

***Pubblicato su www.altalex.com, 2/2013**

Sul potere del Sindaco di emanare ordinanze contingibili ed urgenti

di

Giovanni Maria di Lieto

Con sentenza n. 2266/2012, depositata il 10/12/2012, la Sez. II[^] del Tar Campania Salerno (Presidente Esposito, Relatore Gaudieri) accoglie il ricorso proposto dalla Fondazione Mariano Bianco Onlus c/ Comune di Amalfi per l'annullamento: a) della nota prot. 195 del 03/03/2011 del Responsabile Comando Polizia Municipale del Comune di Amalfi avente ad oggetto "Disposizione allo sgombero per libero accesso a garage pubblico Luna Rossa"; b) dell'ordinanza n. 30 del 12/03/2011 emessa dal Sindaco di Amalfi, quale Ufficiale di Governo.

Si riassumono, in sintesi, i fatti di causa, perché siano chiari i principi di diritto applicati dal Ga.

In occasione dei lavori intrapresi dal Comune di Amalfi per la realizzazione dell'ascensore di accesso al Cimitero Monumentale e per la realizzazione del parcheggio in roccia "Luna Rossa", la Fondazione concedeva l'uso temporaneo e gratuito dell'area pertinenziale alle ditte appaltatrici delle opere pubbliche, senza trasferire, dismettere o limitare il proprio pieno possesso sull'area in questione. Tant'è che l'area pertinenziale era contemporaneamente occupata dal cantiere relativo ai lavori di manutenzione straordinaria intrapresi dalla Fondazione per l'eliminazione delle barriere architettoniche.

In data 12/03/2011, il Sindaco del Comune di Amalfi, nella qualità di Ufficiale di Governo, *"preso atto che già da tempo sono stati ultimati i lavori di realizzazione del garage pubblico in roccia denominato "Luna Rossa" con accesso carrabile dalla ss 163 amalfitana km 30+420 lato sinistro e adiacente cunicolo di deflusso pedonale, carrabile per i soli mezzi di soccorso e polizia, con sbocco su Piazza Municipio"*; *"preso atto infine che come risulta dalla relazione prot. 228 del 11/03/2011 redatta dal Comando di P. M. la citata disposizione (nota prot. 195 del 03/03/2011) non è stata adempiuta anzi il materiale accumulato risulta essere addirittura aumentato"*; *"rilevato che tale*

accertata circostanza ostruttiva se protratta e sussistente all'atto dell'apertura funzionale del precitato garage pubblico costituisce grave pericolo che minaccia l'incolumità dei cittadini nonché degli utenti della medesima struttura", ordinava alla impresa appaltatrice, ai sensi dell'art. 54 DLgs 267/2000, di provvedere ad horas a rimuovere materiali edili, baracche di cantiere, mezzi, attrezzature ed automezzi allo stato insistenti sull'area.

La Fondazione proponeva ricorso al Tar Campania Salerno c/ il Comune di Amalfi per l'annullamento dell'ordinanza sindacale.

In sintesi, la ricorrente sosteneva che difettassero nel caso di specie i presupposti richiesti dalla legge per l'adozione della nota del Responsabile del Comando P. M. e dell'ordinanza contingibile e urgente del Sindaco.

Con sentenza n. 2266/2012, depositata il 10/12/2012, la Sez. II[^] del Tar Campania Salerno, dapprima, respinge l'eccezione relativa al difetto di giurisdizione del Ga e l'eccezione relativa all'inammissibilità del ricorso fondata sul presupposto della spontanea esecuzione del provvedimento sindacale di rimozione di quanto ordinato.

E' noto che l'acquiescenza si configura soltanto in presenza di un comportamento libero e spontaneo che sia espressione di volontà certa ed inequivoca, incompatibile con la volontà di contestare l'atto. Presupposti che non ricorrevano nel caso di specie, l'esecuzione non essendo stata né libera, né spontanea, ma essendo stata necessitata dalla comminatoria di una esecuzione coattiva in danno e di conseguenze penali, ed essendovi stata espressa riserva di azione avverso l'ordinanza espressamente qualificata illegittima.

Quindi, il Tar annulla gli atti impugnati con questa motivazione: <<Nel caso in esame non risulta desumibile né la gravità né l'attualità del pericolo e, comunque, la particolarità della situazione era rimediabile nell'immediato con gli strumenti ordinari. In sostanza il Comune ha utilizzato lo strumento dell'art. 54, secondo comma, d.lgs n. 267/2000 in carenza dei presupposti richiesti dalla legge, ponendo in essere un atto illegittimo che, pertanto, va annullato con tutte le conseguenze di legge>>. <<Ad avviso del Collegio l'ordinanza sindacale incorre in mala applicazione dei poteri extra ordinem delineati dall'art. 54 d. lgs

n. 267/200 e come tale va annullata. La giurisprudenza amministrativa è da tempo consolidata su posizioni che, ex multis, risultano espresse da Cons. Stato, Sez. V 13 giugno 2012 n. 3490 che di seguito si riporta in quanto condivisa: “Ai sensi dell’art. 54 comma 2, d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267, le ordinanze contingibili ed urgenti possono essere adottate dal Sindaco nella veste di ufficiale di governo solamente quando si tratti di affrontare situazioni di carattere eccezionale e impreviste, costituenti concreta minaccia per la pubblica incolumità, per le quali sia impossibile utilizzare i normali mezzi apprestati dall’ordinamento giuridico: tali requisiti non ricorrono di conseguenza, quando le pubbliche amministrazioni possono adottare i rimedi di carattere ordinario. Infatti le ordinanze in questione presuppongono una situazione di pericolo effettivo in cui si possono configurare anche situazioni non tipizzate dalla legge e ciò giustifica la deviazione dal principio di tipicità degli atti amministrativi, la possibilità di deroga rispetto alla disciplina vigente e la necessità di motivazione congrua e peculiare, la configurazione anche residuale, quasi di chiusura, delle ordinanze contingibili ed urgenti. I rimedi di carattere ordinario, al contrario, sono i provvedimenti tipizzati atti a fronteggiare le esigenze prevedibili ed ordinarie e costituiscono l’elemento “normale” rimesso dalla legge ai poteri pubblici per gestire usualmente le materie a questi rimesse (Cons. St., sez IV, 13 luglio 2011 n. 4262; Cons. St., sez. IV, 24 marzo 2006 n. 1537).

Caratteristiche preminenti di tali provvedimenti sono l’atipicità, il potere derogatorio rispetto agli strumenti “ordinari”, l’eccezionalità e la gravità del pericolo presupposto, la generalità degli interessi cui sono volti e, naturalmente, un adeguato supporto motivazionale. In quest’ottica, dunque, dinanzi ad una situazione di pericolo solo potenziale e territorialmente del tutto delimitato, l’Amministrazione, prima di adottare il provvedimento dovrebbe compiere ogni accertamento volto a fissare, a cristallizzare la “gravità” e la “contingenza” del pericolo stesso. Ciò rientra nella natura eccezionale e derogatoria degli atti in analisi, i quali si pongono nell’ordinamento giuridico come strumenti di extrema ratio, in quanto tali utilizzabili esclusivamente al verificarsi dei presupposti legislativi, e quando i mezzi ordinari si palesino come insufficienti ed inadeguati. L’Amministrazione deve accertare la sussistenza di una situazione di effettivo

pericolo di danno grave ed imminente per la incolumità pubblica, non fronteggiabile con gli ordinari strumenti di amministrazione attiva, a seguito di approfondita istruttoria con adeguata motivazione circa il carattere indispensabile degli interventi immediati ed indilazionabili imposti a carico del privati (Cons. St., sez. V 16 febbraio 2010 n. 868): l'accertamento, cioè, deve fondarsi su prove concrete e non mere presunzioni (Cons. St., sez. V, 11 dicembre 2007 n. 6366)">>.

Invero, sono univoci i principi costantemente espressi dalla giurisprudenza amministrativa sui diversi profili affrontati dalla sentenza del Tar Salerno in esame.

Le ordinanze di necessità e urgenza devono essere adottate nel rispetto dei principi generali dell'ordinamento: ove l'amministrazione adotti ordinanze scostandosi da tali linee guida, l'inottemperanza ai principi dell'ordinamento rappresenta indice di utilizzo abusivo del potere straordinario.

Lesive del principio di legalità sono pertanto quelle ordinanze straordinarie adottate sostanzialmente in assenza dei presupposti della necessità e dell'urgenza, con utilizzo dei poteri *extra ordinem* in casi per i quali l'ordinamento consente il ricorso a strumenti ordinari di intervento, tipicamente previsti e disciplinati. Casi, dunque, in cui manca l'indifferibilità dell'agire straordinario della P.A. con immediatezza, così come la contingibilità della misura, l'accidentalità e casualità dell'accadimento.

In queste ipotesi, il pericolo presupposto appare del tutto prevedibile, noto all'amministrazione precedente, addirittura in alcune circostanze da essa stessa causato. Gli effetti prodotti dalle ordinanze determinano illegittimamente assetti stabili, volti a disciplinare in maniera definitiva la situazione concreta.

Con la conseguenza che lo strumento dell'ordinanza di necessità e urgenza viene illegittimamente utilizzato quale soluzione di ogni ipotesi di emergenza, sia essa di natura sanitaria, ambientale, economica, sociale o amministrativa.

Tra i principi elaborati dalla giurisprudenza amministrativa, particolare importanza riveste anche il principio di proporzionalità, parametro di riferimento che consente all'Amministrazione e al giudice di verificare in concreto il corretto

esercizio del potere di urgenza, allorché venga usato in luogo degli strumenti ordinari, oltre che degli strumenti d'urgenza tipici.

Si riportano di seguito recenti pronunce del giudice amministrativo, che confermano i principi illustrati, di cui ha fatto applicazione la sentenza in esame.

Il potere del Sindaco di emanare ordinanze contingibili ed urgenti presuppone, oltre all'esistenza ed indicazione, nel provvedimento gravato, di una situazione di pericolo, quale ragionevole probabilità che accada un evento dannoso ove la Pubblica amministrazione non intervenga prontamente, anche la necessità di provvedere con immediatezza in ordine a situazioni di carattere eccezionale ed imprevedibile, cui sia impossibile fare fronte con gli strumenti ordinari apprestati dall'ordinamento (T.A.R. Torino Piemonte, sez. II, 18 gennaio 2013, n. 50).

L'ordinanza contingibile ed urgente è uno strumento che va utilizzato solo in casi eccezionali, dovuti alla necessità di intervenire senza indugio e comunque in via residuale, ove l'ordinamento non consenta l'utilizzo di diversi strumenti giuridici. In altri termini, l'ordinanza contingibile ed urgente, essendo per sua natura a carattere eccezionale e temporaneo, deve essere adottata nei soli casi in cui risulti oggettivamente inevitabile il ricorso a strumenti straordinari, atteso che il potere di ordinanza non può assumere, in relazione al suo scopo, carattere di continuità e di stabilità degli effetti per fronteggiare situazioni di fatto che, per il loro carattere prevedibile e non eccezionale, ben avrebbero potuto essere risolte con gli ordinari strumenti a disposizione dell'autorità sindacale ovvero mediante la tempestiva predisposizione di adeguate misure di carattere ordinario (T.A.R. Trieste Friuli Venezia Giulia, sez. I, 11 gennaio 2013, n. 16).

Le ordinanze contingibili ed urgenti non possono considerarsi di per sé esenti dall'obbligo di acquisire l'apporto procedimentale degli interessati, evincendosi il dato dalla circostanza che il comma 2 dell'art. 7, l. n. 241 del 1990 ammette espressamente che l'Amministrazione, ove abbia la necessità di provvedere con immediatezza, ha la facoltà di adottare, anche prima dell'effettuazione della comunicazione di avvio del procedimento, dei provvedimenti cautelari che conservano efficacia fino all'acquisizione dell'apporto procedimentale dei destinatari del provvedimento. Ne segue, pertanto, che, sebbene l'emanazione di un'ordinanza del genere, in linea di principio, non necessiti della previa

comunicazione dell'avvio, tuttavia, in particolare, la detta formalità non può essere legittimamente omessa qualora l'ordinanza stessa costituisca l'atto conclusivo di una procedura più ampia, che si sia basata su una precedente corrispondenza in contraddittorio con il soggetto destinatario, tale, quindi, da non essere incompatibile con l'effettuazione di tale comunicazione

(T.A.R. Roma Lazio, sez. II, 7 gennaio 2013, n. 67).

L'atipicità contenutistica delle ordinanze sindacali ex art. 50 D.Lgs. n. 267/2000, che deroga al principio di legalità sostanziale per consentire una maggiore duttilità all'azione dell'ente locale, è giustificabile, all'esito di un complessivo bilanciamento dei valori, proprio e soltanto se sussistono effettivamente i presupposti applicativi delle predette ordinanze, vale a dire l'eccezionalità e imprevedibilità della situazione, a cui non sia possibile far fronte con i mezzi previsti in via ordinaria dall'ordinamento (T.A.R. Firenze Toscana, sez. II, 6 dicembre 2012, n. 1973).

Il potere di urgenza può essere esercitato solo al fine di affrontare situazioni aventi carattere eccezionale ed imprevisto costituenti una concreta minaccia per la pubblica incolumità e per le quali sia impossibile utilizzare i normali mezzi apprestati dall'ordinamento giuridico. La conseguenza è che tali ordinanze si caratterizzano per l'assenza di indicazioni circa le modalità di esercizio del potere, a fronte di situazioni eccezionali di necessità ed urgenza. Trattasi, in particolare, di un pericolo qualificato, in quanto riferito specificamente a situazioni per le quali sia impossibile utilizzare i normali mezzi apprestati dall'ordinamento giuridico che deve fondarsi su prove concrete e non su mere presunzioni e ciò anche qualora l'obiettivo sia di prevenire gravi pericoli che minacciano l'incolumità dei cittadini. Si impone, quindi, un previo rigoroso accertamento in concreto sulla sussistenza dei presupposti che giustificano l'esercizio del potere di ordinanza, dando atto in motivazione della situazione di grave e concreto pericolo per l'interesse pubblico specifico a cui si intende apprestare una tutela anticipata, sicché risulti giustificata la necessità ed urgenza, la durata limitata nel tempo, nonché l'insussistenza di altri poteri per risolvere la questione (T.A.R. Napoli Campania, sez. VIII, 7 novembre 2012, n. 4443).

L'ordinanza contingibile e urgente è strumento utilizzabile dal Sindaco del Comune nei limiti in cui la situazione di pericolo è positivamente accertata, mentre eventuali altre esigenze devono essere affrontate con gli ordinari strumenti autoritativi di cui dispone l'Amministrazione comunale (Consiglio di Stato, sez. V, 18 ottobre 2012, n. 5361).

25/02/2013

Giovanni Maria di Lieto