

Pubblicato il 21/06/2019

N. 00547/2019 REG.PROV.COLL.

N. 00261/2019 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 Liguria

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

ex art. 60 cod. proc. amm.;
sul ricorso numero di registro generale 261 del 2019, proposto da:
Condominio tutti rappresentati e difesi dall'avv., con domicilio eletto presso la
segreteria del T.A.R. Liguria;

contro

Comune, in persona del Sindaco *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avv., presso
il quale è elettivamente domiciliato nel suo studio in Genova;

nei confronti

Condominio non costituito in giudizio;

per l'annullamento

- della delibera di Giunta comunale n. 37 del 15.3.2018, avente ad oggetto:
"Concessione in deroga all'art. 3.1 del regolamento aree ecologiche condominiali
per occupazione suolo pubblico permanente per posizionamento di area ecologica
asservita al Condominio sito in Via;

- omissis

FATTO e DIRITTO

Con ricorso notificato in data 11 aprile 2019 e depositato il 18 aprile successivo, il Condominio A e alcuni proprietari di alloggi compresi nello stesso Condominio hanno impugnato la deliberazione di Giunta meglio indicata in epigrafe, con cui il Comune aveva autorizzato il Condominio B ad occupare permanentemente una porzione di suolo pubblico di mq 11,44 per realizzarvi un'area ecologica.

Il contestato atto deliberativo è stato adottato ai sensi degli articoli 3, comma 2, e 8 del vigente regolamento comunale in materia di aree ecologiche condominiali che, nel caso di dimostrata impossibilità di posizionare l'area ecologica sui terreni di proprietà privata o condominiale, consentono di realizzarla su terreno di proprietà pubblica, previa atto di assenso rilasciato "in deroga" dalla Giunta comunale.

Lamentano gli esponenti che l'ubicazione della progettata area ecologica sarebbe ben distante dall'ingresso del Condominio B, dal quale è separata da una strada pubblica, e perfettamente adiacente all'ingresso del Condominio ricorrente che, in conseguenza, è destinato a subirne le emissioni odorogene.

Ciò premesso, vengono dedotti, con riguardo alla menzionata deliberazione di Giunta comunale, i seguenti motivi di gravame:

- I) Illegittimità della delibera di Giunta comunale 15.3.2018 n.37 e, conseguentemente dell'intera procedura autorizzatoria, a seguito dell'annullamento dell'art. 8 del Regolamento da parte di TAR Liguria, Sez. I, sent. 14.6.2018, n. 539.
- II) Mancata ovvero falsa applicazione art. 3 del Regolamento aree ecologiche condominiali. Difetto assoluto di motivazione e dei presupposti in diritto. Illogicità, perplessità e ingiustizia manifeste. Eccesso di potere per difetto di istruttoria e carenza dei presupposti in fatto e in diritto. Violazione dei principi

stabiliti dall'art. 1, l. 7.8.1990, n. 241 e dall'art. 97 Cost. in materia di controllo, efficienza e trasparenza dell'attività della P.A.

III) Eccesso di potere per carenza di istruttoria e travisamento dei presupposti in fatto e in diritto in connessione con la violazione degli artt. 47 e 71, d.P.R. 28.12.2000, n. 445.

IV) Violazione del combinato disposto dell'art. 29-*bis* del Regolamento per la concessione di spazi e aree pubbliche con l'art. 8 del Regolamento aree ecologiche condominiali. Eccesso di potere per illogicità e contraddittorietà.

V) Difetto assoluto di motivazione e dei presupposti in diritto. Illogicità, perplessità e ingiustizia manifeste. Eccesso di potere per difetto di istruttoria e carenza dei presupposti in fatto e in diritto.

VI) Violazione art. 7, l. 7.8.1990, n. 241 e dei principi generali in tema di partecipazione al procedimento, buon andamento, efficacia, efficienza ed economicità dell'azione amministrativa. Eccesso di potere. Illogicità.

VII) Violazione di legge (artt. 2 e 32 Cost.) e, sotto altro aspetto, dell'art. 7, l. 7.8.1990, n. 241, relativamente al diritto alla salute.

VIII) Violazione di legge (art. 42 Cost.) relativamente al diritto di proprietà. Difetto assoluto di motivazione e ingiustizia manifesta.

IX) Errata, travisante e illogica applicazione dell'art. 5 del Regolamento delle aree ecologiche condominiali.

X) Sotto altro aspetto, violazione dell'art. 178 del d.lgs. 3.4.2006, n. 152 e dei principi generali di buon andamento, efficacia, efficienza ed economicità dell'azione amministrativa.

Sono coinvolti nell'impugnazione anche gli atti di seguito indicati (con la trascrizione dei motivi di gravame proposti nei confronti di ciascuno di essi):

a) la consequenziale concessione di suolo pubblico rilasciata dal funzionario responsabile dell'Area vigilanza con atto del 6 giugno 2018;

XI) Illegittimità in via derivata.

XII) Ulteriore illegittimità in via autonoma: violazione art. 97 Cost. e dei principi di buon andamento e imparzialità della P.A. Violazione artt. 3, 5 e 7, l. 7.3.1986, n. 65 (legge-quadro sull'ordinamento della polizia municipale) e artt. 89, 90, 107, 109 e 110 del d.lgs. 18.8.2000, n. 267 (testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali). Incompetenza relativa. Eccesso di potere per conflitto di interesse.

b) il “provvedimento implicito/espresso di recepimento della SCIA n. 4936” presentata in data 25 febbraio 2019 dall'Amministratore del Condominio B per la realizzazione della contestata area ecologica;

XIII) Illegittimità in via derivata.

XIV) Ulteriore illegittimità in via autonoma: violazione del regolamento della Regione Liguria 14.7.2011, n. 3 (tutela delle aree di pertinenza dei corsi d'acqua) e del Piano di Bacino stralcio dell'Autorità di Bacino regionale. Difetto assoluto di motivazione e dei presupposti in diritto. Contraddittorietà, illogicità e perplessità manifeste. Eccesso di potere per difetto di istruttoria e carenza dei presupposti. Realizzazione difforme dal progetto. Violazione dell'art. 20, comma 6, d.P.R. 6.6.2001, n. 380.

c) il Regolamento aree ecologiche condominiali;

XV) Violazione dei principi generali in materia di determinatezza dell'atto amministrativo. Eccesso di potere per assoluta genericità. Violazione dei principi generali in materia di distanza dalle costruzioni *ex* art. 9, d.m. 1.4.1968, n. 1444 e dell'art. 32 Cost. in tema di salute dei cittadini.

Infine, parte ricorrente chiede che il Comune sia condannato all'ostensione di tutti gli atti della pratica edilizia relativa alla realizzazione della contestata area ecologica, già richiesti in via amministrativa dall'Amministratore del Condominio A con istanza del 21 marzo 2019 e rilasciati solo in parte dall'Amministrazione, nonché al risarcimento dei danni cagionati dai provvedimenti impugnati.

L'istanza di tutela cautelare provvisoria è stata accolta con decreto monocratico n. 97 del 23 aprile 2019.

Con memoria depositata in data 4 maggio 2019, il Comune, già costituitosi formalmente in giudizio, si oppone all'accoglimento delle pretese di controparte in quanto infondate nel merito.

Il ricorso, quindi, è stato chiamato all'udienza camerale del 8 maggio 2019 e, previo avviso ai difensori intervenuti per le parti, è stato trattenuto per essere deciso con sentenza in forma semplificata.

Rileva preliminarmente il Collegio che non occorre provvedere sulla domanda incidentale di accesso documentale, poiché i documenti indicati dalla parte ricorrente (la relazione a firma del funzionario responsabile dell'Area vigilanza e la richiesta di occupazione di suolo pubblico presentata dall'Amministratore del Condominio B) sono stati spontaneamente prodotti dalla difesa comunale.

Nel merito, è fondata e assorbente la censura di incompetenza della Giunta comunale dedotta con il primo motivo di ricorso.

La questione è già stata esaminata, nell'ambito di una controversia analoga a quella dedotta nel presente giudizio, con la sentenza di questa Sezione n. 539 del 14 giugno 2018, passata in giudicato, che si trascrive nelle parti di specifico interesse:

“La concessione di una porzione di suolo pubblico per collocarvi un'isola ecologica costituisce ... un provvedimento di gestione amministrativa che non implica alcuna scelta programmatica.

Il principio della divisione tra le funzioni di indirizzo politico-amministrativo e l'attività di gestione, oggi sancito dall'art. 107 del d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267, comporta che l'adozione di questo tipo di provvedimento sia riservata alla competenza dei dirigenti dell'ente locale o, nei Comuni privi di dirigenti, ai responsabili dei servizi e degli uffici, anche qualora sia richiesto l'esperimento di accertamenti o valutazioni di natura discrezionale.

Non risultando l'esistenza di specifiche previsioni statutarie che attribuiscano detto potere alla Giunta comunale, ne deriva che tale organo di governo non può essere ritenuto competente ad emanare un provvedimento di autorizzazione all'occupazione di suolo pubblico.

Il vizio di incompetenza, peraltro, non è stato "sanato" dal successivo provvedimento dirigenziale, in quanto meramente riproduttivo della decisione adottata dall'organo di governo.

La declaratoria di illegittimità si estende all'art. 8 del regolamento approvato con deliberazione consiliare n. 32 del 25 giugno 2014 che rimette alla Giunta comunale, non la mera formulazione di direttive in materia, bensì compiti di amministrazione attiva, naturalmente implicanti l'emanazione di provvedimenti amministrativi che la legge attribuisce in via esclusiva ai dirigenti".

Premesso che non occorre disporre in merito all'art. 8 del regolamento comunale in materia, già annullato con la citata sentenza n. 539/2018, va dichiarata, sulla base dei principi di cui sopra, l'illegittimità dell'autorizzazione in deroga rilasciata dalla Giunta comunale con deliberazione n. 37 del 15 marzo 2018, trattandosi di atto dispositivo che presenta i caratteri tipici del provvedimento gestionale di competenza dirigenziale *ex art. 107 t.u. enti locali*.

Infatti, contrariamente a quanto prospettato dalla difesa comunale, tale atto non ha natura di parere, ma costituisce chiara espressione di amministrazione attiva che, stante la discrezionalità di apprezzamento riservata all'organo collegiale, avrebbe eventualmente potuto determinare un esito del procedimento non conforme alle risultanze dell'istruttoria compiuta dal responsabile dell'Area vigilanza.

La declaratoria di illegittimità si estende al provvedimento dirigenziale di concessione di suolo pubblico n. 81 del 6 giugno 2018, siccome posto in rapporto di immediata derivazione dalla deroga assentita con la deliberazione di Giunta impugnata in principalità.

Non può trovare accoglimento, invece, la domanda di annullamento del provvedimento implicito di recepimento della SCIA presentata dall'Amministratore del Condominio B per la realizzazione dell'area ecologica.

Infatti, per consolidato orientamento giurisprudenziale (tale da non richiedere la citazione di precedenti specifici), la SCIA non determina la formazione tacita di un provvedimento amministrativo, sicché i rimedi di tutela del terzo si incentrano sulla possibilità di sollecitare l'esercizio dei poteri inibitori e, ove del caso, di contestare il silenzio serbato dall'amministrazione ovvero di impugnare l'eventuale provvedimento di riscontro negativo.

Neppure può trovare accoglimento, infine, la domanda risarcitoria proposta dai ricorrenti, sia in ragione della sua genericità sia perché non è stato dimostrato l'effettivo utilizzo dell'avversata area ecologica.

In ragione della soccombenza reciproca, le spese di giudizio vanno integralmente compensate fra le parti costituite.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Liguria (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie in parte e, per l'effetto, annulla la deliberazione di Giunta comunale n. 37 del 15 marzo 2018 e il provvedimento di concessione di suolo pubblico n. 81 del 6 giugno 2018.

Respinge la domanda di annullamento del provvedimento "di recepimento della SCIA" e la domanda di risarcimento dei danni.

Spese compensate.

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

Così deciso in Genova nella camera di consiglio del giorno 8 maggio 2019 con l'intervento dei magistrati:

Giuseppe Daniele, Presidente

Richard Goso, Consigliere, Estensore

Paolo Nasini, Referendario