

amministrativ@mente

Rivista scientifica trimestrale di diritto amministrativo
www.amministrativamente.com



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

Rivista scientifica trimestrale di diritto amministrativo (Classe A)

Publicata in internet all'indirizzo www.amministrativamente.com

Rivista di Ateneo dell'Università degli Studi di Roma "Foro Italico"

Direzione scientifica

Gennaro Terracciano, Gabriella Mazzei, Julián Espartero Casado

Direttore Responsabile

Gaetano Caputi

Redazione

Giuseppe Egidio Iacovino, Carlo Rizzo

FASCICOLO N. 1/2022

Estratto

Iscritta nel registro della stampa del Tribunale di Roma al n. 16/2009

ISSN 2036-7821



Comitato scientifico

Annamaria Angiuli, Antonio Barone, Vincenzo Caputi Jambrenghi, Enrico Carloni, Maria Cristina Cavallaro, Guido Clemente di San Luca, Andry Matilla Correa, Gianfranco D'Alessio, Mariaconcetta D'Arienzo, Ambrogio De Siano, Ruggiero Dipace, Luigi Ferrara, Pierpaolo Forte, Gianluca Gardini, Biagio Giliberti, Emanuele Isidori, Francesco Merloni, Giuseppe Palma, Alberto Palomar Olmeda, Attilio Parisi, Luca Raffaello Perfetti, Fabio Pigozzi, Alessandra Pioggia, Helene Puliat, Francesco Rota, José Manuel Ruano de la Fuente, Leonardo J. Sánchez-Mesa Martínez, Ramón Terol Gómez, Antonio Felice Uricchio.

Comitato editoriale

Jesús Avezuela Cárcel, Giuseppe Bettoni, Salvatore Bonfiglio, Vinicio Brigante, Sonia Caldarelli, Giovanni Cocozza, Sergio Contessa, Manuel Delgado Iribarren, Giuseppe Doria, Fortunato Gambardella, Flavio Genghi, Jakub Handrlica, Margherita Interlandi, Laura Letizia, Gaetano Natullo, Carmen Pérez González, Marcin Princ, Antonio Saporito, Giuliano Taglianetti, Simona Terracciano, Salvatore Villani.

Coordinamento del Comitato editoriale

Valerio Sarcone.



Ordinanze contingibili e urgenti: natura, presupposti e problematiche connesse anche in epoca pandemica.

di Ludovico Castiglione

(Dottore in Giurisprudenza)

Sommario

1. Premessa: i poteri del Sindaco e il principio di legalità; 2. Le principali problematiche in tema di ordinanze contingibili e urgenti. La loro posizione nella gerarchia delle fonti del diritto; 2.2. Segue: Limiti temporali e limiti procedurali; 2.3 Segue: La discussa natura giuridica delle ordinanze contingibili e urgenti; 3. Le ordinanze contingibili e urgenti adottabili dal Sindaco nella veste di ufficiale di Governo; 3.1 Segue: I limiti ai poteri del Sindaco; 3.2 Segue: aree di intervento delle ordinanze sindacali de quo; 4. Casi giurisprudenziali sul potere extra ordinem dei Sindaci; 5. Le ordinanze sindacali nell'esperienza pandemica. Conclusioni.

Abstract

This paper examines the main problems related to the contingent and urgent ordinances issued by the mayor. The aim is also to assert the compatibility of the mentioned ordinances with the principle of legality, which must be appreciated in a substantial way. Furthermore, the article takes into exam the limitations that administrative jurisprudence acknowledges for the use of this instrument.

** Il presente contributo è stato sottoposto al preventivo referaggio secondo i parametri della double blinde peer review.*



1. Premessa: i poteri del Sindaco e il principio di legalità

Il Sindaco, figura che svolge un ruolo primario per la promozione e il mantenimento della sicurezza locale, dispone di poteri spesso oggetto di profondi dibattiti in quanto la legge attributiva di alcuni di questi presenta diversi margini di incertezza e ambiguità¹.

Infatti, la tutela della sicurezza (assicurata anche mediante l'utilizzo di strumenti *extra ordinem* come le ordinanze contingibili e urgenti) pone il problema del grado di garanzia riconosciuto al cittadino, in qualità di destinatario di provvedimenti amministrativi. Come noto, ogni potere di questa natura deve trovare non solo fondamento nella legge (principio di legalità in senso formale)² ma la legge deve fissare i limiti e i contenuti del potere amministrativo (principio di legalità in senso sostanziale)³.

Orbene, tale potere, anche detto "atipico", ponendo dei problemi di compatibilità con il principio di legalità dell'azione amministrativa è stato oggetto di numerose

¹ R. LORENZETTI, (a cura di), *Le ordinanze sindacali in materia di incolumità pubblica e sicurezza urbana. Origini, contenuti, limiti*, Napoli, Jovene, 2009; V. ITALIA, *La sicurezza urbana. Le ordinanze dei sindaci e gli osservatori volontari*, Milano, Giuffrè, 2010, in particolare p. 3 ss.; MANETTI-BORELLO (a cura di), *Sicurezza urbana: poteri e garanzie*, Rimini, Maggioli, 2011.

² In ossequio al Principio di legalità inteso in senso formale, ogni potere dell'esecutivo deve essere basato su una norma di legge che li preveda e li autorizzi, senza bisogno che tale norma disciplini altresì, le modalità di esercizio del potere. In questo senso F. MODUGNO, *Lineamenti di diritto pubblico*, Torino 2010, p. 102 ss. Ma cfr. Anche F. SATTA, *Principio di legalità e pubblica amministrazione nello stato democratico*, Padova, 1969; S. FOIS, «Legalità (principio di)», in *Enc. Dir.*, Milano, XXIII, 1973, pp. 659-703; F. LEVI, «Legittimità (Diritto amministrativo)», in *Enc. Dir.*, Milano, XXIV, 1974, pp. 124-140; L. CARLASSARE, «Legalità (principio di)», in *Enc. Giur.*, Roma, XVIII, 1988; R. GUASTINI, *Legalità (principio di)*, in *Dig. Disc. pubbl.*, vol. IX, Torino, 1994; A. TRAVI, *Giurisprudenza amministrativa e principio di legalità*, DPb, 1995, pp. 91 ss.; F. LEDDA, *Dal principio di legalità al principio di infallibilità dell'Amministrazione*, FA, 1997, pp. 3303 ss.

³ Inteso in senso sostanziale, il Principio di legalità impone forti vincoli al potere in concreto esercitato, nella misura in cui non solo esso deve essere autorizzato, ma anche disciplinato dettagliatamente dalla legge, che deve definire criteri e modalità del suo esercizio. La dottrina tradizionale è da sempre attenta a queste tematiche e, nell'ambito degli Autori che se ne sono occupati, non si può non tener conto di D. SIMEOLI, *Appunti sul principio di legalità amministrativa*, in *Questione Giustizia*, n. 4 del 2016 ove si chiarisce sul principio di legalità in senso sostanziale che: "Tradizionalmente si afferma che, (almeno) nei settori di attività che la costituzione riserva alla legge, il principio di legalità risulta rafforzato in senso "sostanziale" (nel senso di postulare sia il fondamento legislativo dei poteri conferiti all'amministrazione, sia l'apposizione di limiti contenutistici alla sua azione). Ciò in quanto la riserva di legge, nel regolare i rapporti fra le fonti, restringe la discrezionalità della pubblica amministrazione nell'esecuzione della legge. Sennonché, l'analisi rivela come, anche in tali settori, le nuove «sedi tecniche» di regolazione esercitano poteri (normativi e autoritativi) fondati su previsioni spesso generiche ovvero implicite. Secondo una tesi, il principio di legalità starebbe lentamente lasciando il posto ad un più duttile principio di necessaria predeterminazione normativa dell'attività amministrativa, alla cui stregua l'adozione di misure concrete deve essere preceduta dalla formulazione di criteri generali ed astratti. La "legalità" sarebbe soddisfatta anche da fonti subprimarie, in quanto comprensiva di tutto ciò che la concreta attività amministrativa deve rispettare. Così riconfigurato, il principio di legalità non troverebbe più fondamento nell'esigenza democratica di assoggettare l'amministrazione pubblica all'indirizzo politico delle assemblee politiche rappresentative, bensì avrebbe esclusivamente la funzione di garantire l'imparzialità dell'azione concreta delle amministrazioni pubbliche, sottoponendola a regole generali ed astratte preventivamente stabilite ed universalmente conoscibili".



pronunce giurisprudenziali, che saranno nel prosieguo analizzate, in particolare dei Tar e del Consiglio di Stato.

Giurisprudenza e Dottrina, come vedremo, si sono orientate nel senso di delimitare il più possibile gli ambiti di applicazione del potere *de quo* affermandone il carattere assolutamente residuale, di *extrema ratio*, utilizzabile, dunque, solo in assenza di altri mezzi predisposti dall'ordinamento.

L'intento di chi scrive, aderendo ai canoni interpretativi offerti dalla Giurisprudenza stessa, è di soffermarsi sulla evoluzione di tali ragionamenti per riflettere, infine, anche sulla configurazione attuale di tale potere c.d. innominato in seguito alle vicende legate alla diffusione della pandemia COVID-19 in cui abbiamo assistito a una proliferazione di tali ordinanze secondo un modello non conforme, quanto meno *prima facie*, a quello costituzionalmente delineato.

2. *Le principali problematiche in tema di ordinanze contingibili e urgenti. La loro posizione nella gerarchia delle fonti del diritto*

Prima di analizzare le ordinanze contingibili e urgenti emanabili dal Sindaco, è d'uopo dar conto, in generale, della natura e dei presupposti dei provvedimenti *de quibus*. Le stesse, infatti, pongono molteplici problemi sia sul piano prettamente dogmatico che su quello pratico.

Il primo problema da approfondire è il loro inquadramento nella gerarchia delle fonti. Esse, infatti, possono derogare alla legge, sebbene debbano comunque rispettare i limiti imposti dalla Costituzione e i principi generali dell'ordinamento.

Come sottolineato in dottrina, queste ordinanze "*Rispetto ai singoli eventi calamitosi e alle conseguenti delibere dello stato di emergenza, formano veri e propri microordinamenti, sistemi giuridici in sé completi nei quali operano rapporti tra le fonti che solo in parte riproducono quelli dell'ordinamento generale*"⁴.

Il motivo per cui tali ordinanze possono derogare alla fonte primaria si rinviene nella necessità di fronteggiare situazioni di emergenza.

Come indicato dalla dottrina, si tratta di un'esigenza che "*taglia trasversalmente l'ordinamento*" come dimostrano l'art 77 Cost.⁵ e l'art. 54 c.p., sullo stato di necessità.⁶

⁴ A. ANDRONIO, *Le ordinanze di necessità e urgenza per la tutela dell'ambiente nei più recenti indirizzi giurisprudenziali*, in U. DE SIERVO (a cura di), Osservatorio sulle fonti 1998, Torino, Giappichelli, 1999.

⁵ A mente del quale "*Il Governo non può, senza delegazione delle Camere, emanare decreti che abbiano valore di legge ordinaria. Quando, in casi straordinari di necessità e di urgenza, il Governo adotta, sotto la sua responsabilità, provvedimenti provvisori con forza di legge, deve il giorno stesso presentarli per la conversione alle Camere che, anche se sciolte, sono appositamente convocate e si riuniscono entro cinque giorni. I decreti perdono efficacia sin dall'inizio, se non sono convertiti in legge entro sessanta giorni dalla loro pubblicazione. Le Camere possono tuttavia regolare con legge i rapporti giuridici sorti sulla base dei decreti non convertiti*".

⁶ Il quale sancisce che "*Non è punibile chi ha commesso il fatto per esservi stato costretto dalla necessità di salvare sé od altri dal pericolo attuale di un danno grave alla persona, pericolo da lui non volontariamente causato, né altrimenti evitabile, sempre che il fatto sia proporzionato al pericolo*".



Tale ultima norma prevede infatti una eccezione all'applicazione della norma incriminatrice proprio in ragione di una situazione urgente, imprevedibile e straordinaria. L'eccezione è giustificata solo se il soggetto sia mosso dalla necessità di salvare se stesso o altri da un pericolo che è attuale e non è stato il frutto di una condotta a monte del soggetto che intende avvalersene. In questo senso, deve trattarsi di una situazione non governabile dal soggetto che invoca lo stato di necessità e rappresenta un esempio di come la straordinarietà delle situazioni possa incidere su fonti primarie anche in materia penale.

Nell'ambito del diritto amministrativo, invece, la necessità giustifica l'esistenza di due categorie di atti amministrativi: gli atti necessitati e le ordinanze di necessità e di urgenza⁷. I primi sono atti la cui adozione è subordinata alla presenza di un pericolo, ad esempio, l'occupazione d'urgenza. Sono atti che rispettano però pienamente i criteri di tipicità perché la norma di legge, che attribuisce il potere, ne predetermina i presupposti e i contenuti. Al contrario, le ordinanze di necessità e di urgenza rappresentano un'eccezione ai principi di tipicità e legalità: non è infatti predeterminato dal dato positivo il loro contenuto proprio al fine di consentire una certa elasticità all'azione amministrativa.

Pertanto, alla luce di una tale atipicità, per evitare il rischio di abusi di potere, tali ordinanze devono rispettare non solo la Costituzione ma anche i principi generali dell'ordinamento⁸.

Sul punto la giurisprudenza ha chiarito che, tra i principi generali, rientrano quello di ragionevolezza e proporzionalità⁹.

⁷ Sulla distinzione tra atti necessitati e poteri di ordinanza, si rinvia all'autorevole contributo di M.S. GIANNINI, *Potere di ordinanza e atti necessitati*, in *Giur. Compl. Cass. civ.*, XXVII, 1948, p. 949, ora in *Scritti*, IV, Milano, Giuffrè, 2004, p. 952). Sul punto cfr. anche A. FIORI, *Illegittimità dell'ordinanza sindacale contingibile e urgente in assenza di un'adeguata istruttoria*. Nota a T.A.R. Campania, 4 novembre 2019, n. 5199, in *Giur. Amm.*, secondo il quale "gli atti necessitati (o provvedimenti d'urgenza) sono atti tipici e nominati, in quanto previsti e disciplinati in ogni loro elemento dalla legge, ferma restando la discrezionalità della Pubblica Amministrazione in ordine alla scelta del tipo di provvedimento da adottare nel caso concreto; le ordinanze extra ordinem, invece, non hanno un contenuto predeterminato, in quanto le norme attributive del relativo potere lasciano all'Amministrazione ampia discrezionalità in ordine ai contenuti del provvedimento, per poterlo opportunamente adattare a quanto le circostanze di volta in volta richiedono".

⁸ Si è escluso, tuttavia, che queste ordinanze abbiano natura normativa: sul punto, si veda G.U. RESCIGNO, *Ordinanza e provvedimenti di necessità e di urgenza* (Diritto costituzionale e amministrativo), in *Nss. Dig. it.*, XII, 91-94 e F. MIGLIARESE, *Ordinanze di necessità*, in *Enc. giur.*, XXII, par. 2.1. Ma per un approfondimento cfr. anche *infra* nel testo.

⁹ Consiglio di Stato, Sez. I, 24 marzo 2021, n. 830 che dispone: "Il potere di ordinanza contingibile e urgente presuppone, dunque, necessariamente situazioni non tipizzate dalla legge di pericolo effettivo, la cui sussistenza deve essere suffragata da una istruttoria adeguata e da una congrua motivazione. L'occorrenza di tali situazioni giustifica la deviazione dal principio di tipicità degli atti amministrativi e la possibilità di derogare alla disciplina vigente. Possono emanarsi nel caso di una situazione di pericolo, definita quale ragionevole probabilità che accada un evento dannoso nel caso in cui l'Amministrazione ometta di intervenire tempestivamente. In particolare, l'urgenza deve essere intesa come impossibilità di differire l'intervento ad altra data, in relazione alla ragionevole previsione di un danno incombente, mentre la contingibilità deve essere intesa come impossibilità di far fronte alla situazione di pericolo incombente con gli ordinari mezzi offerti dall'ordinamento giuridico (Cons. Stato, sez. I, parere n. 321/2021). Censurano i ricorrenti la legittimità dell'ordinanza



Infatti, l'ordinanza di questo tipo, spesso, incide su interessi dei privati di grande rilievo e per questo tipo la PA deve adottare l'atto che arrechi il minor pregiudizio per il privato.

Ci si è chiesto, in dottrina, se le ordinanze straordinarie possano derogare al diritto dell'Unione europea. Sul punto la giurisprudenza amministrativa, in un isolato caso¹⁰, si è pronunciata in senso favorevole. Teoria, questa, che pare tuttavia criticabile, nella misura in cui secondo il consolidato indirizzo della Consulta, confermato, tra le altre, anche dalle Sentenze 28 marzo 2006, n. 129 e 28 gennaio 2010, n. 28, le norme dell'Unione europea (nel caso di specie si trattava di Direttive) hanno natura di norme interposte, atte cioè ad integrare il parametro per la valutazione della conformità costituzionale delle norme di rango primario e secondario. Conseguentemente, aderendo all'inquadramento di tali fonti come norme "paracostituzionali", ne discende l'inderogabilità, specie da parte di un'ordinanza sindacale.

2.2. Segue: Limiti temporali e limiti procedurali

Un'altra questione oggetto di dibattito concerne l'esistenza di un limite temporale alle ordinanze.

Secondo l'orientamento tradizionale, questo potere deve necessariamente avere un limite temporale. In questo senso si è espressa anche la giurisprudenza della Consulta, la quale ha rilevato che *"la dizione letterale della norma implica che non è consentito alle ordinanze sindacali "ordinarie" – pur rivolte al fine di fronteggiare «gravi*

lamentando, inoltre, la violazione del principio di proporzionalità. Si è in proposito affermato che «mentre il principio di ragionevolezza postula la coerenza tra valutazione compiuta e decisione presa (rispettivamente, la coerenza tra decisioni comparabili), il principio di proporzionalità esige che gli atti amministrativi non debbono andare oltre quanto è opportuno e necessario per conseguire lo scopo prefissato e, qualora si presenti una scelta tra più opzioni, la pubblica amministrazione deve ricorrere a quella meno restrittiva, non potendosi imporre obblighi e restrizioni alla libertà del cittadino in misura superiore a quella strettamente necessaria a raggiungere gli scopi che l'amministrazione deve realizzare, sicché la proporzionalità comporta un giudizio di adeguatezza del mezzo adoperato rispetto all'obiettivo da perseguire e una valutazione della portata restrittiva e della necessità delle misure che si possono prendere: criteri valutativi, da applicare in modo particolarmente rigoroso nel sindacato della legittimità di un potere di natura eccezionale, quale quello attribuito al Sindaco di emanare ordinanze contingibili e urgenti, che può essere esercitato solo per affrontare situazioni di carattere eccezionale e impreviste, per le quali sia impossibile utilizzare gli ordinari mezzi apprestati dall'ordinamento giuridico". Si veda anche, nello stesso senso, Consiglio di Stato sez. V, 14 novembre 2017, n.5239.

¹⁰ TAR Puglia, Bari, 25 febbraio 1997, n. 208 che ha statuito che *"La immediata operatività ed efficacia nell'ordinamento dello Stato della normativa comunitaria, viene necessariamente meno a fronte del legittimo esercizio da parte dell'autorità del potere di deroga. Il potere di ordinanza in deroga ad ogni disposizione vigente, con il solo limite del rispetto dei principi generali dell'ordinamento giuridico, attribuito dal Presidente del Consiglio dei Ministri al commissario delegato per l'attuazione degli interventi conseguenti alla dichiarazione dello stato di emergenza ai sensi dell'art. 5 della legge 24 febbraio 1992, n. 225, si estende alla normativa comunitaria. È legittima, pertanto, l'introduzione nel bando della gara per l'affidamento dei lavori di costruzione dell'impianto di depurazione del Comune di Gallipoli, deliberata a seguito del dichiarato stato di emergenza socio-economico-ambientale della Puglia e da aggiudicarsi col criterio del massimo ribasso, della regola della esclusione automatica delle offerte anomale, in deroga alla normativa comunitaria contenuta nella Direttiva n. 93/37/CEE che impone la verifica in contraddittorio delle offerte anormalmente basse".*



pericoli che minacciano l'incolumità pubblica e la sicurezza urbana» – di derogare a norme legislative vigenti, come invece è possibile nel caso di provvedimenti che si fondino sul presupposto dell'urgenza e a condizione della temporaneità dei loro effetti.

La giurisprudenza costante e consolidata, ha infatti precisato che deroghe alla normativa primaria, da parte delle autorità amministrative munite di potere di ordinanza, sono consentite solo se temporalmente delimitate e, comunque, nei limiti della concreta situazione di fatto da fronteggiare¹¹.

Un secondo orientamento, minoritario, ha invece escluso l'esistenza di un limite temporale a priori: è *"invero, da disattendere la tesi della temporaneità o provvisorietà come carattere ineliminabile delle ordinanze contingibili e urgenti, giacché questa qualificazione si mostra, in via di principio, non condivisibile se lo strumento apprestato deve essere elastico, perché si deve adeguare alle più imprevedibili o impreviste situazioni di rischio per gli interessi contemplati dalla legge"*¹².

Pare tuttavia opportuno ribadire ancora una volta il fatto che la necessità di questo tipo di ordinanze discende direttamente ed indissolubilmente da una situazione di emergenza, cessata la quale viene meno il presupposto della loro legittimazione. Alla luce di tali presupposti, anche in virtù del rispetto dei principi fondamentali, sembra fisiologico nel concetto stesso di tali ordinanze un termine temporale, mutevole a seconda della concreta situazione emergenziale che si deve fronteggiare.

Per quanto concerne i limiti procedurali vi è l'obbligo di motivazione. Sul punto, il Consiglio di Stato ha avuto modo di precisare che la motivazione deve riguardare non solo la sussistenza dei presupposti per l'esercizio del potere ma deve dar conto dell'istruttoria¹³.

2.3. Segue: La discussa natura giuridica delle ordinanze contingibili e urgenti

Sulla natura giuridica delle ordinanze sono, nel tempo, emerse una serie di tesi.

Una prima tesi sostiene che le ordinanze *de qua* hanno natura normativa e vanno inquadrare come fonti di secondo grado le quali possono eccezionalmente derogare alle norme primarie. Al fine di sostenere ciò si valorizza il carattere astratto e

¹¹ *Ex plurimis*, cfr. le Sentenze della Corte costituzionale n. 4 del 1977, n. 127 del 1995, n. 418 del 1992, n. 32 del 1991, n. 617 del 1987, n. 8 del 1956. La dottrina è nel senso di ritenere che il potere di ordinanza non possa essere libero nel fine ed illimitato nello spazio e nel tempo C. LOTTA, *Le ordinanze sindacali contingibili e urgenti adottate dai Sindaci nell'emergenza sanitaria dovuta alla diffusione del virus Covid-19*, in *dirittifondamentali.it*, 2/2021, p. 393 ss.

¹² Consiglio di Stato, sez. V, 29 maggio 2006, n. 3264.

¹³ Sottolinea Consiglio di Stato, sez. III, 19 gennaio 2021, n. 571, § 8 che *"...il rigoroso svolgimento di una compiuta e mirata istruttoria volta a riscontrare, attraverso una indagine che faccia emergere e dia adeguatamente conto della situazione di fatto da regolare, l'effettiva sussistenza dei presupposti di necessità ed urgenza cui si correla una situazione di effettivo e concreto pericolo per la integrità dei beni tutelati, la quale non sia fronteggiabile con gli ordinari strumenti di amministrazione attiva"*.



generale delle ordinanze, che può trovare applicazione in una casistica ampia e non predeterminata¹⁴.

Un secondo indirizzo ritiene che le ordinanze di cui si discute non abbiano valore normativo in quanto prive del carattere dell'innovatività, imprescindibile per le fonti normative¹⁵. In particolare, il Consiglio di Stato ha evidenziato che *"Le cd. ordinanze extra ordinem non hanno carattere di fonti primarie dell'ordinamento giuridico, attesa la loro efficacia meramente derogatoria, e non innovativa, nell'ordinamento medesimo, né l'eventuale attribuzione ad esse della qualifica di atti di alta amministrazione le sottrae al sindacato giurisdizionale, dato che tali atti sono pacificamente sindacabili dal giudice amministrativo"*¹⁶.

A sostegno di questa tesi ci si richiama anche al contenuto concreto e specifico di sovente fatto proprio da tali provvedimenti.

Da ultimo, una terza posizione, ritiene che bisognerebbe indagare la natura giuridica delle ordinanze caso per caso¹⁷.

3. *Le ordinanze contingibili e urgenti adottabili dal Sindaco nella veste di ufficiale di Governo*
L'art. 54, comma quarto, D.Lgs. 267/2000, novellato dalla L. n. 125/2008 dispone che *"il sindaco, quale ufficiale del Governo, adotta con atto motivato provvedimenti, [anche] contingibili e urgenti, nel rispetto dei principi generali dell'ordinamento, al fine di prevenire e di eliminare gravi pericoli che minacciano l'incolumità pubblica e la sicurezza urbana"*. Con sentenza 115/2011 la Consulta ne ha dichiarato l'illegittimità costituzionale nella parte in cui comprende la locuzione *"anche"* prima delle parole *"contingibili e urgenti"*.

L'art. 54 costituisce una novità rispetto alla precedente disciplina di cui all'art. 38, comma 2, L. 142 del 1990, che limitava tale potere a situazioni specificamente individuate¹⁸.

La novella rimanda la definizione del potere ad un successivo decreto del Ministero dell'Interno, poi adottato il 5 agosto 2008, che ha definito le aree di applicazione di tale potere e dettato una nozione di sicurezza urbana che la definisce *"un bene pubblico da tutelare attraverso attività poste a difesa, nell'ambito delle comunità locali, del rispetto delle norme che regolano la vita civile, per migliorare le condizioni di vivibilità nei centri urbani, la convivenza civile e la coesione sociale"*.

¹⁴ Cfr. E. CASETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, 2007, p. 339 e R. GAROFOLI, *Manuale di diritto amministrativo*, 2021, p. 72. Sulla natura normativa delle ordinanze emergenziali cfr. anche E.C. RAFFOTTA, *Norme d'ordinanza. Contributi a una teoria delle ordinanze emergenziali come fonti normative*, Bononia University Press, 2019, p. 248 ss.

¹⁵ Cfr. Corte costituzionale, 4 gennaio 1997, n. 4.

¹⁶ Cfr. Consiglio di Stato, sez. IV, 11 dicembre 2013, n. 5973.

¹⁷ R. GAROFOLI, *op. cit.*, p. 73.

¹⁸ Cfr. R. GAROFOLI, *op. cit.*, p. 70.



Autorevole dottrina¹⁹, subito dopo l'adozione del decreto, ha evidenziato due principali problematiche connesse all'esercizio dei poteri *de quibus*: in primo luogo, non si comprende quali siano i limiti di tali poteri in quanto la legge si riferisce a provvedimenti "anche" contingibili e urgenti; in secondo luogo, non è chiaro quali siano le possibili aree di intervento che possono essere interessate da simili ordinanze. Problematiche – queste – che saranno affrontate nei paragrafi che seguono.

3.1. Segue: I limiti ai poteri del Sindaco

La prima questione enunciata nel paragrafo che precede concerne il contenuto ed i limiti del potere del Sindaco.

In particolare, sul significato da attribuire alla parola "anche", inserita nel citato testo di legge prima dell'intervento della Corte costituzionale.

Sul punto si sono registrate diverse interpretazioni.

Sulla base di un primo orientamento, questa parola implicherebbe che il Sindaco "al fine di prevenire ed eliminare gravi pericoli che minacciano l'incolumità pubblica e la sicurezza urbana", possa adottare due tipi di provvedimenti. Accanto alle classiche ordinanze sindacali urgenti vi sarebbero ordinanze sindacali senza la caratteristica dell'urgenza e della contingibilità²⁰. Questa interpretazione porta a dubitare della legittimità costituzionale di simili ordinanze, prive delle caratteristiche anzidette. Infatti, come anticipato, il principio di legalità dell'azione amministrativa, che si deduce dagli artt. 23, 97 e 113 della Costituzione, pone il divieto di adozione di atti atipici. Questo divieto conosce un'eccezione nella misura in cui il potere serva a fronteggiare situazioni imprevedibili di emergenza o di urgenza. Proprio per permettere al pubblico potere di gestire tali situazioni, l'ordinamento conosce forme di atipicità dei provvedimenti amministrativi, i quali sono legittimi nei limiti in cui servono a fronteggiare l'urgenza.

Un secondo orientamento, al contrario, interpretando la legge in modo costituzionalmente orientato, ritiene che la parola "anche" rappresenti un mero errore del legislatore nella stesura del testo di legge²¹.

Quest'ultima soluzione, sebbene abbia il pregio di risolvere radicalmente i problemi di costituzionalità, si pone in aperto contrasto non solo con il testo di legge, evidentemente, ma anche con la *voluntas legis*, in quanto il Decreto-legge si pone l'obiettivo di ampliare i poteri attribuiti al Sindaco.

Il terzo orientamento²², mediano tra i due sopra enunciati, distingue tra le due tipologie di provvedimenti: la prima tipologia è volta a "prevenire" ed "eliminare" i

¹⁹ Giupponi, "Sicurezza urbana" e ordinamento costituzionale, in *Le Regioni*, 2010 p. 717.

²⁰ Cfr. Giupponi, op. cit., p. 718.

²¹ Cfr. A. PAJNO, *La sicurezza urbana tra poteri impliciti e inflazione normativa*, in *Astrid online*, p. 27 ss.

²² Giupponi, op. cit., p. 49 ss.



*più volte citati gravi pericoli che minacciano l'incolumità pubblica e la sicurezza urbana, potrebbe ipotizzarsi che, mentre sul piano più generale della prevenzione i provvedimenti generalmente adottabili dovrebbero essere quelli di natura ordinaria, conseguentemente dotati di una maggiore stabilità, sul piano specifico dell'eliminazione e del contrasto puntuale ai fenomeni di insicurezza urbana possano trovare applicazione più confacente le ordinanze contingibili e urgenti, limitate ad affrontare una specifica situazione di disagio, definita nel tempo e nello spazio*²³.

A risolvere la questione è intervenuta, come anticipato, la Consulta, con la sentenza n. 115 del 2011 che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'articolo 54, comma 4, nella parte in cui comprende la locuzione "anche" prima delle parole "contingibili e urgenti"²⁴.

La Corte costituzionale, a tal fine, procede ad un'analitica ricostruzione del quadro normativo di riferimento, effettuando una serie di considerazioni.

Innanzitutto, si chiarisce che le ordinanze non contingibili e urgenti, dunque ordinarie, non possono derogare alla legge.

Per affermare ciò la Corte si richiama proprio al citato testo dell'art. 54, osservando che la frase «anche contingibili e urgenti nel rispetto dei principi generali dell'ordinamento» è posta tra due virgole, da ciò deducendosi che solo i provvedimenti contingibili e urgenti devono rispettare i principi generali dell'ordinamento e non anche gli altri non contingibili e urgenti. In altri termini, la frase avrebbe dovuto essere così redatta: «adotta con atto motivato provvedimenti, anche contingibili e urgenti, nel rispetto dei principi generali dell'ordinamento [...]». La Corte, pertanto, sul punto rileva che, stando al dato letterale "non è consentito alle ordinanze sindacali "ordinarie" – pur rivolte al fine di fronteggiare «gravi pericoli che minacciano l'incolumità pubblica e la sicurezza urbana» – di derogare a norme legislative vigenti, come invece è possibile nel caso di provvedimenti che si fondino sul presupposto dell'urgenza e a condizione della temporaneità dei loro effetti.

Sulla scorta del rilievo sopra illustrato, secondo cui la norma censurata, se correttamente interpretata, non conferirebbe in alcun modo ai sindaci il potere di emanare ordinanze di ordinaria amministrazione in deroga a norme legislative o regolamentari vigenti, la Consulta conclude che non sussistono i vizi di legittimità che sono stati denunciati sulla base del contrario presupposto interpretativo.

In secondo luogo, la Corte chiarisce che, sebbene queste ordinanze non siano incostituzionali sotto il profilo di cui al punto che precede, esse attribuiscono un potere fortemente discrezionale al Sindaco.

²³ Cfr. Giupponi, op. cit., p. 718

²⁴ Cfr. si vedano Carrer, *Le ordinanze dei sindaci e la scorciatoia della Corte*, nonché Parisi, *Dimenticare Zagrebelsky? Brevi note su legalità sostanziale e riserva relativa nella sentenza 115/2011*, entrambi in *Forum di Quaderni costituzionali* al seguente indirizzo www.forumcostituzionale.it.



Come noto, ogni forma di discrezionalità amministrativa deve conoscere un limite. Nel caso delle ordinanze contingibili e urgenti l'unico limite al potere è costituito dal fine ossia quello "di prevenire e di eliminare gravi pericoli che minacciano l'incolumità pubblica e la sicurezza urbana".

L'assenza di ulteriori limiti al potere pone il problema della conciliabilità di tali ordinanze al principio di legalità in senso sostanziale, fondamentale in ogni Stato di diritto.

Osserva la Corte che, infatti, questo "(...) principio non consente «l'assoluta indeterminatezza» del potere conferito dalla legge ad una autorità amministrativa, che produce l'effetto di attribuire, in pratica, una «totale libertà» al soggetto od organo investito della funzione (sentenza n. 307 del 2003; in senso conforme, ex plurimis, sentenze n. 32 del 2009 e n. 150 del 1982). Non è sufficiente che il potere sia finalizzato dalla legge alla tutela di un bene o di un valore, ma è indispensabile che il suo esercizio sia determinato nel contenuto e nelle modalità, in modo da mantenere costantemente una, pur elastica, copertura legislativa dell'azione amministrativa".

3.2. Segue: aree di intervento delle ordinanze sindacali de quo

La pronuncia dei Giudici costituzionali sopra citata sottolinea, tra l'altro, come il potere del Sindaco incide "per la natura delle loro finalità (incolumità pubblica e sicurezza urbana) e per i loro destinatari (le persone presenti in un dato territorio)" sulle libertà fondamentali, imponendo, ad esempio, obblighi comportamentali. In altri termini, queste ordinanze impongono delle "prestazioni" da parte dei consociati e l'art. 23 Cost. contiene il divieto di imporre prestazioni di natura patrimoniale o personale in assenza di una specifica disposizione legislativa di copertura.

Si tratta di una riserva di legge che sebbene relativa (tranne che per le libertà coperte da riserva assoluta, come la libertà personale di cui all'art. 13 della Cost.) non è priva di contenuto. Infatti, anche alla luce della giurisprudenza costituzionale, la dicitura «in base alla legge» dell'art. 23 Cost. deve essere interpretato «in relazione col fine della protezione della libertà e della proprietà individuale, a cui si ispira tale fondamentale principio costituzionale»; questo principio «implica che la legge che attribuisce ad un ente il potere di imporre una prestazione non lasci all'arbitrio dell'ente impositore la determinazione della prestazione»²⁵.

²⁵ Cfr. Corte costituzionale, 6 gennaio 1957, n. 4 ove si osserva: "L'art. 23 della Costituzione esige, come una condizione essenziale per la legittimità costituzionale dell'imposizione di una prestazione patrimoniale, che questa sia imposta "in base alla legge". Non è contestato che il "diritto di contratto", che è imposto dall'Ente risi, è preveduto dall'art. 9 del R.D.L. 11 agosto 1933, n. 1183. Si controverte se le disposizioni di tale articolo, per il modo come regolano l'imposizione del "diritto di contratto", rispondano alle esigenze dell'art. 23 della Costituzione. Nelle ordinanze del Tribunale di Verona e dei Pretori di Mantova e di Mortara si è sollevata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 9 del R.D.L. 11 agosto 1933, n. 1183, in riferimento all'art. 23 della Costituzione rilevando, in particolare, che la disposizione legislativa, che conferisce all'Ente nazionale risi il potere di imporre il "diritto di contratto", non fissa il limite massimo di questa prestazione. L'art. 23 della Costituzione prescrive che l'imposizione di una prestazione patrimoniale abbia "base" in una



Da ultimo, la Corte chiarisce che la lacuna legislativa non può essere colmata da un provvedimento amministrativo, come il decreto ministeriale *"in quanto si tratta di atto non idoneo a circoscrivere la discrezionalità amministrativa nei rapporti con i cittadini"*. Infatti, si evidenzia che il decreto stesso rappresenta un atto di discrezionalità e *"solo se le limitazioni e gli indirizzi contenuti nel citato decreto ministeriale fossero stati inclusi in un atto di valore legislativo, questa Corte avrebbe potuto valutare la loro idoneità a circoscrivere la discrezionalità amministrativa dei sindaci. Nel caso di specie, al contrario, le determinazioni definitorie, gli indirizzi e i campi di intervento non potrebbero essere ritenuti limiti validi alla suddetta discrezionalità, senza incorrere in un vizio logico di autoreferenzialità"*.

Per queste ragioni, la Corte costituzionale accoglie la questione di incostituzionalità sotto questo profilo²⁶.

Peraltro, la Corte ritiene che la disposizione violi anche l'art. 97 Cost. che garantisce l'imparzialità della PA e, a tal fine, stabilisce che i provvedimenti amministrativi possono solo dare attuazione a ciò che la legge dispone.

Più precisamente, osserva la Corte che nel caso in oggetto *"(...) l'imparzialità dell'amministrazione non è garantita ab initio da una legge posta a fondamento, formale e contenutistico, del potere sindacale di ordinanza. L'assenza di limiti, che non siano genericamente finalistici, non consente pertanto che l'imparzialità dell'agire amministrativo trovi, in via generale e preventiva, fondamento effettivo, ancorché non dettagliato, nella legge"*.

A contrario, è inconcepibile un potere di ordinanza libero, privo di fondamento legislativo e svincolato da presupposti di necessità e di urgenza, proprio perché inevitabilmente comporterebbe una palese violazione del principio di uguaglianza del cittadino, atteso che un medesimo comportamento potrebbe esser ritenuto

legge, ma non esige che la legge, che conferisce il potere di imporre una prestazione, debba necessariamente contenere l'indicazione del limite massimo della prestazione imponibile. Il rilievo che nella legge, in base alla quale un ente è abilitato a stabilire una prestazione, non è fissato il massimo della prestazione imponibile, non è per sé solo sufficiente per ritenere che, per tale mancanza, la legge sia costituzionalmente illegittima rispetto all'art. 23 della Costituzione. Ma l'espressione "in base alla legge" contenuta nell'art. 23 della Costituzione, dovendosi interpretare in relazione col fine della protezione della libertà e della proprietà individuale, a cui si ispira tale fondamentale principio costituzionale, implica che la legge, che attribuisce ad un ente il potere di imporre una prestazione, non lasci all'arbitrio dell'ente impositore la determinazione della prestazione. Il principio posto nell'art. 23 della Costituzione esige non soltanto che il potere di imporre una prestazione abbia base in una legge, ma anche che la legge, che attribuisce tale potere, indichi i criteri idonei a delimitare la discrezionalità dell'ente impositore nell'esercizio del potere attribuitogli".

²⁶ Letteralmente, la Consulta rileva che *"Si deve, in conclusione, ritenere che la norma censurata, nel prevedere un potere di ordinanza dei sindaci, quali ufficiali del Governo, non limitato ai casi contingibili e urgenti – pur non attribuendo agli stessi il potere di derogare, in via ordinaria e temporalmente non definita, a norme primarie e secondarie vigenti – viola la riserva di legge relativa, di cui all'art. 23 Cost., 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. Questi ultimi sono tenuti, secondo un principio supremo dello Stato di diritto, a sottostare soltanto agli obblighi di fare, di non fare o di dare previsti in via generale dalla legge"*.



variamente lecito od illecito a seconda del territorio comunale ove venga posto in essere, proprio in virtù del diverso ambito di competenza dei Sindaci.

4. Casi giurisprudenziali sul potere *extra ordinem* dei Sindaci.

Chiarite le coordinate teoriche fondamentali sulle ordinanze contingibili e urgenti è opportuno soffermarsi sulla casistica, comprendendo in che termini i Sindaci hanno attivato questo potere *extra ordinem* e individuando i limiti definiti dalla giurisprudenza dei TAR e del Consiglio di Stato.

Un primo profilo che la giurisprudenza amministrativa ha chiarito concerne la valutazione dei presupposti dell'urgenza e dell'imprevedibilità.

Le pronunce intervenute sul punto sono state molto rigide nell'effettuare tali valutazioni, in ossequio al principio di legalità.

In particolare, è opportuno rilevare come la giurisprudenza abbia:

- ritenuto illegittimo il disporsi del divieto di utilizzo di apparecchi automatici da gioco con vincite in certi orari con lo strumento delle ordinanze contingibili e urgenti (cfr. TAR Veneto, sez. III, 29 giugno 2017, n. 606 che ha statuito: *"Dall'esame degli atti si evince che la limitazione degli orari di funzionamento delle apparecchiature per il gioco lecito è stata disposta dal Sindaco con ordinanza contingibile e urgente (...) La possibilità di ricorrere allo strumento dell'ordinanza contingibile e urgente è, quindi, legata alla sussistenza di un pericolo concreto che impone di provvedere in via d'urgenza con strumenti extra ordinem, per fronteggiare emergenze sanitarie o porre rimedio a situazioni di natura eccezionale ed imprevedibile di pericolo attuale e imminente per l'incolumità pubblica e la sicurezza urbana, non fronteggiabili con i mezzi ordinari apprestati dall'ordinamento"*²⁷);
- ritenuta illegittima l'ordinanza disposta *sine die* per la prosecuzione del contratto di trasporto di rifiuti solidi urbani al fine di non interrompere il servizio (TAR Lazio, Latina, sez. I, 15 aprile 2015, n. 344 che ha evidenziato come: *"La ricorrente denuncia che l'ordinanza con cui il comune le ha imposto la prosecuzione della gestione del servizio è stata emanata in carenza dei presupposti dell'articolo 50 d.lg. 18 agosto 2000, n. 267, cioè in assenza di una imprevedibile ed eccezionale situazione di pericolo insuscettibile di essere affrontata facendo ricorso agli ordinari strumenti previsti dall'ordinamento. Si tratta di rilievi chiaramente fondati; sarebbe infatti difficilmente contestabile che il comune – ovviamente ben*

²⁷ Cfr. TAR Lazio-Roma, Sez. II Ter, 18 febbraio 2015, n.2773 e Cons. Stato, Sez. V, n. 904/2012 e n.820/2010 che ha evidenziato come *"Nel caso di specie, l'ordinanza è stata adottata dal Sindaco di Sesto Fiorentino oltre cinque mesi dall'attentato delle Due Torri e comunque tre mesi dopo la segnalazione prefettizia sulla necessità di intervenire e a fronte di una situazione - il deposito degli appellanti - ben nota alle autorità e quindi né imprevedibile, né eccezionale. Quindi non ricadevano le condizioni contingenti per l'adozione dell'ordinanza sindacale - situazione conosciuta e duratura nel tempo, adozione del provvedimento a lunga distanza dalla rappresentazione dei pericoli per le installazioni aeroportuali - ma difettavano altresì le necessità di coprire un eventuale vuoto normativo di carattere ordinario: infatti gli artt. 714, 714 bis, 715 ter e 716 cod. nav. prevedono una serie di possibilità d'intervento prima rimesse al Ministero dei Trasporti ed ora all'Ente nazionale dell'aviazione civile, da attivarsi in tutti quei casi di presenza di ostacoli o pericoli per la navigazione aerea e che ben potevano essere azionati nell'arco temporaneo rappresentato nella fattispecie (Cons. Stato, V, 15 marzo 2006 n. 1367)"*.



al corrente che alla data del 18 marzo 2014 il contratto con la ricorrente sarebbe scaduto – si sarebbe dovuto per tempo attivare per la selezione del nuovo gestore al fine di evitare che, alla prevista scadenza, si verificasse una soluzione di continuità nella gestione; ciò non è stato fatto per cui la situazione di pericolo creatasi costituisce la diretta responsabilità dell'inerzia e della negligenza dell'amministrazione che evidentemente non può pretendere di fronteggiarla obbligando un'impresa privata a gestire il servizio, oltretutto sine die (e in questa specifica prospettiva è fondato anche l'ulteriore rilievo secondo cui l'atto impugnato è illegittimo perché non fissa un termine di durata all'obbligo imposto alla ricorrente)".

Inoltre, la giurisprudenza ha, in più occasioni, chiarito un altro aspetto fondamentale per comprendere l'ambito di applicazione delle ordinanze in commento.

Infatti, si è evidenziato che gli strumenti *de quibus* non possono essere utilizzati in luogo di altri poteri tipizzati al solo fine di superare i limiti più stringenti che l'ordinamento prevede.

Un esempio di tale fenomeno è rappresentato dall'utilizzo delle ordinanze contingibili e urgenti che i Sindaci hanno effettuato in materia ambientale.

Come è noto, la materia ambientale trova espressa regolazione nel c.d. Testo unico ambiente o Codice ambiente di cui al D.lgs. n. 152 del 2006²⁸.

Nell'ambito di tale normativa di settore il legislatore riconosce ai Sindaci un potere tipico, ai sensi dell'art. 192 del Testo unico, in caso di abbandono o deposito di rifiuti sul suolo e nel suolo²⁹.

Il Sindaco può adottare delle misure ripristinatorie nel rispetto, tuttavia, dei requisiti sanciti dall'art. 192 stesso, che richiede la colpa o il dolo dei soggetti destinatari delle misure ripristinatorie.

Di sovente, per superare l'onere di motivazione in ordine all'elemento soggettivo in capo ai destinatari delle misure, i Sindaci hanno utilizzato lo strumento delle ordinanze contingibili e urgenti previste dal TUEL.

La giurisprudenza, dunque, chiamata a pronunciarsi, ha sottolineato che lo strumento *extra ordinem* non può essere utilizzato come mezzo per eludere i

²⁸ B. CARAVITA, Costituzione, *Principi costituzionali e tecniche di normazione per la tutela dell'ambiente*, in S. GRASSI, M. CECCHETTI, A. ANDRONIO (a cura di), Ambiente e diritto, Firenze, Olschi, 1999.

²⁹ Letteralmente, l'art. 192 dispone che "L'abbandono e il deposito incontrollati di rifiuti sul suolo e nel suolo sono vietati. E' altresì vietata l'immissione di rifiuti di qualsiasi genere, allo stato solido o liquido, nelle acque superficiali e sotterranee. Fatta salva l'applicazione della sanzioni di cui agli articoli 255 e 256, chiunque viola i divieti di cui ai commi 1 e 2 è tenuto a procedere alla rimozione, all'avvio a recupero o allo smaltimento dei rifiuti ed al ripristino dello stato dei luoghi in solido con il proprietario e con i titolari di diritti reali o personali di godimento sull'area, ai quali tale violazione sia imputabile a titolo di dolo o colpa, in base agli accertamenti effettuati, in contraddittorio con i soggetti interessati, dai soggetti preposti al controllo. Il Sindaco dispone con ordinanza le operazioni a tal fine necessarie ed il termine entro cui provvedere, decorso il quale procede all'esecuzione in danno dei soggetti obbligati ed al recupero delle somme anticipate. Qualora la responsabilità del fatto illecito sia imputabile ad amministratori o rappresentanti di persona giuridica ai sensi e per gli effetti del comma 3, sono tenuti in solido la persona giuridica ed i soggetti che siano subentrati nei diritti della persona stessa, secondo le previsioni del decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 231, in materia di responsabilità amministrativa delle persone giuridiche, delle società e delle associazioni".



presupposti per l'esercizio di poteri disciplinati aliunde: *"Nel caso di specie la situazione poteva essere fronteggiata con mezzi tipizzati, cioè quelli di cui al T.U. in materia ambientale (d.lgs. 152 del 2006). A tali strumenti, naturalmente preposti a risolvere questo tipo di problematica, faceva riferimento anche la nota della Regione del 15.06.2020 (all. 14 al ricorso), che invitava il Comune a procedere "ai sensi degli artt. 191 e 192 del D.Lgs 152/06". Come affermato da Tar Campania, Napoli, sez. V, 03 febbraio 2020, n. 494, pertanto, "la sussistenza della previsione normativa di cui all'art. 192, d.lgs. n. 152/2006, che detta specifiche norme in caso di abbandono o deposito incontrollato di rifiuti, esclude la possibilità, da parte delle Pubbliche Amministrazioni, di ricorrere al potere extra ordinem proprio dei provvedimenti contingibili e urgenti". Infatti, "il potere sotteso all'adozione di un'ordinanza contingibile e urgente ha necessariamente contenuto atipico e residuale e può essere esercitato solo quando specifiche norme di settore non conferiscono il potere di emanare atti tipici per risolvere la situazione di emergenza. Nello specifico, la scelta del Comune di adottare un'ordinanza contingibile e urgente, come emerge dagli atti dell'istruttoria, appare dettata dal riscontro delle difficoltà – se non della radicale impossibilità – di accertare i più rigorosi presupposti sostanziali per le misure ambientali, fissati dagli artt. 188 e 192 del d.lgs. 152 del 2006, con il conseguente rischio di dover sopportare direttamente, almeno in prima battuta, le ingenti spese di rimozione"*³⁰.

Sempre nell'ottica di restringere la possibilità di ricorso alle ordinanze straordinarie, la giurisprudenza ha ritenuto che il potere possa essere esercitato solo e soltanto dal Sindaco e non dai dirigenti di un'area amministrativa. Ciò si giustifica alla luce della eccezionalità degli interventi di questo tipo, che impedisce una lettura estensiva della norma.

Sul punto, si è rilevato che: *"Orbene, la ricaduta di tali principi –rectius: del principio di legalità – sul caso di specie induce a considerare come sia solo il Sindaco (ma non il dirigente di un'Area amministrativa comunale), ad essere titolare, secondo i casi ex artt. 50 o 54 T.U.E.L. (ossia nei casi di grave pericolo per la salute pubblica), di un potere innominato di ordinanza (detta, appunto, contingibile e urgente) capace di derogare anche a fonti primarie dell'ordinamento. Nel caso di specie, viceversa, un potere innominato (e, comunque, di cui non è stato in alcun modo indicato il fondamento: il che, riguardando la vicenda sotto il profilo della motivazione dell'atto adottato, rende comunque illegittimo quest'ultimo) è stato esercitato da un organo (ossia dal dirigente dell'Area tecnica) che non ne risulta munito in base alle norme di settore; e ciò al fine di reprimere un presunto (e, peraltro, forse neppure sussistente) superamento dei limiti di rumorosità della (supposta) zona urbanistica (quelli generali non pare, invece, che siano superati) con l'irrogazione di una sanzione – l'inibizione della prosecuzione dell'attività artigianale svolta – che non risulta prevista dalla legge (e che nel provvedimento impugnato neppure si assume esserlo)"*³¹.

³⁰ Cfr. Tar Friuli-Venezia Giulia, 18 maggio 2021, n. 154.

³¹ Consiglio di Giustizia Amministrativa, sez. giur., 4 settembre 2014, n. 515.



Un altro profilo oggetto di pronunce giurisprudenziali ha riguardato la possibilità per il privato di sollecitare con un'istanza il potere straordinario del Sindaco.

Si è chiarito, sul punto, che il terzo che vanti una situazione differenziata e qualificata possa certamente presentare un'istanza di sollecito e che su tale istanza vi sia, addirittura, un obbligo di provvedere (cioè di rispondere all'istanza). In questo senso, si è affermato che nel caso in cui il terzo, che vanta una posizione differenziata e qualificata rispetto ai membri della collettività, presenti un'istanza di sollecito dei poteri *extra-ordinem* e a questa non venga data alcuna risposta si integri un'ipotesi di silenzio inadempimento, tutelabile nelle forme previste dagli artt. 31 e 117 Codice del processo amministrativo.

Più nello specifico, il Consiglio di Stato ha avuto occasione di evidenziare che: *“Bene ha osservato in questo senso il primo giudice – dissipando e superando ogni apparente dubbio, peraltro, circa la potenziale ambiguità e iniziale contraddittorietà del suo ragionamento – che la proprietà dell’immobile, oggetto di occupazione abusiva, sulla quale viene chiesto di provvedere attribuisce alle ricorrenti una situazione di specifico e rilevante interesse, differenziata da quella della generalità dei consociati e tale, pertanto, da radicare in capo all’Amministrazione un obbligo di pronunciarsi sulla relativa istanza (...). Vanta infatti una situazione differenziata e qualificata, meritevole di tutela nelle forme dell’azione contra silentium in ordine ad una istanza sollecitatoria dei poteri sindacali di cui agli artt. 50 e 54 T.U.E.L., il privato, proprietario di un bene, il quale prospetti all’Amministrazione la sussistenza di un pericolo per l’igiene o per l’incolumità pubblica – e non già per il proprio diritto dominicale – derivante dall’abusiva occupazione del proprio bene perpetrata da una serie indeterminata di soggetti con modalità tali da non costituire più o soltanto un semplice spossessamento del bene e, quindi, un fatto illecito avente mera rilevanza inter privatos, ma da costituire un pericolo per l’igiene, l’ordine e la sicurezza pubblici, e invochi conseguentemente l’intervento dell’Amministrazione stessa a tutela dell’incolumità pubblica”³².*

Alla luce di questo breve *excursus* giurisprudenziale è possibile dedurre che la giurisprudenza sia orientata nel senso di limitare il ricorso allo strumento straordinario tramite una lettura stringente dei requisiti presupposti per l'esercizio del potere c.d. innominato, ai sensi degli artt. 50 e 54 TUEL.

Inoltre, a delimitare ulteriormente l'ambito di applicazione, si pone la regola secondo cui in presenza di poteri tipizzati, previsti per quel determinato settore (es. ambiente), il Sindaco non può, disapplicando la normativa di settore, utilizzare lo strumento del potere innominato, così eludendo i limiti definiti dal legislatore per i poteri tipizzati.

5. Le ordinanze sindacali nell'esperienza pandemica. Conclusioni

³² Cfr. Consiglio di Stato, sez. III, 14 novembre 2014, n. 5601.



L'ancora oggi purtroppo attualissimo problema della pandemia da Covid-19 che interessa l'Italia (e con essa il mondo intero), costituisce senza dubbio una situazione emergenziale idonea a legittimare l'adozione di ordinanze contingibili e urgenti da parte dei Sindaci.

L'ulteriore presupposto, come ampiamente approfondito nei paragrafi che precedono, deve essere costituito dal necessario presupposto giuridico, la fonte normativa cioè dalla quale promana il potere sindacale anzidetto, proprio in ossequio al principio di legalità.

La legge del 23 dicembre 1978, n. 833 che ha istituito il servizio sanitario nazionale, all'art. 32 stabilisce che il Ministro della sanità può emettere ordinanze di carattere contingibile e urgente, in materia di igiene e sanità pubblica e di polizia veterinaria, con efficacia estesa all'intero territorio nazionale o a parte di esso comprendente più regioni.

Nelle medesime materie sono emesse dal presidente della giunta regionale e dal sindaco ordinanze di carattere contingibile ed urgente, con efficacia estesa rispettivamente alla regione o a parte del suo territorio comprendente più comuni e al territorio comunale.

Ebbene, il primo atto di natura legislativa che ha introdotto misure urgenti atte a contrastare l'epidemia, è stato il decreto-legge 23 febbraio 2020, n. 6, convertito con modificazioni dalla legge 5 marzo 2020, n. 13, la quale ultima, all'art. 2 stabilì che *"le autorità competenti [ovverosia i Sindaci] possono adottare ulteriori misure di contenimento e gestione dell'emergenza, al fine di prevenire la diffusione dell'epidemia da Covid-19 [...]"*.

Al fine di evitare tuttavia il rischio che potessero essere adottate ordinanze in contrasto con le misure nazionali volte a fronteggiare l'emergenza sanitaria in atto, l'art. 35 del decreto-legge 2 marzo 2020, n. 9 stabiliva a chiare lettere che *"a seguito dell'adozione delle misure statali di contenimento e gestione dell'emergenza epidemiologica da Covid-19, non possono essere adottate e, ove adottate sono inefficaci, le ordinanze sindacali contingibili e urgenti dirette a fronteggiare l'emergenza in contrasto con le misure statali"*.

Successivamente, con D.P.C.M. del 26 aprile 2020, è stato consentito ai Sindaci di disporre, con apposita ordinanza, la temporanea chiusura di aree ove non fosse possibile contingentare il rischio di assembramenti. Gli studiosi della materia³³, tuttavia, non hanno mancato di sottolineare come un'ordinanza sindacale adottata sulla base di un D.P.C.M. sarebbe stata costituzionalmente illegittima in quanto priva della necessaria autorizzazione legislativa. Per far fronte a questo problema, le disposizioni contenute nel citato D.P.C.M. 26 aprile 2020 sono state sostituite con

³³ Cfr. in particolare N. PIGNATELLI, *Le specialità delle ordinanze dei Sindaci nell'emergenza sanitaria nazionale: un potere "inesauribile"*, in *Dir. Reg.*, 2/2020, p. 76 ss.



quelle contenute nel D.P.C.M. 17 maggio 2020, quest'ultimo adottato sulla base del d.l. 16 maggio 2020, n. 33.

Tale ultimo decreto-legge prevede(va) peraltro la "sopravvivenza" delle ordinanze sindacali adottate ai sensi del sopra menzionato art. 35 d.l. 2 marzo 2020, n. 9, ove ciò fosse risultato necessario dall'aggravarsi del rischio pandemico sul territorio comunale³⁴.

Il descritto quadro normativo è stato poi profondamente modificato dall'entrata in vigore del d.l. 16 luglio 2020, n. 76, con il quale il legislatore ha inteso ampliare la sfera d'azione concessa ai Sindaci per fronteggiare la persistente emergenza sanitaria, ripristinando, di fatto, i poteri *extra ordinem* attribuiti ai Sindaci ai sensi dell'art. 50 T.U.E.L.

Da ciò è discesa un'ampia proliferazione di ordinanze sindacali su tutto il territorio nazionale, con la conseguenza che ad essere leso è stato il principio di eguaglianza dei cittadini³⁵. Lesione derivante dall'assodata disparità di trattamento al livello locale, dal momento che è peraltro indubbio che un'ordinanza sindacale adottata in tempo di pandemia sia in grado di limitare libertà costituzionalmente garantite.

A tale riguardo, per un quadro completo della questione in argomento, si richiama la sentenza della Corte costituzionale n. 37 del 12 marzo 2021 che, nel decidere su un ricorso del Presidente del Consiglio dei ministri su questioni di legittimità costituzionale della legge della Regione Valle d'Aosta 9 dicembre 2020, n. 11 (in tema di misure di contenimento della diffusione del virus SARS-COV-2 nelle attività sociali ed economiche della medesima Regione autonoma Valle d'Aosta in relazione allo stato d'emergenza), ha affermato che *"la materia oggetto dell'intervento legislativo regionale ricade nella competenza legislativa esclusiva dello Stato a titolo di «profilassi internazionale» (art. 117, secondo comma, lettera q, Cost.), che è comprensiva di ogni misura atta a contrastare una pandemia sanitaria in corso, ovvero a prevenirla"*. In buona sostanza la Corte ha ricondotto le misure di contrasto alla pandemia Covid-19 nell'ambito della "profilassi internazionale".

Successivamente, con la sentenza n. 198 del 2021, la Corte ha ribadito che la competenza legislativa per il contenimento della pandemia spetta in esclusiva allo Stato, osservando inoltre che il modello tradizionale di gestione delle emergenze affidato alle ordinanze contingibili e urgenti, se da un lato appare conforme al disegno costituzionale, dall'altro non ne costituisce l'unica attuazione possibile, essendo ipotizzabile che il legislatore statale, a fronte di una emergenza sanitaria dai

³⁴ Una critica è mossa da C. LOTTA, *Op. cit.*, p. 406, nella misura in cui egli ritiene impossibile che il Sindaco possa valutare l'aggravarsi del rischio epidemiologico e, per l'effetto, adottare ordinanze sindacali, senza prima raccordarsi con la struttura sanitaria regionale di riferimento.

³⁵ In questo senso il Cons. St. con parere 7 aprile 2020, n. 735 ha chiarito che gli stessi comportamenti potrebbero essere ritenuti variamente leciti od illeciti, a seconda delle numerose frazioni del territorio nazionale rappresentate dagli ambiti di competenza dei Sindaci.



tratti del tutto peculiari, adotti nuove risposte normative laddove si imponga l'impiego di strumenti idonei alla situazione di crisi in costante divenire.

In conclusione, secondo diversi Autori³⁶ sarebbe stato opportuno contenere il potere sindacale espresso a mezzo delle ordinanze contingibili e urgenti, limitandolo nel solo ambito dei (pochi) interstizi lacunosi lasciati dai provvedimenti nazionali e regionali preposti a contenere la diffusione del virus.

Appare chiaro infatti che in generale, le ordinanze *de quo* devono trovare legittimazione in un provvedimento normativo che le autorizzi predeterminandone contenuti e limiti, nel pieno rispetto del principio di legalità e dei principi costituzionali, ivi compresa – per lo più nel caso di cui alle ordinanze adottate in era pandemica – la tutela del bene Salute, consacrata dall'art. 32 della Costituzione della Repubblica italiana.

³⁶ Per tutti cfr. C. LOTTA, *Op. cit.* p. 418 ss. ma anche C. RAFFIOTTA, *Norme d'ordinanza. Contributi a una teoria delle ordinanze emergenziali come fonti normative*, cit. p. 260.