Il potere di ordinanza (contingibile e urgente) del sindaco

di Maurizio Lucca

Il potere di ordinanza contingibile e urgente del sindaco, che si contrappone all'esercizio ordinario dell'azione amministrativa in capo alla dirigenza, risiede storicamente nella necessità di garantire ordini immediati e diretti ad un determinato soggetto (o alla collettività) al fine di prevenire un pericolo concreto: *species* del *genus* "ordinanze libere" per rispondere in casi d'urgenza con misure che appaiono le più opportune, secondo le circostanze, per tutelare l'interesse pubblico attuale.
L'esercizio dei poteri *extra ordinem* deve necessariamente delimitarsi in un arco temporale prestabilito (1) e si differenzia su due categorie normative: la prima – a carattere esclusivamente locale – in caso di emergenze sanitarie o di igiene l'ordinanza è adottata dal sindaco, quale rappresentante della comunità locale (2); la seconda, nella funzione di ufficiale del Governo, viene adottata con atto motivato e nel rispetto dei princìpi generali dell'ordinamento giuridico, al fine di prevenire ed eliminare gravi pericoli (3) che minacciano l'incolumità dei cittadini (4).

Ciò posto si può ritenere che le ordinanze contingibili ed urgenti debbono possedere, ai fini della loro legittimità, i caratteri non solo della "contingibilità" (5), intesa come urgente necessità di provvedere con efficacia ed immediatezza in casi di pericolo attuale od imminente, ma anche della "provvisorietà", intesa nel duplice senso di imposizione di misure non definitive e di efficacia temporalmente limitata (6).
Muovendo da tale impostazione, una lettura della disciplina di riferimento che ne agevoli il pieno conseguimento dello scopo e la più ampia realizzazione degli interessi ad essa sottesi ha distinto i contenuti della contingibilità e urgenza su due orientamenti: uno secondo il quale il provvedimento è volto a regolare una situazione nuova e imprevedibile che non costituisce l'ordinaria conseguenza di fatti noti ovvero esistenti da tempo e progressivamente aggravatesi (7); l'altro non pone in rilievo la circostanza che la situazione di fatto esista da tempo, sicché non è possibile discriminare tra una ed altra specie dell'urgenza, a seconda che essa consista in una situazione preesistente ovvero in un evento nuovo ed imprevedibile, ma ciò che rileva è il dovere di intervento nell'attua-

(1) Vedi T.A.R. Puglia, Lecce, sez. II, 24 settembre 2007, n. 3361.
(2) Sono le ordinanze del sindaco nella sua qualità di capo dell'amministrazione previste in un ambito limitato di materie descritte dall'articolo 50, comma 5, del t.u.e.l. Ove l'emergenza interessi il territorio di più comuni ogni sindaco adotta le misure necessarie fino a quando non intervengano i soggetti competenti, cfr. T.A.R. Lombardia, sez. I, 18 maggio 1998, n. 1011.
(3) Il pericolo deve presentare una consistenza e una evidenza particolarmente gravi e univoche, cfr. T.A.R. Campania, Napoli, sez. V, 11 maggio 2007, n. 4992.
(4) Sono le ordinanze previste dall'articolo 54, comma 2, del t.u.e.l., per tutte le materie e non più gli ambiti limitati (polizia, igiene, edilizia) previsti dal previgente art. 38, comma 2, della legge n. 142 del 1990. È da precisare che se l'ordinanza sindacale è rivolta a persone determinate e queste non ottemperano all'ordine impartito, il sindaco può provvedere d'ufficio a spese degli interessati: una esecutorietà *ex lege*.
(5) La "contingibilità" sta ad indicare che il bisogno urgente può essere soddisfatto con un provvedimento la cui esecuzione si esaurisca in un solo momento (come nel caso di un provvedimento di demolizione), ovvero in un tempo breve e determinato, Cons. Stato, sez. IV, 6 dicembre 1985, n. 605; T.A.R. Lombardia, Milano, 6587/2000.
(6) Cfr. T.A.R. Campania, Napoli, sez. V, 15 gennaio 2007, n. 273 e T.A.R. Veneto, sez. I, 19 gennaio 2007, n. 148.
(7) Cfr. Cons. Stato, sez. V, 5 ottobre 1987, n. 584 e 23 gennaio 1991, n. 63.

lità del pericolo indipendentemente da una condotta inerte precedente, valorizzando un comportamento di corretta amministrazione che non trova alcun limite *ex post*, ossia anche di fronte all'aggravamento del pericolo (8).
Al tentativo di puntualizzare l'attualità del pericolo di un danno, a differenza del passato, è sufficiente la *minaccia* di un grave pericolo in una chiave di lettura di tipo preventivo, senza cioè attendere che il danno si verifichi o il pericolo si attui.
Si tratta di presupposti formali che impongono un doveroso accertamento degli elementi di fatto per porre in essere il potere cautelare di esclusiva competenza dell'organo monocratico, potere che deve essere idoneo ad eliminare la situazione di pericolo che ne giustifica l'adozione (9), con la conseguenza che non possono essere emanati provvedimenti sindacali per fronteggiare esigenze prevedibili e permanenti, ovvero per regolare stabilmente una situazione od assetto di interessi.
Quest'ultima considerazione porta a sostenere che di regola l'ordinanza contingibile ed urgente deve contenere l'apposizione di un termine massimo di efficacia, e tale regola può venir derogata solo quando, per la peculiarità del caso concreto, la misura urgente presenti l'eccezionale attitudine a produrre conseguenze non provvisorie (10).
La temporaneità, oltre a riferirsi all'efficacia strettamente limitata nel tempo (11), va riferita anche alla condizione di fatto in cui l'ordinanza opera (carattere accidentale e straordinario) tale che non può essere soddisfatta attraverso i comuni poteri, ovvero l'essere legato a circostanze contingibili, con il corollario che tale strumento derogatorio non può essere utilizzato per imprimere un assetto definitivo alla situazione che ha dato luogo all'intervento, specie quando si profilano diverse soluzioni giuridiche o tecniche (12).
Inoltre, il presupposto della motivazione deve acclarare, conformemente all'indirizzo giurisprudenziale formatosi in ordine al potere del sindaco (*ex* art. 153 del t.u. del 1915), la situazione – reale ed attuale – di pericolo che minaccia l'incolumità dei cittadini, e tale evenienza deve risultare da precisi ed inequivocabili accertamenti da parte dei competenti organi tecnici, dimostrando la veridicità della situazione a garanzia di un effettivo pregiudizio per la collettività.
Risulta, pertanto pienamente legittima l'ordinanza che sia stata preceduta da un riscontro tecnico specialistico del tutto adeguato alla situazione di fatto riscontrata sul territorio comunale e sia scaturita da una documentata conoscenza della situazione di pericolo, che sebbene cronologicamente non coincidente con l'effettiva insorgenza dello stato di pericolo, non era altrimenti prevedibile con riferimento all'incolumità pubblica (13); né la natura di ordinanza contingibile e urgente viene meno per il fatto che essa possa produrre effetti irreversibili: la sua efficacia infatti è rigidamente circoscritta al tempo strettamente necessario per l'esecuzione delle prescrizioni demandate all'organo tecnico, essendo per lo più irrilevanti, quanto alla durata nel tempo, le conseguenze materiali o di fatto che ne possano scaturire (14).
In conseguenza di ciò, la ordinanze contingibili ed urgenti costituiscono atti a contenuto indeterminato, con la funzione di colmare le lacune dell'ordinamento in determinate materie, consentendo al sindaco di adottare misure eccezionali con una correlativa restrizione del principio di legalità che l'amministrazione può emanare con il minor sacrificio possibile per i privati destinatari ai fini di tutela di determinati e tassativi interessi collettivi (15).
Si può osservare oltremodo che il ritardo nell'agire o il ricorso a strumenti ordinari costituisce elemento di valutazione per giustificare il potere di ordinanza, atteso che in assenza di un irrimediabile pregiudizio o l'utilizzo di soluzioni alternative comporta l'illegittimità di un potere cautelare se sostituibile con altri mezzi, ed è per questo che le ordinanze contingibili ed urgenti hanno come presupposto indilazionabile lo stato di fatto per cui è necessario ed indispensabile derogare al diritto comune, cioè una necessità tale da non consentire di ricorrere ai normali strumenti di intervento.
Giova allora ribadire che il potere di ordinanza presuppone la necessità di provvedere con immediatez-

(8) Cons. Stato, sez. V, 29 aprile 1991, n. 700.
(9) Oltre all'adeguata motivazione a sostegno di un potere generale e discrezionale, vi è l'esigenza di disporre misure coerenti con la gravità del pericolo e non risolvibili da altro strumento normativo.
(10) Le misure possano essere, quindi, tanto definitive quanto provvisorie, a seconda del tipo di rischio da fronteggiare, Cons. Stato, sez. V, 29 luglio 1998, n. 1128.
(11) Recependo le indicazioni della Corte Cost., 2 luglio 1956, n. 8 e 27 maggio 1961, n. 26.
(12) Cons. Stato, sez. V, 19 novembre 1992, n. 1322.
(13) Cons. Stato, sez. V, 4 febbraio 1998, n. 125.
(14) T.A.R. Liguria, sez. I, 24 giugno 2004, n. 1046 e Cons. Stato, sez. V, 4 febbraio 1998, n. 125.
(15) Cons. Stato, sez. V, 3 aprile 1990, n. 332.

za in ordine a situazioni di natura eccezionale ed imprevedibile, cui sia impossibile far fronte con gli strumenti ordinari apprestati dall'ordinamento.
Va anche chiarito che deve essere descritta nell'ordinanza l'esistenza e l'indicazione di una situazione di pericolo, quale ragionevole probabilità che accada un evento dannoso nel caso in cui l'amministrazione non intervenga prontamente.
In dipendenza di ciò, ai sensi degli artt. 50 e 54 del decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267, il collegamento con le esigenze di protezione dell'igiene e della salute pubblica costituisce presupposto necessario per giustificare il ricorso al potere ordinatorio, ma non sufficiente, ove non sussistano gli ulteriori particolari requisiti di urgenza (16) e, quindi, di pericolo per la pubblica incolumità.
In difetto dei presupposti di legge, in particolare di quelli di urgenza e di pericolo per la pubblica incolumità, presentando carattere sanzionatorio, non rientra nel novero delle ordinanze contingibili e urgenti di cui agli att. 50 e 54 del t.u.e.l. indi sussiste l'obbligo dell'amministrazione, ai sensi dell'art. 7 della legge 241/1990, di comunicare al soggetto, nei cui confronti il provvedimento finale è destinato a produrre effetti diretti, l'avvio del relativo procedimento (17).
Solamente in presenza di questo profilo di "imprevedibilità", accompagnato alla "urgente necessità" di agire per porre rimedio all'evento accidentale che minaccia l'interesse pubblico, comporta che non è necessaria la comunicazione di avvio del procedimento, atteso che per tale tipo di provvedimenti l'urgenza e l'indifferibilità è uno dei contrassegni tipici (18).
Una particolare attenzione deve essere riconosciuta per le ordinanze contingibili e urgenti quando il sindaco, per espressa previsione legislativa, all'atto dell'adozione agisce quale ufficiale del Governo, per i riflessi che il fenomeno comporta quale quello della imputazione degli effetti giuridici ad un soggetto pubblico diverso da quello che adotta un determinato provvedimento.
Sul punto esistono difficoltà teoriche generali concernenti l'esatto inquadramento sistematico del potere sindacale, infatti la sua giustificazione razionale su un potere che può comportare anche deroghe all'ordinamento vigente si giustificava, da una parte, solo se ricondotto alla categoria generale del "potere di Governo", inteso, in senso lato, come cura degli interessi indifferibili ed essenziali della comunità; dall'altra dalla antica idea secondo cui tutto il sistema delle autonomie locali troverebbe la propria base organizzativa unitaria nell'apparato statale, nel quadro complessivo dell'ordinamento giuridico: il sindaco esercita poteri tipicamente riconducibili all'autonomia riconosciuta alla comunità territoriale, ma svolge anche compiti spettanti, in origine, allo Stato centrale (19).
Da queste premesse, il sindaco non diventa un organo di un'amministrazione dello Stato ma resta incardinato nel complesso organizzativo dell'ente locale, con la conseguenza che in caso di impugnazione degli atti adottati dallo stesso la notifica deve essere effettuata al sindaco presso la sede del comune, anziché presso l'Avvocatura dello Stato, poiché nemmeno l'esercizio da parte del sindaco, organo di vertice di un ente locale territoriale, di funzioni di ufficiale di Governo è sufficiente perché risultino applicabili le norme di cui al r.d. 30 ottobre 1933, n. 1611 (sulla rappresentanza in giudizio dello Stato) e successive modificazioni, che attribuiscono all'Avvocatura dello Stato la rappresentanza in giudizio delle amministrazioni statali e di quelle ulteriori specificamente indicate da disposizioni di legge, tra le quali non rientra la figura del sindaco, nemmeno quale ufficiale di governo (20).

---

(16) L'indefettibile presupposto della imprevedibilità dell'evento, in aggiunta alla necessità ed urgenza, inteso anche come "impossibilità di ricorrere ai rimedi ordinari previsti dall'ordinamento, sempre che tale impossibilità derivi da motivi estranei alla volontà dell'amministrazione e non sia invece imputabile alla stessa", T.A.R. Sicilia, Palermo, sez. I, 2 gennaio 2004, n. 39 e 5 giugno 2003, n. 854; T.A.R. Puglia, Bari, sez. I, 13 dicembre 1999, n. 1968; Cons. Stato, sez. IV, 28 marzo 1994, n. 291.
(17) Cfr. T.A.R. Toscana, Firenze, sez. II, 9 aprile 2004, n. 1006 e T.A.R. Campania, Napoli, sez. V, 21 marzo 2007, n. 2618.
(18) Cons. Stato, sez. V, 13 agosto 2007, n. 4448.
(19) Cons. Stato, sez. V, 13 agosto 2007, n. 4448.
(20) Cons. Stato, sez. VI, 12 novembre 2003, n. 7266; sez. IV, 28 marzo 1994, n. 291; sez. V, 27 novembre 1987, n. 736 e 27 ottobre 1986, n. 568. Vedi *contra* T.A.R. Campania, Salerno, sez. I, 7 luglio 2005, n. 1127. Di diverso avviso Cass. Civ., sez. III, 31 luglio 2002, n. 11356 dove si sostiene che tale potere, rinvenibile nell'*ex* art. 153 del r.d. 4 dicembre 1915, n. 148, è da considerarsi eccezionale nell'ordinamento per le limitazioni a diritti di privati, ed è per questo che costituisce manifestazione di prerogative statali, delle quali il sindaco è partecipe quale Ufficiale di Governo, con la conseguenza che per la responsabilità dei danni derivanti dall'esercizio (o mancato esercizio) del detto potere da parte del sindaco, anche con riguardo all'operato di organi comunali che gli sono di supporto, deve rispondere, pure sotto il profilo della violazione del divieto del "neminem laedere", lo Stato e non già il comune.

Art. 100 t.u.l.p.s.
È legittimo il provvedimento del questore che dispone la chiusura temporanea di un bar frequentato abitualmente da extracomunitari clandestini pregiudicati.
È legittimo il provvedimento del questore adottato anche senza la comunicazione di avvio del procedimento quando si dimostra che il contenuto dell'atto non avrebbe potuto essere diverso da quello adottato.
Commento alla sentenza del T.A.R. Veneto, n. 2017/07.

di Eugenio Vomiero

Il fatto è relativo ad un pubblico esercizio (bar) che costituiva un "polo di attrazione per extracomunitari spacciatori di stupefacenti".
Il questore del luogo in base ai numerosi controlli effettuati dalle forze di polizia e alle segnalazioni ricevute dai cittadini ha ritenuto di adottare in base all'art. 100 del t.u.l.p.s. la chiusura temporanea del bar frequentato da pregiudicati extracomunitari clandestini.
L'art. 100 del t.u.l.p.s. consente all'Autorità provinciale di pubblica sicurezza (questore) l'adozione del provvedimento che porta alla sospensione della licenza di un pubblico esercizio "nel quale siano avvenuti tumulti o gravi disordini, o che sia ritrovo abituale di persone pregiudicate o pericolose o che, comunque costituisca un pericolo per l'ordine pubblico, per la moralità pubblica e il buon costume o per la sicurezza dei cittadini".
La finalità della norma in questione è quella di tutelare la sicurezza pubblica intesa quale bene primario della società il cui pregiudizio può compromettere l'ordinato svolgimento della vita in una comunità.
Il provvedimento di chiusura temporanea del locale ha come obiettivo l'evitare che un pubblico esercizio possa diventare il centro di ritrovo per persone pericolose e quindi lo scopo è quello di allontanare i frequentatori che possono costituire un fattore di pregiudizio per la civile convivenza.
Esso si deve fondare, come nel caso in esame, da controlli susseguenti sui frequentatori dell'esercizio pubblico in un arco temporale adeguato. La sentenza in esame ritiene che anche l'intervallo di una settimana sia sufficiente quale periodo di osservazione. Altro elemento di fatto richiamato nella decisione è relativo alla considerazione che i "controlli svolti seguissero alle molteplici segnalazioni e proteste dei residenti nella zona" a riscontro quindi della veridicità delle stesse.
In un momento storico in cui il tema della sicurezza è molto dibattuto e per cui si prospettano delle nuove norme ecco l'applicazione concreta di una disposizione del t.u.l.p.s. che conserva una certa efficacia deterrente e preventiva.
Sul punto la giurisprudenza è consolidata nel ritenere che l'art. 100 t.u.l.p.s. ha riguardo all'esigenza di tutelate l'ordine pubblico (inteso come il corretto vivere civile) e la sicurezza dei cittadini indipendentemente da ogni responsabilità dell'esercente e quindi è ininfluente la sua consapevolezza o partecipazione (cfr. Cons. Stato, sez. VI, 14.12.2005, n. 7094 e 11.10.2005, n. 5647, nonché T.A.R. Bari, sez. II, 9.2.2006, n. 457; T.A.R. Pescara, n. 298/2004; T.A.R. Bologna, sezione II, 14.6.2006, n. 44).
I giudici del T.A.R. Veneto hanno ritenuto di aderire a tale indirizzo giurisprudenziale richiamandolo espressamente e riaffermando l'irrilevanza dell'assenza di responsabilità o partecipazione diretta del titolare della gestione dell'esercizio; la norma ha una finalità preventiva volta a dissuadere coattivamente la frequentazione di persone pericolose il cui solo riunirsi è un potenziale pericolo.
È questa una tipica attività preventiva della pubblica sicurezza anche se con il provvedimento *de quo* di fatto vi è la sospensione dell'attività commerciale e quindi una perdita economica immediata per il gestore.
Relativamente al disposto dell'art. 100 t.u.l.p.s. l'applicazione ai locali di somministrazione di alimenti e bevande (come nel caso di specie) deve essere coordinata con quanto previsto dalla l. 287/1991 all'art. 9, comma 3, che prevede un massimo di giorni quindici con la facoltà di disporre la sospensione per un periodo maggiore quando sia necessario per particolari esigenze di ordine e sicurezza pubblica specificatamente motivate. Non vi sono limitazioni invece per quanto riguarda gli esercizi diversi dalla somministrazione di alimenti e bevande (vedasi ad esempio un esercizio commerciale di attività di vendita di preziosi cfr. Consiglio di Stato, sent. 505/07). Il secondo comma dell'art. 100 prevede la revoca dell'autorizzazione nel caso si ripetano più sospensioni per turbativa all'ordine e sicurezza pubblica; la norma deve essere interpretata, per i locali di somministrazione di alimenti e bevande, coordinandola con la citata l. 287/1991; sul punto relativamente ai locali di somministrazione di alimenti e bevande , che nella pratica sono i casi più frequenti, la giurisprudenza (T.A.R. Catania, sez. II, 1° agosto 1995, n. 1981) ritiene che il secondo comma dell'art 100 t.u.l.p.s. sia abrogato dall'art. 4 della l. 287/1991.
Fra i motivi di ricorso al provvedimento del questore vi è l'omessa comunicazione di avvio del procedimento tema oggetto di discussione per i provvedimenti di polizia caratterizzati generalmente dalla necessità di una tempestiva adozione.
Sul punto il T.A.R. Veneto nonostante una giurisprudenza che ritiene intrinseca in materia di tutela dell'ordine e sicurezza pubblica la necessaria di provvedere tempestivamente (cfr. Cons. Stato, sezione VI, n. 505/07) e quindi la possibilità di omissione della comunicazione di avvio del procedimento di cui all'art. 7 l. 241/1990, purché rappresentata e motivata nel provvedimento, si spinge oltre applicando l'art. 21-*octies,* comma 2, l. 241/1990.
I giudici amministrativi, nel caso in questione, non entrano nel merito della mancata comunicazione di avvio del procedimento e motivano la loro decisone dando atto che "il contenuto del provvedimento non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato".
È questa una concreta applicazione della norma introdotta dalla l. 15/2005 proprio per evitare gli annullamenti dovuti alla mancanza di avvio del procedimento. Si potrebbe ritenere che il T.A.R. Veneto abbia dato prevalenza alla teoria del "raggiungimento dello scopo" della pubblica amministrazione anziché addentrarsi sulla possibilità di omissione della comunicazione di cui all'art. 7 della l. 241/1990 già avvallata dalla giurisprudenza nei casi simili.