Pubblicato il 18/07/2017

Sent. n. 1644/2017

REPUBBLICA ITALIANA

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 947 del 2012, proposto da:
- Alessandro Bruni e Caterina Previtali, rappresentati e difesi dall'Avv. Umberto Grella ed elettivamente domiciliati presso lo studio dello stesso in Milano, Via Cesare Battisti n. 21;
contro
- il Comune di San Siro, in persona del Sindaco pro-tempore, rappresentato e difeso dagli Avv.ti Gianni Mantegazza, Matteo Ferrari e Gian Paolo Cimolino ed elettivamente domiciliato presso lo studio di quest'ultimo in Milano, Viale Monte Nero n. 78;
nei confronti di
- Nicola Mappa, non costituito in giudizio;
per l'annullamento
- dell'ordinanza del Comune di San Siro, prot. n. 1191 del 3 aprile 2012, recante l'ordine di demolizione di un berceau in metallo (ossia un pergolato) realizzato in assenza di permesso di costruire da parte dei ricorrenti;
- della deliberazione della Giunta comunale di San Siro n. 177/2010, con cui l'Assessore comunale Mappa Nicola è stato nominato Responsabile del Servizio Edilizia del Comune di San Siro;
- del Regolamento comunale attraverso il quale è stata attribuita agli Assessori comunali, Responsabili dei Servizi, la potestà di adottare provvedimenti di gestione anche aventi efficacia esterna;
- di tutti gli atti preordinati, conseguenziali e connessi.

Visti il ricorso e i relativi allegati;
Visto l'atto di costituzione in giudizio del Comune di San Siro;
Vista l'ordinanza n. 770/2012 con cui è stata respinta la domanda di sospensione cautelare formulata dalle parti ricorrenti;
Viste le memorie difensive;
Visti tutti gli atti della causa;
Designato relatore il consigliere Antonio De Vita;
Uditi, all'udienza pubblica del 27 aprile 2017, i difensori delle parti, come specificato nel verbale;
Ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue.

FATTO

Con ricorso notificato in data 10 aprile 2012 e depositato il 18 aprile successivo, i ricorrenti hanno impugnato l'ordinanza del Comune di San Siro prot. n. 1191 del 3 aprile 2012 recante l'ordine di demolizione di un berceau in metallo (ossia un pergolato) da loro realizzato in assenza di permesso

di costruire, unitamente alla deliberazione della Giunta comunale di San Siro n. 177/2010, con cui l'Assessore comunale Mappa Nicola è stato nominato Responsabile del Servizio Edilizia del Comune di San Siro, e al Regolamento comunale attraverso il quale è stata attribuita agli Assessori comunali, Responsabili dei Servizi, la potestà di adottare provvedimenti di gestione anche aventi efficacia esterna.
I ricorrenti, proprietari di una villetta con annesso giardino nel Comune di San Siro (CO), hanno realizzato, senza permesso di costruire, una struttura in ferro infissa al suolo (berceau), formata da piccole travi in ferro e fili di acciaio teso, che dovrebbe essere contornata da piante rampicanti al fine di offrire un riparo dai raggi solari, soprattutto nel periodo estivo. Il Comune di San Siro ha ritenuto tale manufatto abusivo, in quanto realizzato in assenza di permesso di costruire, e perciò ne ha ordinato la demolizione.
Assumendo l'illegittimità dell'ordine ripristinatorio, i ricorrenti lo hanno impugnato, eccependo la violazione e falsa applicazione degli artt. 6, 10, 22 e 37 del D.P.R. n. 380 del 2001, dell'art. 27 della legge regionale n. 12 del 2005, dell'art. 53 della legge n. 388 del 2000, dell'art. 19 del D. Lgs. n. 165 del 2001, dell'art. 109 del D. Lgs. n. 267 del 2000, la violazione e la falsa applicazione delle N.T.A. del Piano regolatore comunale, l'eccesso di potere per sviamento, illogicità, contraddittorietà, contrasto con precedenti manifestazioni di volontà, travisamento di fatto, erronea rappresentazione della situazione di fatto e di diritto, difetto di motivazione, carenza di istruttoria, ingiustizia manifesta, illegittimità derivata e violazione della regola della proporzionalità.
Si è costituito in giudizio il Comune di San Siro, che ha chiesto il rigetto del ricorso.
Con l'ordinanza n. 770/2012 è stata respinta la domanda di sospensione cautelare formulata dalle parti ricorrenti.
In prossimità dell'udienza di merito, i difensori delle parti hanno depositato memorie e documentazione a sostegno delle rispettive posizioni.
Alla pubblica udienza del 27 aprile 2017, su conforme richiesta dei difensori delle parti, la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

1. Il ricorso non è fondato.
2. Con le prime due censure di ricorso si assume l'illegittimità dell'ordinanza impugnata giacché adottata da un soggetto, ovvero l'Assessore comunale, che non avrebbe potuto essere investito dell'incarico di Responsabile del Servizio Tecnico comunale, in quanto non sarebbe stato adottato il regolamento comunale previsto dall'art. 53, comma 23, della legge n. 388 del 2000, oltre che in ragione dell'assenza in capo al nominato dei requisiti professionali necessari per accedere a quel posto.
2.1. Le doglianze sono infondate, secondo quanto di seguito specificato.
In via preliminare va segnalato che si può prescindere dall'esame dell'eccezione formulata dalla difesa comunale in ordine all'applicabilità dell'art. 21-octies, comma 2, della legge n. 241 del 1990 ai casi di incompetenza relativa, vista l'infondatezza nel merito delle censure.
2.2. L'art. 53, comma 23, della legge n. 388 del 2000, come modificato dall'art. 29, comma 4, lett. a e b, della legge n. 448 del 2001, 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*".

La citata disposizione prevede innanzitutto che, al fine di attribuire la responsabilità di un Ufficio o un Servizio comunale ad un componente della Giunta, debba essere adottato un regolamento di organizzazione, quale presupposto indispensabile per derogare alla normativa primaria. Le parti ricorrenti eccepiscono, nel caso de quo, la mancanza di tale regolamento, che non potrebbe essere sostituito da una semplice deliberazione di Giunta attraverso la quale si conferisca direttamente l'incarico (deliberazione n. 177/2010 del 23 dicembre 2010: all. 6 del Comune).
La tesi della ricorrente non appare condivisibile alla luce del consolidato orientamento giurisprudenziale, cui il Collegio intende aderire, secondo il quale la disposizione legislativa non necessariamente indica l'approvazione di un regolamento, essendo sufficiente che il relativo provvedimento sia deliberato dalla Giunta comunale, quale organo competente in materia di adozione dei regolamenti sull'ordinamento degli uffici e dei servizi (cfr. Consiglio di Stato, IV, 23 febbraio 2009, n. 1070; V, 6 marzo 2007, n. 1052; T.A.R. Lombardia, Milano, II, 18 maggio 2011, n. 1278; T.A.R. Lazio, Roma, II-ter, 22 marzo 2011, n. 2534).
2.3. Non può essere accolta nemmeno la parte della doglianza che deduce l'illegittimità della nomina per mancata successiva documentazione del contenimento della spesa, in sede di approvazione del bilancio, considerato che un eventuale inadempimento di tale obbligo, avente natura prettamente contabile, potrà avere conseguenze su altri versanti dell'attività amministrativa (responsabilità amministrativo-contabile), ma certo non potrebbe ridondare sulla legittimità delle disposizioni già assunte (cfr. Consiglio di Stato, IV, 14 ottobre 2011, n. 5536).
2.4. Infine non appaiono fondati nemmeno i rilievi attraverso i quali è stato eccepito che tra i dipendenti comunali vi sarebbe un soggetto idoneo ad assumere le funzioni di Responsabile del Servizio (arch. Palo) e che l'Assessore Mappa non sarebbe in possesso del titolo di studio previsto dalla normativa regolante l'attribuzione di incarichi dirigenziali (artt. 109 del T.U.E.L. e 19 del D. Lgs. n. 165 del 2001). Quanto alla presenza di un dipendente idoneo a ricoprire la posizione va richiamato l'art. 29, comma 4, lett. b, della legge n. 448 del 2001 che ha soppresso l'inciso "*che riscontrino e dimostrino la mancanza non rimediabile di figure professionali idonee nell'ambito dei dipendenti*" originariamente contenuto nell'art. 53, comma 23, della legge n. 388 del 2000, con la conseguenza che risulta irrilevante la presenza all'interno dell'Amministrazione di figure professionali idonee, non essendo più richiesta la sussistenza di tale presupposto.
Con riguardo al mancato possesso in capo all'Assessore comunale del titolo di studio, va infine evidenziato che la posizione di Responsabile del Servizio nel Comune di San Siro non è attribuita ad una figura avente qualifica dirigenziale, ma ad un dipendente con qualifica di istruttore direttivo (D2 nella declaratoria delle categorie dei dipendenti degli Enti locali), con conseguente inapplicabilità delle disposizioni riguardanti la qualifica dirigenziale. Peraltro la natura derogatoria del citato art. 53, legata anche alla peculiare posizione degli Enti locali di piccole dimensioni, consente di attribuire gli incarichi anche a prescindere dal titolo di studio dei soggetti nominati, come dimostrato anche dalla irrilevanza dell'assenza di figure idonee all'interno dell'Amministrazione, prevista invece nella versione originaria della norma e poi soppressa dall'art. 29, comma 4, lett. b, della legge n. 448 del 2001.
2.5. Pertanto, alla stregua delle suesposte considerazioni, le prime due censure di ricorso devono essere respinte.
3. Con la terza e la quarta censura si assume l'illegittimità dell'ordinanza impugnata, in quanto la struttura realizzata dai ricorrenti sarebbe un semplice arredo esterno che non avrebbe alcuna rilevanza da un punto di vista edilizio, rientrando tra le attività di edilizia libera, o al più tra gli interventi sottoposti a d.i.a. che potrebbero, qualora realizzati abusivamente, dar luogo soltanto all'irrogazione di una sanzione pecuniaria.
3.1. Le doglianze sono infondate.
La struttura realizzata dai ricorrenti è costituita da fili di acciaio teso e travi di ferro ancorati stabilmente al suolo attraverso bulloni, che occupa uno spazio di oltre 30 mq, è alta 2,34 m ed è destinata al parcheggio delle autovetture. Oltre a soddisfare esigenze di tipo non precario, la struttura

non risulta facilmente amovibile e impatta in modo significativo sull'ambiente circostante (sulla non precarietà di un'opera, Consiglio di Stato, VI, 27 aprile 2016, n. 1619).
Come si può ricavare dalla descrizione delle opere realizzate – percepibile nella sua effettiva consistenza con molta maggiore evidenza attraverso l'esame delle numerose fotografie prodotte in giudizio dalle parti – si tratta di un intervento che da un punto di vista dimensionale e costruttivo rappresenta una nuova edificazione e quindi per essere realizzato richiede il rilascio di un permesso di costruire (diversamente avviene nel caso in cui ci si trovi al cospetto di una struttura costruita con materiale leggero e che sia facilmente amovibile, Consiglio di Stato, VI, 25 gennaio 2017, n. 306; IV, 29 settembre 2011, n. 5409); di conseguenza, in assenza del prescritto titolo autorizzativo, le opere realizzate sono da considerarsi abusive e quindi, legittimamente, il Comune ne ha ordinato la demolizione.
3.2. In ogni caso anche laddove l'intervento edilizio fosse stato ritenuto assoggettabile a d.i.a., lo stesso avrebbe dovuto essere preceduto dal rilascio dell'autorizzazione paesaggistica, in quanto l'area è stata sottoposta a vincolo con Decreto ministeriale n. 438/1973 (all. 1 del Comune); tale vincolo è richiamato espressamente sia nel provvedimento impugnato che nell'atto del 30 marzo 2012 allo stesso presupposto (all. 3 del Comune). Difatti, a prescindere dal titolo edilizio ritenuto più idoneo e corretto per realizzare l'intervento in zona vincolata (d.i.a. o permesso di costruire), ciò che rileva è il fatto che lo stesso è stato posto in essere in assoluta carenza di titolo abilitativo (Consiglio di Stato, VI, 9 gennaio 2013, n. 62), la cui conseguenza non può che essere la sanzione ripristinatoria, finalizzata a porre rimedio alla visibile alterazione del paesaggio (art. 27, comma 2, ultimo periodo, del D.P.R. n. 380 del 2001; cfr., in giurisprudenza, T.A.R. Campania, Napoli, VI, 14 marzo 2017, n. 1472).
3.3. Pertanto, anche le suesposte censure vanno respinte.
4. Con l'ultima doglianza si assume la mancata previa individuazione dell'area che eventualmente verrebbe acquisita nel caso di inottemperanza all'ordine di demolizione.
4.1. La doglianza è infondata.
Come sostenuto da un consolidato orientamento giurisprudenziale, condiviso dal Collegio, "l'omessa o imprecisa indicazione di un'area che verrà acquisita di diritto al patrimonio pubblico non costituisce motivo di illegittimità dell'ordinanza di demolizione. Mentre con il contenuto dispositivo di quest'ultima si commina, appunto, la sanzione della demolizione del manufatto abusivo, l'indicazione dell'area costituisce presupposto accertativo ai fini dell'acquisizione, che costituisce distinta misura sanzionatoria. Persiste infatti la netta distinzione tra ordinanza di demolizione e atto di acquisizione, preceduto, quest'ultimo, dall'accertamento dell'inottemperanza all'ingiunzione a demolire. Quindi, l'individuazione dell'area da acquisirsi non deve essere necessariamente contenuta nel provvedimento di ingiunzione di demolizione, a pena di illegittimità dello stesso, ben potendo essere riportata nel momento in cui si procede all'acquisizione del bene" (Consiglio di Stato, VI, 5 gennaio 2015, n. 13; altresì, T.A.R. Lombardia, Milano, I, 27 marzo 2017, n. 719).
4.2. Ciò determina il rigetto anche della predetta censura.
5. In conclusione, il ricorso deve essere respinto.
6. Le spese di giudizio possono essere compensate tra le parti, avuto riguardo alle peculiarità della controversia.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia (Sezione Seconda), definitivamente pronunciando, respinge il ricorso indicato in epigrafe.
Spese compensate.
Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.
Così deciso in Milano nella camera di consiglio del 27 aprile 2017 con l'intervento dei magistrati:
Mario Mosconi, Presidente
Antonio De Vita, Consigliere, Estensore

Angelo Fanizza, Primo Referendario

L'ESTENSORE
Antonio De Vita

IL PRESIDENTE
Mario Mosconi

IL SEGRETARIO