

**OSSERVATORIO SULLA GIURISPRUDENZA AMMINISTRATIVA
AGGIORNATO AL 15 MARZO 2011**

MARIANNA CAPIZZI

Consiglio di Stato, sez. VI, sentenza 9 marzo 2011, n. 1468

Sulle modalità di trasmissione dell'avviso di avvio del procedimento.

Come noto, la riforma legislativa del 1990 ha attribuito al procedimento amministrativo un'impostazione 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". Dunque, 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 agli stessi la possibilità di tutelare le proprie ragioni sin dall'inizio del procedimento che li riguarda e, al contempo, di contribuire all'esercizio del potere amministrativo.

Secondo ormai la dottrina e la giurisprudenza prevalente, infatti, 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"); dall'altro, rappresenta un utile strumento di collaborazione attiva 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: il giusto procedimento è destinato ad operare solo nelle ipotesi di provvedimenti limitativi

delle posizioni giuridico 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.

Anche la dottrina, dal suo canto, ha notato come un'idea di partecipazione limitata al solo profilo difensivo frusterebbe le finalità che il legislatore del 1990 ha inteso perseguire: la trasparenza e l'imparzialità dell'azione amministrativa impongono il rispetto del contraddittorio procedimentale; l'efficienza e il buon andamento della stessa richiedono la collaborazione dei privati. Non per nulla, si aggiunge, nel progetto originario della "Commissione Nigro" il termine "contraddittorio" è stato sostituito da quello di "partecipazione".

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.

Sotto il profilo contenutistico, il 2° comma dell'articolo 8 l.n. 241/1990 prevede che la comunicazione di avvio del procedimento debba contenere l'indicazione: a) dell'Amministrazione competente; b) dell'oggetto del procedimento promosso; c) dell'ufficio e della persona del responsabile del procedimento; c-bis) della data entro la quale, secondo i termini previsti dall'art. 2, co. 2 o 3, deve concludersi il procedimento, e dei rimedi esperibili in caso di inerzia dell'Amministrazione (lett. aggiunta dalla l. 15/2005); c-ter) della data di presentazione dell'istanza, nei procedimenti ad istanza di parte (lett. aggiunta dalla l.15/2005); dell'ufficio in cui si può prendere visione degli atti.

Ex art. 8, co. 1, l. 241/1990, inoltre, la P. A. ha l'onere di provvedere a dare notizia dell'avvio del procedimento mediante comunicazione personale.

Ciò vuol dire anzitutto che la comunicazione deve essere rivolta personalmente soltanto ai destinatari del provvedimento e non anche a terzi (c.d. carattere personale della comunicazione); in secondo luogo, che la comunicazione deve

essere redatta in forma scritta, così che la P. A. abbia la prova dell'adempimento dell'obbligo comunicativo (c.d. carattere formale della comunicazione).

Generalmente però si ammette che la P. A. utilizzi strumenti telematici visto che la l. 15/2005 ha introdotto nella l. 241/1990 l'art. 3bis secondo cui *“Per conseguire maggiore efficienza nella loro attività, le amministrazioni pubbliche incentivano l'uso della telematica, nei rapporti interni, tra le diverse amministrazioni e tra queste e i privati cittadini”*.

Inoltre, Nell'ipotesi in cui il procedimento si rivolge a un consistente numero di soggetti, di talchè risulti impossibile o troppo difficile la comunicazione individuale, l'art. 8, co. 3 della l.n. 241/1990 prevede che *...l'Amministrazione provvede a rendere noti gli elementi di cui al comma 2 mediante forme di pubblicità idonee di volta in volta stabilite dalla amministrazione medesima”*. Quindi l'Amministrazione ha ampie possibilità di scelta in ordine alle forme di pubblicità alternative, con il preciso limite, però, della necessaria idoneità delle modalità prescelte.

La giurisprudenza ha, tuttavia, sottolineato come l'art. 8, co. 3, della l. 241/1990 costituisca una norma di chiusura del sistema, destinata cioè ad operare solo in ipotesi marginali di procedimenti di massa, e che comunque il giudice amministrativo, adito dal soggetto che lamenti la mancata comunicazione personale, potrà valutare l'opportunità della scelta operata dalla P. A. procedente. Si ritiene, in particolare, che il giudice possa verificare che la scelta dell'Amministrazione di escludere la comunicazione personale sia ragionevole e coerente con il principio di trasparenza, che sussistevano, al momento in cui l'Amministrazione ha agito, circostanze di fatto idonee a indurre la stessa all'adozione di strumenti di pubblicità alternativi nonchè la concreta idoneità degli stessi.

Nella pronuncia in esame, il Consiglio di Stato si sofferma sulle modalità in cui può avvenire la comunicazione individuale di cui al citato articolo 8, 1° comma l.n. 241/1990. Secondo il Collegio, ove la comunicazione di avvio del procedimento non possa avvenire tramite consegna a mani dell'avviso al destinatario dello stesso, non occorre l'uso della notifica a mezzo dell'ufficiale giudiziario per soddisfare il carattere della personalità della comunicazione, bastando, al contrario, l'uso del servizio postale: *“Ove non sia possibile la comunicazione diretta in mani del destinatario dell' avviso di avvio del procedimento*

l'Amministrazione può avvalersi del servizio postale e, diversamente da quanto prospettato dal primo giudice, non deve necessariamente osservare il sistema di notificazione degli atti giudiziari a mezzo di ufficiale giudiziario”.

In questo caso, continua il Collegio, la conoscenza della comunicazione può ritenersi avvenuta al momento della consegna materiale dell'avviso da parte del portalettere al diretto interessato o alle persone indicate nell'articolo 38 del secondo comma, del Regolamento di esecuzione del Codice postale approvato con d.P.R. 29 maggio 1982, n. 655 (secondo il quale: *“Le corrispondenze raccomandate possono essere consegnate dai portalettere a persone di famiglia dei destinatari coi medesimi conviventi, ai portieri delle case od ai direttori di alberghi, negozi, stabilimenti, uffici, manifatture o simili, ove i destinatari siano alloggiati o addetti. È fatta eccezione per le corrispondenze raccomandate sulle quali sia stata aggiunta l'indicazione "a lui solo" od altra equivalente nel quale caso non possono essere consegnati a terzi”*). Mentre, in caso di assenza dei soggetti sopra indicati l'avviso di avvio del procedimento può ritenersi conosciuto alla data di rilascio dell'avviso di giacenza presso l'ufficio postale: *“Il recapito del plico a mezzo di lettera raccomandata – strumento di cui si è avvalso il Prefetto per dare notizia dell' avvio del procedimento – avviene con consegna diretta al destinatario o alle persone abilitate riceverlo in suo luogo, indicate dall' art. 38, secondo comma, del Regolamento di esecuzione del Codice postale approvato con d.P.R. 29 maggio 1982, n. 655. Il successivo art. 40, al quarto comma, prevede che sia dato avviso di giacenza tutte le volte in cui non sia stata possibile la distribuzione con consegna la destinatario. In tale seconda ipotesi si presume al conoscenza alla data di rilascio dell' avviso di giacenza presso l' ufficio postale (cfr. in fattispecie analoghe Cass., lav., 24 aprile 2003, n. 6527; III, 23 settembre 1996, n. 8399)”*.