce agli "atti di assenso" ivi elencati. Sotto tal profilo però essa è forse anche inutile, giacché si tratta di materia tipicamente spettante ai Giudici Amministrativi in forza dell'ordinario riparto di giurisdizione.

Anche la riserva espressa di giurisdizione in favore del G. A. , peraltro, costituisce un ulteriore argomento a favore della natura provvedimentale della DichIA, o quanto meno di esercizio di potestà pubblica; essa da tale punto di vista arreca un non trascurabile elemento di novità.

3.10 – Un cenno ora a due recentissime pronunce giurisprudenziali del Tar Piemonte del 4 maggio 2005. Esse ribadiscono l'orientamento prevalente, ma non entrano nel merito del nuovo testo dell'art. 19, sicché non aiutano particolarmente la nostra riflessione sulla riforma.

Vanno richiamate tuttavia perché costituiscono il frutto di una riflessione ormai matura, ma forse ad un tempo da ritenersi superata alla luce della riforma e per le ragioni sopra cennate.

Tar Piemonte sez. I 4 maggio 2005 n. 1359 afferma che il decorso del termine previsto dalla legge a seguito della presentazione della denuncia di inizio dell'attività edilizia prevista dall'art. 22 del d.P.R. 6 giugno 2001 n. 380, non determina la formazione di un silenzio-assenso (o, comunque, di un consenso tacito) alla realizzazione dell'opera, ma vale sostanzialmente come termine utile per la verifica della regolarità dell'intervento edilizio che il denunciante intende intraprendere .

Interessante è una conseguenza che la sentenza trae dalla asserita natura privata della DIA: il modello legale della denuncia di inizio attività edilizia non è riconducibile al *genus* del silenzio rifiuto, cosicché la tutela del terzo che si assuma leso dall'opera edilizia non può essere fatta dipendere dalla previa costituzione in mora dell'Amministrazione. La procedura che trae inizio dalla presentazione della d.i.a., informata alla semplificazione e alla celerità, è inidonea ad avviare una sequenza procedimentale assoggettata alla disciplina della legge n. 241/90. Ne consegue che non sussiste nel caso di d.i.a. l'obbligo di comunicare l'avvio del procedimento agli eventuali controinteressati. I proprietari degli immobili confinanti con quello oggetto dell'intervento subiscono unicamente effetti riflessi dal provvedimento autorizzativo e, pur essendo legittimati a impugnarlo, non possono considerarsi destinatari della comunicazione di avvio del procedimento.

Secondo il Giudice, dunque, il carattere non provvedimentale costituisce il fondamento dell'esonero della DIA dalla applicazione della disciplina del procedimento dettata dalla legge n. 241.

Ritengo di osservare in contrario che la giusta constatazione dell'esonero dalla disciplina ordinaria del procedimento non deve necessariamente fondarsi sul rilievo che il procedimento ex art. 19 non si conclude con un provvedimento, ma può fondarsi anche sulla sola ragione giustificatrice della specialità del procedimento stesso, che è disciplinato *in toto* dalla legge quanto a presupposti e contenuti, configurante una forma sui generis di esercizio della potestà provvedimentale.

La sentenza Tar Piemonte, sez. I 4 maggio 2005 n. 1367 ribadisce altresì la natura privata della Dia e, in coerenza con la precedente, dichiara inammissibile un ricorso diretto all'annullamento della denuncia di inizio attività edilizia ex art. 22 del d.P.R. 6 giugno 2001 n. 380; ritiene invece ammissibile, rientrando nella giurisdizione del giudice amministrativo, il ricorso con il quale si chiede che sia accertata e dichiarata l'illegittimità del comportamento dell'Amministrazione che non ha provveduto, nei termini di legge, ad attivare i propri poteri inibitori nei confronti dell'attività edilizia asseritamente illegittima.

Essa esprime il già rilevato travaglio che scaturisce dalla necessità di dare sfogo alle esigenze di tutela del terzo che, non volendosi qualificare provvedimento la DIA, devono essere configurate in termini alternativi alla mera impugnazione di essa.

Per contro un recente intervento dottrinale (L. Olivieri, sopra citato) entra nel merito del nuovo art. 19 (prima peraltro della ulteriore riforma degli artt. 2 e 20), ricorda il dibattito sulla natura della DIA che ho brevemente riassunto, prende posizione a sostegno della tesi maggioritaria (natura privata della DIA) e ribadisce che la tesi della Dia come provvedimento sarebbe una forzatura in

quanto essa in realtà tende ad impedire che si formi un provvedimento. A dire dell'Autore, il legislatore, quando afferma che è possibile la autotutela anche per la Dia, in realtà introduce un "fictio juris" all'unico fine di permettere l'esercizio di poteri di controllo anche dopo la scadenza dei termini.

Mi limito a commentare al riguardo che, a mio sommo avviso, anziché correggere il legislatore, che usa ormai un linguaggio piuttosto chiaro quando parla di autotutela sulla DichIA, sarebbe preferibile correggere la ricostruzione dottrinale dell'istituto ed ammettere che la DichIA costituisce un provvedimento tacito, dando coerenza alla disciplina normativa e semplificando non poco anche l'accesso alla tutela giurisdizionale in materia che (come abbiamo visto anche nelle sentenze del Tar Piemonte sopra citate) resta problematico e poco lineare.

## II – Il silenzio assenso (e la fine del silenzio rifiuto).

### Premessa

La riforma legislativa risale a pochi giorni or sono. In questa sede di prima lettura proporrò una semplice segnalazione dei suoi contenuti profondamente innovativi e per qualche aspetto stravolgenti.

#### 1) La stesura originaria dell'art. 20

Come cennato nel commento all'art. 19, l'art. 20 era rimasto inalterato nella stesura originaria della riforma, sia nella legge 15 sia nel D.L. n. 35. E' stato invece profondamente modificato, insieme all'art. 2, dalla legge di conversione n. 80 del 2005.

Esso disciplina una fattispecie concettualmente diversa dalla DIA, anche se simile sotto il profilo pratico. Si tratta infatti di un vero e proprio silenzio significativo e più precisamente di silenzio assenso.

La norma prevedeva che "la domanda di rilascio di una autorizzazione, licenza, abilitazione, nulla osta, permesso od altro atto di consenso comunque denominato, cui sia subordinato l'esercizio di una attività privata si considera accolta qualora non venga comunicato all'interessato il provvedimento di diniego entro il termine fissato per categorie di atti .. dal regolamento". E' poi fatta salva la successiva potestà di annullamento ove ne ricorrano le ragioni di pubblico interesse (va qui ricordato che oggi l'autoannullamento è stato significativamente normato dall'art. 21 *nonies* introdotto dalla legge 11 febbraio 2005 n. 15, che aggiunge alle ragioni di pubblico interesse le ulteriori condizioni "entro un termine ragionevole e tenendo conto degli interessi dei destinatari", che a mio avviso delimitano la potestà in modo più rigoroso di quelle che risultava dalla mera trasposizione della giurisprudenza amministrativa, nella cui casistica non sempre è stato valorizzato il decorso del tempo come limite assoluto al potere di annullamento).

Le differenze fra le fattispecie dell'art. 19 e dell'art. 20 sono molteplici: il 19 sostituisce la autorizzazione, il 20 la mantiene sia pure in forma silenziosa; il 19 implica la assenza di discrezionalità, il 20 si applica anche quando sussiste una discrezionalità amministrativa o tecnica; il 19 apparentemente non configura un provvedimento (ma in realtà a mio avviso lo determina), mentre il 20 sì; il 19 comporta l' inizio dell'attività dopo un termine fisso prestabilito, il 20 richiede il decorso del termine finale fissato per ciascun procedimento; nel 19 non può darsi un provvedimento positivo postumo, nel 20 sì e così via.

In particolare, nella fattispecie del silenzio assenso (art. 20) la tutela del terzo trova espressione giurisdizionale nella consueta forma della impugnazione giurisdizionale del provvedimento tacito, cui la giurisprudenza pacificamente riconosce quella natura provvedimentoale che invece (almeno maggioritariamente) ha finora negato alla DIA.

## 2) La riforma dell'art. 2.

Il nuovo testo dell'art. 2 conferma l'obbligo di concludere il procedimento con un provvedimento espresso (comma 1). Tale principio però viene sostanzialmente ribaltato dal nuovo testo dell'art. 20, che esamineremo più avanti.

Va qui notato anzitutto che la nuova stesura dell'art. 2 suscita profonda perplessità.

Ai commi 2 – 3 - 4 esso prescrive che il Governo per le amministrazioni statali e gli enti pubblici nazionali per le proprie competenze sono tenuti a regolamentare la disciplina di ogni procedimento ed i relativi termini. In mancanza di regolamento, il termine è di novanta giorni. I termini restano sospesi quando sono previste valutazioni tecniche di organi od enti appositi, fino ad un massimo di novanta giorni.

Qui sta la prima perplessità: nulla dice la legge per ciò che riguarda le Regioni e le autonomie locali, che quindi sono apparentemente libere di determinarsi come meglio credono. Tale formulazione costringe l'interprete a porsi il problema se la disposizione in discorso costituisce o meno un principio dell'ordinamento statale capace di vincolare le Regioni, nel contesto della riforma del titolo V, e se esso si applichi direttamente o meno anche ai procedimenti diversi dallo Stato. Da questo punto di vista introduce un elemento di incertezza, di cui francamente non si avvertiva il bisogno.

Un ulteriore elemento di perplessità si riscontra nel comma 3: qualora non si provveda ad emanare i regolamenti, il termine è di 90 giorni: poiché i regolamenti sono espressamente previsti per lo Stato e gli enti nazionali, c'è e qual è il termine per le Regioni e le autonomie locali?

Solo con un notevole sforzo interpretativo si potrà pervenire alla pur necessaria (a mio avviso) conseguenza che il principio del silenzio assenso e il termine generale (fissato in mancanza di diversa disciplina) si applica anche a loro.

## 3) Il collegamento fra l'art. 2 e l'art. 20.

Siamo in presenza di un ribaltamento del sistema, in ordine alla conclusione del procedimento.

La vera novità emerge dal collegamento dell'art. 2 con l'art. 20, perché quest'ultimo (sempre con la medesima incertezza sulla applicazione alle Regioni ed alle autonomie locali) al comma 1 generalizza il silenzio assenso nel caso di mancata comunicazione del provvedimento di diniego.

Dunque in realtà il principio generale diviene quello del silenzio assenso.

O, per meglio dire, sembrano convivere due principi generali obiettivamente contraddittori: quello del provvedimento espresso proprio dell'art. 2 e quello del silenzio assenso proprio dell'art. 20.

Forse la sintesi complessiva degli artt. 2, 19, 20 può formularsi così. Il procedimento si conclude in uno dei seguenti tre modi alternativi: o con un provvedimento espresso o con il silenzio assenso o, nei casi espressamente stabiliti dalla legge, con la DichIA.

Alla luce del nuovo principio di generalità del silenzio assenso sorge per il legislatore la necessità (per la portata innovativa e forse dirompente del nuovo principio) di precisare le esclusioni per materia, come già aveva fatto il legislatore nel nuovo testo dell'art. 19.

Fanno dunque eccezione i procedimenti in materia di patrimonio culturale e paesaggistico, ambiente, difesa nazionale, pubblica sicurezza, immigrazione, salute e pubblica incolumità,

normativa comunitaria, o quelli in cui la legge espressamente attribuisce al silenzio il valore di rigetto o ancora quelli che siano espressamente esclusi con appositi decreti governativi.

Si nota subito che, nel confronto con la DichIA, le esclusioni non riguardano la giustizia e le finanze, in cui quindi il silenzio assenso è in via di principio ammissibile.

Si nota anche che tra le esclusioni non sembra rientrare il permesso di costruire, che non vi è menzionato espressamente e neppure rientra fra i casi in cui la legge qualifica il silenzio come rigetto: è noto infatti che la legge (art. 20 comma 9 del Tued) qualifica il silenzio come rifiuto e non come rigetto. E' dunque legittimo chiedersi se il legislatore abbia voluto introdurre il silenzio assenso anche in materia di permesso di costruire, che di fatto diverrebbe così una specie di doppione della Dia.

Potrebbe ritenersi che la disciplina precedente del permesso di costruire sopravvive alla riforma, in quanto la si assuma non appartenente alle materie di competenza statale esclusiva ma semmai concorrente (governo del territorio ex art. 117 comma 3 Cost., nella accezione datane anche dalla Corte Costituzionale); tuttavia il dubbio resta, atteso che lo Stato ha ritenuto di poter disciplinare con proprie norme (Tued) proprio la materia edilizia e quindi l'odierno testo dell'art. 20 in tale ottica potrebbe ben incidere su tale disciplina statale, con i medesimi effetti del Tued.

Veniamo così ad accennare quello che sembra essere l'aspetto più clamoroso della (improvvisata?) riforma. Del gioco delle inclusioni ed esclusioni, questa volta resta vittima il silenzio rifiuto: dopo aver elencato le sopra riferite materie escluse, la legge aggiunge come esclusione i casi in cui il silenzio è qualificato espressamente come rigetto. Ciò significa che sono invece assorbiti nella disciplina del silenzio assenso anche tutti i casi di silenzio rifiuto che non appartengono a materie escluse nominativamente. Ogni volta quindi che si incontra un silenzio rifiuto, occorre dubitare che esso sia stato trasformato in silenzio assenso. E per sciogliere il doveroso dubbio nel senso della sopravvivenza del silenzio rifiuto, occorrerà accertarsi che si tratti di materia esclusa espressamente dall'art. 20 ovvero di materia esclusa perché non appartenente alla competenza legislativa esclusiva dello Stato (salvo i casi in cui si riscontri una legislazione statale cedevole o altri).

#### 4) Alcune disposizioni particolari.

Il Comma 2 espressamente prevede la possibilità di indire la Conferenza di servizi nell'ambito del procedimento.

Ciò pone il delicato problema di individuare il regime del termine: si applicherà il massimo di 90 giorni previsto dall'art. 2 o si applicheranno i termini molto più complessi ed articolati, previsti dalle varie disposizioni del titolo IV?

Il Comma 3 richiama per il silenzio assenso le disposizioni in materia di autotutela (artt. 21 *quinquies* e 21 *nonies*), già richiamate dall'art. 19 in tema di DichIA, confermando la stretta somiglianza fra silenzio assenso e DichIA.

Il Comma 5 prescrive l'obbligo introdotto dal nuovo art. 10 bis di comunicare preventivamente i motivi che ostano all'accoglimento della domanda. Si tratta di disposizione sostanzialmente inutile, in quanto il silenzio assenso non è un procedimento alternativo, ma è il procedimento ordinario che si conclude in altro modo, e perché l'art. 10 bis si fonda sull'assunto che la amministrazione si accinge ad emanare un provvedimento espresso, che è esattamente "l'altra conclusione" del procedimento, opposta al silenzio assenso.

#### 5) Disposizioni transitorie.

Rimandiamo alla lettura dei commi 6 *quinquies*, *sexies*, *septies* della legge di conversione per la disciplina nella fase transitoria. Essi fanno salvi i regolamenti precedenti fino a quando non

modificati da quelli emanandi (*quinquies*), fanno salvi i procedimenti in corso con ultrattività della normativa precedente (*sexies*) e fissano in 180 giorni un termine generale di conclusione del procedimento per tutte le domande presentate entro novanta giorni dalla entrata in vigore della legge (*septies*).

AVV. Andrea CALZOLAIO