

## **La ricorrente pretende troppo. Una comunicazione d'avvio del procedimento è solo una comunicazione d'avvio, non deve già contenere i motivi del provvedimento finale**

**Autore:** Lazzini Sonia

**In:** Diritto civile e commerciale

Comunicazione d'avvio del procedimento - articolo 8 della Legge 241/90 -elementi necessari - l'amministrazione competente e oggetto del procedimento promosso; l'ufficio e la persona responsabile del procedimento; la data di conclusione del procedimento e i rimedi esperibili in caso di inerzia dell'amministrazione; la data di presentazione della relativa istanza;l'ufficio in cui si può prendere visione degli atti.

La ricorrente pretende troppo. Una comunicazione d'avvio del procedimento è solo una comunicazione d'avvio, non deve già contenere i motivi del provvedimento finale

A fronte di attività espressione di discrezionalità tecnica, il giudice amministrativo può censurare l'operato dell'amministrazione soltanto nel caso in cui la decisione amministrativa sia stata incoerente, irragionevole o frutto di errore tecnico ma non può rifare la valutazione per sovrapporre la propria a quella espressa nel provvedimento impugnato

Gli elementi della comunicazione d'avvio del procedimento sono predeterminati dalla legge, che all'art. 8 l. 241/90 stabilisce che essa deve contenere: a) l'amministrazione competente; b) l'oggetto del procedimento promosso; c) l'ufficio e la persona responsabile del procedimento; c-bis) la data entro la quale, secondo i termini previsti dall'articolo 2, commi 2 o 3, deve concludersi il procedimento e i rimedi esperibili in caso di inerzia dell'amministrazione; c-ter) nei procedimenti ad iniziativa di parte, la data di

presentazione della relativa istanza; d) l'ufficio in cui si può prendere visione degli atti.

In ricorso si deduce che in realtà nella comunicazione d'avvio mancherebbe la motivazione per la quale l'amministrazione ha deciso di avviare il procedimento di annullamento in autotutela. Ma si è appena letta la norma e si è visto che questo elemento non è previsto. D'altronde, chiedere una adeguata motivazione già nella comunicazione d'avvio significa trasformarla in un provvedimento anticipato, cosa che è senz'altro fuori dalla prospettiva del legislatore della l. 241/90.

Riportiamo qui di seguito la sentenza numero 314 del 18 febbraio 2011 pronunciata dal Tar Lombardia, Brescia

**N. 00314/2011 REG.PROV.COLL.**

**N. 00553/2009 REG.RIC.**

**REPUBBLICA ITALIANA**

**IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**

**Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia**

**sezione staccata di Brescia (Sezione Prima)**

ha pronunciato la presente

## SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 553 del 2009, proposto da\*\*\*

**contro\*\*\***

**nei confronti di\*\*\***

**per l'annullamento**

del decreto D.S. n. 40 del 7/4/2009, di annullamento del provvedimento di autorizzazione ambientale rilasciato dal Comune di Limone, con decreto n. 1155 del 5/2/2009.

Visti il ricorso e tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 9 febbraio 2011 il dott. \*\*\*\*\* e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

La società ricorrente impugna il provvedimento del 7. 4. 2009 con cui la Soprintendenza per i beni architettonici ha annullato l'autorizzazione paesaggistica che il Comune di Limone aveva rilasciato alla società ricorrente per realizzare un intervento di riqualificazione di un complesso alberghiero (in cui erano compresi interventi di nuova edificazione ed altri di parziale demolizione di quanto esistente).

La Soprintendenza aveva annullato l'autorizzazione paesaggistica rilasciata dal Comune, eccependo carenze documentali nella istruttoria effettuata dal Comune e sottovalutazione di alcuni aspetti di criticità paesaggistica dell'intervento assentito.

I motivi che sostengono il ricorso contro questo provvedimento sono i seguenti:

1. il provvedimento sarebbe illegittimo per mancanza (o meglio, inadeguatezza) della comunicazione d'avvio ex art. 7 l. 241/90 che, non contenendo riferimenti ai profili di illegittimità asseritamente esistenti nell'autorizzazione di primo grado, non avrebbe consentito alla parte di interloquire adeguatamente con gli uffici della Soprintendenza;

2. il provvedimento sarebbe illegittimo per eccesso di potere per difetto dei presupposti e difetto di istruttoria in quanto tutti i documenti di cui la Soprintendenza ha contestato la mancanza (rilievo planialtimetrico del terreno con caposaldo certo esterno all'area, rendering fotografico, relazione paesaggistica adeguata, mancanza di opere di mitigazione, mancata valutazione della criticità costituita dall'introduzione di edificazione invasiva) sarebbero in realtà presenti nella pratica dell'autorizzazione paesaggistica, pertanto il giudizio della Soprintendenza si risolverebbe in un riesame di merito di circostanze già valutate in primo grado, precluso all'autorità di secondo grado che potrebbe annullare solo per vizi di legittimità;

3. nel terzo motivo la ricorrente, pur precisando che il riesame del merito sarebbe vietato, affronta il merito delle censure mosse dalla Soprintendenza per dimostrarne una ad una la non correttezza sostanziale.

Si costituiva in giudizio l'Avvocatura dello Stato, che deduceva l'infondatezza dei motivi di ricorso.

Nel ricorso era formulata altresì istanza cautelare di sospensione del provvedimento impugnato.

Con ordinanza del 11. 6. 2009, n. 397 il Tribunale respingeva l'istanza cautelare con motivazione sintetica che si soffermava sulla regolarità della procedura seguita dall'amministrazione.

Con ordinanza del 14. 9. 2009, n. 4454, il Consiglio di Stato, sez. VI, respingeva l'appello cautelare ritenendo, nel sommario esame proprio della fase cautelare, che apparissero non superate, allo stato, le denunciate carenze istruttorie, che i provvedimenti impugnati apparivano adeguatamente motivati e che, nel bilanciamento degli interessi, dovesse prevalere, pro-tempore, quello alla tutela paesistica in attesa della definizione della controversia nel merito.

Il ricorso veniva discusso nel merito nella pubblica udienza del 9. 2. 2011, all'esito della quale veniva trattenuto in decisione.

DIRITTO

I. Il ricorso è infondato.

II. Nel primo motivo di ricorso si sostiene che il provvedimento sarebbe illegittimo per mancanza (o meglio, inadeguatezza) della comunicazione d'avvio ex art. 7 l. 241/90, in quanto quella che è stata inviata alla ricorrente, non contenendo riferimenti ai profili di illegittimità asseritamente esistenti nell'autorizzazione di primo grado, non avrebbe consentito alla parte di interloquire adeguatamente con gli uffici della Soprintendenza.

La ricorrente pretende troppo. Una comunicazione d'avvio del procedimento è solo una comunicazione d'avvio, non deve già contenere i motivi del provvedimento finale.

Gli elementi della comunicazione d'avvio del procedimento sono predeterminati dalla legge, che all'art. 8 l. 241/90 stabilisce che essa deve contenere: a) l'amministrazione competente; b) l'oggetto del procedimento promosso; c) l'ufficio e la persona responsabile del procedimento; c-bis) la data entro la quale, secondo i termini previsti dall'articolo 2, commi 2 o 3, deve concludersi il procedimento e i rimedi esperibili in caso di inerzia dell'amministrazione; c-ter) nei procedimenti ad iniziativa di parte, la data di presentazione della relativa istanza; d) l'ufficio in cui si può prendere visione degli atti.

In ricorso si deduce che in realtà nella comunicazione d'avvio mancherebbe la motivazione per la quale l'amministrazione ha deciso di avviare il procedimento di annullamento in autotutela. Ma si è appena letta la norma e si è visto che questo elemento non è previsto. D'altronde, chiedere una adeguata motivazione già nella comunicazione d'avvio significa trasformarla in un provvedimento anticipato, cosa che è senz'altro fuori dalla prospettiva del legislatore della l. 241/90.

III. Nel secondo motivo di ricorso si deduce che il provvedimento sarebbe illegittimo per eccesso di potere per difetto dei presupposti e difetto di istruttoria in quanto tutti i documenti di cui la Soprintendenza ha contestato la mancanza (rilievo planialtimetrico del terreno con caposaldo certo esterno all'area, rendering fotografico, relazione paesaggistica adeguata, mancanza di opere di mitigazione, mancata valutazione della criticità costituita dall'introduzione di edificazione invasiva) sarebbero in realtà presenti nella pratica dell'autorizzazione paesaggistica, pertanto il giudizio della Soprintendenza si risolverebbe in un riesame di merito di circostanze già valutate in primo grado, precluso all'autorità di secondo grado che

potrebbe annullare solo per vizi di legittimità.

Il Tribunale ritiene che questa deduzione non sia corretta.

I passaggi della decisione sono i seguenti:

- la norma attributiva del potere consente alla Soprintendenza di rilevare un difetto di istruttoria senza che ciò significhi impingere nel merito della scelta amministrativa effettuata dal Comune, perché il difetto di istruttoria attiene alla legittimità, e non al merito della scelta amministrativa (ed infatti è un tradizionale motivo di ricorso giurisdizionale contro i provvedimenti amministrativi),

- la ricorrente sostiene che il difetto di istruttoria non vi sarebbe nel caso in esame perché i documenti sarebbero presenti nella pratica edilizia, ma - come fa notare l'Avvocatura di Stato nella ottima memoria depositata - ciò che la Soprintendenza ha contestato come difetto di istruttoria non è la mancanza, ma la inidoneità della documentazione presentata ad effettuare una valutazione compiuta.

Ad esempio, il rendering (che di solito è lo strumento più importante per l'effettuazione di quella valutazione tecnico-discrezionale sull'impatto paesaggistico prevista dalla norma attributiva di potere) presentato dalla parte schiaccia la prospettiva perché riprende il punto dall'alto e quindi minimizza la portata dell'intervento.

Nonostante questa inadeguatezza della documentazione presentata dalla parte, il Comune di Limone non ha chiesto integrazioni documentali, ma ha rilasciato ugualmente l'autorizzazione, ed in questo modo è incorso in quel difetto di istruttoria che puntualmente ha contestato la Soprintendenza.

La carenza dell'istruttoria svolta in primo grado dall'autorità che ha emesso l'autorizzazione annullata - come si notava sopra - è stata più volte ritenuta vizio di legittimità rilevabile dall'autorità statale (cfr. per tutte Tar Toscana, III, 946/09: è indubitabile che la Soprintendenza possa e debba apprezzare, sotto il profilo delle eccesso di potere per difetto di istruttoria o carenza di motivazione, se l'autorità che ha rilasciato l'autorizzazione paesaggistica abbia manifestato la piena consapevolezza delle conseguenze derivanti dalla realizzazione delle opere, in relazione alle specifiche caratteristiche dei luoghi, e verificato se l'intervento edilizio comporti una compromissione dell'area protetta), ne consegue che il motivo di ricorso volto a ricondurlo ad un giudizio di merito non è fondato e deve essere respinto.

IV. Nel terzo motivo di ricorso la ricorrente deduce che il provvedimento sarebbe illegittimo anche quanto al suo contenuto (nel ricorso si effettua una valutazione punto per punto dei vari profili contestati dalla Soprintendenza e si contesta l'inadeguatezza della relativa motivazione), ma una tale formulazione del motivo non può essere valutata favorevolmente dal Tribunale.

Parte ricorrente, infatti, sovrappone la propria valutazione a quella della Soprintendenza sui singoli profili di impatto visivo presi in considerazione, e vorrebbe che il Tribunale avallasse questo tipo di operazione.

Ma il giudizio della Soprintendenza sul difetto di motivazione e difetto di istruttoria del provvedimento emesso in primo grado dal Comune è un giudizio che presenta tratti di discrezionalità tecnica (che, com'è ormai acquisito, attiene alla legittimità dell'azione amministrativa, e non al merito). A fronte di attività espressione di discrezionalità tecnica, il giudice amministrativo può censurare l'operato dell'amministrazione soltanto nel caso in cui la decisione amministrativa sia stata incoerente, irragionevole o frutto di errore tecnico (Cons. St., IV, 6 ottobre 2001, n. 5287), ma non può rifare la valutazione per sovrapporre la propria a quella espressa nel provvedimento impugnato.

V. Le spese seguono la soccombenza e vengono liquidate come da dispositivo.



P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia sezione staccata di Brescia (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto:

RESPINGE il ricorso.

CONDANNA la ricorrente al pagamento in favore dell'amministrazione resistente delle spese di lite, che determina in euro 3.000, più i.v.a. e c.p.a. (se dovuti).

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.

Così deciso in Brescia nella camera di consiglio del giorno 9 febbraio 2011 con l'intervento dei magistrati:

\*\*\*\*\* , Presidente

\*\*\*\*\* , Primo Referendario

\*\*\*\*\* , Referendario, Estensore

**L'ESTENSORE**

**IL PRESIDENTE**

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 18/02/2011

IL SEGRETARIO

(Art. 89, co. 3, cod. proc. amm.)

<https://www.diritto.it/la-ricorrente-pretende-troppo-una-comunicazione-d-avvio-del-procedimento-e-solo-un-a-comunicazione-d-avvio-non-deve-gia-contenere-i-motivi-del-provvedimento-finale/>