

**Consiglio di Stato, sez. IV sentenza 8 luglio 2011, n. 3500**

Sul contenuto dell'avviso di inizio del procedimento ex art. 11 del D.P.R. n. 327 del 2001 e sulla necessità che, nel caso di occupazione d'urgenza ex art. 22 bis del medesimo D.P.R., siano specificate le ragioni di particolare urgenza.

Per giurisprudenza costante, le scelte urbanistiche compiute da un'Amministrazione comunale nell'esercizio del potere di pianificazione, sia che si sostanzino nell'apposizione di un vincolo preordinato all'esproprio, sia che si sostanzino nella mera modifica di un vincolo espropriativo precedentemente apposto, costituiscono il frutto di valutazioni ampiamente discrezionali e non necessitano di una particolare motivazione in riferimento alle contrapposte aspirazioni dei privati non titolari di interessi qualificati. Esse, dunque, soggiacciono all'obbligo motivazionale generico previsto per qualsiasi tipo di provvedimento amministrativo e sfuggono ad un onere motivazionale specifico in ordine al tipo di vincolo apposto e alle ragioni per le quali lo stesso sia stato apposto su un'area piuttosto che su un'altra (cfr da ultimo, Consiglio di Stato, sentenza 12 maggio 2010, n. 2843).

Un obbligo motivazionale più stringente può essere preteso dal singolo solo in due ipotesi: nel caso di superamento degli standards minimi di cui al d.m. 2 aprile 1968, con l'avvertenza che la motivazione ulteriore deve essere riferita esclusivamente alle previsioni urbanistiche complessive di sovradimensionamento,

indipendentemente dal riferimento alla destinazione di zona di determinate aree; nell'ipotesi di lesione dell'affidamento qualificato del privato, in ragione dell'esistenza di convenzioni di lottizzazione, accordi di diritto privato intercorsi tra il comune ed i proprietari delle aree, aspettative nascenti da giudicati di annullamento di dinieghi di concessione edilizia o di silenzio-rifiuto su una domanda di concessione (Cons. St., Ad. Plen., n. 24 del 1999; id., 8 gennaio 1986, n. 1).

Ciò si traduce sul piano processuale in una vera e propria insindacabilità dell'operato della P.A. che impedisce al giudice una valutazione sotto il profilo dell'opportunità del provvedimento e ne limita l'intervento alla sola ipotesi in cui le scelte urbanistiche siano sfociate nel mero arbitrio o abbiano sostanziato uno sviamento del potere dal fine pubblico, vizi entrambi riscontrabili dal giudice amministrativo tramite le macroscopiche forme sintomatiche dell'eccesso di potere (arbitrarietà, irrazionalità o travisamento dei fatti).

Il carattere discrezionale dell'attività amministrativa non preclude, al contrario, al proprietario interessato da un provvedimento di apposizione di un vincolo preordinato all'esproprio il diritto di partecipare attivamente alla procedura espropriativa intrapresa dall'Amministrazione.

A tal proposito, l'articolo 11 del d.p.r. n. 327/2001 espressamente dispone: *“Al proprietario, del bene sul quale si intende apporre il vincolo preordinato all'esproprio, va inviato l'avviso dell'avvio del procedimento: a) nel caso di adozione di una variante al piano regolatore per la realizzazione di una singola opera pubblica, almeno venti giorni prima della delibera del consiglio comunale; b) nei casi previsti dall' articolo 10, comma 1, almeno venti giorni prima dell'emanazione dell'atto se ciò risulti compatibile con le esigenze di celerità del procedimento”*. Il successivo comma 2 aggiunge che: *“l'avviso di avvio del procedimento è comunicato personalmente agli interessati alle singole opere previste dal piano o dal progetto. Allorché il numero dei destinatari sia superiore a 50, la comunicazione è effettuata mediante pubblico avviso, da affiggere all'albo pretorio dei Comuni nel cui territorio ricadono gli immobili da assoggettare al vincolo, nonché su uno o più quotidiani a diffusione nazionale e locale e, ove istituito, sul sito informatico della Regione o Provincia autonoma nel cui territorio ricadono gli immobili da assoggettare al vincolo. L'avviso deve precisare dove e con quali modalità può essere consultato il piano o il progetto. Gli interessati possono formulare entro i successivi trenta giorni*

*osservazioni che vengono valutate dall'autorità espropriante ai fini delle definitive determinazioni”.*

La disposizione riportata costituisce applicazione del principio generale sancito negli articoli 7 e seguenti della l.n. 241/1990. Come noto, 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, 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.

Secondo ormai la dottrina e la giurisprudenza prevalenti, la comunicazione di avvio del procedimento svolge due importanti funzioni. Da un lato, consente al privato di tutelare le proprie ragioni (c.d. partecipazione contraddittorio o in “chiave difensiva”); al contempo, 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 diversi, ravvisando come il giusto procedimento sia 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.

Parte della dottrina 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; al contempo, non spiegherebbe perché nel progetto originario della "Commissione Nigro" sia stato soppresso il termine "contraddittorio" per sostituirlo con quello di "partecipazione".

Orbene, nella sentenza in esame, il Supremo Consesso Amministrativo ritiene di poter rinvenire nella disposizione di cui all'articolo 11 del d.p.r. 327/2001, la medesima ratio dell'articolo 7 della legge generale sul procedimento amministrativo.

Ciò comporta, ad avviso del Collegio, che l'onere della Pubblica Amministrazione procedente di rendere edotto il proprietario dell'area interessata dal vincolo, può ritenersi assolto solo ove la stessa specifichi il sacrificio che gli si intende imporre e i beni oggetto di tale sacrificio, in modo tale da consentirgli di rappresentare, già in sede procedimentale, eventuali istanze contrarie al proposito dell'ente procedente. Il contenuto di tale onere informativo, continua il Collegio, non muta qualunque sia la forma e lo strumento di comunicazione utilizzato dal soggetto espropriante. Invero, sebbene la disposizione sopra riportata precisi il contenuto della comunicazione solo in sede di disciplina dell'avviso pubblico, modalità prescritta nell'ipotesi in cui i destinatari del vincolo medesimo siano in numero superiore a 50, nessuna indicazione utile può trarsi dalla portata letterale della disposizione o da una sua interpretazione logico-sistematica, in ordine alla possibilità di ricondurre all'avviso in questione un diverso contenuto a seconda del numero dei soggetti interessati dal procedimento espropriativo. Ritiene, infatti, il Collegio che: *"... Questo Consiglio di Stato non ritiene che la ricostruzione effettuata dal primo giudice risponda alla esatta interpretazione della disposizione in esame, sia in base al testo letterale di questa, sia per effetto di una interpretazione logico-sistematica, che tenga conto delle finalità cui lo strumento della comunicazione è preordinato. Quanto all'aspetto più propriamente letterale, non appare in primo luogo proficua una interpretazione fondata sul confronto tra vecchio e nuovo testo della disposizione, posto che solo nel testo novellato viene introdotta per la prima volta la comunicazione dell'avviso con modalità diverse, in ipotesi di numero di destinatari*

*superiori a 50. A ciò occorre aggiungere, in secondo luogo, che il legislatore, con il novellato art. 11, ferma la necessità di garantire la partecipazione degli interessati, intende contrapporre modalità di comunicazione personali (ritenute proficuamente gestibili fino a 50 proprietari espropriandi) a modalità di comunicazione diverse, collettive e più rapide, laddove il numero di detti proprietari sia superiore a 50, in ciò conciliando le garanzie partecipative degli interessati al procedimento (in funzione di tutela delle proprie posizioni sostanziali) con le esigenze di celerità del procedimento e, quindi, di efficacia, effettività ed economicità dell'azione amministrativa. Ciò, peraltro, è perfettamente coerente con quanto previsto, in linea generale, dall'art. 8 l. n. 241/1990, in base al quale (comma 3) "qualora per il numero dei destinatari la comunicazione personale non sia possibile o risulti particolarmente gravosa, l'amministrazione provvede a rendere noti gli elementi di cui al comma 2 mediante forme di pubblicità idonee di volta in volta stabilite dall'amministrazione medesima". Né nel testo dell'art. 11, comma 2, è dato intravedere una diversa prescrizione del contenuto dell'avviso, a seconda che la comunicazione avvenga "personalmente agli interessati" (primo periodo), ovvero "mediante pubblico avviso" (secondo periodo), da assoggettare alle forme di pubblicità ivi previste. Quanto poi alla prescrizione del terzo periodo del comma 2 dell'art. 11, secondo la quale "l'avviso deve precisare dove e con quali modalità può essere consultato il piano o il progetto", essa riguarda il contenuto dell'avviso in sé (ed è, nel testo dell'art. 11 l'unica prescrizione espressa in merito al contenuto dell'avviso), indipendentemente dalle modalità di comunicazione del medesimo. Non può essere, quindi, condivisa, sul punto, l'interpretazione del primo giudice che (pag. 6 sentenza) riferisce tale prescrizione solo all'avviso pubblico (escludendola per quello personale), con ciò ricavando un dato normativo non contenuto nel testo letterale della disposizione, ed anzi utilizzandolo per validare una "scissione" tra comunicazione personale e comunicazione per pubblico avviso, al contrario non rinvenibile nella norma. Tuttavia, quanto ora esposto e ricavabile con la mera interpretazione letterale, risulta confortato dall'interpretazione logico-sistematica della norma, e cioè proprio considerando le finalità che la disciplina intende perseguire per il tramite dell'avviso, e cioè – come anche la rubrica della disposizione assevera – la "partecipazione dei privati", in funzione non solo collaborativa dell'attività della pubblica amministrazione, ma, soprattutto, in funzione di tutela (procedimentale) delle proprie posizioni soggettive (il diritto di proprietà o altro diritto reale). In tal senso, appare del tutto evidente che una finalità di effettiva partecipazione dell'interessato può essere perseguita, ponendo lo stesso in condizioni di valutare l'oggetto del procedimento amministrativo e, quindi, come ed in che misura*

*il provvedimento finale inciderà sulle sue situazioni giuridiche soggettive. E ciò può avvenire solo fornendo al destinatario della comunicazione gli elementi volti a renderlo (pur sommariamente) edotto della natura del procedimento amministrativo e della specie e misura del suo coinvolgimento nel medesimo. Ed infatti, l'art. 8 l. n. 241/1990, pur in via generale, prevede (comma 2) un "contenuto minimo" della comunicazione di avvio del procedimento, volto proprio a rendere tale comunicazione effettiva e coerente con le finalità per le quali essa è prevista. Con riferimento specifico al procedimento espropriativo, l'avviso di cui all'art. 11 DPR n. 327/2001 deve contenere gli elementi idonei a rendere edotto il destinatario del procedimento ablatorio del sacrificio che gli si intende imporre e dei beni oggetto di tale sacrificio. D'altra parte, lo stesso art. 11, nel prevedere che l'avviso di avvio del procedimento deve essere inviato "al proprietario del bene sul quale si intende apporre il vincolo preordinato all'esproprio", presuppone che l'amministrazione abbia identificato il proprietario, e ciò può avvenire solo per il tramite dei beni (e dei loro dati catastali) da assoggettare a procedimento ablatorio. Tale contenuto dell'avviso – che, come si è già detto, l'art. 11 non esclude né semplifica in caso di comunicazione non personale, ma per avviso pubblico – proprio per le finalità cui lo stesso è preordinato, deve essere a maggior ragione completo ed idoneo a rendere compiutamente edotto il proprietario espropriando, proprio con riferimento al caso di comunicazione non personale. Ed infatti – ribadito che l'art. 11 non distingue il contenuto dell'avviso in dipendenza delle modalità della sua comunicazione, così come, in via generale., non opera alcuna distinzione l'art. 8 l. n. 241/1990 – mentre nel caso di comunicazione personale il proprietario effettivamente riceve notizia dell'esistenza di un procedimento riguardante beni di sua proprietà, al contrario, laddove vi siano forme di comunicazione pubblica collettiva, il proprietario subisce un primo vulnus consistente nell'onere, postogli a carico dell'ordinamento, di acquisire una conoscenza attraverso strumenti che non necessariamente rientrano, con certezza ed immediatezza, nella sua sfera di cognizione, ritenendo altresì l'ordinamento realizzata "iuris et de iure" tale conoscenza con il rispetto delle modalità di comunicazione previste. Orbene, se tale "onere di assumere informazione" e "presunzione di conoscenza" da parte del proprietario espropriando possono giustificarsi in considerazione dell'interesse pubblico alla celerità del procedimento espropriativo, resta fermo che l'avviso pubblico e collettivo costituisce modalità eccezionale di comunicazione (ragionevole, giustificabile, ma eccezionale), non a caso prevista dal legislatore solo in presenza di un numero elevato di espropriandi; numero che il legislatore stesso, con previsione tassativa, indica come superiore a 50, sottraendo opportunamente la determinazione della eccessività del*

*numero dei proprietari alla valutazione discrezionale dell'amministrazione. Atteso il sacrificio (non irrilevante) imposto al proprietario espropriando, in termini di "effettiva" conoscenza (che, alle condizioni predette, è presunta come tale), non è affatto ragionevole che lo stesso proprietario, oltre che seguire quotidianamente gli avvisi pubblicati nelle forme previste dall'art. 11, debba per di più verificare presso l'amministrazione (una volta avuta contezza dell'avviso), se il procedimento possa (o meno) riguardare beni di sua proprietà. Se tale fosse l'interpretazione, l'art. 11 sarebbe irragionevole (ed in sospetto di illegittimità costituzionale per violazione degli articoli 3, 24, 42 e 97 Cost.), in quanto esso imporrebbe ai privati sacrifici non ragionevoli e/o giustificabili in riferimento ad interessi pubblici. Alla luce di quanto esposto, questo Consiglio di Stato ritiene che l'avviso di cui all'art. 11 DPR n. 327/2001 debba contenere, per essere legittimo e coerente con il predetto articolo, oltre che con gli artt. 7 e 8 l. n. 241/1990, gli elementi volti a determinare i soggetti espropriandi ed i beni oggetto del procedimento amministrativo; e ciò sia che la comunicazione avvenga personalmente, sia che essa avvenga in forma collettiva mediante avviso pubblico (e, per le ragioni esposte, l'onere di completezza è richiesto a maggior ragione in quest'ultimo caso)".*

Di particolare interesse, altresì, quanto precisato dal Collegio in ordine alla portata dell'onere motivazionale sussistente in capo alla Pubblica Amministrazione che decida di avviare la particolare procedura espropriativa prevista dall'articolo 22-bis d.p.r. n. 327/2001.

Come noto, il normale svolgimento del procedimento ablatorio prevede che, intervenuta la dichiarazione di pubblica utilità, la .P.A. proceda alla determinazione ed all'offerta dell'indennità e, successivamente, alla adozione del provvedimento di esproprio che produce l'effetto traslativo della proprietà espropriata e consente al soggetto procedente di occupare il bene per iniziare l'esecuzione dell'opera.

Detto *iter*, tuttavia, è alquanto lungo e articolato e spesso non si concilia con l'esigenza pubblica di pervenire rapidamente alla realizzazione dell'opera sia per soddisfare gli interessi collettivi sottesi, sia per rispettare la tempistica dei finanziamenti disponibili.

Per questa ragione si è progressivamente diffusa la prassi, oggi disciplinata dall'articolo 22 bis del T.U. sugli espropri, di procedere all'occupazione provvisoria prima del formale rilascio del decreto di esproprio al fine di assicurare

l'immediato avvio dei lavori e il rispetto dei termini finali di realizzazione dell'opera.

In sostanza, nell'ambito del procedimento espropriativo si inserisce un subprocedimento di occupazione che, prima dell'introduzione dell'articolo 22 bis citato ad opera del d.lgs. n. 302/2002 si articolava nella emanazione di una dichiarazione di pubblica utilità dell'opera, di una successiva dichiarazione di indifferibilità ed urgenza e di un successivo decreto di occupazione. Il nuovo articolo 22 bis non prevede significative innovazioni rispetto alla disciplina precedente. L'unica differenza consiste nella mancata previsione della dichiarazione di indifferibilità ed urgenza che deve ritenersi implicitamente contenuta nel decreto di occupazione o nella dichiarazione di pubblica utilità. Dunque, le fasi principali di questa particolare procedura sono: 1) emanazione di una dichiarazione di pubblica utilità dell'opera; 2) emanazione di un successivo decreto di occupazione; 3) effettiva e materiale occupazione del terreno e realizzazione dell'opera pubblica; 4) emanazione del decreto di esproprio entro 5 anni dal decreto di occupazione.

La giurisprudenza non è concorde in ordine alla necessità che l'Amministrazione espropriante motivi le ragioni che l'hanno indotta a preferire la procedura appena esaminata piuttosto che quella ordinaria e più lunga.

Una parte di essa ritiene che l'art. 22 bis, t.u. 8 giugno 2001 n. 327 non richiede alcuna specifica motivazione in tal senso, nella sola ipotesi in cui numero dei destinatari sia superiori a 50, ovvero nell'ipotesi prevista dal 2° comma dell'articolo 22 bis, essendo, al contrario, necessaria nelle ipotesi riconducibili al primo comma della medesima disposizione.

Al contrario, altra parte della giurisprudenza ritiene che tale onere motivazionale sussista sempre. A quest'ultimo indirizzo aderisce il Consiglio di Stato nella sentenza in rassegna. Ad avviso del Collegio, infatti, il legislatore ha previsto due distinti subprocedimenti in deroga al procedimento ordinario (ex art. 20), in parte sovrapposti, dei quali quello ex art. 22-bis si fonda su una "*particolare urgenza*", da tenere distinta dalla mera "*urgenza*" su cui si fonda il procedimento in deroga, di cui all'art. 22. La previsione del carattere "*particolare*" dell'*urgenza* rende necessaria una motivazione specifica in ordine alla sussistenza di tale specifico

presupposto e alla legittimità della scelta procedurale preferita. Riferisce il Collegio: “... Occorre, infatti, osservare che il procedimento previsto dall’art. 22 bis citato (occupazione di urgenza preordinata all’espropriazione) non costituisce – come pure si è sostenuto – un ordinario subprocedimento nell’ambito del procedimento espropriativo, in tal modo facendosi rivivere un istituto (l’occupazione di urgenza) conosciuto dal previgente ordinamento. Occorre, infatti, osservare che tale procedimento, o meglio l’art. 22-bis che lo prevede, non costituisce parte della disciplina originaria del Testo Unico espropriazioni, essendo stato, infatti, introdotto solo con il d. lgs. n. 302/2002. La disciplina originaria prevede (e tuttora si prevede): - una fase di “determinazione provvisoria dell’indennità di espropriazione” (art. 20), cui può seguire l’immissione in possesso (nel caso in cui si concordi sulla misura dell’indennità), ovvero l’emanazione del decreto di esproprio, una volta effettuato il deposito dell’indennità, anche se non condivisa, presso la Cassa depositi e prestiti. A questa fase, segue quella di “determinazione definitiva dell’indennità di espropriazione” (art. 21); - una fase di “determinazione urgente dell’indennità di esproprio” (art. 22), di modo che “quando l’avvio dei lavori rivesta carattere di urgenza, tale da non consentire l’applicazione delle disposizioni dell’art. 20, il decreto di esproprio può essere emanato ed eseguito in base alla determinazione urgente della indennità di espropriazione, senza particolari indagini o formalità”. In base al comma 2, “il decreto di esproprio può altresì essere emanato ed eseguito in base alla determinazione urgente dell’indennità di espropriazione senza particolari indagini o formalità . . . b) allorchè il numero dei destinatari della procedura espropriativa sia superiore a 50”. In definitiva, nel disegno originario del Testo Unico espropriazioni, a fronte di un procedimento ordinario di determinazione (dapprima provvisoria, poi definitiva dell’indennità di espropriazione), quale presupposto dell’emanazione del decreto di esproprio, si giustappone un “procedimento urgente”, che, pur non escludendo la previa determinazione dell’indennità, si caratterizza per celerità, consentendosi la possibilità di emanazione del decreto di esproprio sulla base della sola “determinazione urgente” dell’indennità”. La finalità evidente, perseguita dal legislatore, era quella di evitare che si potesse conseguire l’occupazione del bene espropriando senza che intervenisse, in seguito, l’emanazione del decreto di esproprio, con le ben note conseguenze in tema di occupazione (divenuta) sine titulo. A questo disegno, il d. lgs. n. 302/2002 ha aggiunto, con l’art. 22 bis, l’occupazione di urgenza. L’emanazione di tale decreto richiede ai sensi del comma 1, che “l’avvio dei lavori rivesta carattere di particolare urgenza”, laddove la determinazione urgente dell’indennità, di cui all’art. 22, richiede che “l’avvio dei lavori rivesta carattere di urgenza” (la differenza è data

*dall'aggettivo "particolare", premesso al sostantivo "urgenza"). Inoltre, il comma 2 dell'art. 22-bis prevede che possa farsi luogo a decreto di occupazione di urgenza anche nel caso in cui vi sia stata determinazione urgente dell'indennità ed il numero dei proprietari espropriandi sia superiore a 50. In definitiva, l'art. 22.-bis prevede che il decreto di occupazione di urgenza possa essere emanato: - in casi di "particolare urgenza", previa determinazione provvisoria dell'indennità di espropriazione (comma 1); - in casi in cui è intervenuta la determinazione urgente dell'indennità e qualora gli espropriandi siano superiori a 50 (comma 2, lett. b). Il legislatore ha, dunque, previsto due distinti subprocedimenti in deroga al procedimento ordinario (ex art. 20), in parte sovrapposti, dei quali quello ex art. 22-bis si fonda (non ricorrendo il caso di cui al comma 2) su una "particolare urgenza", da tenere distinta dalla mera "urgenza" su cui si fonda il procedimento in deroga, di cui all'art. 22. Appare, dunque, evidente che il subprocedimento volto alla emanazione di un decreto di occupazione di urgenza, ai sensi dell'art. 22-bis, lungi dal poter essere considerato come un subprocedimento ordinario nell'ambito del procedimento amministrativo, costituisce, invece, un subprocedimento in deroga, speciale rispetto allo stesso subprocedimento in deroga di cui all'art. 22 del Testo Unico. Da ciò consegue che l'organo emanante il decreto di occupazione di urgenza è tenuto a motivare in ordine alle ragioni di particolare urgenza, relative ai lavori da effettuarsi, e che sorreggono la determinazione assunta".*