

SCIA, POTERI COMUNALI E POSIZIONE DEL TERZO

§ 1. Premessa; § 2. Il falso; § 3. La posizione del terzo; § 4. I poteri sanzionatori in materia urbanistico-edilizia.

§ 1. Premessa.

L'istituto della segnalazione certificata di inizio attività è disciplinato in linea generale dall'art. 19 della L. n. 241/1990. Norma che ha visto significative modificazioni per effetto dell'art. 6 della L. n. 124/2015 (c.d. Legge Madia) e dell'art. 3 del D.Lgs. n. 126/2016.

Le recenti novelle consegnano all'interprete un panorama normativo in chiaroscuro: se appare evidente la volontà del legislatore di rafforzare la posizione di affidamento in capo al segnalante, quindi la tendenziale stabilità della segnalazione, nei fatti lo scopo non sembra pienamente raggiunto.

Non v'è dubbio circa il fatto che la SCIA non costituisca un provvedimento amministrativo tacito direttamente impugnabile, ma una mera attività del privato interessato. In tal senso, del resto, è il dettato letterale dell'art. 19, comma 6-ter, della L. n. 241/1990.

Una volta ricevuta la segnalazione, l'Ente può, nel termine di sessanta giorni dalla presentazione (trenta in materia edilizia), vietare la prosecuzione dell'attività e rimuovere gli effetti *medio tempore* prodotti o invitare il privato a conformare l'attività - ove possibile - o lasciar decorrere il termine, sì che l'attività possa continuare.

Il potere inibitorio è pieno, se esercitato entro i termini testé citati, ma patisce un affievolimento, ove esercitato una volta che gli stessi siano decorsi.

L'art. 19, comma 4, della L. n. 241/1990 dispone, infatti, che - spirati gli anzidetti termini - l'amministrazione possa assumere i provvedimenti inibitori (ed, eventualmente, ripristinatori) solo ove ricorrano i presupposti di cui all'art. 21-*nonies* della Legge sul procedimento amministrativo.

Il rinvio è ai presupposti dell'autoannullamento. È vero che l'annullamento non può avere cittadinanza in un sistema di SCIA quale non-provvedimento: rispetto alla segnalazione non vi è margine per alcun autoannullamento, difettando in radice il provvedimento, rispetto al quale assumere il *contrarius actus*. È anche vero, però, che il rinvio non è fatto all'annullamento in sé, ma ai suoi presupposti, che vengono mutuati quali condizioni necessarie, affinché il Comune possa inibire l'attività una volta spirati i termini (di sessanta o trenta giorni), entro cui poter esercitare appieno i propri poteri.

Si tratta, però, di un potere inibitorio depotenziato; può essere esercitato solo al ricorrere di tutte le seguenti condizioni, ossia se: (i) non siano ancora decorsi diciotto mesi, da computare a far data dallo spirare del termine (di sessanta o trenta giorni) dalla presentazione della segnalazione al protocollo comunale; (ii) sussista l'interesse

pubblico all'esercizio dei poteri inibitori; (iii) siano stati bilanciati gli interessi del segnalante, dei controinteressati e della pubblica amministrazione.

La SCIA non è, quindi, ontologicamente qualificabile come un provvedimento amministrativo; tuttavia, sulla segnalazione il Comune può intervenire oltre i termini ordinari, esercitando i poteri inibitori al ricorrere dei medesimi presupposti, che caratterizzano il legittimo esercizio dell'autotutela. Si è detto in giurisprudenza che il potere di inibizione tardiva rappresenta un potere residuale di autotutela *sui generis*, atipica, che non implica un'attività di secondo grado rispetto ad un (inesistente) provvedimento, ma che condivide i medesimi presupposti e lo stesso procedimento dell'annullamento (T.A.R. Marche, 7 ottobre 2016, n. 546; T.R.G.A., Bolzano, 18 luglio 2016, n. 233; Cons. St., sez. V, 11 dicembre 2015, n. 5646).

Così, faticosamente, spiegato il ricorso all'annullamento "*travestito*" (così, Cons. St., Commissione Speciale, 30 ottobre 2016, n. 839), per poter incidere tardivamente su un non-provvedimento, qual è la segnalazione, merita indagare se, decorso il termine per agire in via ordinaria ed anche il termine per l'esercizio del potere affievolito, sia ancora esercitabile il potere.

La *ratio legis* di tendenziale stabilità dell'attività segnalata, una volta decorso il termine di sessanta o trenta giorni e comunque di diciotto mesi, imporrebbe la risposta negativa al quesito anzi posto. Ma ciò non è affatto scontato, rimanendo alcuni pertugi, più o meno stretti, nei quali il potere inibitorio comunale si può inserire anche decorsi i diciotto mesi.

§ 2. Il falso.

Il primo caso di estensione dei poteri comunali attiene alla fattispecie della falsa dichiarazione, resa in sede di segnalazione. Falso che costituisce una delle criticità della nuova SCIA, come condivisibilmente sottolineato anche dal Consiglio di Stato nel citato parere n. 839/2016.

In apparenza, invero, il legislatore sembra aver confinato gli effetti del falso entro ambiti angusti, pur avendo inasprito la pena conseguente al delitto di falso in connessione alla segnalazione di inizio attività, punito con la reclusione da uno a tre anni ai sensi dell'art. 19, comma 6, della L. n. 241/1990.

La disciplina del falso è affrontata sia dall'art. 19, comma 3, sia - in modo diametralmente opposto - dall'art. 21, comma 1, sia dall'art. 21-*nonies*, comma 2-*bis*, della L. n. 241/1990.

La prima delle citate norme consente la conformazione dell'attività (con contestuale sospensione dell'attività principiata) "*in presenza di attestazioni non veritiere*". Pertanto, la falsa dichiarazione resa in sede di presentazione della SCIA non scatena *ex se* la reazione inibitoria dell'amministrazione, ma l'invito alla regolarizzazione, ove possibile. In tutta franchezza, sfuggono i casi nei quali si possa conformare il falso, che ha insanabilmente vulnerato il rapporto di fiducia tra amministrazione ed amministrato, fondamento della segnalazione di inizio attività.

Ancor di più, appare eccentrico l'invito alla conformazione, quando l'art. 21, comma 1, secondo periodo, della stessa L. n. 241/1990 (e di poco successivo rispetto all'art. 19) dispone espressamente che: "*In caso di dichiarazioni mendaci o di false attestazioni non è ammessa la conformazione dell'attività*".

Evidente è l'imbarazzo dell'interprete, non risolvibile dando applicazione alla norma posteriore (nuovo testo dell'art. 19, comma 3, introdotto dal D.Lgs. n. 126/2016) e ritenendo implicitamente abrogato l'art. 21, comma 1, della L. n. 241/1990, ma dando un'interpretazione costituzionalmente orientata delle norme in considerazione. I parametri costituzionali interposti, in particolare gli articoli 3 e 97 Costituzione, paiono convergere verso un'ermeneutica, che faccia salvo il potere comunale di inibire l'attività iniziata sulla base di una falsa dichiarazione, non potendosi regolarizzare il mendacio. Diversamente opinando, si andrebbe in risonanza sia con il rigore dello stesso legislatore, che ha inasprito la pena per l'ipotesi di falso a corredo della segnalazione (art. 19, comma 6), sia con il principio generale desumibile dall'art. 75 del D.P.R. n. 445/2000, che dispone la decadenza da ogni beneficio per chi abbia dichiarato il falso.

Se, in apparenza, il falso non impedisce la conformazione (tesi che, come visto, non merita condivisione), rende anche assai difficile l'inibizione dell'attività una volta decorsi i diciotto mesi; ma anche in questo caso non è come sembra.

Il previgente (rispetto alla L. n. 124/2015) art. 19, comma 3, ultima frase, della L. n. 241/1990 disponeva che in caso di dichiarazioni false l'amministrazione potesse in ogni tempo assumere i provvedimenti di inibizione dell'attività.

La Legge Madia ha riformato l'art. 19, comma 3, ultima frase, che nel nuovo testo ha perso ogni riferimento alla possibilità di esercitare il potere inibitorio in ogni tempo nel caso di mendacio.

È vero che l'art. 19, comma 4, della L. n. 241/1990 consente l'inibizione dell'attività anche decorsi i termini di sessanta o trenta giorni, ma ciò è possibile fare solo entro i limiti di cui all'art. 21-*nonies*, come visto. Norma che è stata del pari novellata dalla L. n. 124/2015, con l'inserimento del nuovo comma 2-*bis*; in caso di falso si può annullare d'ufficio in ogni tempo il provvedimento, solo però ove il falso derivi da condotta costituente reato, accertato con sentenza passata in cosa giudicata.

Il panorama normativo consegna, quindi, all'interprete una tutela apparentemente "spuntata" avverso il mendacio: consente l'annullamento del provvedimento in ogni tempo, ma con il rilevante limite dell'accertamento del falso per il tramite di una sentenza del giudice penale passata in giudicata. Una volta decorsi sessanta o trenta giorni dalla segnalazione, quindi, la repressione del mendacio tramite l'esercizio del potere inibitorio parrebbe di fatto impossibile, perché l'art. 21-*nonies*, comma 2-*bis*, ammette l'esercizio dei poteri inibitori solo se il mendacio risulti accertato con sentenza di condanna passata in giudicato.

La situazione è complicata dal fatto che l'art. 6, comma 1, lett. b), punto 2), della L. n. 124/2015 ha espressamente abrogato l'art. 21, comma 2, della L. n. 241/1990, che estendeva anche alla SCIA le sanzioni previste in caso di svolgimento dell'attività in mancanza dei requisiti richiesti o in contrasto con la normativa vigente.

Risulta, quindi, in apparenza un sistema per cui il mendacio non troverebbe possibilità di repressione, decorsi i sessanta o trenta giorni dalla presentazione della segnalazione.

Per il vero, da un lato, l'art. 19, comma 4, della L. n. 241/1990 rinvia all'art. 21-*nonies*, ed anche al suo comma 2-*bis*, dall'altro, la norma da ultimo citata consente l'esercizio del potere inibitorio, se il mendacio è stato accertato con sentenza passata in giudicato, facendo, però, fa salvo il capo VI del D.P.R. n. 445/2000 e, con esso, l'art. 75, norma di

portata generale, che impedisce il prodursi di effetti favorevoli in capo a chi abbia reso false dichiarazioni.

È vero che l'art. 75 del D.P.R. n. 445/2000 fa riferimento al provvedimento amministrativo (e tale la SCIA non è), ma è altrettanto vero che all'art. 75 rinvia espressamente l'art 21-*nonies*, comma 2-*bis*, al quale rinvia a sua volta l'art. 19, comma 4, di talché anche alla SCIA (meglio, al potere di inibizione dell'attività principiata con la segnalazione) si applicano - spirati i termini entro i quali sono esercitabili in via ordinaria i poteri inibitori - non solo i principi dell'autoannullamento, ma anche quelli rinvenibili nell'art. 75 del D.P.R. n. 445/2000, fatti espressamente salvi dallo stesso art. 21-*nonies*, comma 2-*bis*. In forza del citato gioco di rinvii, il potere di inibizione si applica anche decorsi i diciotto mesi, il mendacio impedendo il conseguimento del risultato utile, cui è sottesa la SCIA, senza necessità di previa sentenza di condanna passata in giudicato.

Tale prospettazione consente, quindi, al Comune di esercitare il potere inibitorio - relativamente all'attività principiata con la segnalazione affetta da mendacio - in ogni tempo ed a prescindere dall'accertamento del falso con sentenza passata in giudicato.

La conseguenza sotto il profilo esegetico - va detto - è rappresentata dalla sostanziale inutilità del riferimento alla garantistica necessità della previa sentenza d'accertamento del falso, passata in giudicato, e dal venir meno del termine dei diciotto mesi in caso di mendacio, con la conseguente frustrazione del regime di tendenziale stabilità della segnalazione, francamente giustificabile in ragione del falso, che ha minato il paradigma fiduciario sottostante all'istituto della SCIA.

§ 3. La posizione del terzo.

L'art. 19, comma 6-*ter*, della L. n. 241/1990 ha positivizzato la tutela indiretta del terzo, che si ritenga leso dalla segnalazione: egli non può impugnare alcunché, stante la natura della SCIA quale atto del privato e non quale provvedimento tacito, ma può sollecitare l'esercizio delle verifiche spettanti all'amministrazione. Ove essa rimanga inerte, il terzo potrà esercitare l'azione avverso il silenzio inadempimento, ai sensi degli articoli 31 e 117 c.p.a.-

In questo senso v'è da chiedersi se i diciotto mesi - dati come spartiacque insuperabile dal nuovo art. 21-*nonies* della L. n. 241/1990 - siano invalicabili solo in ipotesi di azione dell'amministrazione iniziata d'ufficio, o anche in ipotesi di sollecitazione da parte del terzo.

Appare difficile distinguere le due fattispecie e sottoporle a discipline differenti, senza vulnerare il principio di logicità ed uguaglianza di cui all'art. 3 della nostra Costituzione.

In altri termini, per ragioni di stabilità, certezza degli effetti giuridici scaturiti dalla SCIA e tutela dell'affidamento in capo al segnalante, il legislatore ha deciso di comprimere il potere di reazione della pubblica amministrazione, che da pieno (se esercitato entro i sessanta o trenta giorni dalla segnalazione), diventa affievolito (se esercitato dopo i termini anzidetti ma entro i diciotto mesi), per poi - decorsi i diciotto mesi - venire meno.

Ora, se il potere inibitorio viene meno, significa che esso non può essere esercitato dall'amministrazione, a prescindere dal fatto che essa operi d'ufficio o su segnalazione

del privato, ch  - tra l'altro - quest'ultima opzione non si distingue dalla prima, se non quanto ad iniziativa. Pertanto, se il provvedimento di inibizione non pu  essere assunto, ci  vale ove esso consegua sia all'attivit  di controllo dell'amministrazione, sia alla sollecitazione del terzo. Il tema, infatti, attiene alla sussistenza del potere inibitorio, che o c'  o non c'  una volta decorsi i diciotto mesi (e normativamente non c' ), indipendentemente dal fatto che l'amministrazione si attivi d'ufficio o su denuncia del terzo.

Invero, recente giurisprudenza (T.A.R. Veneto, sez. II, 12 ottobre 2015, n. 1039) si   attestata su posizioni contrarie, ritenendo che oltre al potere di intervento d'ufficio, entro i termini e con le modalit  anzi viste, sussista l'autonomia e diversa fattispecie (data dall'art. 19, comma 6-ter, della L. n. 241/1990), costituente l'obbligo in capo all'amministrazione di provvedere su richiesta di terzi anche oltre i termini di cui agli articoli 19, commi 3 e 4. In particolare, il Giudice amministrativo ritiene che la tendenziale stabilit  del titolo abilitativo non possa spingersi - secondo una prospettiva ermeneutica costituzionalmente orientata - sino al sacrificio dei principi di pienezza ed effettivit  della tutela giurisdizionale del terzo, positivizzati negli articoli 24, 111 e 113 della Costituzione.

L'argomentare della giurisprudenza muove dalla tutela indiretta del terzo, che pu  solo sollecitare l'intervento dell'amministrazione, la quale per  - ove attivata successivamente allo scadere dei termini di cui all'art. 19, commi 3 e 4 - non deve incontrare gli stessi limiti, che avrebbe ove agisse d'ufficio, merc  l'irrimediabile sacrificio della tutela giurisdizionale del terzo.

Resta ancora da trovare una posizione di equilibrio tra il segnalante ed i terzi, perch  accogliendo la tesi dalla consumazione d'ogni potere in capo all'amministrazione una volta spirati i diciotto mesi, la tutela del terzo sarebbe molto difficile; secondo la tesi opposta, decorsi i diciotto mesi la tutela del terzo sarebbe piena (sempre per  con gli altri limiti di cui all'art. 21-nonies) ed esercitabile potenzialmente *sine die*; anche se, pi  passa il tempo, pi  difficile   per l'amministrazione sostenere l'interesse pubblico prevalente e condurre un bilanciamento tra l'affidamento ingenerato in capo al segnalante, l'interesse pubblico leso e l'interesse del terzo, tale da dare prevalenza a questi ultimi due.

Come nel caso del falso, quindi, seguendo la prospettazione giurisprudenziale citata, il potere di inibizione comunale resisterebbe una volta spirato il termine dei diciotto mesi, nel caso in cui detto potere venisse sollecitato dal terzo controinteressato.

In tal modo la posizione di affidamento del segnalante evidentemente scricchiola e lo scricchiolio   accentuato dal fatto che la sollecitazione del terzo non soggiace a limiti temporali, cos  come, in tesi, il conseguente potere inibitorio comunale.

  evidente, per concludere sul tema del rapporto tra segnalante e terzi, che l'effettiva tutela di questi ultimi e l'esigenza di certezza del segnalante debbano ancora trovare equilibrata composizione, che, secondo il Consiglio di Stato (parere n. 839/2016), potrebbe essere data da una forma di tutela speciale basata sull'azione di accertamento - sottoposta ad un termine certo - circa l'assenza dei requisiti di legge per l'esercizio dell'attivit  oggetto di segnalazione.

§ 4. I poteri sanzionatori in materia urbanistico-edilizia.

Si è visto, quindi, come nel caso del falso e della tutela del terzo il principio di tendenziale stabilità della posizione del segnalante patisca qualche sussulto.

Al di là delle ipotesi sopra esaminate, v'è da chiedersi se, decorsi i termini per agire in via ordinaria da parte dell'amministrazione, residui in capo ad essa un qualche potere, che prescinda dall'art. 21-*nonies*, quindi dai termini e dai presupposti dell'annullamento o che superi il termine dei diciotto mesi e le condizioni per l'autoannullamento.

In materia urbanistico-edilizia, in particolare, può essere sostenibile che sussista, comunque, in capo al Comune il potere di vigilanza e di repressione degli abusi edilizi, di talché l'immobile trasformato in forza di una SCIA, ma in contrasto con le norme o con gli strumenti urbanistici, è affetto da abuso. Donde il potere-dovere dell'amministrazione di reprimere l'abuso sempre e comunque, salvi i limiti individuati da parte di taluna giurisprudenza in tema di abusi risalenti nel tempo: *"In tali casi, infatti, per il lungo lasso di tempo trascorso dalla commissione dell'abuso ed il protrarsi dell'inerzia dell'amministrazione preposta alla vigilanza, si ritiene che si sia ingenerata una posizione di affidamento nel privato, in relazione alla quale l'esercizio del potere repressivo è subordinato ad un onere di congrua motivazione che, avuto riguardo anche all'entità e alla tipologia dell'abuso, indichi il pubblico interesse, evidentemente diverso da quello del ripristino della legalità, idoneo a giustificare il sacrificio del contrapposto interesse privato"*. (T.R.G.A. Bolzano, 30 giugno 2016, n. 217; nello stesso senso, Cons. Stato, Sez. VI, n. 1393/2016; Sez. VI, n. 2512/2015).

Nel caso della SCIA, inoltre, non vi sarebbe neppure il problema di dover annullare il provvedimento autorizzatorio, ché nel paradigma procedimentale specifico la segnalazione non costituisce un provvedimento.

Pertanto, in forza del potere-dovere generale in capo al Comune, dato dall'art. 27 del D.P.R. n. 380/2000, nonché dall'art. 31, comma 6, della medesima fonte - Testo Unico fatto salvo anche dall'art. 19, comma 6-*bis*, nonché dall'art. 21, comma 2-*bis*, della L. n. 241/1990 - è stato sostenuto permangano in capo all'Ente locale i poteri di vigilanza e repressione degli abusi edilizi (TAR Veneto, sez. II, 25 febbraio 2016, n. 211; *id.*, 22 luglio 2016, n. 861). Ancor più di recente, la tesi dell'esercizio dei poteri comunali di vigilanza e di repressione degli abusi edilizia è stata ripresa anche da T.A.R. Marche, 7 ottobre 2016, n. 546.

In sintesi, la tutela dell'affidamento in capo al segnalante, *fil rouge* della riforma Madia, cede il passo nelle ipotesi di falso, rispetto al terzo che voglia tutelare i propri diritti ed interessi e riguardo al potere comunale di vigilanza urbanistico-edilizio e di repressione degli abusi edilizi.

Padova, 21 ottobre 2016 – per www.italiaius.it

Alessandro Veronese
(Avvocato in Venezia e Padova)