

IL POTERE DI ORDINANZA DEL SINDACO NELLA PIÙ RECENTE

GIURISPRUDENZA dell'Avv. Lucia Iacoboni

L'attribuzione al Sindaco del potere di ordinanza d'urgenza, riconosciuto sin dalla legge 1865 n. 2248 all. a), e, da ultimo, disciplinato dal Testo Unico Enti Locali (D.Lgs. 18 agosto 2000 n.267) agli articoli 50 e 54, ha sempre posto il problema della individuazione dei limiti di esercizio al fine di stabilire la linea di confine tra la discrezionalità, che connota l'esercizio del potere, ed il fondamentale paradigma della legalità, che quello stesso potere deve delimitare a tutela dei cittadini destinatari del provvedimento amministrativo. Invero, la situazione di emergenza che l'ordinanza sindacale è diretta a fronteggiare, adeguando lo strumento prescelto alla situazione locale, giustifica l'attribuzione di un potere dal contenuto non predeterminato, che, tuttavia, derogando al principio di tipicità che connota gli atti amministrativi, va esercitato nel rispetto dei principi fondamentali dettati dalla Carta costituzionale.

La giurisprudenza ha sempre sottolineato il carattere eccezionale del potere di intervento in via di urgenza del Sindaco, richiedendo, al fine del legittimo esercizio, una situazione di pericolo non prevedibile, che rende necessario intervenire in modo non prorogabile e senza possibilità di ricorrere agli strumenti ordinari predisposti dall'ordinamento, anche in deroga alle norme vigenti; inoltre, l'ordinanza sindacale può essere adottata solo a seguito di una approfondita istruttoria, deve enunciare una

specifica motivazione circa il carattere indispensabile degli interventi indilazionabili imposti a carico del privato, e si caratterizza per l'efficacia limitata nel tempo.

Nel recepire le predette indicazioni giurisprudenziali l'art. 54, comma 4, del TUEL, ha disciplinato il potere *extra ordinem* del Sindaco nella funzione di ufficiale di Governo, stabilendo che Questi *"adotta con atto motivato e nel rispetto dei principi generali dell'ordinamento giuridico, provvedimenti contingibili e urgenti al fine di prevenire e di eliminare gravi pericoli che minacciano l'incolumità dei cittadini"*. Il testo della norma ha subito consistenti modifiche ad opera dell'art. 6 del decreto-legge 23.5.2008 n. 92, convertito con modificazioni dalla legge 24.7.2008 n. 125, che ha esteso l'ambito del potere di ordinanza alla *sicurezza urbana* e ha introdotto la locuzione *"anche"* prima delle parole *"contingibili ed urgenti"*.

La nuova formulazione dell'art. 54 comma 4, ha destato dubbi di legittimità costituzionale, formalizzati nell'ordinanza del TAR Veneto n. 191 del 22.3.2010, nella parte in cui ha inserito la congiunzione *"anche"* prima delle parole *"contingibili e urgenti"*. In tal modo, infatti, la norma avrebbe attribuito al Sindaco *"un potere normativo sganciato dai presupposti fattuali della contingibilità ed urgenza, dunque tendenzialmente illimitato e capace di incidere sulla libertà dei singoli di tenere ogni comportamento che non sia vietato dalla legge"*; pertanto *"la disposizione censurata ...avrebbe disegnato una vera e propria fonte normativa, libera nel contenuto ed equiparata alla legge"*. Molteplici, in conseguenza, i profili di

incostituzionalità evidenziati dal rimettente con riferimento alla Carta costituzionale.

La Corte costituzionale con l'importante sentenza n. 115 del 7.04.2011, nel ritenere fondata la questione, ha proceduto preliminarmente all'analisi del testo normativo, precisandone la portata alla luce del dato letterale. Invero, ha osservato la Corte, la frase "*anche contingibili e urgenti nel rispetto dei principi generali dell'ordinamento*" è posta tra due virgole, dal che si evince che il rispetto dei soli principi generali dell'ordinamento è stabilito esclusivamente per i provvedimenti contingibili ed urgenti, ma non anche per le ordinanze sindacali di ordinaria amministrazione. Viene in tal modo sottolineata la distinzione tra due categorie di ordinanze sindacali, che, per quanto possano entrambe essere accomunate dalla finalità di tutela dell'incolumità pubblica e della sicurezza urbana, sono diverse quanto a presupposti ed a regime giuridico: le une, fondate sul presupposto dell'urgenza, consentite solo nei limiti della situazione che si tratta di fronteggiare e temporalmente delimitate, sono vincolate esclusivamente al rispetto dei principi generali dell'ordinamento; le altre, ordinanze ordinarie, soggette alle norme legislative e regolamentari. La Corte, pertanto, prendendo le distanze dal Tar rimettente precisa che "*la norma censurata, se correttamente interpretata, non conferisce ai sindaci alcun potere di emanare ordinanze di ordinaria amministrazione in deroga a norme legislative o regolamentari vigenti*".

La sentenza prende poi in esame i profili di illegittimità costituzionale che l'art. 54, comma 4, pur nella lettura indicata, tuttavia manifesta. Invero, la norma, nell'attribuire ai Sindaci, quali Ufficiali di Governo, un potere di ordinanza svincolato dai presupposti della contingibilità ed urgenza, e nonostante la soggezione di tale potere al rispetto delle norme vigenti, ha consentito l'esercizio *"di una discrezionalità praticamente senza alcun limite, se non quello finalistico, genericamente identificato dal legislatore"*. Un potere di tal fatta, rileva la Corte, in quanto del tutto indeterminato, espressione di una discrezionalità praticamente senza limite, si pone in evidente contrasto con il principio di legalità sostanziale posto a base dello Stato di diritto, e che deve essere osservato in ogni conferimento di poteri amministrativi. Detto principio, invero, *"non consente l'assoluta indeterminatezza del potere conferito dalla legge ad una autorità amministrativa"*, esigendo che l'esercizio del potere *"sia determinato nel contenuto e nelle modalità"*; nè è sufficiente il solo limite finalistico individuato nell'esigenza di tutela di un bene o di un valore.

Pertanto, il potere di emanare ordinanze di ordinaria amministrazione attribuito dall'art. 54, comma 4, ai Sindaci viola la riserva di legge, di cui all'art. 23 della Costituzione *"in quanto non prevede una qualunque delimitazione della discrezionalità amministrativa in un ambito, quello della imposizione di comportamenti, che rientra nella generale sfera di libertà dei consociati"*.

La norma viola altresì l'art. 97, primo comma, della Costituzione, anch'esso istitutivo di una riserva relativa di legge al fine di garantire l'imparzialità della pubblica amministrazione. Infatti, osserva la Corte, nel caso in esame *"l'imparzialità dell'amministrazione non è garantita ab initio da una legge posta a fondamento, formale e contenutistico, del poter sindacale di ordinanza"*.

Da ultimo, l'art. 54, comma 4, TUEL viola l'art. 3, primo comma, della Costituzione, in quanto, in assenza di una base legislativa, *"gli stessi comportamenti potrebbero essere ritenuti variamente leciti o illeciti, a seconda delle numerose frazioni del territorio nazionale rappresentate dagli ambiti di competenza dei sindaci"*. In altri termini, manca il parametro legislativo *"alla cui stregua si possa verificare se le diversità di trattamento giuridico siano giustificate dalla eterogeneità delle situazioni locali"*.

La Corte conclude dichiarando l'illegittimità costituzionale dall'art. 54, comma 4, del TUEL, *"nella parte in cui comprende la locuzione ", anche" prima della parole "contingibili e urgenti"*. In tal modo viene drasticamente ridimensionato il potere conferito al Sindaco, che torna all'originario ambito delineato dal testo precedente della norma, e perciò limitato all'adozione delle ordinanze contingibili ed urgenti. In conseguenza, la tutela dell'ordine pubblico e della sicurezza urbana a livello comunale è attuabile esclusivamente in via straordinaria mediante provvedimenti diretti a fronteggiare singole situazioni di emergenza con efficacia temporalmente limitata.

Il problema delle ordinanze ordinarie, peraltro, resta aperto dato che la Corte, nel ritenere ammissibile anche tale categoria di provvedimenti a tutela dell'incolumità pubblica e della sicurezza urbana, rimette poi al legislatore la definizione della disciplina al fine di "*circoscrivere la discrezionalità amministrativa dei Sindaci*". In attesa del necessario intervento legislativo, pertanto, le ordinanze ordinarie eventualmente adottate sono atti illegittimi che dovranno essere annullati ed eventualmente sostituiti con nuove ordinanze d'urgenza.

D'altra parte, anche il potere straordinario di intervento del Sindaco, pur confermato dalla Corte nella sua legittimità, in assenza di una più dettagliata disciplina legislativa, parimenti auspicabile, continua a porre il problema della conformità alle garanzie costituzionali. Il delicato bilanciamento tra le finalità perseguite dal potere di ordinanza, di cui all'art. 54, comma 4, del TUEL e i diritti di libertà costituzionalmente garantiti resta affidato alla giurisprudenza al fine di evitare pericolosi 'sconfinamenti' della discrezionalità nell'arbitrio. Successivamente alla sentenza 115 della Corte costituzionale, si segnalano, nella più recente giurisprudenza, i seguenti contributi:

- Tar Puglia-Bari- 5.05.2012 n. 1099 (il caso: ordinanza contenente divieto di distribuzione di buste di plastica non biodegradabili, e successiva ordinanza integrativa parzialmente modificativa), dopo avere rammentato che l'ordinanza contingibile ed urgente è "*strumento preordinato a far fronte a situazioni eccezionali e non prevedibili*", evidenzia la carenza di tale necessario carattere nel caso in esame, difettando il presupposto

dell'urgenza di provvedere. Lo stesso Tar nella sentenza 8.03.2012 n. 519, nell'esaminare ordinanza contingibile ed urgente, contenente l'ingiunzione di eseguire lavori di ripristino e messa in sicurezza della viabilità pubblica, stigmatizza la necessità di una situazione di pericolo effettivo da esternare con congrua motivazione.

- Tar Basilicata, 10.01.2012, n. 7 (il caso: ordinanza di revoca dell'autorizzazione con divieto di svolgimento di ogni attività sportiva e ricreativa in locali di proprietà comunale sul presupposto dell'asserito uso improprio degli stessi, e di possibili problemi per la sicurezza e igienico-sanitari), il quale ha innanzitutto puntualizzato, rinviando a Corte costituzionale n. 196/2009, la nozione di sicurezza urbana, di cui all'art. 54 TUEL, precisando che deve ritenersi coincidente con la materia della sicurezza pubblica, intesa quale attività di prevenzione e repressione di reati. Su tale premessa, e richiamando anche la sentenza della Corte n.115/2011, il Tar Basilicata ha ribadito il carattere eccezionale del potere di ordinanza, di cui all'art. 54 TUEL, non esercitabile quando, come nella specie, possa farsi ricorso ai normali mezzi di tutela apprestati dall'ordinamento giuridico. Nell'accogliere il ricorso il Giudice motiva evidenziando sia il decorso del notevole lasso di tempo tra le verifiche disposte dall'Amministrazione e l'adozione del provvedimento, a dimostrazione del difetto della concreta urgenza di provvedere, sia la mancanza di adeguata attività istruttoria finalizzata all'accertamento dell'effettiva e concreta situazione di pericolosità e anti igienicità dei locali.

- Tar Lombardia, Brescia, 10 novembre 2011 n. 1553 (il caso: ordinanze con cui il Comune aveva ridotto gli orari di apertura di determinate categorie di esercizi pubblici e commerciali, sia pure per un periodo temporale limitato, al fine di diminuire le occasioni di aggregazione dei cittadini stranieri e, in tal modo, anche le occasioni per delinquere o, comunque, creare problemi all'ordine pubblico e al decoro urbano) ha ritenuto l'illegittimità sul rilievo del carattere del tutto indiscriminato dell'intervento comunale, anziché limitato alle situazioni fuori norma. Così facendo *"l'amministrazione colpisce indistintamente tutti i gestori di pubblici esercizi e di esercizi commerciali collettivizzando le responsabilità su base statistica, senza più limitarsi alla repressione delle singole situazioni fuori norma. Della possibilità per i Comuni di esercitare un potere di tale ampiezza si deve ormai dubitare dopo che la Corte Costituzionale nella sentenza n. 115 del 7 aprile 2011 ha chiarito che ai sindaci non è concessa una discrezionalità indeterminata nell'ambito delle scelte amministrative aventi conseguenze sulla sfera generale di libertà dei singoli e delle comunità amministrate. Dunque, le ordinanze che non si collocano in uno schema normativo già tracciato dalla legge devono essere basate su esigenze di intervento effettivamente contingibili e urgenti, e devono comunque essere proporzionate ai problemi rilevati nell'analisi della situazione di fatto"*. Il Tar Brescia precisa, altresì, che *la limitazione temporale non è automaticamente sufficiente a giustificare una misura che colpisce in modo sproporzionato i beni della vita dei soggetti coinvolti*. Il monito del Giudice è chiaro, e si sostanzia nel duplice invito al rispetto dei

limiti di ammissibilità individuati dalla giurisprudenza costituzionale e all'emanazione di ordinanze d'urgenza il cui contenuto sia riferibile alla specifica situazione problematica su cui occorre intervenire.

- Tar Sardegna, Cagliari, 3.11.2011 n. 1049 (il caso: ordinanza sindacale adottata in dichiarata applicazione dell'art. 54, comma, TUEL, contenente norme in ordine alle modalità di raccolta dei rifiuti urbani), il quale, nell'accogliere il ricorso, richiama sia la sentenza 115/2011, che autorizza il Sindaco ad emanare esclusivamente ordinanze contingibili ed urgenti, sia la costante giurisprudenza in materia secondo la quale dette ordinanze non possono avere contenuti normativi. Infatti, ciò che contraddistingue i provvedimenti in questione è non solo il carattere della *"contingibilità, intesa come urgente necessità di provvedere con efficacia ed immediatezza nei casi di pericolo attuale od imminente"*, ma altresì quello della *"provvisorietà, intesa nel duplice senso di imposizione di misure non definitive e a efficacia temporalmente limitata"*; pertanto, non è consentito emanare ordinanze extra ordinem *"per fronteggiare esigenze prevedibili e permanenti, ovvero per regolare stabilmente una situazione od assetto di interessi permanenti"*. Nel caso di specie, conclude il TAR, il Sindaco non poteva, nell'esercizio del potere di cui all'art. 54 comma 4 TUEL, *"introdurre stabilmente una norma sanzionatoria per l'inosservanza delle prescrizioni relative alle modalità di smaltimento dei rifiuti urbani"*.

Tar Emilia Romagna-Parma- 4.10.2011 n. 330 (il caso: ordinanza sindacale che ordinava di anticipare la chiusura di attività commerciale di bar per finalità di tutela della sicurezza urbana) chiarisce il requisito dell'urgenza,

che contraddistingue i provvedimenti adottati ai sensi dell'art. 54 del TUEL, precisando che *"è riferito al pericolo in sé e non al fattore causale del rischio, per cui, anche quando il potere sindacale è esercitato per risolvere (o anche per iniziare ad affrontare), una situazione di pericolo per l'incolumità pubblica, anche se non nell'immediatezza temporale del fattore che ha provocato il rischio, tuttavia, il potere è esercitato entro i limiti della citata disposizione; la ratio, infatti, è di assicurare un elevato grado di tutela alla sicurezza urbana"*. Su tale premessa il Tar ha ritenuto l'ordinanza sindacale impugnata legittima, in quanto *"la chiusura anticipata non deve necessariamente essere assistita dalla riprova della responsabilità, in senso soggettivo, del gestore del bar nell'aver causato la situazione di pericolo e di insicurezza, ma è sufficiente che l'esercizio commerciale sia un luogo di abituale frequentazione e ritrovo, soprattutto nelle ore notturne, di soggetti dediti ad attività che arrecano disturbo alla pubblica quiete, alla sicurezza pubblica e incolumità"*.