

Pubblicato il 16/05/2019

N. 01122/2019 REG.PROV.COLL.
N. 02085/2017 REG.RIC.



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia

(Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 2085 del 2017, proposto da Rosanna Fusi, rappresentata e difesa dall'avvocato Marco Celant, con domicilio eletto presso il suo studio in Milano, piazza Eleonora Duse, 3;

contro

Comune di Alta Valle Intelvi non costituito in giudizio;

per l'annullamento

- del provvedimento emesso in data 13.6.2017 dal Sindaco del Comune di Alta Valle Intelvi, in qualità di responsabile dell'ufficio tecnico, con cui è stata dichiarata l'inefficacia della SCIA presentata in data 15.5.2017 dalla ricorrente, relativa alla realizzazione di opere di recinzione dell'immobile di sua proprietà sito alla Via Rocco Lurago n. 52;
- del provvedimento prot. 6993 del 26 luglio 2017, rilasciato dal Sindaco del Comune di Alta Valle Intelvi, di parziale diniego dell'istanza di accesso agli atti protocollata in data 27.06.2017 prot. n. 6107;
- di ogni altro atto ad esso presupposto, connesso o consequenziale, ed in particolare, ove occorra,

- del Regolamento concernente l'ordinamento generale degli uffici e dei servizi, approvato con delibera del Commissario Prefettizio con i poteri della Giunta Comunale in data 19/11/17, n. 2;
- del decreto sindacale n. 23 del 21 luglio 2017, con il Sindaco ha avocato a sé “la responsabilità dei seguenti servizi: Affari generali, demografico, elettorale, Tributi, Ragioneria, bilancio, economato, Edilizia privata, urbanistica, Lavori pubblici , patrimonio e ambiente; Polizia locale”;

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 13 febbraio 2019 il dott. Alberto Di Mario e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

La ricorrente ha impugnato il provvedimento del 13 giugno 2017 con il quale il Sindaco del Comune di Alta Valle Intelvi ha sospeso l'efficacia della S.C.I.A. PE 60/2017 presentata dalla ricorrente *“in quanto l'intervento risulta lesivo di un interesse pubblico inerente un diritto di passaggio per l'accessibilità alla Chiesa di S. Giorgio, alla casa parrocchiale ed al cimitero, esercitato da una collettività di persone qualificate dall'appartenenza ad un gruppo territoriale, così come rilevabile dalle n. 16 dichiarazioni sostitutive dell'atto di notorietà affermanti l'esistenza di una servitù pubblica depositate presso gli uffici comunali. Inoltre l'opera si pone in contrasto con l'indicazione sulla tavola n. 16 - carta della conformazione del regime dei suoli del vigente PGT, alla scala 1:2000, le cui disposizioni prevalgono su ogni altro elaborato, in quanto più dettagliata e puntuale, di un tracciato viario pubblico, come alternativa per raggiungere più punti strategici, quali la Chiesa di San Giorgio, il Cimitero, la casa parrocchiale e come alternativa alla pur esistente ma difficoltosa via San Giorgio, per l'eventuale passaggio di mezzi di soccorso”* e ha ordinato di non dare esecuzione ai lavori ivi previsti. La ricorrente ha inoltre impugnato le altre determinazioni indicate in epigrafe. Ha proposto i seguenti motivi di ricorso.

1. In via preliminare: Nullità ai sensi dell'art. 31, c. 4, c.p.a. di tutti gli atti assunti dal sig. Marcello Grandi relativi alla S.C.I.A. prot. n. 4586 - P.E. 60/2017. Violazione e falsa applicazione articoli 50, comma 10, 107 e 109 del d.lgs. n. 267 del 2000. Violazione e falsa applicazione dell'art. 53, comma 23 della l. 23.12.2000, n. 388. Eccesso di potere per carenza di potere, difetto dei presupposti, sviamento e travisamento dei fatti.

Secondo la ricorrente l'atto del 13 giugno 2017 è stato adottato in carenza assoluta di potere in primo luogo perchè il sottoscrittore si è qualificato "Sindaco" ancora prima della pubblicazione dei verbali dell'Ufficio Centrale e prima della pubblicazione ufficiale della notizia degli esiti elettorali, entrambi avvenuti il giorno dopo la sottoscrizione del provvedimento stesso, in data 14 giugno 2017, con evidente violazione dell'art. 38 del TUEL; in secondo luogo perché il provvedimento di inefficacia della S.C.I.A. - P.E. 60/2017 è stato emesso da un soggetto auto-definitosi Responsabile del Servizio Edilizia Privata senza alcuna attribuzione di tale qualifica.

A ciò si aggiungerebbe comunque la violazione dell'art. 53, comma 23 della l. 23.12.2000, n. 388, il quale prevede che *"gli enti locali con popolazione inferiore a cinquemila abitanti fatta salva l'ipotesi di cui all'articolo 97, comma 4, lettera d), del testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali, approvato con decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267, anche al fine di operare un contenimento della spesa, possono adottare disposizioni regolamentari organizzative, se necessario anche in deroga a quanto disposto all'articolo 3, commi 2, 3 e 4, del decreto legislativo 3 febbraio 1993, n. 29, e successive modificazioni, e all'articolo 107 del predetto testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali, attribuendo ai componenti dell'organo esecutivo la responsabilità degli uffici e dei servizi ed il potere di adottare atti anche di natura tecnica gestionale. Il contenimento della spesa deve essere documentato ogni anno, con apposita deliberazione, in sede di approvazione del bilancio"*, per mancata approvazione da parte della giunta comunale di un regolamento derogatorio della competenza del personale amministrativo comunale nell'adozione degli atti di gestione.

Sotto altro profilo la ricorrente sostiene che nessun potere di avocazione delle pratiche edilizie può essere esercitato dal Sindaco, neppure ai sensi dell'art. 50 comma 10 del TUEL.

2. Violazione e falsa applicazione dell'art. 7, l. 7 agosto 1990, n. 241.

Secondo la ricorrente l'auto-nominatosi "Responsabile del Servizio Edilizia Privata" ha notificato il provvedimento oggetto del presente gravame senza conferire alla sig.ra Fusi alcuna possibilità di intervenire e partecipare al procedimento, così come previsto dall'art. 7 della legge 7 agosto 1990, n. 241.

3. Violazione e falsa applicazione dell'art. 3, l. 7 agosto 1990, n. 241; violazione e falsa applicazione dell'art. 37 del d.p.r. 6 giugno 2001, n. 380; violazione e falsa applicazione dell'art. 97 cost. e dei principi di buon andamento, trasparenza ed imparzialità dell'azione amministrativa - eccesso di potere per difetto di istruttoria, travisamento del fatto, illogicità, contraddittorietà, ingiustizia manifesta - sviamento – difetto assoluto di motivazione.

A detta della ricorrente è illegittimo il richiamo nel provvedimento impugnato al parere espresso da un legale in quanto il Comune ha negato l'accesso all'atto medesimo.

In secondo luogo nega l'esistenza e l'esercizio della servitù pubblica, nonostante l'asserita esistenza delle dichiarazioni citate nel provvedimento e non rese disponibili alla ricorrente, perché non è mai stata accertata giudizialmente, almeno dalla data della costruzione dell'abitazione alla quale la cancellata è servente, cioè dal 1986. Neppure la Tavola n. 16 del vigente PGT del Comune di Pello Intelvi conterrebbe tale indicazione.

Il Comune non si è costituito in giudizio e non ha adempiuto all'obbligo, previsto dall'art. 46 c.2 del c.p.a., di produrre il provvedimento impugnato, nonché gli atti e i documenti in base ai quali l'atto è stato emanato, quelli in esso citati e quelli che l'amministrazione ritiene utili al giudizio.

Con ordinanza in data 02/11/2017 questa Sezione ha accolto l'istanza cautelare ritenendo *chead una prima delibazione il ricorso pare fondato, avendo il*

neoeletto Sindaco assunto le funzioni di responsabile dell'ufficio tecnico in palese violazione dell'art. 53, comma 23 della legge 388/2000; che si ravvisa un pregiudizio grave e irreparabile nella tutela della sicurezza personale della ricorrente.

Il Consiglio di Stato, con ordinanza n. 725/2018 ha rigettato l'appello, precisando che: *“appare fondata la censura accolta in primo grado, relativa alla violazione dell'art. 53, c. 2 l. n. 388/2000, secondo la quale l'attribuzione ai componenti dell'organo esecutivo della responsabilità degli uffici e dei servizi e del potere di adottare atti anche di natura tecnica gestionale può avvenire solo tramite l'adozione di disposizioni regolamentari organizzative”*; *“nel caso di specie, il Sindaco esercitava funzioni di responsabile del Servizio Edilizia Privata in assenza di disposizioni regolamentari specifiche in tal senso, così come il decreto di avocazione dallo stesso adottato interveniva solo in un momento successivo, senza avere efficacia retroattiva e in assenza dei caratteri per essere qualificato come ratifica”*.

Con memoria depositata in data 11/01/19 la ricorrente ha ribadito le sue domande.

All'udienza del 13 febbraio 2019 la causa è stata trattenuta dal Collegio per la decisione.

DIRITTO

1. Occorre premettere che la ricorrente ha proposto due questioni attinenti alla legittimazione dell'organo che ha inibito l'esecuzione dei lavori oggetto della s.c.i.a., oltre ad aver contestato nel merito l'esercizio del potere.

Ha poi graduato le questioni affermando che riveste carattere preliminare l'esame della censura di incompetenza assoluta per mancanza della qualifica di Sindaco in capo al sottoscrittore dell'atto, non essendosi ancora completato il procedimento elettorale al momento di emanazione dell'atto impugnato.

In merito occorre precisare che, in assenza di elementi documentali che diano certezza circa il momento dell'acquisizione della carica da parte del Sindaco, al Collegio appare appropriato esaminare per prima la questione di incompetenza relativa, anche per ragioni di economia processuale e quindi per evitare approfondimenti istruttori che allungherebbero i tempi del giudizio.

Rispetto poi al rapporto tra la questione di competenza e gli altri vizi dell'azione amministrativa vale quanto stabilito dalla giurisprudenza (Cons. Stato, Ad. Plen. 27 aprile 2015, n. 5) secondo la quale nel disegno del codice la questione di competenza è *talmente radicale e assorbente che non ammette di essere graduata dalla parte*.

2. Venendo quindi all'esame della censura di incompetenza relativa, essa è fondata.

L'art. 53, c. 23 l. n. 388/2000 stabilisce che *Gli enti locali con popolazione inferiore a cinquemila abitanti fatta salva l'ipotesi di cui all'articolo 97, comma 4, lettera d), del testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali, approvato con decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267, anche al fine di operare un contenimento della spesa, possono adottare disposizioni regolamentari organizzative, se necessario anche in deroga a quanto disposto all'articolo 3, commi 2, 3 e 4, del decreto legislativo 3 febbraio 1993, n. 29, e successive modificazioni, e all'articolo 107 del predetto testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali, attribuendo ai componenti dell'organo esecutivo la responsabilità degli uffici e dei servizi ed il potere di adottare atti anche di natura tecnica gestionale. Il contenimento della spesa deve essere documentato ogni anno, con apposita deliberazione, in sede di approvazione del bilancio*.

Come chiarito dalla giurisprudenza si tratta di una norma che conferma il carattere eccezionale delle deroghe al regime ordinario e l'esigenza della loro assunzione con specifico strumento legislativo, rivolgendosi solo ai piccoli Comuni affinché, «anche al fine di operare un contenimento della spesa», i componenti dell'organo esecutivo espletino compiti normalmente spettanti alla dirigenza (Cons. Stato, sez. V, 8 agosto 2003 n. 4596).

Nel caso di specie il regolamento comunale sull'ordinamento degli uffici e dei servizi, approvato dal Commissario prefettizio con deliberazione n. 2 del 19.01.2017, all'art. 18 prevede che il Comune si doti di responsabili di struttura apicale con atto di nomina del Sindaco tra i dipendenti dell'ente, o tra soggetti esterni; al comma 8, stabilisce inoltre che *"ai sensi di quanto previsto*

dall'articolo 53 comma 23 della Legge n. 388/2000, è prevista la facoltà di conferire al Sindaco o agli Assessori la titolarità di uffici o servizi".

A differenza di quanto affermato dalla ricorrente la norma regolamentare non è illegittima per non avere indicato le motivazioni di natura economica per eliminare ruoli tecnico-amministrativi e ricondurli alle figure politico-istituzionali, in quanto la suddetta norma attribuisce solo la facoltà di mutare in questi termini l'organizzazione dell'ente, evidentemente con atto successivo motivato.

Ed è proprio l'atto di assegnazione della competenza ad adottare atti in materia edilizia, con il corredato supporto motivazionale di tipo organizzativo e/o economico che giustifichi la deroga alla distinzione tra organi politici ed organi burocratici, che manca nel caso di specie (per la necessità di quest'atto da ultimo TAR Lazio, Roma, sez. II quater, 13/07/2018 n. 7856), mentre l'effettività del contenimento della spesa deve poi essere autonomamente confermata con apposita deliberazione, in sede di approvazione del bilancio.

Né a tal fine può valere l'atto successivo del Sindaco n. 23 del 21 luglio 2017 con il quale egli ha avvocato a sé la responsabilità di 6 aree e servizi comunali.

Infatti tale atto non può avere l'effetto di ratifica di atti precedentemente adottati, per almeno tre ragioni: in primo luogo non lo prevede espressamente e quindi non può produrre effetti retroattivi; in secondo luogo l'atto del 21 luglio 2017 è stato adottato dal Sindaco nell'esercizio di un potere organizzatorio, come si desume dal fatto che ha per oggetto aree e servizi comunali, mentre l'atto di sospensione dell'esecuzione della SCIA presentata dalla ricorrente è un atto di gestione; in terzo luogo perché non ha per oggetto l'atto da ratificare.

Né può essere invocato il diverso potere di avocazione per giustificare le determinazioni assunte. Quale che sia il fondamento normativo dell'atto del 21 luglio 2017 – indagine da cui il Collegio ritiene di poter prescindere –, lo stesso vale solo per il futuro, e non rileva ai nostri fini, risalendo l'atto inibitorio al 13 giugno 2017.

In definitiva quindi il ricorso contro l'atto che ha dichiarato inefficace la SCIA ed ha imposto il divieto di esecuzione dei lavori va accolto con conseguente assorbimento degli ulteriori motivi di ricorso.

La domanda di annullamento del regolamento comunale va invece respinta, mentre il ricorso contro il diniego di accesso deve ritenersi improcedibile per sopravvenuta carenza di interesse in quanto proposto a corredo dell'azione di annullamento che è stata decisa senza la necessità di acquisizione di altri documenti.

3. Le spese seguono la soccombenza e sono liquidate come in dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia (Sezione Seconda), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie nei limiti di cui in motivazione e per l'effetto annulla il provvedimento sindacale del 13.6.2017.

Condanna il Comune Alta Valle Intelvi al pagamento delle spese processuali alla ricorrente, che liquida in euro 3.000,00 oltre accessori di legge ed alla restituzione del contributo unificato.

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

Così deciso in Milano nella camera di consiglio del giorno 13 febbraio 2019 con l'intervento dei magistrati:

Italo Caso, Presidente

Alberto Di Mario, Consigliere, Estensore

Antonio De Vita, Consigliere

L'ESTENSORE
Alberto Di Mario

IL PRESIDENTE
Italo Caso

IL SEGRETARIO