

ANAC: Orientamento n. 11/2014 – SCIA E DIA IN MATERIA EDILIZIA EQUIPARATE A PROVVEDIMENTI AMMINISTRATIVI

In data 4 giugno 2014 ANAC ha formulato "l'orientamento" (ovvero il proprio parere) n. 11/2014, in merito alla pubblicazione di SCIA e DIA nel contesto degli adempimenti finalizzati alla trasparenza delle PA e disciplinati dal D.Lgs. 33/2013:

"In materia edilizia, le DIA e le SCIA sono da considerare equiparate a provvedimenti amministrativi di autorizzazione o di concessione e, pertanto, soggette agli obblighi di pubblicazione previsti dall'art. 23 del d.lgs. n. 33/2013, in considerazione degli effetti sostanziali ad esse conseguenti, equivalenti a quelli degli atti che esse sostituiscono.

In tali casi, l'amministrazione è tenuta a pubblicare, per ciascuna DIA e SCIA, oltre ai dati di cui all'art. 23, c. 2, anche eventuali ulteriori atti adottati dall'amministrazione in conseguenza della presentazione di dette dichiarazioni (quali, ad esempio, gli atti di esercizio dei poteri inibitori di cui all'art. 19, c. 3, della legge n. 241/1990)".

In via preliminare

I pareri di ANAC sono vincolanti?

La risposta è negativa, proprio per la loro natura di orientamento (a differenza dei casi nei quali l'ANAC è tenuta per legge ad esprimere un parere con valenza endoprocedimentale, cfr. parere per la nomina dell'OIV ex art. 14 D.Lgs. 150/2009).

Per altra via, conferma questa conclusione la verifica dei compiti assegnati ad ANAC dalla normativa vigente in materia di trasparenza (art. 45 D.Lgs. 33/2013).

Gli orientamenti dettati da ANAC si inseriscono dunque in quella più ampia attività di consulenza di cui ANAC stessa ha ampiamente dato conto nella relazione sull'attività 2013.

La questione

La posizione di ANAC coglie un po' di sorpresa per due ragioni: perché riconduce la SCIA e la DIA alla fattispecie del provvedimento amministrativo di autorizzazione, e perché lo fa limitatamente alla materia edilizia.

Va detto che l'interpretazione di ANAC è certamente coerente con il concetto di trasparenza di cui all'art. 1 del D.Lgs. 33/2013 *"La trasparenza è intesa come accessibilità totale delle informazioni concernenti l'organizzazione e l'attività delle pubbliche amministrazioni, allo scopo di favorire forme diffuse di controllo sul perseguimento delle funzioni istituzionali e sull'utilizzo delle risorse pubbliche"*.

Sotto questo profilo, non può allora che suscitare perplessità l'aver circoscritto alla materia edilizia l'operazione di equiparazione di DIA e SCIA ai provvedimenti di autorizzazione, con la diretta conseguenza di rientrare a pieno titolo negli adempimenti di trasparenza previsti dall'art. 23 ("Obblighi di pubblicazione concernenti i provvedimenti amministrativi").

Com'è noto, infatti, ai sensi dell'art. 19 della L. 241/1990, la SCIA riguarda “...l'esercizio di attività imprenditoriale, commerciale o artigianale il cui rilascio dipenda esclusivamente dall'accertamento dei requisiti e presupposti di legge o da atti amministrativi a contenuto generale, e non sia previsto alcun limite o contingente complessivo o specifici strumenti di programmazione settoriale per il rilascio degli atti stessi...”, e non solo la materia edilizia!

Nondimeno, risulta di difficile ricostruzione l'operazione di equiparazione tra SCIA/DIA e autorizzazione fatta da ANAC a fronte del più recente orientamento giurisprudenziale, nella sostanza confermato anche dalla nuova formulazione dell'art. 19 della L. 241/2000, che vanno in opposta direzione.

Infatti, l'interpretazione di ANAC si discosta dalla ricostruzione che ha fatto il Consiglio di Stato, in Adunanza Plenaria, con la sentenza n. 15 del 29 luglio 2011¹.

La SCIA è qualificata dal Giudice amministrativo come un atto sia soggettivamente che oggettivamente di natura privata e non, come in precedenza, un atto amministrativo di tacito assenso, con i relativi risvolti sulla tutela del terzo, di cui si dirà tra poco.

La SCIA è, nella sfera delle attività economiche ammesse dal citato art. 19, un “atto privato di auto-responsabilità”, nel senso che il soggetto che sottoscrive la segnalazione si assume la piena responsabilità di dichiarare che l'attività è conforme ai presupposti richiesti”; autoresponsabilità temperata – sostiene l'Adunanza - dalla “persistenza del potere amministrativo di verifica dei presupposti richiesti dalla legge per lo svolgimento dell'attività denunciata”.

Il nuovo schema legislativo attribuisce dunque alla PA una funzione di controllo *ex post*: al momento della presentazione della SCIA, fra segnalante e PA si instaura un rapporto da cui si ha l'avvio del procedimento di controllo che può concludersi nell'adozione di un provvedimento inibitorio o nel silenzio-assenso, sul quel si incentra la tutela del terzo.

Avverso il tacito assenso così formatosi, il terzo potrà solo proporre ricorso di fronte al TAR per ottenere l'annullamento nell'ordinario termine di 60 giorni. Detto termine decorre dal momento il cui il terzo avrà piena conoscenza dell'adozione dell'atto lesivo; con specifico riferimento alla materia edilizia, la conoscenza si realizza dal momento della conclusione dei lavori oggetto della SCIA, cioè “quando sia percepibile la concreta entità del manufatto e la sua incidenza effettiva sulla propria posizione giuridica” (Cons. Stato sez. V, 5.1.2011, n. 18).

Poco tempo dopo la sentenza dell'Adunanza plenaria, il D.L. 13.8.2011, n. 138, pur rivoluzionando lo strumento di tutela del terzo, ha sostanzialmente confermato l'impianto della sentenza per quanto riguarda la natura della SCIA.

¹Si evidenzia che l'elaborazione interpretativa espressa nella sopra citata sentenza è valida per entrambi gli istituti, DIA e SCIA, per ammissione dello stesso Giudice amministrativo che in punto si è espresso così: “le problematiche affrontate (con la sentenza) e le relative soluzioni non possono non trovare fondamento in una ricostruzione degli istituti in questione (DIA e SCIA) di portata generale e quindi valevole anche per il futuro”.

Infatti il comma 6 ter, aggiunto all'art. 19 della L. 241/2000 ad opera del DL 138/2011, dispone: “La segnalazione certificata di inizio attività, la denuncia e la dichiarazione di inizio attività non costituiscono provvedimenti taciti direttamente impugnabili. Gli interessati possono sollecitare l'esercizio delle verifiche spettanti all'amministrazione e, in caso di inerzia, esperire l'azione di cui all'art. 31, commi 1, 2, e 3 del D.lgs. 2 luglio 2010, n. 104”.

Si vede quindi come la prima parte della disposizione legislativa, come sopra anticipato, è in linea con la posizione adottata dall'Adunanza plenaria: la SCIA non è un provvedimento autorizzatorio di tacito assenso ma un atto soggettivamente e oggettivamente privato che non può costituire oggetto di impugnativa in sede giurisdizionale.

Radicalmente stravolto risulta invece lo strumento di tutela riconosciuto al terzo: infatti non si tratta più di un'azione di impugnazione del silenzio-assenso della PA che non si è espressa con un provvedimento inibitorio a conclusione del procedimento di controllo; il terzo, prima di adire il TAR, deve sollecitare la PA a verificare la conformità dei presupposti la cui presenza è stata dichiarata in fase di segnalazione e solo in caso di inerzia della PA il terzo potrà ricorrere in giudizio con gli strumenti accordati contro l'inadempimento (art. 31 Cod. Processo Amm.).

Da ultimo, vale la pena evidenziare che l'art. 19 comma 3 della L. 241 fa comunque salvo il potere di autotutela della PA². Questa previsione non è idonea, secondo l'Adunanza plenaria, a giustificare una qualificazione della DIA/SCIA in termini provvedimentali. Il Consiglio di Stato ha solo specificato che “*tale potere, con cui l'Amministrazione è chiamata a porre rimedio al mancato esercizio del doveroso potere inibitorio, condivide i principi regolatori sanciti, in materia di autotutela, dalle norme vigenti, con particolare riguardo alla necessità dell'avvio di un apposito procedimento in contraddittorio, al rispetto del limite del termine ragionevole, e soprattutto, alla necessità di una valutazione comparativa, di natura discrezionale, degli interessi in rilievo, idonea a giustificare la frustrazione dell'affidamento incolpevole maturato in capo al denunciante a seguito del decorso del tempo e della conseguente consumazione del potere inibitorio*” (Cons. St., Ad. Plen., 29 luglio 2011, n. 15).

Conclusioni

Se la *ratio* posta a fondamento dell'orientamento di ANAC è rinvenibile nell'ossequio alla massima trasparenza dell'azione della PA, allora si dovrebbe assumere la determinazione che tutte le SCIA e le DIA siano oggetto di pubblicazione ai sensi dell'art. 23 del D.Lgs. 33/2013, e non solo quelle in materia edilizia.

Se invece si rinvenisse il fondamento dell'orientamento di ANAC nel presupposto che SCIA e DIA

²“*E' fatto comunque salvo il potere dell'amministrazione competente di assumere determinazioni in via di autotutela, ai sensi degli articoli 21-quinquies e 21-nonies*”.

siano da ricomprendere nel novero dei provvedimenti di autorizzazione, allora vale la pena argomentare dalla ricostruzione fatta dal Consiglio di Stato e nella sostanza confermata dalla L. 148/2011: la SCIA (e la DIA) è un atto privato e come tale non ricorribile direttamente in giudizio, come invece sarebbe un provvedimento autorizzatorio.

Venuto meno il presupposto, verrebbe meno la conseguenza, ovvero la pubblicazione ai sensi dell'art. 23 comma 1 sub a) del D.lgs. 33/2013.

Vi è una terza via da percorrere: prescindere dalla ricerca della ratio a fondamento dell'orientamento in esame e conformarsi al dettato dello stesso: pubblicazione dei dati richiesti dall'art. 23 del decreto in presenza di SCIA e DIA in materia di edilizia.

Per concludere, non pubblicare le SCIA è ragionevolmente lecito mutuando la ricostruzione dell'istituto fatta dall'Adunanza plenaria; pubblicarle è però una scelta altrettanto lecita in ossequio al principio di trasparenza.

Indiscussa la competenza del Responsabile della trasparenza nell'operare una scelta in merito, la soluzione di compromesso potrebbe essere quella di pubblicare i dati richiesti dall'art. 23 del D.Lgs. 33/2013 relativamente a DIA e SCIA solamente con aggiornamento semestrale (e non tempestivo).

E' infatti interessante rilevare come ANAC (allora CIVIT) abbia svolto l'inciso "in distinte partizioni della sezione Amministrazione Trasparente" contenuto nell'art. 23: con propria delibera 50/2013, precisamente attraverso il suo allegato tecnico, ANAC ha infatti definito l'esatto contenuto di ciascuna sezione di "Amministrazione trasparente", prevedendo da una parte la pubblicazione delle informazioni relative ai provvedimenti amministrativi di autorizzazione nella più generale sezione "Provvedimenti" con cadenza semestrale; dall'altra la specifica pubblicazione tempestiva delle medesime informazioni relative ai provvedimenti di autorizzazione nella sezione "Attività e procedimenti".

Questa soluzione probabilmente è anche la più percorribile sotto il profilo della compatibilità di un lavoro di puntuale aggiornamento del sito istituzionale di un comune con lo svolgimento di ogni altra funzione dei suoi uffici: per la vasta platea di attività cui si rivolge e per le sue caratteristiche di estrema snellezza ed immediato esperimento dei suoi effetti, la SCIA risulta essere uno strumento di largo utilizzo da parte dei cittadini, con la conseguente mole di segnalazioni presentate agli uffici comunali che si troverebbero congestionati dalle pubblicazioni da eseguire nell'immediatezza della presentazione stessa (si richiama il "Documento tecnico" allegato alla sopra citata delibera CIVIT 50/2013 che ben puntualizza come il termine "tempestivamente" sia da cogliere nel senso di "immediatamente").

Quanto all'indicazione contenuta nell'orientamento in esame relativa alla pubblicazione degli "ulteriori atti adottati dall'amministrazione in conseguenza della presentazione di dette dichiarazioni

“ , va precisato come questi ulteriori atti costituiscano il provvedimento finale di un nuovo e diverso procedimento, alla luce del fatto che il procedimento avviato con la presentazione della SCIA, intesa come atto oggettivamente e soggettivamente privatistico, si è concluso con la presentazione stessa (diversamente la SCIA non potrebbe esperire immediatamente i suoi effetti).

Se la ricostruzione dell'Adunanza plenaria non fosse del tutto convincente, ne rafforza l'impianto la il dettato – già analizzato – del nuovo art. 19 comma 6 ter della L. 241/2000: il controllo da parte della PA non pregiudica gli effetti esperiti dalla SCIA, tanto che il sollecito ad effettuare il controllo è il primo passo della nuova tutela del terzo che appunto intende far cessare gli effetti (già esperiti) della segnalazione.

Per quanto riguarda il corretto posizionamento sul sito delle informazioni relative ai provvedimenti finali dei nuovi e diversi procedimenti che la PA avviasse a seguito della presentazione di una SCIA (provvedimento inibitorio, autotutela..) - che molto meglio della SCIA rispondono alla nozione di “provvedimenti dei dirigenti” cui rinvia l'art. 23 – questi possono a pieno titolo trovare pubblicazione nella sezione dell'Amministrazione trasparente denominata “Provvedimenti”, in considerazione del fatto che l'elencazione dell'art. 23 vuole rappresentare il contenuto minimo e non esaustivo della sezione, pubblicato il quale si è in grado di ottenere il giudizio positivo del Nucleo di Valutazione in fase di verifica periodica dell'ottemperanza della PA agli obblighi di trasparenza.

Gli estremi della SCIA dalla cui presentazione ha eventualmente preso avvio il nuovo procedimento (ad es. di controllo) saranno nuovamente (in quanto già pubblicati accettando l'assimilazione della SCIA/DIA al provvedimento autorizzatorio) pubblicati rappresentando detta SCIA uno dei “principali documenti contenuti nel fascicolo relativo al procedimento” (cfr art. 23 comma 2).

Si segnala, a corollario “operativo” delle indicazioni sopra fornite, che CIVIT ammette in fase di pubblicazione l'utilizzo dei link: si suggerisce pertanto, al fine di un'organica e completa consultazione delle informazioni da parte del cittadino, di creare un link tra la SCIA pubblicata in quanto fattispecie di provvedimento autorizzatorio e come principale documento contenuto nel fascicolo di altro procedimento.

Thiene, 25 luglio 2014

Dott.sa Paola Masetto