

comuni ai diritti degli Stati membri” (per l’art. 340 del medesimo Trattato sul funzionamento dell’Unione)”.

Consiglio di Stato, sez. IV, sentenza 3 maggio 2011, n. 2630.

Sull’obbligo di comunicazione di avvio del procedimento di proroga della dichiarazione di pubblica utilità.

La riforma legislativa del 1990 ha tracciato 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 dedicato alla disciplina della 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 precedente di comunicare l’avvio del procedimento ai soggetti che potrebbero risentire in maniera diretta degli effetti del provvedimento conclusivo, così da assicurare al privato la sua partecipazione fin dal primo momento per tutelare le proprie ragioni e contribuire all’esercizio del potere amministrativo.

Secondo ormai la dottrina e la giurisprudenza prevalente la comunicazione di avvio del procedimento svolge due importanti funzioni: consente al privato di tutelare le proprie ragioni (c.d. partecipazione contraddittorio o in “chiave difensiva”); consente, altresì, al medesimo di “collaborare” con la Pubblica Amministrazione, atteso che essa, nella cura concreta dell’interesse pubblico, potrà avvalersi, in aggiunta alle proprie “conoscenze”, delle testimonianze e delle altre 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 più volte precisato come i due istituti presentano un campo di applicazione e una funzione completamente diversi: 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.

Deve, tuttavia, constatarsi che se da un lato possono registrarsi interventi valorizzatori dell'istituto della partecipazione procedimentale, come quello descritto al punto precedente, dall'altro lato si è affermata una lettura c.d. "sostanziale" dell'art. 7 della l.n. 241/1990. In tale ottica, la giurisprudenza ritiene che l'omessa comunicazione comporti l'illegittimità del procedimento nelle sole ipotesi in cui l'apporto endoprocedimentale avrebbe rivestito effettivo rilievo ai fini dell'adozione del provvedimento finale e, perciò, avrebbe potuto arricchire l'azione amministrativa. Negli altri casi la partecipazione sarebbe un inutile aggravio della sequenza procedimentale, in contrasto con l'art. 1 l. 241/1990 secondo cui *"la P. A. non può aggravare il procedimento se non per straordinarie e motivate esigenze imposte dallo svolgimento dell'istruttoria"*.

Ispirata da questa impostazione sostanzialistica la sentenza in commento rileva che non può ritenersi illegittimo e, dunque, annullabile, il provvedimento di proroga di una dichiarazione di pubblica utilità non preceduto da apposita comunicazione di avvio del procedimento laddove il ricorrente non dimostri che detto avviso avrebbe determinato un diverso esito procedimentale.

A ciò il Collegio aggiunge un'ulteriore osservazione: non occorre l'avviso di avvio del procedimento allorché quest'ultimo debba essere avviato con urgenza perché necessario a scongiurare che la Pubblica Amministrazione versi in una condizione di illiceità. Riferisce il Collegio: *"3.2.- Infondata è anche la seconda censura, che sostiene il mancato avviso dell'inizio del procedimento che ha poi condotto al decreto di proroga, in violazione dell'art. 7 della 241/1990. Ritiene il Collegio che di tale incombenza possa farsi a meno laddove l'atto da compiere rivesta natura urgente; nella specie la stessa imminente scadenza di un termine oltre il quale la posizione dell'amministrazione procedente diviene illecita, costituisce logico motivo esimente dall'onere in parola. Quest'orientamento, peraltro, ritiene il Collegio non contraddica necessariamente la necessità in linea di principio dell'avviso in parola, affermata dalla giurisprudenza in più occasioni (ad es. CDS, VI, n.5443/2002);*

quest'ultima, infatti, non sembra farsi carico di fattispecie contraddistinte dall'urgenza di provvedere sottesa ad un chiaro ed impellente interesse pubblico e quindi nemmeno esclude l'esenzione dell'avviso in ipotesi caratterizzate dall'imminente scadenza del termine inizialmente stabilito e quindi dalla necessità di prorogarne la durata per non incorrere in onerose responsabilità civili. E comunque, premesso che la giurisprudenza invocata afferma il principio con riferimento al sub-procedimento di proroga dei termini della dichiarazione di pubblica utilità e non con riferimento al sub-procedimento di proroga dei termini per l'occupazione d'urgenza, va ricordato che "le norme in materia di partecipazione al procedimento amministrativo di cui agli artt. 7, 8 e 10 L. 7 agosto 1990 n. 241 non vanno applicate meccanicamente e formalisticamente, nel senso che è necessario annullare ogni procedimento in cui sia mancata la fase partecipativa, ma vanno interpretate nel senso che non sono annullabili i procedimenti che hanno comunque raggiunto lo scopo al quale la comunicazione di avvio tende, in quanto, in caso contrario, si farebbe luogo ad una inutile ripetizione del procedimento, con aggravio sia per l'Amministrazione sia per l'interessato" (CDS, sez. IV, n. 4018 - 15 giugno 2004, con riferimento a procedura espropriativa; in generale v. CDS, sez. IV Sez. 2 gennaio 1996 n.3)".

Interessante, altresì, quanto puntualizzato dal Consiglio di Stato in ordine alle condizioni che legittimano la proroga della dichiarazione di pubblica utilità.

Sul punto la giurisprudenza è concorde nel ritenere che la proroga dei termini è istituto di carattere eccezionale, ancorato all'esistenza di obiettive difficoltà al compimento di atti espropriativi, in alcun modo dipendenti dalla volontà dell'ente espropriante. L'orientamento garantista in questione ritiene, in particolare, che dette caratteristiche siano diretta conseguenza del carattere non dovuto della proroga, della eccezionalità delle cause giustificative di essa, riconducibili alla forza maggiore o altre ragioni equiparabili, della natura perentoria dei termini di completamento dei lavori e delle procedure ablatorie in prima battuta prefissati nella dichiarazione di pubblica utilità.

La prefissione di termini nel procedimento espropriativo, ritiene la tesi in parola, risponde alla necessità di rilievo costituzionale (art.42, comma 3 della Costituzione), di limitare il potere discrezionale della pubblica amministrazione, al fine di evitare di mantenere i beni espropriabili in stato di soggezione a tempo indeterminato; inoltre, essa risponde all'ulteriore finalità di tutelare l'interesse pubblico a che l'opera venga eseguita in un arco di tempo valutato congruo per

l'interesse generale per evidenti ragioni di serietà dell'azione amministrativa. Sicchè, si conclude, la legittimità della proroga è ancorata all'esistenza di obiettive difficoltà al compimento di atti espropriativi (in alcun modo dipendenti dalla volontà dell'ente espropriante) che, impedendo il regolare corso del procedimento, non possono altrimenti essere superate, non offrendo l'ordinamento, a tal fine, altro idoneo strumento. Ne consegue la necessità di uno scrutinio scrupoloso ed esigente delle reali ragioni e dei presupposti a base delle proroghe discrezionali, richiedendosi in particolare l'individuazione di cause di forza maggiore o altre ragioni indipendenti dalla volontà dei concessionari che giustificino la proroga.

Della stessa opinione il Consiglio di Stato nella pronuncia in commento ove lo stesso ribadisce: *“Anche il difetto di motivazione non sussiste. Ed infatti il decreto prefettizio 12.10.2006 è stato adottato sulla base di specifica e motivata istanza formulata dalla ditta delegata dall'Anas al compimento delle operazioni, nella quale si evidenziava che le limitazioni imposte dalle legge finanziaria non avevano consentito il compimento dei lavori nei tempi previsti e soprattutto il pagamento delle indennità agli espropriati, che fanno parte delle somme necessarie. Del resto tale motivazione risulta del tutto logica soprattutto se si considera che, secondo il procedimento di legge, l'obbligo dell'amministrazione di corrispondere le indennità espropriative deve essere assolto prima di emanare il decreto di esproprio, del quale costituisce imprescindibile presupposto di legittimità. Pertanto le ragioni indicate dal soggetto delegato dall'ANAS (e recepite a motivazione per relationem” dal decreto prefettizio di proroga) rispondono al principio per cui esse, per legittimare le ragioni della proroga, non debbono dipendere dalla volontà dell'Ente espropriante ma debbono derivare da obiettive difficoltà, non altrimenti superabili (cfr. CDS, VI Sez. 10 ottobre 2002 n. 5443)”*