

Consiglio di Stato, sez. IV, sentenza 31 dicembre 2010, n.9613

Sull'obbligo di comunicazione di avvio dei procedimenti espropriativi connotati da una dichiarazione di pubblica utilità implicita.

E' stata la riforma legislativa del 1990 a tracciare il definitivo passaggio ad un'amministrazione di stampo dialogico, ove preminente rilievo assumono tutti gli istituti volti a rendere effettivo il contraddittorio. Il capo III della l. 241/1990, intitolato alla partecipazione al procedimento amministrativo, si apre con l'art. 7 avente ad oggetto la "*comunicazione di avvio*"; ciò vuol dire che il primo atto del procedimento è proprio l'obbligo dell'Amministrazione procedente di comunicare l'avvio del procedimento ai soggetti privati che potrebbero risentire in maniera diretta degli effetti del provvedimento conclusivo, così da assicurare al privato la sua partecipazione fin dal primo momento, cioè fin dall'avvio, affinché possa tutelare le proprie ragioni e contribuire all'esercizio del potere amministrativo.

Prima dell'introduzione della l.n. 241/1990 l'azione della P.A. era discrezionale, autoritativa e unilaterale. Rispetto ad essa il cittadino si poneva come "spettatore passivo", essendogli preclusa qualsivoglia possibilità di intervento nell'iter di formazione degli atti provvedimentali, potendo esclusivamente ricorrere agli strumenti di tutela giurisdizionale.

Fu la dottrina a rendersi conto per prima della inopportunità di un tale sistema e, in assenza di un chiaro riferimento normativo, individuò il fondamento giuridico di tali esigenze partecipative nel "*principio del giusto procedimento*", inteso quale principio di democrazia procedimentale conferente ai privati cittadini la concreta possibilità di intervenire nell'attività amministrativa limitativa delle proprie posizioni giuridico-soggettive, in contraddittorio con la Pubblica Amministrazione, a vantaggio sia di propri interessi individuali che dell'interesse pubblico.

La predetta riflessione dottrinale, benché denegata dalla giurisprudenza, convinse il legislatore ad intervenire, prima con discipline settoriali (es. la l. 1983, n. 93 che attribuiva alle leggi statali e regionali il compito di regolare, nell'ambito delle rispettive competenze, il diritto di accesso e di partecipazione alla formazione degli atti della P. A.), e poi con la l. 241/1990 che ha trasformato l'istituto della partecipazione da eccezione a regola.

Come ha avuto modo di sottolineare una parte della dottrina, il provvedimento amministrativo da espressione del potere unilaterale, autoritario e discrezionale della Pubblica Amministrazione, finisce così per diventare il “*prodotto del concorso di tutti i soggetti partecipanti, un riepilogo dei diversi contributi*”; l’Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, da parte sua, ha affermato a tal proposito che con l’istituto della partecipazione procedimentale, “*alla prassi della definizione unilaterale del pubblico interesse subentra il sistema della democraticità delle decisioni, in cui l’adeguatezza dell’istruttoria si valuta anzi tutto nella misura in cui destinatari sono stati messi in condizione di contraddire*” (Consiglio di Stato, Ad. Pl., 15 settembre 1999, n. 14).

Secondo ormai la dottrina e la giurisprudenza prevalente la comunicazione di avvio del procedimento svolge due importanti funzioni: da un lato, consente al privato di tutelare le proprie ragioni (c.d. partecipazione contraddittoria o in “chiave difensiva”) ed, allo stesso tempo, consente al medesimo di “collaborare” con la P. A., atteso che essa, nella cura concreta dell’interesse pubblico, potrà avvalersi, in aggiunta alle proprie “conoscenze”, delle testimonianze e produzioni provenienti da privati o da altri soggetti pubblici (c.d. partecipazione collaborazione).

E’ per questa duplice funzione che l’istituto della partecipazione procedimentale si differenzia dal principio del giusto procedimento: la Corte Costituzionale e la dottrina maggioritaria hanno tenuto a precisare che i due istituti presentano un campo di applicazione e una funzione completamente diversa ravvisando come il giusto procedimento sia destinato ad operare solo nelle ipotesi di provvedimenti limitativi delle posizioni giuridiche soggettive dei privati cittadini. Al contrario, per unanime ricostruzione dottrinale e giurisprudenziale, l’istituto della partecipazione procedimentale delineato dalla l.n. 241/1990 è chiamato a svolgere non soltanto una funzione tipicamente difensiva, ma anche prettamente collaborativa, in quanto espressione di un sistema improntato all’efficienza ed imparzialità dell’*agere* amministrativo.

La giurisprudenza ha ulteriormente accresciuto il rilievo legislativo attribuito all’obbligo di comunicazione di avvio del procedimento, ritenendo che la sua omissione costituisca una violazione c. d. assorbente, nel senso che la censura di

omessa comunicazione avanzata dalla parte ricorrente prevale rispetto a tutte le altre, impedendo così al giudice l'esame delle altre ragioni di gravame.

Orbene, nella pronuncia in esame il Collegio afferma la necessità della comunicazione in parola anche nell'ipotesi in cui l'amministrazione precedente decida di avviare un procedimento ablatorio tramite una dichiarazione di pubblica utilità implicita.

Come noto, ai sensi dell'articolo 8 del Testo Unico sulle espropriazioni (d.p.r. 8 giugno 2001, n. 327) sono tre le fasi del procedimento espropriativo. La prima è costituita dall'imposizione del vincolo preordinato all'esproprio (funzionale ad individuare le aree occorrenti per la realizzazione dell'opera pubblica o di pubblica utilità). Il vincolo, in particolare, deve essere imposto in sede di programmazione urbanistica e, dunque, deve essere previsto o dallo strumento urbanistico generale (P.R.G. o programma di fabbricazione) o da un atto di natura equivalente (adottato in conferenza di servizi, accordo di programma, intesa, intesa, ecc...). La Corte Costituzionale, peraltro, con la citata sentenza n. 55 del 1968 ha specificato che l'imposizione del vincolo non può avere durata indeterminata e, dunque, lo strumento urbanistico che lo prevede deve indicare il termine entro il quale deve essere emanato l'atto successivo, ovvero la dichiarazione di pubblica utilità. L'Amministrazione procede, quindi, con la dichiarazione di pubblica utilità con cui la Pubblica Amministrazione individua l'opera da realizzare, le ragioni di pubblico interesse che giustificano tale realizzazione, le risorse necessarie per la costruzione e il termine entro cui deve essere emanato il decreto di esproprio. La dichiarazione di pubblica utilità dell'opera può avvenire con un provvedimento esplicito o con un atto implicito. Il T.U. n. 380/2001, tuttavia, non fa alcun riferimento alla dichiarazione espressa di pubblica utilità e prevede, al contrario, due distinte fattispecie di dichiarazione di pubblica utilità che, in ogni caso, rappresentano fattispecie di dichiarazioni tacite, così sostituendo la regola della dichiarazione espressa con quella che un tempo era l'eccezione costituita dalla dichiarazione implicita. Invero, secondo il testo normativo in questione, se l'opera da realizzare è conforme alle previsioni dello strumento urbanistico, la dichiarazione di pubblica utilità è conseguente ai provvedimenti elencati nell'articolo 12 (approvazione del piano particolareggiato, del piano di

lottizzazione, ecc...); se, invece, l'opera da realizzare non è conforme allo strumento urbanistico, la dichiarazione di pubblica utilità discende dall'approvazione del progetto.

Segue la fase della determinazione dell'indennità di esproprio: ottenuta la dichiarazione di pubblica utilità, il procedente elabora il piano particolareggiato di esecuzione in cui vengono specificamente individuati i terreni da espropriare per la realizzazione dell'opera e redige un elenco dei vari proprietari dei terreni con l'indicazione dell'indennità offerta a ciascuno di essi. Qualora i proprietari non accettino la somma offerta o non si raggiunga un accordo con l'espropriante, l'indennità viene fissata sulla base di una perizia disposta giudizialmente. Infine, entro il termine fissato dalla dichiarazione di pubblica utilità deve essere emanato il decreto di esproprio con cui la proprietà passa all'espropriante che può occupare i terreni ed iniziare i lavori per l'esecuzione dell'opera.

Nella sentenza in esame, il Consiglio di Stato, in considerazione del carattere generale nonché del rilievo che l'obbligo di comunicazione di avvio del procedimento assume sia per il privato che per l'Amministrazione procedente, sostiene la necessità che esso venga adempiuto prima dell'avvio di qualunque procedimento espropriativo, a prescindere dal carattere implicito o esplicito della relativa dichiarazione di pubblica utilità. Sicchè, si aggiunge, qualora quest'ultima non risulti essere stata preceduta dall'invio ai proprietari delle aree interessate dall'esproprio della comunicazione di avvio del procedimento imposta dalla legge n.241/90, ne risulterà inficiata la validità sia degli atti deliberativi recanti l'approvazione del progetto, sia per l'effetto caducante derivante da tale illegittimità, dei provvedimenti consequenziali finalizzati all'occupazione dell'area: *“Orbene, la Sezione rileva che, come costantemente evidenziato dalla giurisprudenza, da cui non ha motivo di discostarsi, la comunicazione dell'avvio del procedimento costituisce una regola applicabile alla generalità dei procedimenti amministrativi, ivi compresi quelli a carattere autonomo attinenti alla dichiarazione di pubblica utilità dell'opera, sia esplicita che implicita (cfr questa Sezione 20/12/2005 n.1552; Cons Stato Ad. Pl. 15/9/ 1999 n.14). In particolare, l'approvazione del progetto di un'opera pubblica che valga come dichiarazione implicita di pubblica utilità, indifferibilità ed urgenza a mente dell'art.1 della legge n.1 del 3 gennaio 1978 (come nel caso di specie) deve essere preceduta dalla comunicazione di avvio del*

procedimento in quanto l'art.7 della legge n.241/90 è applicabile come regola generale a tutti i procedimenti espropriativi (cfr Cons Stato Ad.Pl. 24/1/2000 n.2. idem Ad. Pl. n.14/99 già citata. TSAP 1/10/2002 n.120). La ratio di un siffatto principio risiede nel fatto che in ipotesi di approvazione di progetti di opere pubbliche ove si escluda la partecipazione del privato alle determinazioni relative alle scelte progettuali discrezionali, il proprietario espropriando verrebbe formalmente reso edotto di detta approvazione soltanto al momento dello spossessamento del bene, impedendosi quindi l'apporto di opportuni elementi di valutazione da parte degli interessati”.

Consiglio di Stato, sezione IV, ordinanza 5 gennaio 2011, n.14

Sulla natura giuridica della dichiarazione di inizio attività.

Non si è ancora sopito il dibattito giurisprudenziale relativo alla natura giuridica della dichiarazione di inizio attività. Un profilo problematico che può considerarsi di particolare interesse e rilevanza perché, come ricorda il Consiglio di Stato nella pronuncia in esame: *“la qualificazione giuridica dell’istituto sostanziale condiziona l’accesso alle tecniche di tutela della posizione del terzo pregiudicato”.*

Come noto, sul tema si confrontano due diverse posizioni dottrinali e giurisprudenziali. Secondo una prima ricostruzione la d.i.a. è assimilabile ad un’istanza autorizzatoria che, con il decorso del termine di trenta giorni dalla sua presentazione, dà luogo ad un provvedimento tacito di autorizzazione emesso in virtù di una valutazione legale tipica ed idoneo a rendere lecito l’esercizio dell’attività che il privato intende intraprendere. Secondo il riferito orientamento, dunque, la presentazione di una dichiarazione di inizio attività, unitamente all’inutile decorso del termine perentorio di trenta giorni (dalla produzione della stessa o dalla comunicazione all’amministrazione di avvio dell’attività) per la sua inibizione, dà luogo ad una fattispecie complessa o a formazione progressiva, analoga alla procedura del silenzio-assenso e costitutiva di un titolo abilitativo tacito. I sostenitori di questa tesi ritengono, invero, che con la disposizione in commento il legislatore non abbia voluto introdurre uno strumento di liberalizzazione dell’attività del privato, seppur nei soli casi in cui l’attività