TAR Puglia, Lecce, Sez. II, n. 438 del 03/03/2016.

Ordinanza sul divieto di volantinaggio.

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia
Lecce - Sezione Seconda

ha pronunciato la presente

SENTENZA

Sul ricorso r.g. n. 1689 del 2015, proposto da:
- Megamark s.r.l., Appia Distribuzione Alimentari s.r.l., Mediterranea Food s.r.l. e Taranto Mail s.r.l., tutte rappresentate e difese dagli Avv.ti Massimo Poliseno e Francesco Muscatello, con domicilio eletto presso lo studio dell'Avv. Angelo Vantaggiato, in Lecce alla via Zanardelli 7;

contro

- il Comune di Massafra;
- il Sindaco del Comune di Massafra nella qualità di Ufficiale di Governo, rappresentato e difeso dall'Avvocatura Distrettuale dello Stato di Lecce e presso la medesima per legge domiciliato;

per l'annullamento

- dell'ordinanza del Sindaco della Città di Massafra n. 97 - prot. n. 17766 del 22.5.2015 in materia di igiene e sanità pubblica e conferimento dei rifiuti differenziati;
- di ogni atto presupposto, consequenziale o comunque connesso, ancorché ignoto, in quanto lesivo, ivi comprese le (non conosciute) ordinanze sindacali nn. 15 e 60, rispettivamente del 18.3.2014 e del 17.3.2014, qualora esse esplichino effetti riverberanti sulle determinazioni amministrative nell'ordinanza di cui sopra.

Visti il ricorso e i relativi allegati.
Visto l'atto di costituzione in giudizio del Sindaco del Comune di Massafra nella qualità di Ufficiale di Governo.
Visti gli atti della causa.
Relatore all'udienza pubblica del 17 dicembre 2015 il Cons. Ettore Manca e uditi gli Avv.ti M. Perrone, in sostituzione dell'Avv. Muscatello, e Matteo -*per la p.a.*.
Osservato quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1.- Dal ricorso e dagli altri atti della causa emerge che:
- le ricorrenti impugnano l'ordinanza con la quale il Sindaco del Comune intimato vietava <<*di effettuare sull'intero territorio comunale pubblicità mediante affissione di manifesti sui pali della pubblica illuminazione o della segnaletica stradale, nonché su qualsiasi altro supporto murale o strutturale*>> nonché <<*di distribuire sull'intero territorio comunale volantini, opuscoli, manifesti o altro materiale pubblicitario sotto le porte di accesso, nei portoni e negli androni delle abitazioni private, sul parabrezza e sul lunotto delle autovetture*>> se non previa autorizzazione comunale e in giorni prefissati (v. decreto cautelare n. 318 del 2015).
- esse formulano i seguenti motivi di censura: a) Violazione degli artt. 3, 4, 41 e 97 Cost. e del principio di legalità; eccesso di potere per illogicità, contraddittorietà, sviamento e disparità di trattamento in relazione ai vincoli all'attività di distribuzione e conseguente lesione della libertà di iniziativa economica e di libera concorrenza. b) Nullità parziale dell'ordinanza gravata per carenza assoluta di potere. c) Incompetenza e violazione dell'art. 198 d.lgs. n. 152 del 2006, degli artt. 42, 48 e 50 t.u.e.l. e dell'art. 3 d.lgs. n. 507 del 2003. d) Violazione dell'art. 3 l. n. 241 del 1990, anche in relazione al principio di buona amministrazione di cui all'art. 97 Cost. e agli artt. 1 e 2 l. n. 241 del 1990; eccesso di potere per difetto di istruttoria, erronea presupposizione, ingiustizia manifesta, disparità di trattamento e sviamento. e) Nullità per violazione della normativa -*artt. 50 e 54 d.lgs. n. 267 del 2000*- e dei principi in materia di ordinanze contingibili e urgenti e di obbligo di motivazione.
2. Tanto premesso in fatto, rileva il Collegio che il ricorso è fondato e va accolto per le ragioni che di seguito si esporranno.
3.- Deve osservarsi, anzitutto, <<*che l'Adunanza Plenaria n. 5/2015, occupandosi dei limiti al potere della parte di graduare i motivi e le domande, ha anche affermato che, nonostante sia formalmente scomparsa la previsione dell'art. 26, comma 2, legge T.a.r. (che imponeva, in caso di accoglimento del vizio di incompetenza, di rimettere l'affare all'autorità competente), con il nuovo codice del processo amministrativo i termini del dibattito restano invariati.*
Infatti, l'art. 34, comma 2, cod. proc. amm., secondo cui "in nessun caso il giudice può pronunciare con riferimento a poteri amministrativi non ancora esercitati", è espressione del principio costituzionale fondamentale di separazione dei poteri (e di riserva di amministrazione) che, storicamente, nel disegno costituzionale, ha giustificato e consolidato il sistema della giustizia amministrativa; in tutte le situazioni di incompetenza, carenza di proposta o parere obbligatorio si versa nella situazione in cui il potere amministrativo non è stato ancora esercitato, sicché il giudice non può fare altro che rilevare, se assodato, il relativo vizio e assorbire tutte le altre censure, non potendo dettare le regole dell'azione amministrativa nei confronti di un organo che non ha ancora esercitato il suo munus.
Si sottolinea nella sentenza della Plenaria che, a ben vedere, nel disegno del codice tale tipologia di vizi è talmente radicale e assorbente che non ammette di essere graduata dalla parte. A quest'ultima, se intende ottenere una pronuncia su tali peculiari modalità di (mancato) esercizio del potere amministrativo, si aprono perciò due strade: non sollevare la censura di incompetenza (e le altre

assimilate), oppure sollevarla ma nella consapevolezza della impossibilità di graduarla. Per concludere, sul punto, che bisogna prendere atto che taluni vizi di legittimità esprimono una così radicale alterazione dell'esercizio della funzione pubblica che il codice ha imposto al giudice amministrativo di non ritenersi vincolato, a tutela della legalità dell'azione amministrativa e degli interessi pubblici sottostanti, dalla prospettazione del ricorrente e dalla eventuale graduazione dei motivi da quest'ultimo effettuata>> (Consiglio di Stato, III, 3 agosto 2015, n. 3813).

4.- Va esaminato, dunque, in primo luogo, il motivo di gravame con il quale si deduce l'incompetenza del Sindaco all'adozione del provvedimento impugnato.

5.- Il motivo è fondato e assorbente. E infatti <<*la materia oggetto degli atti impugnati […] riguarda un particolare profilo di organizzazione e gestione del servizio di ritiro e conferimento dei rifiuti […]. È noto come l'art. 107 del t.u.e.l. riservi alla competenza dei dirigenti l'intera gestione amministrativa dei Comuni, con un'ampia formula secondo la quale "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". La stessa norma individua un limite nelle disposizioni di legge o di statuto che individuano le competenze degli organi di indirizzo politico; limite, che costituisce la traduzione in termini più specifici del principio di distinzione tra gestione, da un lato, e indirizzo e controllo dall'altro. Anche la variazione o la modifica dell'estensione dell'area delle attribuzioni assegnate agli organi di indirizzo è soggetta a rigorosi limiti, poiché l'art. 107 cit. le consente solo se introdotte con disposizione di fonte legislativa e solo se la deroga all'art. 107 sia prevista in modo espresso. Ma anche se non si condivida la rigorosa interpretazione appena esposta, e si ritenga che la distribuzione delle competenze possa essere incisa anche da disposizioni legislative speciali che impongono di concludere, in via di interpretazione sistematica, nel senso che si tratti di norme che introducono ipotesi di deroga al sistema delineato dall'art. 107, deve rilevarsi che nella materia oggetto della vicenda in esame potrebbero venire in gioco esclusivamente le norme di cui all'art. 54 del t.u.e.l. e all'art. 192 del d.lgs. n. 152 del 2006.*

Peraltro, entrambe le norme sono inapplicabili alla concreta fattispecie in esame. L'art. 54 cit. subordina il potere di ordinanza del Sindaco a diversi presupposti, tra i quali (tipicamente) la necessità e l'urgenza "di prevenire e di eliminare gravi pericoli che minacciano l'incolumità pubblica e la sicurezza urbana". Circostanze che, alla luce della motivazione, non vengono nemmeno allegate o prospettate quali presupposti per l'adozione del provvedimento sindacale impugnato.

Anche l'art. 192 del d.lgs. n. 152/2006 descrive una fattispecie i cui elementi costitutivi non ricorrono nel caso di specie. Il presupposto è costituito, infatti, dall'"abbandono e...deposito incontrollati di rifiuti sul suolo e nel suolo..." (ovvero dalla "immissione di rifiuti di qualsiasi genere, allo stato solido o liquido, nelle acque superficiali e sotterranee"), che -nel disegno della norma- giustifica l'esercizio del potere del Sindaco, il quale "dispone con ordinanza le operazioni a tal fine necessarie ed il termine entro cui provvedere, decorso il quale procede all'esecuzione in danno dei soggetti obbligati ed al recupero delle somme anticipate".

Come risulta dalla pur sintetica esposizione in fatto di cui sopra, è del tutto evidente che, nel caso regolato dalla impugnata ordinanza, non ricorre alcuno dei presupposti per l'applicazione dell'art. 192 cit..

In definitiva, come anticipato, poiché l'oggetto del provvedimento attiene [almeno per quanto di interesse, ndr] *alla regolazione delle modalità di conferimento* [di alcune particolari categorie di rifiuti differenziati, ndr] *e, quindi, riguarda la concreta gestione e organizzazione di un servizio pubblico, disciplinato da atti normativi di vario livello, la competenza spetta agli organi dirigenziali e non al Sindaco*>> (T.a.r. Sardegna, II, 11 settembre 2015, n. 1018).

6.- Sulla base delle considerazioni fin qui esposte, che si attagliano compiutamente al caso in oggetto e che il Collegio richiama quali parti integranti di questa motivazione, il ricorso deve dunque essere accolto, con assorbimento, per quanto scritto sub 3.-, di ogni altra questione formulata.

7.- Le spese seguono la soccombenza e vengono liquidate nella complessiva somma di euro 2.500 (duemilacinquecento/00), oltre accessori di legge.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia, Sezione Seconda di Lecce, definitivamente pronunciando sul ricorso n. 1689 del 2015 indicato in epigrafe, lo accoglie.

Condanna il Comune di Massafra al pagamento delle spese di giudizio, liquidate nella complessiva somma di euro 2.500 (duemilacinquecento/00), oltre accessori di legge.

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

Così deciso in Lecce, nella camera di consiglio del 17 dicembre 2015, con l'intervento dei magistrati:

Eleonora Di Santo, Presidente

Ettore Manca, Consigliere, Estensore

Marco Rinaldi, Referendario

L'ESTENSORE **IL PRESIDENTE**

DEPOSITATA IN SEGRETERIA
Il 03/03/2016
IL SEGRETARIO
(Art. 89, co. 3, cod. proc. amm.)