Pubblicato il 13/04/2018

N. 01012/2018 REG.PROV.COLL.

N. 00346/2017 REG.RIC.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia

(Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 346 del 2017, proposto da Cava Baragiola S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Virgilia Pessina, con domicilio eletto presso la Segreteria del Tar Lombardia in Milano, Via Corridoni, n. 39;

contro

Comune di Lurate Caccivio, in persona del Sindaco *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Roberto Denti, con domicilio eletto presso il suo studio in Como, via Borsieri, n. 21;

nei confronti

Comune di Olgiate Comasco, in persona del Sindaco *pro tempore*, non costituito;

per l'annullamento

- delle ordinanze nn. 70 del 22.11.2016 e n. 72 del 23.11.2016 a firma del Sindaco del Comune di Lurate Caccivio aventi ad oggetto: "Istituzione del divieto di

transito per i veicoli a motore lungo la strada Variola. Nuova disciplina e deroghe con rettifiche".

- di tutti gli atti preordinati, consequenziali e/o connessi.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Comune di Lurate Caccivio;

Visti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 6 marzo 2018 la dott.ssa Valentina Mameli e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

La Società Cava Baragiola s.r.l. è proprietaria delle aree site in Comune di Olgiate Comasco, località Cascina Baragiola, catastalmente distinte ai fogli 12 e 13, mappali nn. 786, 1625, 1626, 4175, 4176, 4177, 4178, 4179, 4180, 4311, 4312, 4313, 4314, 4315, 4316, 4317 e 4768, interessate nei decenni passati da attività di escavazione di materiale inerte (ghiaia, sabbia).

Il compendio è ubicato nel settore più orientale del territorio comunale, al confine con i circostanti comuni di Gironico e di Lurate Caccivio.

La società, previa stipula di convenzione con il Comune di Olgiate Comasco, è stata autorizzata nel 2006 dalla Provincia di Como ad attuare interventi di escavazione e di recupero ambientale della ex cava.

Tale intervento era conforme alle previsioni del piano cave provinciale che ricomprendevano l'area in esame come cava di recupero Rg3.

Nel 2007 la Provincia di Como ha riconosciuto l'istituzione del Parco di interesse sovracomunale (PLIS) "Sorgenti del torrente Lura".

Con ordinanza n. 50 del 18 luglio 2007 il Comune di Lurate Caccivio ha disposto il divieto di transito lungo la strada Variola, da via Varesina all'incrocio con via Baragiola, strada inserita tra i percorsi ciclo pedonali all'interno del parco e utilizzata per l'accesso alla Cava Baragiola. In relazione al disposto divieto di transito, il Comune ha contestualmente disposto la deroga per "*i veicoli e i mezzi d'opera che accedono alla cava per il trasporto di materiale*" sino alla conclusione del "riempimento" della cava Baragiola.

Nel 2009 i lavori di scavo e di recupero ambientale sono stati sospesi. Nel contempo, essendo l'attività di scavo completata, il nuovo piano cave della Provincia di Como approvato dal Consiglio Regionale con Deliberazione 28 ottobre 2014 n. X/499 non ha ricompreso l'Ambito Rg3 demandando la competenza su tali aree al Comune.

In data 31 marzo 2016 la società e il Comune di Olgiate hanno sottoscritto una nuova convenzione che, in conformità con la disciplina del PGT vigente, prevede interventi morfologici e biovegetativi per il completamento del recupero ambientale delle aree della ex cava Baragiola.

Senonché con ordinanza sindacale n. 70 del 22 novembre 2016 il Sindaco del Comune di Lurate Caccivio ha istituito sulla via Variola, a detta della ricorrente unica strada di accesso, per il tratto di competenza del Comune, il divieto di transito per i veicoli a motore prevedendo deroghe a favore delle attività imprenditoriali, agricole, commerciali insediate, limitatamente al tratto iniziale asfaltato. Dalla deroga sono quindi esclusi i mezzi diretti alla Cava Baragiola.

L'ordinanza è stata sostituita dalla n. 72 del 23 novembre 2016 per correggere errori materiali contenuti nella precedente di cui riproduce il contenuto.

Avverso tali provvedimento la società ha proposto il ricorso indicato in epigrafe, chiedendo l'annullamento degli atti previa tutela cautelare.

Si è costituito in giudizio il Comune di Lurate Caccivio, resistendo al ricorso e chiedendone il rigetto.

Con ordinanza n. 324 del 2 marzo 2017 il Tribunale ha accolto la domanda cautelare.

In vista della trattazione nel merito le parti hanno depositato scritti difensivi, insistendo nelle rispettive conclusioni.

Indi all'udienza pubblica del 6 marzo 2018 la causa è stata chiamata e trattenuta per la decisione.

DIRITTO

I) Il ricorso proposto è affidato ai motivi di gravame di seguito sintetizzati:

1) incompetenza: i provvedimenti per la regolazione della circolazione sarebbe di competenza del dirigente e non del sindaco;

2) violazione degli artt. 50 e 54 TUEELL – eccesso di potere per difetto di istruttoria, travisamento e difetto di motivazione; eccesso di potere per sviamento dalla causa tipica dell'atto: se l'ordinanza fosse qualificata come ordinanza contingibile e urgente di competenza sindacale ex artt. 50-54 d.lgs. n. 267/2000 sulla scorta del suo contenuto, sarebbe comunque viziata sotto vari profili. Non sussisterebbe infatti né ne sarebbe stato dato conto una situazione di "grave pericolo" che minacci la pubblica incolumità e la sicurezza urbana. Non integrerebbe la sussistenza dei presupposti previsti dalla normativa la asserita necessità di:

- tutelare/preservare il fondo stradale;
- impedire l'abbandono di rifiuti lungo la strada;
- salvaguardare la natura e la destinazione d'uso della strada;
- tutelare il benessere psico-fisico degli utilizzatori e utenti deboli (pedoni e ciclisti) della strada;
- salvaguardare le tubazioni dell'acquedotto;

- impedire aggravio inquinamento acustico ed atmosferico connesso al traffico dei mezzi diretti alla ex Cava.

I mezzi pesanti impiegati nella ex Cava Baragiola sono sempre passati sulla via Variola senza avere mai causato alcun incidente a persone o ad altri mezzi.

3) Eccesso di potere per difetto di istruttoria e travisamento – violazione e falsa applicazione della normativa del P.L.I.S. – parzialità delle valutazioni istruttorie- Difetto di motivazione- Assenza di elementi nuovi/sopravvenuti:

Il Sindaco, per giustificare l'abrogazione della previgente ordinanza, avrebbe considerato come elementi nuovi e sopravvenuti, dati ed aspetti che sarebbero, al contrario, identici a quelli esistenti al momento dell'emanazione della precedente ordinanza del 2007.

Vi sarebbero poi delle affermazioni non corrette in punto di fatto. In particolare il traffico veicolare sarebbe praticamente nullo ed in prevalenza agricolo (salvo che per il tratto iniziale asfaltato); metà del tracciato stradale di via Variola, e precisamente il tratto sterrato, ricadrebbe sul territorio di Olgiate C. che – a quanto risulta dal tenore degli atti – non è stato coinvolto nel procedimento, benché interessato; la relazione prot. 12231/16 di Colline Comasche, società che gestisce la rete dell'acquedotto comunale nella quale viene evidenziato il pericolo che il transito dei mezzi pesanti in via Variole e via Lura nel tratto compreso tra il torrente Lura ed il lavatoio Castello possa compromettere le tubazioni in amianto cemento ivi presenti, farebbe riferimento in realtà ad un

tratto di strada non è interessato dal passaggio dei mezzi da e per la cava.

4) Eccesso di potere per illogicità e contraddittorietà; disparità di trattamento – sviamento. Violazione dei doveri di correttezza, buona amministrazione ed imparzialità sanciti dall'art. 97 Costituzione - Difetto di motivazione:

L'esame delle deroghe concesse al divieto di transito evidenzierebbe la debolezza del provvedimento, la sua contraddittorietà, illogicità e la sua specifica finalità. Il

divieto infatti non si applica ai mezzi agricoli che accedono ai fondi ed ai veicoli che accedono alle attività (commerciali, produttive, ecc.) ubicate lungo il tratto iniziale asfaltato ed interamente sul territorio di Lurate. Tale disposta deroga per il transito dei mezzi agricoli contraddirebbe le motivazioni e le finalità enunciate nell'atto. Invero il transito dei mezzi agricoli (trattori con rimorchio, mietitrebbie, ecc.) comporterebbe problematiche identiche al transito dei mezzi pesanti diretti alla ex Cava, sia in termini di potenziale pericolo per la c.d. utenza debole che in termini di potenziale pregiudizio del fondo stradale, delle tubazioni nel sottosuolo, di inquinamento acustico, ambientale, ecc.

5) Violazione del principio di proporzionalità e ragionevolezza – Omessa comparazione degli interessi coinvolti – Eccesso di potere per difetto di istruttoria – difetto di motivazione:

Nonostante il Comune di Lurate C. fosse consapevole che la ditta non aveva ancora completato l'intervento di riempimento e pur sapendo della impossibilità di praticare l'accesso attraverso il territorio di Olgiate Comasco per la presenza del vecchio ponte sulla linea ferroviaria dismessa, non avrebbe effettuato alcuna comparazione degli interessi coinvolti omettendo di valutare soluzioni meno drastiche e rispondenti ai criteri di ragionevolezza e proporzionalità dell'azione amministrativa.

Criteri che troverebbero applicazione anche nel caso in cui si dovesse qualificare l'atto come ordinanza contingibile e urgente.

6) Violazione dell'art. 7 della legge 241/90 e s.m.i. – Difetto di motivazione: essendo la ricorrente l'unico vero soggetto interessato dall'ordinanza e dalla abrogazione della precedente deroga al divieto, sarebbe stata doverosa la comunicazione di avvio del procedimento ex art. 7 della legge 241/90, non sussistendo ragioni di urgenza tali da giustificare la non applicazione della norma.

II) Risulta prioritario l'esame del primo mezzo di gravame, con cui la ricorrente ha dedotto il vizio di competenza delle ordinanze impugnate, che a suo dire avrebbero dovuto essere adottate dal dirigente, trattandosi di provvedimenti volti alla regolazione della circolazione.

II.1) Il motivo è fondato.

La lettera del combinato disposto degli artt. 5, 6 e 7 del Codice della Strada (D.lgs. 285/1992), espressamente richiamati nelle ordinanze impugnate, assegna al Sindaco il potere di regolamentare la circolazione dei veicoli nei centri abitati (art. 7) nonché fuori dai centri abitati per le strade comunali e le strade vicinali (art. 6).

II.2) Tuttavia le norme, risalenti al 1992, vanno coordinata con la posteriore disposizione dell'art. 107 del D.lgs. 18 agosto 2000 n. 267 (Testo unico degli enti locali), che attribuisce ai soli dirigenti comunali la competenza ad adottare gli atti e i provvedimenti che impegnino l'amministrazione verso l'esterno, ove non ricompresi "*espressamente dalla legge o dallo statuto tra le funzioni di indirizzo e controllo politico amministrativo degli organi di governo dell'ente*" ovvero nelle funzioni, all'evidenza qui non rilevanti, del segretario o del direttore generale.

Dispone infatti il comma 5 dell'art. 107 del D.lgs. 267/2000 che a decorrere dall'entrata in vigore dello stesso testo unico, le disposizioni che conferiscono agli organi di cui al capo I, titolo III l'adozione di atti di gestione e di atti o provvedimenti amministrativi, si intendono nel senso che la relativa competenza spetta ai dirigenti, salvo quanto previsto dall'articolo 50, comma 3, e dall'articolo 54.

La competenza già del Sindaco in tema di limitazioni della circolazione deve quindi ritenersi attratta nella competenza propria del dirigente di settore per effetto della sopravvenuta disciplina legislativa, che ha profondamente mutato il riparto di competenza tra organi politici e apparato dirigenziale negli enti locali, parimenti a

quanto avvenuto per tutti gli enti pubblici sulla base del D.lgs. 29/1993 prima e del D.lgs. 165/2001 poi.

I provvedimenti con i quali si disciplina la circolazione sulla viabilità comunale, la modalità di accesso alla stessa ed i relativi orari, l'eventuale divieto per talune categorie di veicoli, i controlli e le sanzioni, ai sensi degli artt. 6 e 7 del Codice della Strada, assumono natura tipicamente gestoria ed esecutiva e quindi appartengono alla competenza dei dirigenti e non del Sindaco (cfr. Cons. Stato sez. V 13 luglio 2017, n. 3460; Cons. Stato sez. V, 13 novembre 2015 n. 5191). La natura propria di tali provvedimenti non giustifica quindi alcuna deroga al riparto di competenza tra organi politici e apparato dirigenziale.

Sotto altro ma concorrente profilo si potrebbe ritenere la sussistenza della competenza del Sindaco solo ove l'intervento rivestisse carattere di necessità e urgenza, ai sensi degli artt. 50 e 54 dello stesso TUEELL.

Nel caso di specie le ordinanze impugnate non fanno riferimento a tali disposizioni, ma tale circostanza non è di per sé rilevante, dovendosi indagare la natura del provvedimento al di là del *nomen iuris*.

Ad avviso del Collegio tuttavia, da una piana lettura delle ordinanze impugnate, non sussistono i presupposti per ritenere che tali provvedimenti possano essere stati assunti sulla base degli artt. 50 e 54 del TUEELL.

Difettano infatti i presupposti di urgenza e straordinarietà tali da rendere la situazione non fronteggiabile mediante gli ordinari poteri di regolazione della circolazione stradale, non essendo stati evidenziati elementi che si prestino ad essere valutati, appunto, in termini di straordinarietà e di urgenza.

Gli accertamenti posti a base dei provvedimenti (relazione del Comando di Polizia Locale del Comune del 5 ottobre 2016 e la relazione di Colline Comasche s.r.l. del 12 ottobre 2016) non evidenziano elementi utili e forniscono i pareri (o punti di vista) di competenza sulla situazione, senza paventare alcuna situazione di pericolo

o di urgenza. D'altro canto i provvedimenti impugnati non disciplinano la situazione in termini temporanei, ma hanno efficacia *sine die*, il che non si concilia con la contingibilità quale presupposto dell'esercizio del potere di cui agli artt. 50 e 54 del D.lgs. 267/2000.

Non potendo quindi la fattispecie essere sussunta nel paradigma di cui agli artt. 50 e 54 TUEELL ma essendo qualificabile come regolazione ordinaria della circolazione stradale, con applicazione delle disposizioni del codice della strada, deve affermarsi la competenza dirigenziale all'adozione dei provvedimenti impugnati, per le ragioni sopra esplicitate.

In ossequio ai principi stabiliti dalla decisione dell'Adunanza Plenaria n. 5/2015 l'accoglimento del motivo di gravame relativo alla competenza preclude al giudice l'esame delle ulteriori censure dedotte, "*non potendo dettare le regole dell'azione amministrativa nei confronti di un organo che non ha ancora esercitato il suo munus*".

In conclusione il ricorso va accolto e per l'effetto vanno annullate le ordinanze sindacali impugnate.

Le spese di giudizio seguono la soccombenza e sono liquidate in dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie e per l'effetto annulla le ordinanze impugnate.

Condanna il Comune di Lurate Caccivio al pagamento a favore della ricorrente della spese del presente giudizio che liquida in € 2.000,00 (duemila) oltre oneri fiscali, previdenziali e spese generali di legge.

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

Così deciso in Milano nella camera di consiglio del giorno 6 marzo 2018 con l'intervento dei magistrati:

Ugo Di Benedetto, Presidente

Stefano Celeste Cozzi, Consigliere

Valentina Santina Mameli, Primo Referendario, Estensore

L'ESTENSORE	IL PRESIDENTE
Valentina Santina Mameli	**Ugo Di Benedetto**

IL SEGRETARIO