



Poteri sostitutivi e autotutela

A cura della Direzione Legislazione Mercato Privato

26 gennaio 2016

Premessa

Gli ultimi anni sono stati caratterizzati da incisivi interventi legislativi con cui si è tentato di semplificare il difficile rapporto con la pubblica amministrazione.

Sono stati modificati istituti di particolare rilievo finalizzati da un lato ad accelerare i tempi di conclusione dei procedimenti e dall'altro a responsabilizzare maggiormente l'operatività della macchina amministrativa.

Tra questi particolare rilievo assumono i temi relativi all'attivazione dei poteri sostitutivi con le conseguenti ricadute sulla responsabilità dell'autore del comportamento omissivo, alla previsione del danno o dell'indennizzo da ritardo nella conclusione del procedimento fino alle recenti modifiche in tema di autotutela amministrativa e silenzio della pubblica amministrazione.

La legge 241/90, cuore della disciplina del procedimento amministrativo, è stata, infatti, dal 2009 ad oggi più volte modificata con l'intento di raggiungere l'obiettivo di una migliore efficienza amministrativa.

Da ultimo è intervenuta la Legge 124/2015 che rappresenta l'ulteriore strada finalizzata ad agevolare i rapporti della pubblica amministrazione con i cittadini e le imprese.

Con tale ultimo provvedimento sono state introdotte numerose deleghe al fine di "riformare" il settore della pubblica amministrazione nonché previste norme di immediata applicazione volte a semplificare il procedimento amministrativo.

Tra queste le modifiche in tema di autotutela amministrativa (in generale e con particolare riguardo alla Scia) e di silenzio assenso.

Con il presente elaborato si intende fornire un quadro di alcune novità che si sono succedute in questi anni con particolare riferimento al tema degli strumenti a disposizione del privato in caso di inerzia della pubblica amministrazione (poteri sostitutivi, risarcimento del danno, indennizzo) e dell'autotutela amministrativa.

Poteri sostitutivi

• *Qual è la normativa di riferimento?*

La disciplina dei poteri sostitutivi è contenuta nell'art. 2, commi 9-bis, 9-ter, 9-quater e 9-quinquies della Legge 241/90 ed è entrata in vigore il 10 febbraio 2012 con l'approvazione del Decreto Legge del 9 febbraio 2012, n. 5 (*Disposizioni urgenti in materia di semplificazione e di sviluppo*) convertito in legge 35/2012. Successivamente è intervenuto il Decreto Legge 83/2012, convertito in legge 134/2012, che ha apportato ulteriori modifiche sostituendo gli originari commi 8 e 9 dell'art. 2 della Legge 241/90 con gli attuali commi 9-bis, 9-ter, 9-quater e 9-quinquies.

• *A cosa serve?*

Ai sensi dell'art. 2, comma 1, della Legge 241/90 le pubbliche amministrazioni hanno il dovere di concludere il procedimento con l'adozione di un provvedimento espresso. L'attivazione dei poteri sostitutivi è stata introdotta come strumento per superare l'inerzia dell'amministrazione pubblica nella conclusione di un procedimento amministrativo. Si tratta di un rimedio "facoltativo" previsto a favore dell'interessato prima di intraprendere un ricorso avverso il silenzio della pubblica amministrazione e, come tale, nasce con l'obiettivo di deflazionare i contenziosi amministrativi. In pratica il potere resta in capo ai vertici della stessa amministrazione che sostanzialmente si "sostituiscono" al soggetto che è tenuto a concludere il relativo procedimento.

• *Chi detiene il potere sostitutivo?*

La normativa (comma 9bis dell'art. 2 della L.241/90) prevede che il soggetto a cui attribuire il potere sostitutivo in caso di inerzia sia individuato dall'organo di governo "nell'ambito delle figure apicali dell'amministrazione".

Solo nel caso in cui detto organo ometta di provvedere alla nomina, il potere sostitutivo si considera attribuito al dirigente generale o, in mancanza, al dirigente preposto all'ufficio o, ancora, in mancanza, al funzionario di più elevato livello presente nell'amministrazione.

L'indicazione del soggetto a cui è attribuito il potere sostitutivo è, per ogni procedimento, pubblicato sul sito internet istituzionale dell'amministrazione.

• *Come si attiva il potere sostitutivo?*

Decorso inutilmente il termine previsto per la conclusione del procedimento il privato “può” rivolgersi al responsabile come individuato dall’organo preposto.

Il termine entro il quale esperire tale azione è dalla legge individuato nella “metà di quello originariamente previsto”.

La figura investita della competenza sostituiva potrà esercitare direttamente la funzione emanando il provvedimento omissivo oppure potrà designare un Commissario.

- ***Quali conseguenze incorre il soggetto inadempiente?***

La mancata o la tardiva emanazione del provvedimento costituisce sia elemento di valutazione della performance individuale sia responsabilità disciplinare e amministrativo contabile del dirigente e del funzionario inadempiente.

- ***Il potere sostitutivo si applica nel procedimento di rilascio del permesso di costruire?***

Con il decreto Legge 70/2011, convertito in legge 106/2011, è stato introdotto il silenzio-assenso qualora sia decorso inutilmente il termine per l’adozione del provvedimento conclusivo che sostituisce il precedente regime basato sul silenzio-rifiuto. Il silenzio-assenso, è stato specificato, non si applica nei casi in cui sussistono vincoli ambientali, paesaggistici o culturali. In questi casi, il decreto legge 69/2013, convertito in legge 98/2013, ha chiarito che il procedimento debba sempre concludersi con un provvedimento espresso e si applica quanto previsto nell’art. 2 della Legge 241/90¹. La norma richiamando tale disposizione implica in questo caso l’applicazione del procedimento previsto in tema di poteri sostitutivi. La normativa prevista all’art. 2 della Legge 241/90 deve comunque essere letta insieme all’articolo 21 del Dpr 380/2001 che demanda alle Regioni il potere di individuare con proprie leggi forme e modalità per l’eventuale esercizio del potere sostitutivo nei confronti dell’ufficio dell’amministrazione comunale competente per il rilascio del permesso di costruire. Si evidenzia, inoltre, che l’art. 20, comma 9, del Dpr 380/2001 prevede che per gli immobili sottoposti a vincolo paesaggistico si applichi l’art. 146 del Dlgs 42/2004. In particolare, l’articolo 146, comma 10, del Dlgs 42/2004, stabilisce che decorso inutilmente il termine entro il quale l’amministrazione competente deve rilasciare l’autorizzazione paesaggistica, l’interessato ha facoltà di richiedere

¹ Si evidenzia che al Consiglio dei Ministri del 20/01/2016 è stato approvato lo schema di Decreto Legislativo che riforma la conferenza di servizi. In particolare sono state apportate delle modifiche anche ad alcune norme contenute nel Dpr 380/2001 al fine di coordinare la nuova normativa della conferenza di servizi con le disposizioni previste nell’ambito del rilascio del permesso di costruire. Tra queste si segnala l’abrogazione della norma contenuta nel comma 9 dell’art. 20 del Dpr 380/2001 che prevede il rilascio del provvedimento espresso in caso di immobili soggetti a vincoli ambientali, paesaggistici o culturali. L’iter del Decreto Legislativo prevede ora che sia trasmesso alle Camere per l’espressione dei pareri delle Commissioni Parlamentari competenti le quale devono pronunciarsi entro 60 giorni.

l'autorizzazione in via sostitutiva alla Regione la quale vi provvede direttamente o nominando un commissario ad acta entro sessanta giorni dalla relativa richiesta.

Danno da ritardo

• *Qual è la normativa di riferimento?*

L'art. 2 bis della legge 241/1990, introdotto dalla legge 69/2009, prevede l'obbligo di risarcimento a carico delle pubbliche amministrazioni per il danno ingiusto cagionato in conseguenza dell'"inosservanza dolosa o colposa" del termine di conclusione del procedimento.

• *Cosa si deve provare per avere il risarcimento del danno?*

La norma contenuta nell'art.2 bis non comporta il diritto al risarcimento del danno per il cd. "mero ritardo". L'illecito è, infatti, costituito da una condotta omissiva individuata nell'inosservanza dei termini del procedimento "colposa o dolosa" che abbia causato al privato un "danno ingiusto". E' quindi necessario dar prova specifica degli elementi costitutivi della fattispecie e dei danni. La giurisprudenza sul punto ha affermato che incombe sul danneggiato la prova di tutti gli elementi costitutivi della relativa domanda ossia, oltre al danno, l'elemento soggettivo del dolo o della colpa dell'Amministrazione ed il nesso di causalità tra danno ed evento (Tar Lecce, sez. III , 15/01/2014, n. 112; Consiglio di Stato, sez. V , 13/01/2014, n. 63; Consiglio di Stato, sez. IV , 07/03/2013, n. 1406; T.A.R. Milano, sez. II, 20/11/2013, n. 2560). Bisogna, comunque, distinguere tre diverse situazioni:

- *Ipotesi di un ritardo che si conclude con un provvedimento favorevole*

In questi casi la pubblica amministrazione emette un atto favorevole senza però rispettare i termini di conclusione del procedimento con un provvedimento tardivo. In questo caso si potrebbe richiedere il risarcimento per il danno che è stato cagionato nel ritardo rispetto al termine conclusivo del procedimento.

- *Ipotesi di un ritardo che si conclude con un provvedimento sfavorevole*

Nel caso in cui l'amministrazione emetta in ritardo un provvedimento dal contenuto sfavorevole gli orientamenti della giurisprudenza sono difformi. Alcune sentenze ammettono la risarcibilità del danno anche se il procedimento non si sia concluso e l'esito possa essere negativo. In questi casi ad esempio si è affermato che il tempo costituisce "un bene della vita" che può essere oggetto di risarcimento prescindendo dall'accertamento della spettanza di un provvedimento favorevole, soprattutto quanto si tratta di attività economiche (tra le tante Consiglio di Stato n. 468/2014; n. 4452/2013; n. 3405/2013). Altre, invece, affermano l'irrisarcibilità del danno da ritardo se non accompagnato dall'accertamento della spettanza del bene della vita richiesto ossia dell'adozione del provvedimento favorevole (tra queste si segnalano Cons. Stato n. 2899/2013; n. 1406/2013; Tar Lazio n. 7386/2013 etc). In questi casi

l'interessato dovrà impugnare l'atto e solo nel caso in cui il giudice riconosca la fondatezza della relativa istanza si potrà richiedere il risarcimento del danno da ritardo.

- *Ipotesi di silenzio dell'amministrazione*

Nel caso in cui l'amministrazione rimanga inerte e non emani alcun provvedimento l'interessato dovrà ricorrere avverso il silenzio e chiedere l'accertamento dell'obbligo dell'amministrazione di provvedere. Contestualmente è possibile anche richiedere l'azione di risarcimento del danno.

• *Quale giudice è competente e quando può essere proposta?*

L'art. 133, comma 1, lettera a) del Dlgs 104/2010 (Codice del processo amministrativo) attribuisce alla cognizione esclusiva del giudice amministrativo le controversie in materia di risarcimento del danno ingiusto da ritardo.

In relazione ai termini per proporre la domanda di risarcimento del danno derivante dall'inosservanza dolosa o colposa del termine di conclusione del procedimento, l'articolo 31, comma 2, del Dlgs 104/2010 (Codice del processo amministrativo) prevede che l'azione possa essere proposta fintanto che perdura l'inadempimento e, comunque, non oltre un anno dalla scadenza del termine di conclusione del procedimento.

Indennizzo da ritardo nella conclusione del procedimento

• Qual è la normativa di riferimento?

L'art. 28 del Decreto Legge 69/2013, convertito in Legge 98/2013 (Cd. Decreto del Fare) ha introdotto la normativa relativa al diritto di un indennizzo in caso di ritardo della conclusione del procedimento. La relativa disciplina è contenuta in tale articolo nonché nelle Linee guida predisposte dalla Direttiva della Presidenza del Consiglio dei Ministri, Dipartimento Funzione Pubblica, del 9 gennaio 2014 .

Il decreto legge 69/2013, come convertito in legge, ha anche aggiunto un nuovo comma all'art. 2bis della Legge 241/90 (il comma 1bis) con cui si prevede che, fatto salvo quanto previsto in tema di risarcimento del danno e ad esclusione delle ipotesi di silenzio qualificato e dei concorsi pubblici, *“in caso di inosservanza del termine di conclusione del procedimento ad istanza di parte, per il quale sussiste l'obbligo di pronunziarsi, l'istante ha diritto di ottenere un indennizzo per il mero ritardo alle condizioni e con le modalità stabilite dalla legge o, sulla base della legge, da un regolamento emanato ai sensi dell'articolo 17, comma 2, della legge 23 agosto 1988, n. 400”*. In tal caso le somme corrisposte o da corrispondere a titolo di indennizzo sono detratte dal risarcimento”.

Ad oggi non è ancora stata emanata nessuna legge né un regolamento. Ne consegue che tale disposizione richiamando le “condizioni e modalità stabilite dalla legge” deve intendersi riferita solo a quanto previsto dall'articolo 28 del decreto legge 69/2013.

• Quando e a chi si applica?

Le disposizioni previste nell'art. 28 si applicano **in via sperimentale e dalla data di entrata in vigore della legge di conversione ossia dal 21 agosto 2013** solo ai procedimenti amministrativi relativi **all'avvio e all'esercizio dell'attività di impresa** iniziati successivamente a detta data.

Le norme relative al riconoscimento di un indennizzo, quindi, non si applicano a tutti i procedimenti amministrativi.

Si deve trattare di un procedimento amministrativo iniziato ad istanza di parte per il quale sussiste l'obbligo di pronunciarsi da parte della Pubblica Amministrazione.

La norma, pertanto, esclude i casi di silenzio qualificato (silenzio-assenso, silenzio-rigetto) e dei concorsi pubblici. Secondo quanto riportato anche dalla Direttiva del 9 gennaio 2014 l'indennizzo non è applicabile nelle ipotesi di denuncia di inizio attività o segnalazione certificata di inizio attività anche se relative all'esercizio dell'attività di impresa. Si evidenzia che la Regione Umbria (art. 23 Lr 8/2011) aveva già emanato una normativa con cui si prevede l'indennizzo da ritardo in una misura

giornaliera maggiore (70,00 euro per ogni giorno di ritardo) e fino a un massimo di 2.000,00 euro) fatto salvo l'eventuale risarcimento del danno come ulteriore somma a cui l'istante avrà diritto.

Le norme previste dall'art. 28 hanno carattere “**sperimentale**”. Al comma 12, del Decreto Fare si prevede, infatti, che “*decorsi diciotto mesi dall'entrata in vigore della legge di conversione del decreto*” e sulla base di un monitoraggio relativo alla sua applicazione, con regolamento, su proposta del Ministro per la pubblica amministrazione e la semplificazione, di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze, sentita la Conferenza unificata, sono stabiliti la “*conferma, la rimodulazione, anche con riguardo ai procedimenti amministrativi esclusi, o la cessazione delle disposizioni del presente articolo, nonché eventualmente il termine a decorrere dal quale le disposizioni ivi contenute sono applicate, anche gradualmente, ai procedimenti amministrativi diversi da quelli individuati*” dalla norma.

Il termine dei 18 mesi è scaduto nel febbraio del 2014 e nessuna attività di monitoraggio risulta esser stata effettuata sulla base della quale doveva essere emanato il regolamento che doveva confermare, estendere o eliminare le relative disposizioni.

• ***In cosa consiste l'indennizzo?***

Si prevede che in caso di inosservanza del termine di conclusione del procedimento all'interessato deve essere corrisposto un indennizzo per il mero ritardo nella misura di 30,00 euro per ogni giorno di ritardo, decorrenti dalla data di scadenza del termine per la conclusione del procedimento, per un importo massimo di 2000,00 euro. L'indennizzo, diversamente dal risarcimento del danno, è una forma di ristoro per un pregiudizio subito che non è conseguente ad un atto illecito e non necessita della dimostrazione colposa o dolosa del comportamento.

- ***Quale procedura bisogna seguire per avere l'indennizzo?***

Sotto un profilo procedurale l'istante al fine di ottenere l'indennizzo dovrà:

-azionare il potere sostitutivo previsto dall'art. 2, comma 9-bis della Legge 241/90, entro **il termine perentorio di 20 giorni** dalla scadenza del termine di conclusione del procedimento;

-proporre ricorso avverso il silenzio (art. 117 codice processo amministrativo) o, se vi sussistono i presupposti, presentare decreto ingiuntivo (art. 118 codice processo amministrativo), se il titolare del potere sostitutivo non emana il relativo provvedimento nel termine o non liquida l'indennizzo. Nel giudizio avverso il silenzio può essere proposto congiuntamente anche la domanda per ottenere l'indennizzo.

Si evidenzia che il comma 5 prevede che, in caso di ricorso, il contributo unificato (da versare al Tribunale per avviare il giudizio) è ridotto alla metà. Tuttavia, il

successivo comma 6 dispone che, nei casi in cui il ricorso sia dichiarato inammissibile o respinto in relazione all'inammissibilità o manifesta infondatezza, il ricorrente è condannato a pagare in favore del resistente una somma compresa tra due volte e quattro volte il contributo unificato.

Poteri di autotutela

- *Cosa sono?*

L'autotutela amministrativa è l'insieme dei poteri che la Pubblica Amministrazione può esercitare successivamente all'emanazione di un atto o di un provvedimento amministrativo per modificare, in senso migliorativo o peggiorativo, le determinazioni precedentemente rese e ciò in funzione della specifica sussistenza di un tassativo interesse pubblico, principale presupposto che giustifica l'esercizio dell'autotutela. Si tratta di provvedimenti di secondo grado che incidono su provvedimenti della pubblica amministrazione già adottati. In via generale, le più importanti forme di manifestazione dell'autotutela amministrativa, sono:

- l'annullamento d'ufficio
- la revoca

- *In cosa consiste l'annullamento d'ufficio e dove si trova la normativa di riferimento?*

L'articolo 21 nonies della Legge 241/90 disciplina l'annullamento d'ufficio. La normativa è stata recentemente modificata prima dal decreto legge 133/2014, convertito in Legge 164/2014 (cd. Sblocca cantieri) e più recentemente dalla Legge 124/2015.

Con l'annullamento d'ufficio la pubblica amministrazione elimina con effetti retroattivi (ex tunc) un precedente provvedimento ritenuto illegittimo ai sensi dell'articolo 21 octies della Legge 241/90 ossia adottato in violazione di legge o viziato da eccesso di potere o da incompetenza.

- *Quali sono i presupposti per procedere all'annullamento?*

Sono tre i presupposti per l'esercizio del potere di autotutela:

- l'illegittimità del provvedimento amministrativo (violazione di legge, eccesso di potere, incompetenza);
- la sussistenza di un interesse pubblico da ritenere prevalente rispetto a quello al mantenimento dell'atto;
- l'esercizio entro un termine ragionevole, che non superi i **18 mesi** dal momento dell'adozione dei provvedimenti di autorizzazione o di attribuzione di vantaggi economici;
- la necessità di tener conto degli interessi dei destinatari e dei controinteressati.

Il termine di 18 mesi (recentemente introdotto dalla Legge 124/2015) non si applica in caso di provvedimenti conseguiti sulla base di condotte costituenti reato che abbiano determinato un falso presupposto per l'assunzione del provvedimento e

siano state accertate con sentenza passate in giudicato. In questo caso i provvedimenti possono essere annullati anche dopo la scadenza del termine.

Come si applica l'annullamento nei titoli edilizi?

- Permesso di costruire

Il permesso di costruire o il silenzio assenso formatosi sulla relativa domanda possono essere annullati secondo le regole contenute nell'articolo 21 *nonies* della Legge 241/90 e quindi:

-se vi sono vizi di legittimità;

-per la sussistenza di ragioni di interesse pubblico;

-si sia tenuto conto della valutazione degli interessi dei destinatari e dei controinteressati;

-se l'annullamento avvenga entro il termine di 18 mesi (salvo le condotte false di reato).

Il termine di 18 mesi è stato introdotto recentemente dalla Legge 124/2015.

In merito alla sua decorrenza è necessario tener conto di quanto stabilito dalla Legge 241/90 la quale prevede che i 18 mesi siano calcolati dal momento "dell'adozione dei provvedimenti di autorizzazione o di attribuzione di vantaggi economici".

Nel caso del permesso di costruire si dovrà far riferimento alla data di adozione del provvedimento (in caso di provvedimento espresso) o al momento in cui si sia formato il silenzio assenso.

L'annullamento dovrà tener conto oltre che dell'illegittimità dell'atto, della valutazione dell'interesse pubblico che oltre ad essere concreto ed attuale dovrà essere prevalente rispetto agli altri interessi coinvolti tra cui il legittimo affidamento dell'atto medesimo.

Prima dell'entrata in vigore del termine di 18 mesi la legge parlava solo di "termine ragionevole". Con riferimento al permesso di costruire la giurisprudenza ha sempre ritenuto illegittimo l'annullamento di un permesso che per effetto del decorso di un rilevante arco temporale abbia ingenerato un legittimo affidamento e determinato una consolidata situazione.

Al riguardo si segnala la sentenza del Consiglio di Stato n. 5625/2015 che ha ritenuto illegittimo l'annullamento di una concessione in sanatoria rilasciata 13 anni prima. In particolare la sentenza ha ritenuto applicabile in via interpretativa il nuovo termine di 18 mesi anche se la fattispecie riguardava un provvedimento adottato prima delle modifiche apportate dalla Legge 124/2015 affermando che anche nel caso in cui la norma non sia applicabile *ratione temporis* essa in ogni caso rileva ai fini interpretativi e ricostruttivi del sistema degli interessi rilevati.

- Segnalazione certificata di inizio attività/denuncia di inizio attività

L'articolo 19 della Legge 241/90 contiene la disciplina di riferimento della SCIA che dal 2010 ha sostituito la DIA fatta eccezione per la Denuncia di inizio attività in alternativa al permesso di costruire. In quest'ultimo caso per l'applicazione della relativa normativa si dovrà tener conto sia delle norme contenute nell'art. 19 della Legge 241/90 sia di quelle previste nel DPR 380/2001 ossia, in particolare, dell'art. 23. Prima il Decreto Legge 133/2014 (Cd. Sblocca cantieri) e poi la Legge 124/2015 sono intervenute a modificare la relativa disciplina.

(Di seguito si terrà conto solo della normativa come attualmente vigente in seguito alle novità introdotte dalla Legge 124/2015 che ha rimodificato quanto precedentemente previsto dal Decreto Legge 133/2014).

In caso di SCIA/DIA la nuova procedura prevede che:

- in caso di carenza dei presupposti e dei requisiti necessari per iniziare l'attività entro 30 giorni dalla presentazione dell'istanza la pubblica amministrazione può intervenire adottando motivati provvedimenti di divieto di prosecuzione dell'attività e di rimozione degli eventuali effetti dannosi salvo il caso in cui sia possibile conformare l'attività intrapresa alla normativa vigente. In tal caso l'amministrazione, con atto motivato, invita il privato a provvedere, prescrivendone le misure necessarie, entro il termine non inferiore a 30 giorni. Nel frattempo l'attività rimane sospesa. In caso di mancata adozione delle relative misure prescritte, decorso tale ultimo termine, l'attività si intende vietata;

- decorsi i 30 giorni l'amministrazione può sempre adottare i provvedimenti inibitori e ripristinatori se sussistono le condizioni di legge previste per l'annullamento d'ufficio ossia se:

- sussistono ragioni di interesse pubblico;

- sono stati contemperati gli interessi coinvolti;

- si sia tenuto conto della valutazione degli interessi dei destinatari e dei controinteressati;

- non siano trascorsi 18 mesi "*dall'adozione dei provvedimenti di autorizzazione o di attribuzione di vantaggi economici*".

In pratica per la SCIA/DIA non è più possibile adottare atti in via di autotutela (andando così a risolvere un problema interpretativo dell'annullamento di un atto non avente natura provvedimentoale come la SCIA/DIA) ma decorsi i 30 giorni potranno essere adottati i provvedimenti inibitori e ripristinatori solo se sussistono interessi ulteriori rispetto a quello della mera legalità. Tali provvedimenti non potranno mai superare i 18 mesi. Dopo, pertanto, i 18 mesi l'amministrazione non ha nessun potere di intervenire salvo alcuni casi (di cui si parlerà dopo). In merito alla decorrenza dei 18 mesi il *dies a quo* si ritiene che debba essere individuato nella scadenza dei 30 giorni previsti per l'esercizio dei poteri inibitori/repressivi.

- ***Come si coordina il termine di 18 mesi con la tutela del terzo prevista per la SCIA/DIA?***

L'articolo 19, comma 6 ter, della Legge 241/90 stabilisce che la segnalazione certificata di inizio attività, la denuncia e la dichiarazione di inizio attività non costituiscono provvedimenti taciti direttamente impugnabili e che gli interessati possono sollecitare l'esercizio delle verifiche spettanti all'amministrazione e, in caso di inerzia, esperire solo l'azione avverso il silenzio tenuto dalla stessa ex articolo 31 del Dlgs 104/2010 (Codice processo amministrativo) (*La norma è stata introdotta dal Decreto Legge 138/2011 successivamente alla pronuncia del Consiglio di Stato in Adunanza Plenaria n. 15/2011*)

Dato che la norma fa riferimento alla necessità che il terzo solleciti le "verifiche spettanti all'amministrazione" si ritiene che esse debbano essere intese in quelle che obbligatoriamente spettano alla PA ossia quelle da esercitare nel termine di 60 o 30 giorni per i provvedimenti in edilizia.

Non sussistendo, infatti, in capo all'amministrazione un obbligo giuridico di esprimersi in seguito alla presentazione di un'istanza diretta a sollecitare il potere di autotutela (tra le tante Consiglio di Stato n. 2237/2015; n. 4309/2014 etcc), l'amministrazione non è tenuta in qualsiasi momento ad effettuare i relativi controlli. Pertanto, al fine di coordinare la nuova normativa con quanto previsto al comma 6 ter della Legge 241/90, il comma 6 bis relativo alla tutela del terzo dovrebbe essere inteso nel senso che questi potrà sollecitare l'amministrazione per le relative verifiche entro i termini di 60/30 giorni previsti e, in caso di inerzia, procedere ai sensi dell'art. 31 del Dlgs 104/2010 (per dichiarare l'illegittimità dell'inerzia, azione da intraprendere entro un anno da quando perdura il silenzio).

Sul punto, tuttavia, si evidenzia che prima delle modifiche apportate dalla Legge 124/2015 il Tar Piemonte con sentenza del 1° luglio 2015 n. 1114 ha ritenuto di fornire un'interpretazione difforme dall'orientamento espresso dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato con la sentenza n. 15 del 29 luglio 2011 ed all'articolo 6-ter della Legge 241/90 in tema di tutela del terzo. In pratica il Tar ha ritenuto che il terzo titolare di un interesse qualificato che si ritenga leso da una d.i.a. od una s.c.i.a. ha la possibilità di sollecitare in qualsiasi momento le verifiche di competenza della Amministrazione comunale e di agire avverso l'eventuale silenzio mantenuto sulle sue istanze sollecitatorie in quanto il riconoscimento di tale potere non risulta funzionale solo agli interessi del terzo medesimo, ma anche all'interesse pubblicistico a che ogni nuova attività sia intrapresa nel rispetto della normativa vigente.

- *Come si applica l'autotutela nella denuncia di inizio attività alternativa al permesso di costruire e nella comunicazione di inizio attività?*

La Scia ha sostituito la DIA in edilizia ma non la denuncia di inizio attività alternativa al permesso di costruire la cui disciplina rimane regolata nel DPR 380/2001 (art. 22, comma 3 e art.23 Tu edilizia).

Rispetto a quanto previsto nella SCIA ai sensi dell'art. 19 della Legge 241/90, nella disciplina della Dia ai sensi dell'art. 23 del DPR 380/2001 bisogna attendere 30 giorni prima di iniziare l'attività. In questo periodo l'amministrazione, effettuate le relative verifiche, se riscontra l'assenza di una o più condizioni, notifica all'interessato l'ordine di non effettuare l'intervento. Decorsi i 30 giorni all'amministrazione spetta comunque il generale potere di vigilanza ai sensi dell'art. 27 per assicurare la rispondenza dell'intervento a quanto previsto dalla legge e alle modalità esecutive previste nel titolo edilizio.

Ora ci si chiede se le novità in tema di annullamento previste per la SCIA/DIA si applichino anche alla Dia in alternativa al permesso di costruire.

In particolare se, decorsi i 30 giorni, l'amministrazione possa adottare i provvedimenti inibitori e ripristinatori solo se sussistono le condizioni di legge previste per l'annullamento d'ufficio. Sul punto si ritiene che le norme contenute nella Legge 241/90 in tema di annullamento siano da ritenere applicabili in quanto compatibili con la disciplina contenuta nel DPR 380/2001. Pertanto, anche nel caso della Dia in alternativa al permesso di costruire l'amministrazione, in considerazione della natura non provvedimentale di tale atto, potrà procedere decorsi 30 giorni all'adozione dei relativi atti repressivi solo se ci sono le condizioni previste per l'annullamento d'ufficio. Il termine di 18 mesi decorrerà dalla scadenza dei 30 giorni.

• *Come si applica l'autotutela nella Comunicazione di inizio attività?*

Nell'ambito dell'attività di edilizia libera come disciplinata nell'articolo 6 del DPR 380/2001 (Tu edilizia) vi sono alcuni interventi per i quali è necessario presentare una semplice comunicazione di inizio lavori (CIL) ed altri per i quali è necessaria una comunicazione asseverata da un tecnico abilitato (CILA). A seguito delle recenti modifiche apportate dal Decreto Legge 133/2014, convertito in Legge 164/2014 (Cd. Sblocca Cantieri), possono essere eseguiti tramite CILA anche gli interventi di frazionamento/accorpamento delle unità immobiliari i quali ora rientrano nell'ambito della categoria edilizia della manutenzione straordinaria. Diversamente da quanto previsto per i casi di DIA/SCIA non è prevista nel dettaglio una normativa per il controllo della CIL/CILA ma ai sensi del citato articolo sono le Regioni che con legge disciplinano le modalità per l'effettuazione dei relativi controlli. La maggior parte delle Regioni ha previsto dei controlli a campione

disciplinando anche il relativo iter con l'indicazione dei relativi termini (es. Marche LR 17/2015).

Anche nel caso della CIL/CILA si ritiene che l'amministrazione non possa intervenire in via di autotutela ma, come ora previsto, procedere all'adozione dei provvedimenti repressivi alle condizioni di legge previste per l'annullamento d'ufficio.

Il termine di 18 mesi è da ritenere che decorra dalla scadenza dei termini previsti dalle Regioni per l'effettuazione dei relativi controlli oppure, se non regolamentata, dalla ricezione della comunicazione da parte dell'amministrazione.

- *E' possibile intervenire dopo i 18 mesi?*

Ai sensi dell'art. 21 nonies, comma 2bis, i provvedimenti amministrativi possono essere annullati oltre i 18 mesi solo dopo che una sentenza passata in giudicato abbia accertato delle condotte costituenti reato e che abbiano prodotto un falso presupposto del provvedimento assunto.

Tale norma è da ritenere applicabile sia al permesso di costruire sia alla SCIA/DIA e Dia in alternativa al permesso pur non costituendo quest'ultimi provvedimenti amministrativi.

In pratica in questi casi l'intervento inibitorio e ripristinatorio sarà possibile dopo 18 mesi in caso di sentenza passata in giudicato.

Inoltre occorre tener conto anche di quanto previsto nell'art. 39 della Dpr 380/2001 che disciplina il potere della Regione di annullare il permesso di costruire entro dieci anni in caso di interventi non conformi a prescrizioni degli strumenti urbanistici o dei regolamenti edilizi o comunque in contrasto con la normativa urbanistica-edilizia vigente al momento dell'adozione.

Tale norma, come previsto al comma 5bis dell'art. 39, si applica anche agli interventi eseguiti con Dia in alternativa al permesso di costruire. Non si ritiene che la stessa si applichi anche alla SCIA/DIA.

In caso di annullamento del permesso di costruire o della Dia in alternativa al permesso, qualora non sia possibile, in base a motivata valutazione, la rimozione dei vizi delle procedure amministrative o la restituzione in pristino, il dirigente o il responsabile del competente ufficio comunale applica una sanzione pecuniaria pari al valore venale delle opere o loro parti abusivamente eseguite, valutato dall'agenzia del territorio, anche sulla base di accordi stipulati tra quest'ultima e l'amministrazione comunale. L'integrale corresponsione della sanzione pecuniaria irrogata produce i medesimi effetti del permesso di costruire in sanatoria.

• *In cosa consiste la revoca e dove si trova la normativa di riferimento?*

L'articolo 21 quinquies della Legge 241/90 disciplina la revoca del provvedimento.

La revoca, rispetto all'annullamento d'ufficio, non verte su profili che *ab origine* viziano l'atto ma si traduce in una rinnovata valutazione dell'interesse pubblico

indipendentemente dalla presenza di un vizio di legittimità e come tale ha effetti *ex nunc* ossia non travolge gli effetti prodotti nel tempo dall'atto.

Si tratta di un atto avente maggiori caratteri di "discrezionalità amministrativa" e, come tale, accompagnato dalla previsione di un indennizzo a favore del destinatario del provvedimento.

• ***Quali sono i presupposti per procedere alla revoca?***

Un provvedimento ad efficacia durevole può essere revocato:

-per sopravvenuti motivi di pubblico interesse;

-in caso di mutamento della situazione di fatto non prevedibile al momento dell'adozione del provvedimento;

-una nuova valutazione dell'interesse pubblico originario con eccezione dei provvedimenti di autorizzazione o di attribuzione di vantaggi economici.

Nel caso la revoca produca pregiudizi per i privati, i medesimi dovranno essere indennizzati e le controversie relative all'indennizzo sono attribuite alla competenza esclusiva del giudice amministrativo.

• ***Come si applica la revoca nella disciplina edilizia?***

Ai sensi dell'art. 11, comma 2, del DPR 380/2001 il permesso di costruire è irrevocabile.

Con riferimento alla SCIA/DIA si fa presente che prima delle modifiche apportate dalla Legge 124/2015 l'articolo 19, comma 3, della Legge 241/90 era stato oggetto di modifica da parte del Decreto Legge 133/2014 (Sblocca cantieri) con il quale si era previsto che l'amministrazione poteva sia annullare che revocare la SCIA/DIA nei casi indicati dal comma 4 (pericolo di danno per il patrimonio artistico-culturale, ambiente, salute etc). Tale norma è stata soppressa e la nuova normativa non richiama più l'art. 21 quinquies. Ne consegue che anche tali atti, come il permesso di costruire, non possono essere revocati. Si evidenzia però che negli ultimi anni ha assunto particolare rilievo il potere di revoca nella pianificazione urbanistica. La stessa giurisprudenza ritiene che anche il semplice cambio di maggioranza politica legittimi l'amministrazione a modificare le scelte pianificatorie (Tar Veneto n. 15 e 16 del 2011). Il potere pianificatorio costituisce, in definitiva, un potere discrezionale che può essere libero di esternarsi in relazione alle diverse esigenze che l'amministrazione intende perseguire.