



Informazioni Amministrative ed Approfondimenti

Newsletter

**1 dicembre
2015**

CONFEDERAZIONE DELLE PROVINCIE E DEI COMUNI DEL NORD

IN QUESTO NUMERO

- ❖ Se il Sindaco non emette un'ordinanza in caso di pericolo rischia anche l'imputazione per omicidio colposo
- ❖ L'assessore di un piccolo comune può presiedere la commissione di gara
- ❖ Il Comune è titolare di un ampio potere di regolamentazione degli spazi esterni agli esercizi commerciali
- ❖ Il mutamento della destinazione d'uso non costituisce una lottizzazione abusiva

SEDE CENTRALE - Piazzale Risorgimento n. 14 - 24128 Bergamo
Tel. 030/40.35.40 . Fax 035/25.06.82 - C.F. 95100580166
www.conord.org conord@conord.org

Se il Sindaco non emette un'ordinanza in caso di pericolo rischia anche l'imputazione per omicidio colposo

Il sindaco che non firma un'ordinanza urgente per bloccare l'accesso ad una zona interessata da lavori pubblici può essere condannato per omicidio colposo, oltre che per lesioni e omissione di atti d'ufficio, se capita un incidente mortale. Se nell'incidente vengono coinvolte più persone, la pena può arrivare a 15 anni di carcere come prevede l'articolo 589 del Codice penale.

Lo ha stabilito la Suprema Corte di Cassazione con la sentenza 46400/2015 che ha fissato questo principio nella complicata vicenda giudiziaria nata dalla tragedia della caduta del cestello di una gru, utilizzata in quel momento per allestire le decorazioni di una chiesa di Sorrento, che ha causato la morte di due passanti.

Nella sentenza si rinviano gli atti alla Corte di Appello di Napoli al fine di rideterminare la pena per il Sindaco applicando il reato di omicidio colposo e non solamente di omissione d'atti d'ufficio e lesioni. Ciò che interessa però, non il caso specifico, ma i principi generali per l'attività dei sindaci che scaturiscono da questa pronuncia.

Si dice infatti nella sentenza, che anche se la ditta appaltatrice non aveva richiesto alcun intervento per la messa in sicurezza dell'area, il sindaco non poteva non essere consapevole della pericolosità del cantiere situato proprio nella piazza principale del comune accanto al suo ufficio. Fatta questa premessa per la Suprema Corte il sindaco avrebbe dovuto adottare tutti gli atti necessari a tutelare l'incolumità dei cittadini, come prescritto dal TUEL all'art. 54. Viene inoltre specificato che non è l'ordinanza l'unico strumento adottabile, in quanto sulla forma deve prevalere la sostanza per valutare la condotta omissiva del primo cittadino, e quindi a fronte dell'effettiva esistenza del pericolo non servono "formule o formalità o procedure

sacramentali", ma scatta l'obbligo per il sindaco di agire a tutela dei cittadini con qualsiasi atto idoneo come ad esempio allertare la polizia o i vigili del fuoco oppure imponendo alla ditta di adottare delle misure di sicurezza. Se invece vi è inerzia da parte del sindaco, come nel caso analizzato, scatta la responsabilità penale.

L'assessore di un piccolo comune può presiedere la commissione di gara

Il Consiglio di Stato, sezione V, con la sentenza 5296/2015 ha chiarito la portata della deroga al principio della separazione dei poteri politici da quelli gestionali prevista dall'articolo 53, comma 23 della legge 388/2000.

La sentenza stabilisce infatti che il componente della giunta a cui, nei comuni con meno di 5000 abitanti, sia stata attribuita la responsabilità del servizio deve ritenersi "*pienamente investito delle funzioni connesse a questa attribuzione, compresa quella di presidenza delle commissioni di gare per l'affidamento di contratti d'appalto da parte dell'ente*".

Questo in quanto il TUEL prevede che i dirigenti debbano avere tutti i poteri per portare a termine le procedure, compreso quello di presiedere la commissione di gara. La questione nasce dal ricorso dell'appellante che voleva far valere l'incompatibilità della figura politica con il ruolo di presidente di commissione di gara, in virtù del principio della separazione fra ruoli politici e burocratici come previsto al comma 5 dell'articolo 84 del Codice dei contratti, in base al quale non possono rivestire il ruolo di presidente di commissione coloro che nel biennio precedente "*hanno rivestito cariche di pubblico amministratore (...) relativamente a contratti affidati dalle amministrazioni presso le quali hanno prestato servizio*".

Il principio della separazione dei poteri,

previsto anche dall'articolo 4 della legge 165/2001, impone la netta separazione tra le prerogative gestionali, di esclusiva di competenza gestionale (articolo 107 del TUEL) e i compiti di indirizzo e controllo di spettanza della componente di governo della P.A.

Queste previsioni generali subiscono però in relazione ai Comuni con popolazione inferiore a 5000 abitanti una rilevantissima deroga ad opera dell'articolo 53, comma 23 della legge 388/2000. La norma in esame prevede la deroga rispetto alla netta separazione dei ruoli in questi casi *“anche al fine di operare un contenimento della spesa”* attraverso l'adozione delle opportune *“disposizioni regolamentari organizzative (...) attribuendo ai componenti dell'organo esecutivo la responsabilità degli uffici e dei servizi ed il potere di adottare atti anche di natura tecnica gestionale”*. E' previsto inoltre, al fine di evitare facili deviazioni da quella che è la *ratio* della norma stessa, che annualmente sia approvata una delibera in sede di bilancio per giustificare i risparmi derivanti dalla scelta.

In virtù di questa norma derogatoria contenuta nella finanziaria del 2001, che per il Consiglio di Stato assume carattere di specialità rispetto alle previsioni dell'articolo 107 del TUEL ed 84 del codice dei contratti, è quindi possibile attribuire funzioni dirigenziali ad un membro dell'organo di vertice politico del comune di popolazione inferiore ai 5000 abitanti.

Si tratta di un'eccezione, si legge in sentenza, che ha l'evidente scopo di assicurare la necessaria funzionalità ai piccoli comuni, i cui organici risultino privi di posizioni dirigenziali, permettendo loro di coprire le posizioni apicali all'interno della propria microstruttura attraverso il ricorso ai componenti dell'organo di direzione politica.

La deroga ha quindi il suo fondamento nel principio di buon andamento dell'attività amministrativa, cioè da un'esigenza di rango costituzionale che si equivale con quella di imparzialità amministrativa prevista dalle disposizioni del codice degli

appalti e del TUEL.

Il Comune è titolare di un ampio potere di regolamentazione degli spazi esterni agli esercizi commerciali

Con la sentenza 20 novembre 2015, n. 5298, la V^a Sezione del Consiglio di Stato ha sancito la legittimità di una previsione regolamentare comunale con cui si disponeva il divieto di occupare con espositori od altro il suolo posto all'esterno degli esercizi commerciali, e ciò anche quando il sedime risulti di proprietà privata. La sentenza in oggetto pare degna di nota sotto molteplici aspetti.

Innanzitutto va sottolineato come il caso portato all'attenzione del Giudice riguardasse il Comune di Riccione, ossia una realtà turistica di notevole importanza in cui l'introduzione di un simile divieto non potrà che avere importanti ricadute sulle attività commerciali che, proprio per questo motivo, avevano impugnato la disposizione regolamentare innanzi al T.A.R. Emilia Romagna-Bologna nel lontano 2003. Ed il Tribunale Regionale, in allora, aveva accolto il ricorso dei commercianti interessati dal nuovo divieto ritenendo che il regolamento comunale fosse *“inficiato dalla mancata precisazione del potere che il Comune ha inteso esercitare nel caso di specie e da difetto di motivazione sulle ragioni di scelta, che incide anche sull'utilizzo della proprietà privata”*.

Tale giudizio viene però riformato in appello dal Consiglio di Stato il quale, al contrario, ritiene che il Comune abbia esercitato un potere ascrivibile congiuntamente alla potestà urbanistica, alla potestà di regolamentazione della viabilità e, soprattutto, alla potestà afferente alla tutela del decoro urbano.

Ciò postula che, in presenza di concomitanti competenze, il Comune non aveva affatto l'obbligo di enunciare espressamente quale (o meglio quali)

intendesse esercitare.

Anzi, il Collegio ritiene che il Comune abbia diligentemente esplicitato con chiarezza nel provvedimento i presupposti che hanno ispirato l'introduzione del divieto in quanto nelle premesse del provvedimento impugnato si legge che la differenziazione nella disciplina per l'occupazione del suolo pubblico e/o privato all'esterno degli esercizi commerciali, dei pubblici esercizi ed esercizi similari è "giustificata a causa della nuova fisionomia che hanno assunto alcune aree urbane rispetto ad altre a seguito degli interventi di arredo urbano nonché della necessità di garantire la percorribilità dei marciapiedi e degli altri spazi adibiti al passaggio pedonale".

La pronuncia in oggetto sembra, pertanto, riconoscere un ampio potere in capo al Comune di disciplinare l'occupazione del suolo esterno ai locali, sia esso indifferentemente pubblico o privato, senza che sull'Ente gravi l'onere di individuare specificamente in base a quale delle differenti competenze concorrenti – urbanistica, di regolamentazione della viabilità, di tutela del decoro urbano – è stato assunto il provvedimento.

Il mutamento della destinazione d'uso non costituisce una lottizzazione abusiva

Il Consiglio di Stato torna ad occuparsi – con la sentenza n. 5328 del 24 novembre 2015 – della nozione di lottizzazione abusiva, cercando di definirne meglio i contorni ed evitare che letture eccessivamente rigide dell'art. 30 del d.P.R. n. 380 del 2001 portino a ritenere configurata la fattispecie anche in presenza di un mero mutamento di destinazione d'uso che non incida profondamente sull'assetto urbanistico del territorio.

Il Collegio, innanzitutto, evidenzia i presupposti della lottizzazione abusiva, quali desumibili dalla citata disposizione del T.U. Edilizia, per la quale "Si ha

lottizzazione abusiva di terreni a scopo edificatorio quando vengono iniziate opere che comportino trasformazione urbanistica o edilizia dei terreni stessi, in violazione delle prescrizioni degli strumenti urbanistici, vigenti o adottati, o comunque stabilite dalle leggi statali o regionali o senza la prescritta autorizzazione, nonché quando tale trasformazione venga predisposta attraverso il frazionamento e la vendita, o atti equivalenti, del terreno in lotti, che per le loro caratteristiche quali la dimensione in relazione alla natura del terreno e alla sua destinazione secondo gli strumenti urbanistici, il numero, l'ubicazione o l'eventuale previsione di opere di urbanizzazione ed in rapporto ad elementi riferiti agli acquirenti, denuncino in modo non equivoco la destinazione a scopo edificatorio".

Ciò vuol dire che il legislatore ha voluto configurare, con la predetta norma, una tipologia di abusivismo di particolare gravità che, a sua volta, può essere distinta nella lottizzazione cd. "materiale" - di cui al primo comma dell'art. 30 T.U.E. - o "negoziale", individuabile laddove la trasformazione urbanistica avvenga attraverso il frazionamento degli stessi, la vendita dei suoli o attraverso atti equivalenti alla vendita.

Alla particolare rilevanza di tali interventi abusivi consegue, poi, la previsione di severe misure repressive (art. 30 cit, commi 7 e 8: nullità di eventuali atti di cessione, nonché sospensione dell'intervento con atto che, "ove non intervenga la revoca del provvedimento", comporta ex se l'acquisizione di diritto al patrimonio disponibile del Comune delle aree lottizzate).

Per tale ragione, la nozione di lottizzazione abusiva "non deve confondersi con l'effettuazione di qualsiasi pur ampio intervento edificatorio non autorizzato, o non compatibile con la disciplina urbanistica vigente", essendo invece necessaria una "preordinata trasformazione di una porzione di territorio, in modo tale da aggiungere una nuova e composita maglia al tessuto urbano, con conseguente necessità – per la consistenza innovativa dell'intervento – di costituzione o integrazione della necessaria rete di opere di urbanizzazione", cosa che avviene, ad esempio, nel caso si

costituiscano interi quartieri residenziali, previa suddivisione del terreno in lotti edificabili.

Occorre, pertanto, fare riferimento al “peso insediativo” dell'intervento, piuttosto che alla sua materiale estensione ed entità, talchè traspaia un intento evidente di attribuire un assetto dell'area, globalmente incompatibile sia con quello esistente che con quello previsto dagli strumenti urbanistici (in tal senso anche Cons. Stato, VI, 29 gennaio 2015, n. 410; 7 agosto 2015, n. 3911, 26 maggio 2015, n. 2649).

Il Giudice prosegue, poi, con l'evidenziare la stretta dipendenza della norma all'interesse urbanistico più che a quello edilizio, perché sanzionante la trasformazione urbanistica a scopo edificatorio di un'ampia porzione di territorio.

Ciò non esclude in sé che la lottizzazione possa avere luogo anche in presenza di taluni edifici regolarmente preesistenti: ma impone con evidenza particolari cautele in una situazione, che rende oggettivamente più difficile la configurazione della fattispecie di cui al citato art. 30 del d.P.R. n. 380 del 2001.

Ecco che, allora, nella fattispecie oggetto del giudizio non è stata contestata la preesistenza di due immobili, su cui risulta effettuata una ristrutturazione con mutamento di destinazione d'uso, con nuove opere di urbanizzazione che appaiono, tuttavia, limitate alla realizzazione di parcheggi (oltre all'ammodernamento di altre infrastrutture già esistenti), in un contesto che già sotto tale profilo non avalla, con la necessaria consistenza di elementi indiziari, l'ipotesi lottizzatoria, non emergendo la finalità caratteristica di sottoporre a nuova edificazione terreni non urbanizzati, corrispondenti a porzioni di un certo rilievo del territorio.

Pare pertanto errata la motivazione addotta dal Comune nell'ordinanza impugnata ove si afferma che l'aggiunta di parcheggi e la nuova dimensione direzionale, avrebbero tanto profondamente modificato l'assetto del

territorio da essere equiparabili all'introduzione di un nuovo insediamento in area non ancora urbanizzata, cosa che, invece, potrebbe sostenersi in presenza di un centro direzionale o commerciale di consistenti dimensioni, realizzato in località inedificata, o interessata in precedenza da sporadiche costruzioni rurali, con esigenze infrastrutturali del tutto diverse.

La situazione sottoposta al giudizio è molto meno incisiva sotto il profilo urbanistico, giacché *“non è contestato che i fabbricati, resi oggetto di mutamento di destinazione d'uso, fossero già in precedenza estranei all'uso agricolo dei terreni, così come non è contestato che gli stessi non siano stati radicalmente trasformati, rispetto all'originaria consistenza e che fossero già serviti – tranne per quanto riguarda i parcheggi – da opere di urbanizzazione primaria”*.

In tale contesto – pur restando salvi i provvedimenti che l'Amministrazione è tenuta ad adottare, in presenza di opere edilizie sprovviste dei necessari titoli abilitativi e non assentibili – il Collegio ha quindi ritenuto non siano stati integrati i presupposti della lottizzazione abusiva, con conseguente illegittimità dei provvedimenti comunali impugnati.