

REPUBBLICA ITALIANA

N. 5073/06 REG.D

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

N. 5268 REG:RIC.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Quinta Sezione
ha pronunciato la seguente

ANNO 2004

DECISIONE

sul ricorso in appello n. 5268/2004, proposto dal Comune di
CAPRAIA ISOLA, in persona del Sindaco p.t., rappresentato e
difeso dall'avv. Luciano BARSOTTI con il quale è elettivamente
domiciliato in Roma, lungotevere Flaminio 46, pal. IV, sc. B,
presso lo studio del dott. Gian Marco GREZ,

CONTRO

i sigg.ri Sara BUONAMANO e Andrea BUONAMANO,
costituitisi in giudizio, rappresentati e difesi dagli avv.ti Paolo
CARROZZA e Paolo ACCARDO e presso quest'ultimo
elettivamente domiciliati in Roma, via Giunio Bazzoni 3,

E

e Giovanna MANGIAPANE SALVI BUONAMANO, non
costituitasi in giudizio,

per la riforma

della sentenza del TAR della Toscana, Sezione II[^], 22
marzo 2004, n. 782;

visto il ricorso in appello con i relativi allegati;

visti gli atti di causa;

vista l'ordinanza della Sezione 24 settembre 2004, n. 4337;

relatore, alla pubblica udienza del 3 marzo 2006, il

Consigliere Paolo BUONVINO;

udito l'avv. GIOVANNELLI per delega dell'avv. BARSOTTI, per il Comune appellante e l'avv. ACCARDO per gli appellati.

Ritenuto e considerato, in fatto e in diritto, quanto segue.

F A T T O

1) - Con la sentenza appellata il TAR ha accolto il ricorso proposto dagli odierni appellati per l'annullamento dell'ordinanza n. 2 del 3 gennaio 2003, emessa dal Sindaco di Capraia Isola, con la quale è stata dichiarata la decadenza dei sigg. Sara ed Andrea Buonamano dall'assegnazione dell'alloggio di Edilizia Residenziale Pubblica di proprietà ATER n. 100505010202 sito in Capraia Isola, Via C.A. della Chiesa 3, ed è stato ordinato il rilascio del suddetto alloggio entro 30 giorni dalla notifica come meglio descritto nel provvedimento medesimo, nonché di ogni altro atto connesso, presupposto e consequenziale ancorché incognito, compresi i singoli atti di accertamento, ed in particolare della diffida a rilasciare l'alloggio n. prot. 2418 del 9 ottobre 2002.

In seno al ricorso di primo grado sono stati anche svolti motivi aggiunti depositati il 19 giugno 2003 per l'annullamento dell'ordinanza 27 maggio 2003, n. 1241/03/1, a firma del Segretario comunale del Comune di Capraia Isola, con la quale è stato ordinato alle ricorrenti di rilasciare l'alloggio in questione; detto atto è stato, peraltro, annullato in via di autotutela dal

Sindaco con provvedimento 19 giugno 2003, n. 3181/1/03; ma con provvedimento emesso in pari data, n. 3182/1/03 lo stesso Sindaco ha reiterato analogo ordine di rilascio, parimenti impugnato con motivi aggiunti, depositati il 21 luglio 2003.

Il TAR ha ritenuto fondato e assorbente il motivo (svolto anche con i motivi aggiunti) con il quale era stata contestata la competenza del Sindaco ad emanare i provvedimenti di cui si tratta in luogo del dirigente o, in mancanza, del funzionario all'uopo delegato.

2) - Per il Comune appellante la sentenza sarebbe erronea anzitutto perché i primi giudici non hanno rilevato il difetto di giurisdizione del giudice amministrativo nella controversia in esame; poi – nel merito - in quanto, date le modestissime dimensioni del Comune e l'assenza di personale dirigenziale o di altro personale all'uopo delegabile ad emanare il provvedimento di cui si tratta, correttamente questo sarebbe stato adottato direttamente dal Sindaco.

Si sono costituiti gli appellati che insistono per il rigetto dell'appello e la conferma della sentenza appellata.

Con ordinanza 24 settembre 2004, n. 4337, la Sezione ha accolto l'istanza di sospensione dell'efficacia della sentenza appellata in ragione della comparazione degli interessi in gioco a seguito della sopravvenuta requisizione dell'alloggio a favore di terzi.

Con memorie conclusionali le parti ribadiscono i rispettivi

assunti difensivi.

DIRITTO

1) - Con il presente appello è impugnata la sentenza con la quale il TAR ha accolto il ricorso proposto dagli odierni appellati per l'annullamento dell'ordinanza n. 2 del 3 gennaio 2003, emessa dal Sindaco di Capraia Isola, con la quale è stata dichiarata la decadenza dei sigg. Sara ed Andrea Buonamano dall'assegnazione dell'alloggio di Edilizia Residenziale Pubblica di proprietà ATER n. 100505010202 sito in Capraia Isola, Via C.A. della Chiesa 3, ed è stato ordinato il rilascio del suddetto alloggio entro 30 giorni dalla notifica come meglio descritto nel provvedimento medesimo; i primi giudici hanno anche annullato il provvedimento sindacale, con il quale, in data 19 giugno 2003 (n. 3182/1/03), è stato ordinato il rilascio dell'alloggio.

2) - Il Comune eccepisce, anzitutto, il difetto di giurisdizione del giudice amministrativo nella controversia in esame, in relazione al fatto che, vertendosi in materia di servizi pubblici, non sarebbe configurabile (tenuto anche conto della sentenza della Corte costituzionale n. 204 del 2004) la giurisdizione del g.a. nella fase successiva al provvedimento di assegnazione, essendo, in questa fase, la vicenda in esame caratterizzata dall'operare la p.a. non più quale autorità che esercita pubblici poteri, ma quale soggetto che agisce nell'ambito di un semplice rapporto privatistico; i provvedimenti di revoca, decadenza o risoluzione del contratto non costituirebbero, infatti, espressione

di una ponderazione tra interesse pubblico e privato, configurandosi, invece, come atti di valutazione del rispetto, da parte dell'assegnatario, di obblighi asunti al momento della stipula del contratto.

L'eccezione è infondata.

Va rilevato, al riguardo (cfr., tra le altre, Sezione VI, 9 giugno 2005, n. 3035), che l'oggetto della controversia è costituito dalla legittimità del provvedimento di decadenza dall'assegnazione di un alloggio di edilizia residenziale pubblica.

Un tale tipo di giudizio rientra nella giurisdizione del giudice amministrativo, come da consolidata giurisprudenza, secondo cui ai sensi dell'art. 5 della legge n. 1034 del 6 dicembre 1971, appartengono al predetto giudice le controversie relative a provvedimenti incidenti sul rapporto concessorio di alloggi di edilizia residenziale pubblica in quanto sono attribuite alla giurisdizione amministrativa, in via generale e salvo i casi espressamente indicati (indennità, canoni ed atti corrispettivi), tutte le controversie, anche se involgenti diritti soggettivi, derivanti da rapporti di concessione di beni (cfr., Ad. plen., 5 settembre 1995, n. 28).

L'ampia formulazione dell'art. 5 della citata legge TAR, non colpita, ma anzi rafforzata, dalla sentenza n. 204/2004 della Corte Costituzionale, comporta la concentrazione nella giurisdizione amministrativa (con le sole menzionate eccezioni previste dalla stessa norma, in materia di indennità, canoni ed altri

corrispettivi), di tutte le controversie (anche relative a diritti soggettivi) derivanti da rapporti di concessione di beni, con la conseguenza che, ad esclusione dell'ipotesi della decadenza prevista dall'art. 11 d.P.R. n. 1035 del 30 dicembre 1972, per cui è prevista esplicitamente la competenza del giudice ordinario, le controversie concernenti le altre ipotesi di cessazione del rapporto derivante dall'assegnazione di alloggi di edilizia economica e popolare, e cioè, l'annullamento dell'assegnazione nei confronti di colui che abbia conseguito l'assegnazione senza essere in possesso dei requisiti prescritti ovvero abbia fruito di indebiti punteggi (art. 16, cit. d.P.R.), la revoca o la decadenza dell'assegnazione per le circostanze sopravvenute indicate dall'art. 17 dello stesso d.P.R. n. 1035/1972 (quale è il caso di specie), il rilascio per il caso di occupazione senza titolo (art. 18 del medesimo decreto), appartengono alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo (v. anche, Sez. IV, 11 novembre 2002, n. 6187); e, in proposito, appare anche significativo il fatto che i citati articoli 16, 17 e 18 prevedono che al provvedimento di rilascio si applichi il disposto di cui all'art. 11, dodicesimo comma (relativo al carattere di titolo esecutivo del decreto del presidente dell'ente proprietario delle case) e non, invece, altre disposizioni dello stesso art. 11 e, in particolare, quindi, quelle speciali disciplinanti la giurisdizione, contenute nei tre successivi commi dell' articolo ora detto.

3) – Nel merito, l'appellante amministrazione contesta, poi,

la correttezza della sentenza appellata in quanto i primi giudici avrebbero errato nel non considerare che, in un piccolo Comune quale quello appellante, non dotato di personale dirigenziale, ben avrebbe potuto il Sindaco assumere anche provvedimenti normalmente riservati ai dirigenti.

Viene dedotto, invero, che, stante la particolare realtà amministrativa del Comune appellante, le norme di legge di cui è stata lamentata la violazione non potrebbero trovare, nella specie, completa e reale applicazione, dal momento che la struttura amministrativa comunale, per la natura fisica dei luoghi e per l'esiguità del numero di abitanti non sarebbe aderente alle astratte previsioni legislative; pertanto, escluso che le funzioni normalmente esercitate dalla dirigenza possano essere svolte da semplici dipendenti comunali (neppure articolati in uffici o servizi), né dal Segretario comunale (che fa capo ad una differente struttura burocratica), né dalla Giunta o dal Consiglio comunale, ne conseguirebbe che correttamente il provvedimento in questione sarebbe stato adottato dal Sindaco; inoltre, l'art. 33 dello Statuto comunale conferisce al Sindaco particolari poteri in sede di assegnazione di alloggi di E.R.P.; e per il principio del *contrarius actus* allo stesso non potrebbero non competere, quindi, anche i conseguenti poteri di revoca delle assegnazioni.

Con il secondo motivo dell'appello deduce, poi, l'appellante Comune che il disposto dell'art. 107 del T.U. n. 267/2000 (e le norme da cui esso trae contenuto) porterebbero a ritenere che

soltanto per gli atti espressamente previsti si possa parlare di attribuzione dirigenziale *ex lege*, mentre, per gli altri – quale quello di specie – in attesa dell’approvazione delle necessarie modifiche statutarie e regolamentari atte a determinare le modalità per l’espletamento delle nuove funzioni dirigenziali, la competenza rimarrebbe ferma in capo al Sindaco.

4) - Tali assunti non possono essere condivisi.

E, invero, ai sensi dell’art. 107, comma 1, del T.U. di cui al d.lgs. n. 267 dell’8 agosto 2000: “spetta ai dirigenti la direzione degli uffici e dei servizi secondo i criteri e le norme dettati dagli statuti e dai regolamenti. Questi si uniformano al principio per cui i poteri di indirizzo e di controllo politico-amministrativo spettano agli organi di governo, mentre la gestione amministrativa, finanziaria e tecnica è attribuita ai dirigenti mediante autonomi poteri di spesa, di organizzazione delle risorse umane, strumentali e di controllo”.

In base al comma 2, “spettano ai dirigenti tutti i compiti, compresa l'adozione degli atti e provvedimenti amministrativi che impegnano l'amministrazione verso l'esterno, non ricompresi espressamente dalla legge o dallo statuto tra le funzioni di indirizzo e controllo politico-amministrativo degli organi di governo dell'ente o non rientranti tra le funzioni del segretario o del direttore generale, di cui rispettivamente agli articoli 97 e 108”.

Il comma 3 esemplifica, poi, una serie di compiti di

attuazione degli obiettivi e dei programmi definiti con gli atti di indirizzo, in cui rientrano, tra gli altri,

f) i provvedimenti di autorizzazione, concessione o analoghi, il cui rilascio presupponga accertamenti e valutazioni, anche di natura discrezionale, nel rispetto di criteri predeterminati dalla legge, dai regolamenti, da atti generali di indirizzo, ivi comprese le autorizzazioni e le concessioni edilizie.

Il comma 4 prevede, quindi, che “le attribuzioni dei dirigenti, in applicazione del principio di cui all'articolo 1, comma 4, possono essere derogate soltanto espressamente e ad opera di specifiche disposizioni legislative”.

In base al combinato disposto di cui alle norme ora dette è da escludere, quindi, che il Sindaco, quale organo di governo al quale spettano, perciò, poteri di indirizzo e di controllo politico-amministrativo, possa porre in essere atti, quale quello di revoca di un alloggio popolare, del quale qui si discute, che rientrano nell'ambito della gestione amministrativa, finanziaria e tecnica.

E, in particolare, il provvedimento di cui si tratta appare riconducibile alla lata formulazione di cui all'art. 107, comma 3, lett. f) sopra riportato, rientrando – come dianzi cennato in relazione alla problematica relativa alla giurisdizione - l'assegnazione di alloggi e, logicamente, i correlati atti di revoca, tra i provvedimenti di “concessione o analoghi il cui rilascio presupponga accertamenti e valutazioni, anche di natura discrezionale, nel rispetto di criteri predeterminati dalla

legge.....”.

5) - Né le modeste dimensioni del territorio comunale e il ridotto numero di abitanti possono condurre a derogare ai principi ora detti, dal momento che, in base al citato art. 107, c. 4, del T.U. n. 267/2000, solo in base alla legge può derogarsi, e in forma espressa, ad essi.

È pur vero che, a norma dell'art. 53, comma 23, della legge finanziaria 23 dicembre 2000, n. 388, “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. 167, 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” (comma così modificato dal comma 4 dell'art. 29, della legge 28 dicembre 2001, n. 448).

Senonché, tale espressa deroga legislativa subordina

l'attribuzione di poteri anzidetta all'adozione preventiva di apposite disposizioni regolamentari organizzative, con successiva documentazione annuale del reale contenimento di spesa; ma, nella specie, non risulta che il competente organo consiliare abbia adottato le prescritte modifiche regolamentari (né, logicamente, in assenza di determinazioni siffatte, può essere stato valutato l'eventuale contenimento di spesa).

Né, al di là dell'espressa quanto eccezionale deroga legislativa ora detta, specificamente attinente ai Comuni minori, possono ammettersi altre ipotesi per le quali la ridotta dimensione del territorio e della popolazione comunale possano giustificare ulteriori quanto indeterminate e indeterminabili ipotesi di deroga.

6) - Neppure può condividersi, poi, l'assunto per cui, non essendo articolato il Comune in uffici e servizi, non sarebbe stato possibile conferire i poteri in materia ai dipendenti comunali all'epoca in servizio, collocati, tra l'altro, in 1^a ctg. B, pos. B3 e B 4.

E, invero, a norma dell'art. 109, comma 2, dello stesso d.lgs. n. 267/2000, "nei comuni privi di personale di qualifica dirigenziale le funzioni di cui all'articolo 107, commi 2 e 3, fatta salva l'applicazione dell'articolo 97, comma 4, lettera d), possono essere attribuite, a seguito di provvedimento motivato del sindaco, ai responsabili degli uffici o dei servizi, indipendentemente dalla loro qualifica funzionale, anche in deroga a ogni diversa disposizione".

La norma avrebbe consentito, quindi, di conferire le funzioni di cui si tratta anche a personale dotato delle qualifiche ora dette (in conformità, del resto, con la contrattazione collettiva di settore), in quanto comunque si trattava di dipendenti preposti ad uffici comunali latamente intesi (un dipendente era addetto all'anagrafe, stato civile e servizi elettorali, l'altro a ragioneria, tributi e commercio) ; mentre la mancata assunzione delle relative determinazioni di conferimento di incarico non giustifica, naturalmente, l'adozione del provvedimento da parte dell'organo di governo.

7) - Né, infine, può convenirsi con il Comune appellante nel ritenere che i pregressi poteri affidati al Sindaco permarrebbero in capo al medesimo fino al momento dell'approvazione delle necessarie modifiche statutarie e regolamentari atte a determinare le modalità per l'espletamento delle nuove funzioni dirigenziali.

Ciò in quanto, se, in ipotesi, nell'immediatezza dell'entrata in vigore della disciplina normativa di cui all'art. 51 della legge n. 142 del 1990 (così come modificata dall'art. 6 della legge 15 maggio 1997, n. 127, nel testo integrato dall'art. 2, comma 13, della legge 16 giugno 1998, n. 191), poteva apparire ragionevole un ritardo nell'applicazione dei nuovi principi normativi, giustificato anche dalla mancata adozione di opportune modifiche statutarie, per contro, è da escludere che una sorta di regime di deroga temporalmente a tempo indeterminato possa continuare ad operare sol perché un Comune abbia ritenuto di astenersi

dall'operare i doverosi adeguamenti statutari e regolamentari richiesti dal legislatore; e, nella specie, il Comune appellante già avrebbe potuto e dovuto da ormai numerosi anni adottare quelle modifiche statutarie e regolamentari che gli avrebbero consentito di adeguarsi al non più recente dettato normativo.

In ogni caso, sulla immediata applicabilità, anche agli enti locali, della disciplina normativa di cui si tratta la Sezione ha già avuto modo di pronunciarsi con decisione 16 novembre 2004, n. 7488, dai cui contenuti non è ragione di discostarsi.

Non senza considerare, infine, che lo stesso Comune avrebbe anche potuto utilizzare altri strumenti postigli a disposizione dal legislatore, quale quello – previsto proprio per sopperire ad oggettive difficoltà delle piccole realtà locali – del convenzionamento per l'esercizio di funzioni amministrative o per l'espletamento associato dei servizi.

In definitiva, se il Comune appellante si è sottratto agli oneri previsti dal legislatore, questo non può indurre legittima deroga al quadro di competenze dallo stesso legislatore stabilito; con la conseguente illegittimità dell'atto impugnato per incompetenza dell'organo che lo ha adottato.

8) – Per tali motivi l'appello in epigrafe appare infondato e, per l'effetto, deve essere respinto.

Salvi restando, naturalmente, gli ulteriori provvedimenti dell'amministrazione.

Le spese del grado possono essere integralmente compensate

tra le parti.

P.Q.M.

il Consiglio di Stato, Sezione quinta, respinge l'appello in epigrafe.

Spese del grado compensate.

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

Così deciso in Roma il 3 marzo 2006 dal Collegio costituito dai sigg.ri:

RAFFAELE IANNOTTA - Presidente

CORRADO ALLEGRETTA – Consigliere

CHIARENZA MILLEMAGGI–Consigliere

PAOLO BUONVINO – Consigliere est.

NICOLA RUSSO - Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

f.to Paolo Buonvino

f.to Raffaele Iannotta

IL SEGRETARIO

f.to Gaetano Navarra

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 30 agosto 2006

(Art. 55. L. 27/4/1982, n. 186)

IL DIRIGENTE

f.to Antonio Natale