

***Pubblicato su www.diritto.it, 1/2013**

Nota a sentenza n. 2266/2012, depositata il 10/12/2012, della Sez. II[^] del Tar Campania Salerno

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.

IL FATTO

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 in questione era contemporaneamente occupata dal cantiere relativo ai lavori di manutenzione straordinaria intrapresi dalla Fondazione Mariano Bianco 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 (ordinanza inviata solo per conoscenza alla Fondazione), 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.

L’impresa era costretta a sospendere i lavori di manutenzione straordinaria in corso, essendole impedito di utilizzare l’area pertinenziale, indispensabile supporto operativo e logistico per il regolare andamento del cantiere, in fase di avanzata esecuzione lavori.

Quindi, la Fondazione Mariano Bianco Onlus 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 per l’adozione della nota del Responsabile del Comando P. M. e dell’ordinanza contingibile e urgente del Sindaco.

E’ noto che il potere di urgenza può essere esercitato dal Sindaco solo per affrontare situazioni di carattere eccezionale ed imprevedute (eventi straordinari), costituenti concreta minaccia per la pubblica incolumità, per le quali sia impossibile utilizzare i comuni mezzi apprestati dall’ordinamento giuridico, situazioni da esternare con congrua motivazione e unitamente in presenza di un preventivo e puntuale accertamento della situazione. Sicché non si ammette che l’ordinanza in oggetto venga emanata per fronteggiare esigenze prevedibili

e permanenti (l'ordinanza è consentita solo se temporalmente delimitata) ovvero per regolare stabilmente una situazione o assetto di interessi.

Nel caso di specie, la situazione non presentava carattere di eccezionalità perché l'area era sempre stata nel possesso esclusivo della Fondazione Mariano Bianco e seppure parzialmente concessa in uso alle imprese appaltatrici delle opere pubbliche, era comunque sempre occupata dal cantiere relativo ai lavori volti all'eliminazione delle barriere architettoniche; il cantiere non costituiva pericolo per la pubblica incolumità (*“le collocazioni di quanto accantonato nell'ambito del cantiere consentivano comunque facile e comodo transito veicolare e pedonale relativo alle opere pubbliche; in ogni caso, l'accesso principale dalla statale 163 amalfitana al parcheggio “Luna Rossa” consentiva comunque l'accesso a mezzi di soccorso e pedoni”*); l'area poteva essere preventivamente espropriata dal Comune, o comunque il Comune poteva imporre una servitù di passaggio sull'area, cioè la situazione era fronteggiabile con un procedimento amministrativo “ordinario”. Nel caso di specie, la P.A. avrebbe esercitato un potere per un fine diverso da quello tipico, finendo per regolare stabilmente una situazione o assetto di interessi.

E' importante anche sottolineare che il progetto esecutivo [originario] considera[va] un unico accesso dalla S. S. 163 “amalfitana” agli ascensori per il “Cimitero Monumentale” ed al parcheggio “Luna Rossa” escludendo, o non considerando, il collegamento con la Piazza Municipio. Il progetto del Comune contempla[va], quindi, solo interventi con collegamenti diretti ed esclusivi con la Strada Statale 163 (sul lato Atrani) “amalfitana”.

LA SENTENZA

Con sentenza n. 2266/2012, depositata il 10/12/2012, la Sez. II[^] del Tar Campania Salerno (Presidente Esposito, Relatore Gaudieri) accoglie le tesi della Fondazione Mariano Bianco Onlus.

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.

Invero, la ricorrente Fondazione non chiedeva di accertare la proprietà dell'area in questione, ma censurava la carenza dei presupposti necessari per l'utilizzazione da parte del Comune del potere extra ordinem di cui all'art. 54 d.lgs 267/2000.

E' noto poi 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 ricorrono 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. St 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)">>.

08/01/2013

Giovanni Maria di Lieto