

Il potere di ordinanza contingibile e urgente del Sindaco con uno sguardo particolare alle modifiche introdotte dal d.l. 14/2017 *

di Stefano Pizzorno **
(18 gennaio 2018)

Sommario: 1) Cenni storici; 2) il d.l. 14/2017; 3) le ordinanze del Sindaco quale ufficiale del Governo; 4) i requisiti per l'applicazione delle ordinanze; 5) ultime considerazioni sulle modifiche apportate dal d.l. 14/2017.

1) Le disposizioni in materia di sicurezza delle città contenute nel d.l. 14/2017 (convertito, con modificazioni, dalla l. 48/2017) sono intervenute, tra l'altro, sul potere di ordinanza del Sindaco, nella duplice veste di rappresentante della comunità locale e di ufficiale del Governo (rispettivamente previste dagli artt. 50 e 54 d.lgs. 267/2000).

Come noto, un potere di ordinanza motivato da ragioni di urgenza era già attribuito al Sindaco dalla legge 2248/1865 all. A¹ nelle materie dell'igiene, edilizia e polizia locale². In quel sistema il Sindaco non era eletto ma nominato dal Re su proposta del Ministro dell'Interno tra i consiglieri comunali ed era strettamente subordinato al Prefetto³. Si trattava dell'estensione a tutto il Regno della legge sarda sull'ordinamento comunale e provinciale (cd. legge Rattazzi), che a sua volta si ispirava a modelli napoleonici⁴. Il Sindaco era definito dalla legge come capo dell'amministrazione comunale e ufficiale di Governo, quindi al contempo rappresentativo della comunità locale e riferimento del potere centrale⁵. Successivamente il rd 148/1915 ribadì il potere del Sindaco di emettere provvedimenti contingibili ed urgenti nei settori dell'edilizia, polizia locale ed igiene (art. 153). Questo potere era sempre attribuito al Sindaco in qualità di ufficiale del Governo, subordinato come tale al Prefetto. Esso venne confermato dal rd 383/1934⁶ e, dopo l'entrata in vigore della Costituzione repubblicana, dalla legge 142/1990 specificandosi che doveva essere esercitato "al fine di prevenire ed eliminare gravi pericoli che minaccino l'incolumità dei cittadini" (art. 38, co. 2). Successivamente il d.lgs. 112/1998⁷ stabilì, nell'ambito del processo di ampliamento delle attribuzioni degli enti locali, che, in caso di

* Il presente articolo è lo sviluppo di una relazione tenuta in occasione di un workshop organizzato dalla Prefettura di Arezzo sul tema delle ordinanze sindacali il 29.11.2017.

1 la legge 20.3.1865 n. 2248, legge per l'unificazione amministrativa del Regno d'Italia, comprendeva sei leggi allegate di cui l'allegato A era la legge sull'Amministrazione comunale e provinciale

2 L'art. 104 all. A della legge 20 marzo 1865 n. 2248 così disponeva: "Appartiene pure al Sindaco di fare i provvedimenti contingibili ed urgenti di sicurezza ed igiene pubblica, sulle materie di cui al n. 6 dell'art. 138", per l'appunto igiene, edilizia e polizia locale.

3 così fino alla legge 5921 del 1889 che consentì l'elezione del Sindaco da parte del consiglio comunale nei comuni capoluogo di provincia o comunque con più di 10.000 abitanti; la legge 164 del 1896 estese la misura a tutti i comuni

4 v. Sandulli e Vesperini, *L'organizzazione dello Stato unitario*, in www.dspace.unitus.it; l'ispirazione al modello francese si rifletteva anche nella decisione di creare un centro di potere amministrativo presso ogni comunità anche ridotta dal punto di vista demografico. Il decreto del 14 dicembre 1789 aveva infatti creato una municipalità in ogni città, borgo, parrocchia o comunità di campagna. Era prevalsa l'opinione di Mirabeau su quella di Sieyès e di Condorcet che propendeva per la creazione di 2000 municipalità. Per effetto del decreto del 14.12.1789 furono create 44.000 municipalità, v. Bertozzo, *Par les lois des 14 et 22 décembre 1789, la Révolution française fit de la France le maillage méticuleux des communes et des départements*, in www.revuegeneraledudroit.eu.

5 secondo il modello del decreto, prenapoleonico, del decreto del 10 brumaio anno II (31 ottobre 1793) secondo il quale *les corps municipaux auront deux espèces de fonctions à remplir; les unes propres au pouvoir municipal; les autres propres à l'administration générale de l'État et déléguées par elles aux municipalités*

6 Con il Podestà in luogo del Sindaco: *Il Podestà adotta i provvedimenti contingibili ed urgenti in materia di edilizia, polizia locale e igiene, per motivi di sanità o di sicurezza pubblica, e fa eseguire gli ordini relativi, a spese degli interessati, qualora il fatto costituisca reato, senza pregiudizio per l'azione penale. Ove il Podestà non provveda, provvede il Prefetto con propria ordinanza o a mezzo di commissario*, art. 55, primo comma.

emergenze sanitarie e di igiene pubblica a carattere esclusivamente locale, il Sindaco esercitasse il potere di ordinanza contingibile e urgente (non più come ufficiale del Governo ma) quale rappresentante della comunità locale (art. 117). Tirando le somme, il d.lgs. 267/2000, Testo unico degli enti locali (Tuel), da un lato all'art. 50 confermò lo stesso potere del Sindaco quale rappresentante della comunità locale introdotto dal d.lgs. 112/1998 nei medesimi casi di emergenze sanitarie e di igiene pubblica a carattere esclusivamente locale. Allo stesso tempo, dall'altro lato, confermò ugualmente il potere del Sindaco nella qualità di ufficiale del Governo, ribadendo la previsione, introdotta dalla l. 142/1990, del fine a cui il potere medesimo doveva essere indirizzato (il prevenire ed eliminare gravi pericoli all'incolumità dei cittadini) ma eliminando ogni riferimento ai campi di esercizio (art. 54 comma 4)⁸. Veniva anche introdotto un potere di ordinanza, limitato quanto al contenuto, con la possibilità per il Sindaco di modificare gli orari degli esercizi commerciali, pubblici esercizi, servizi pubblici, uffici pubblici al verificarsi di condizioni di emergenza connessi al traffico, all'inquinamento atmosferico o acustico o in casi di particolari necessità dell'utenza derivanti da circostanze straordinarie⁹.

Si arriva poi alla legge 125/2008 che, nel modificare il d.lgs. 267/2000, non interviene sulle attribuzioni sindacali per così dire proprie, che fanno capo al Sindaco quale rappresentante della comunità locale ma su quelle che gli sono concesse come ufficiale del Governo. In particolare alla nozione di incolumità (definita ora pubblica non più dei cittadini) si affianca quella di sicurezza urbana la cui definizione viene peraltro rimessa a un decreto ministeriale¹⁰. Alle particolari condizioni che permettono al Sindaco di intervenire in materia di orari degli esercizi si aggiungono i motivi di sicurezza urbana.¹¹ Si attribuiva inoltre al Sindaco, al fine di proteggere l'incolumità pubblica e la sicurezza urbana, il potere di emettere ordinanze non legate ai presupposti della contingibilità e urgenza ma la disposizione veniva eliminata dalla sentenza 115/2011 della Corte Costituzionale.

In questo contesto si inserisce il d.l. 14/2017¹².

2) L'ampliamento dei poteri del Sindaco operato dal dl 14/2017 avviene attraverso un'indicazione dei campi di intervento dove lo stesso può esplicarsi. Da questo punto di

7 conferimento di funzioni e compiti amministrativi alle regioni e agli enti locali, in attuazione del capo I della legge 15 marzo 1997, n. 59

8 *Il Sindaco, quale ufficiale del Governo, adotta con atto motivato e nel rispetto dei principi generali dell'ordinamento provvedimenti contingibili ed urgenti, al fine di prevenire e di eliminare gravi pericoli che minacciano l'incolumità dei cittadini*

9 La disposizione, ripresa dal d.lgs. 267/2000, era già stata introdotta dalla l. 265/1999 che aveva aggiunto un comma 2bis alla l. 142/1990.

10 emanato il 5/8/2008. In esso si stabiliva che il sindaco interveniva per prevenire e contrastare:

a) le situazioni urbane di degrado o di isolamento che favoriscono l'insorgere di fenomeni criminosi, quali lo spaccio di stupefacenti, lo sfruttamento della prostituzione, l'accattonaggio con impiego di minori e disabili e i fenomeni di violenza legati anche all'abuso di alcool; b) le situazioni in cui si verificano comportamenti quali il danneggiamento al patrimonio pubblico e privato o che ne impediscono la fruibilità e determinano lo scadimento della qualità urbana; c) l'incuria, il degrado e l'occupazione abusiva di immobili tali da favorire le situazioni indicate ai punti a) e b); d) le situazioni che costituiscono intralcio alla pubblica viabilità o che alterano il decoro urbano, in particolare quelle di abusivismo commerciale e di illecita occupazione di suolo pubblico; e) i comportamenti che, come la prostituzione su strada o l'accattonaggio molesto, possono offendere la pubblica decenza anche per le modalità con cui si manifestano, ovvero turbano gravemente il libero utilizzo degli spazi pubblici o la fruizione cui sono destinati o che rendono difficoltoso o pericoloso l'accesso ad essi.

11 . Art. 54 comma 6: *In casi di emergenza, connessi con il traffico o con l'inquinamento atmosferico o acustico, ovvero quando a causa di circostanze straordinarie si verificano particolari necessità dell'utenza o per motivi di sicurezza urbana, il sindaco può modificare gli orari degli esercizi commerciali, dei pubblici esercizi e dei servizi pubblici, nonché, d'intesa con i responsabili territorialmente competenti delle amministrazioni interessate, gli orari di apertura al pubblico degli uffici pubblici localizzati nel territorio*

12 sulla storia delle ordinanze di necessità ed urgenza come istituto giuridico di cui le ordinanze del Sindaco costituiscono solo una species, v. Morrone, *Le ordinanze di necessità e urgenza tra storia e diritto* in www.core.ac.uk

vista le innovazioni introdotte non riguardano tanto la posizione del Sindaco quale ufficiale del Governo quanto il Sindaco come rappresentante della comunità territoriale. Infatti dal primo punto di vista il dl 14/2017 si limita, con qualche eccezione, a inserire nel testo dell'art. 54 del Tuel, l'elencazione, volta a specificare la nozione di sicurezza urbana, che la legge 125/2008 aveva rimandato al decreto ministeriale, destando peraltro perplessità tanto che si era ritenuto che il decreto non contenesse disposizioni di valore normativo ma al più linee guida volte ad uniformare l'esercizio del potere¹³. Rispetto alle prescrizioni contenute nel d.m., l'attuale art. 54 comma 4 bis (*I provvedimenti adottati ai sensi del comma 4 concernenti l'incolumità pubblica sono diretti a tutelare l'integrità fisica della popolazione, quelli concernenti la sicurezza urbana sono diretti a prevenire e contrastare l'insorgere di fenomeni criminosi o di illegalità, quali lo spaccio di stupefacenti, lo sfruttamento della prostituzione, la tratta di persone, l'accattonaggio con impiego di minori e disabili, ovvero riguardano fenomeni di abusivismo, quale l'illecita occupazione di spazi pubblici, o di violenza, anche legati all'abuso di alcool o all'uso di sostanze stupefacenti*), appare più rispondente alla nozione di sicurezza pubblica come definita dalla giurisprudenza costituzionale. Secondo il Giudice delle leggi infatti la sicurezza pubblica di cui all'art. 54 Tuel coincide con l'*ordine pubblico e sicurezza ad esclusione della polizia amministrativa locale* di cui all'art. 117 secondo comma, lett. h), Cost. ed è intesa come attività di prevenzione dei reati e di tutela dei primari interessi pubblici sui quali si fonda l'ordinata e civile convivenza della comunità nazionale;¹⁴ con la conseguenza che i *poteri esercitabili dai sindaci, ai sensi dei commi 1 e 4 dell'art. 54 del d.lgs. n. 267 del 2000, non possono che essere quelli finalizzati alla attività di prevenzione e repressione dei reati* (sent. 196/2009) ed è incostituzionale l'art. 3 comma 4 della l. 94/2009 nella parte in cui consentiva ai sindaci di avvalersi della collaborazione di cittadini non armati al fine della segnalazione (oltreché di eventi potenzialmente dannosi per la sicurezza urbana) anche di situazioni di disagio sociale. Infatti la locuzione disagio sociale si presta ad abbracciare una vasta gamma di ipotesi di emarginazione o di difficoltà di inserimento dell'individuo e non può essere ricondotta all'ambito di prevenzione dei reati (sent. 226/2010). Coerentemente con siffatta nozione di sicurezza urbana, come enucleata dalla Corte, il legislatore non ha fatto riferimento nel testo dell'art. 54 a comportamenti quali la prostituzione su strada o l'accattonaggio molesto che potranno offendere la pubblica decenza ma non sono puniti dalla legge penale.

A valle tutto ciò si traduce in un fondamentale criterio interpretativo per giudicare della legittimità delle ordinanze ex art. 54 Tuel; potranno essere considerate legittime allorché vi sia un collegamento con lo scopo di prevenzione o repressione di reati.

Le vere innovazioni del d.l. 14/2017 riguardano invece le ordinanze sindacali di cui all'art. 50 Tuel. Qui infatti ai tradizionali campi di applicazione delle emergenze sanitarie e dell'igiene pubblica si affiancano : situazioni di grave incuria o degrado che possono riguardare sia il territorio sia l'ambiente o il patrimonio culturale; pregiudizi al decoro e alla vivibilità urbana con particolare riferimento alla finalità della tutela della tranquillità e del riposo dei residenti (con la previsione espressa della facoltà di intervenire in materia di orari di vendita e somministrazione di bevande alcoliche e superalcoliche).

In tal modo l'ambito delle situazioni in cui tale potere sindacale può essere esercitato viene notevolmente esteso. Si può dire che il cerchio è quasi completo. Il potere del Sindaco di provvedere con urgenza per porre rimedio a pericoli, attribuitogli inizialmente e per lungo tempo solo in qualità di ufficiale del Governo, trova adesso quasi più spazio nella qualità di rappresentante della comunità locale, non subordinato ad alcun potere statale,

13 Tar Lazio, sez.II, 22.12.2008, n. 12222 in www.ejus.it con nota critica di Piazza, *Ordinanza anti-prostituzione per il buon costume o scostumatamente anti- Costituzione ?*

14 sentenze n. 129 del 2009; n. 237 e n. 222 del 2006; n. 383 e n. 95 del 2005; n. 428 del 2004

conseguenza giuridica del mutato rapporto politico con i propri cittadini a seguito dell'introduzione dell'elezione diretta.^{15 16}

3. Mentre le ordinanze che il Sindaco assume quale capo dell'amministrazione comunale sono sottoposte solo al controllo giurisdizionale (oltre che al generale potere previsto dall'art. 138, comma 1, del Tuel secondo cui *In applicazione dell'articolo 2, comma 3, lettera p), della legge 23 agosto 1988, n. 400, il Governo, a tutela dell'unità dell'ordinamento, con d.p.r., previa deliberazione del Consiglio dei Ministri, su proposta del Ministro dell'interno, ha facoltà, in qualunque tempo, di annullare, d'ufficio o su denuncia, sentito il Consiglio di Stato, gli atti degli enti locali viziati da illegittimità*), le ordinanze emesse come ufficiale del Governo devono essere comunicate al Prefetto al fine dell'esercizio dei poteri previsti. Infatti il Prefetto deve, se l'ordinanza comporti conseguenze in altri comuni, convocare una conferenza tra i Sindaci interessati e il presidente della Provincia (è il caso delle ordinanze anti prostituzione allorché le meretrici si spostino in altri ambiti territoriali); eventualmente sostituire il Sindaco in caso di inerzia del medesimo; eventualmente concedere la forza pubblica al fine di assicurare l'attuazione del provvedimento. Può del resto esistere una responsabilità dell'amministrazione statale in relazione alle ordinanze del Sindaco come ufficiale di Governo.

La giurisprudenza è infatti pressoché pacifica nel ritenere che in caso di ricorso giurisdizionale amministrativo proposto avverso l'ordinanza sindacale per l'annullamento della medesima, la legittimazione passiva faccia capo solo al Comune; non sia quindi necessaria la notifica del ricorso al Ministero dell'Interno di cui debba, in caso contrario, essere disposta l'estromissione (Tar Sicilia 11.9.2017 n. 1688; Cons. Stato 13.7.2010 n. 4529)¹⁷. Un orientamento, questo, fondato sulla considerazione che nel caso di adempimento di funzioni di ufficiale del Governo da parte del Sindaco, non per questo il Sindaco diventa organo di un'amministrazione dello Stato ma resta incardinato nel complesso organizzativo dell'ente locale¹⁸. Peraltro la medesima giurisprudenza ritiene diversamente nell'ipotesi in cui venga proposta contemporanea o successiva azione risarcitoria, rispondendo in tal caso lo Stato dei danni (Tar Campania 24.5.2017 n. 2768)¹⁹. Inoltre il Prefetto può esercitare il potere di annullamento dell'ordinanza allorché la ritenga illegittima. Il potere di annullamento del Prefetto, intrinseco al rapporto di gerarchia, è stato riconfermato dal Consiglio di Stato²⁰. Nella circostanza il supremo giudice amministrativo ha affermato che al Prefetto è attribuita la responsabilità generale dell'ordine e della sicurezza pubblica nella provincia e allorché il Sindaco eserciti funzioni in tale ambito quest'ultimo si trova in rapporto di dipendenza rispetto al Prefetto stesso. Il Prefetto deve assicurare unità di indirizzo e coordinamento con la conseguenza che dispone anche del

15 Sul piano infine del riparto costituzionale delle competenze l'attribuzione ai Sindaci del potere di ordinanza contingibile come potere proprio (nonché, ex comma ter art. 50 Tuel, del potere ordinario regolamentare nelle medesime nuove materie in cui è previsto il potere di ordinanza) in materie che non sono attribuite alla legislazione esclusiva dello Stato può trovare fondamento normativo nell'art. 117 comma 2 lett. p Cost. che fa riferimento alle funzioni fondamentali dei Comuni che non riguardano invece i poteri esercitati come ufficiale di Governo

16 In dottrina si è anche ritenuto che la figura del Sindaco quale ufficiale di Governo fosse incompatibile con il nuovo assetto delle autonomie locali come configurato a seguito della riforma del Titolo V della Costituzione ad opera della l.3/2001, v. Deffenu, *Sindaco*, Dizionario di diritto pubblico, in S. Cassese (a cura di), Milano, 2006, p. 5572 ss. ma il legislatore, specialmente con la l. 125/2008 è andato in senso contrario. Auspica il superamento della figura del Sindaco Ufficiale di Governo anche Genesin, *Riflessi giurisprudenziali della controversa figura del Sindaco ufficiale del Governo*, in *Responsabilità civile e previdenza*, 3, 2016

17 C'è qualche pronuncia in senso contrario; ad esempio Tar Calabria, Reggio Calabria, 292/2015.

18 Il Sindaco è parte necessaria anche in caso di ricorso straordinario al PdR; con la conseguenza che qualora non sia stato evocato in giudizio può impugnare la decisione di accoglimento davanti al giudice amministrativo per vizi inerenti al parere del Consiglio di Stato; così Tar Lombardia 4.9.2017 n. 1779.

19 Ritengono legittimato il Comune anche in caso di azione risarcitoria Cons. Stato, sez.III, 4184/2014; Cons. Stato, sez. V, 4529/2010.

20 Cons. Stato, sez. VI, 19.6.2008 n. 3076

potere di annullamento d'ufficio degli atti adottati dal Sindaco come ufficiale di Governo che siano illegittimi o contrastino con la predetta unità di indirizzo.

Peraltro vi sono alcune pronunce che, nel ritenere che la mancata comunicazione dell'ordinanza al Prefetto non costituisce un requisito di legittimità, affermano che lo scopo della comunicazione sarebbe quello di consentirgli di predisporre gli strumenti necessari alla sua attuazione e fargli conoscere in anticipo il contenuto al fine di esonerare l'amministrazione statale da eventuali profili di responsabilità derivanti dall'aver concesso l'uso della forza pubblica per l'esecuzione di ordinanze illegittime; non si fa menzione invece del potere di annullamento (Tar Campania 1367/2015; Tar Lazio, Latina 627/2013; Tar Valle D'Aosta 39/2012).

Inoltre in materia di tenuta dei registri dello stato civile si è sostenuto dai giudici amministrativi di primo grado che il rapporto tra Sindaco ufficiale di Governo e Prefetto non sarebbe configurabile come di gerarchia in senso proprio ma come relazione nella quale l'organo statale può impartire direttive, escludendosi però ogni potere di annullamento (Tar Lombardia 2037/2015; Tar Friuli Venezia Giulia 228/2015; Tar Abruzzo 860/2014). Il Consiglio di Stato in un primo momento si è espresso in senso contrario ribadendo la sussistenza del potere di annullamento prefettizio, necessario al fine di assicurare uniformità di indirizzo, richiamando in proposito la precedente pronuncia del 2008²¹. Successivamente il supremo consesso amministrativo ha mutato orientamento ed ha ritenuto che il prefetto non possa annullare gli atti di trascrizione dei matrimoni, soffermandosi però sulla specificità dell'ordinamento dello stato civile che *prevede specifiche regole, divergenti da quelle di carattere generale previste dall'art. 54 del d.lgs. n. 267 del 2000* (Cons. Stato, sez. III, 1.12.2016 n. 5047e n. 5048). Il Consiglio di Stato sembra quindi aver riconfermato seppur in via indiretta la natura di gerarchia propria della relazione tra Sindaco come ufficiale di Governo e Prefetto (con eccezione per l'ordinamento di stato civile) con il conseguente potere di annullamento degli atti connesso al rapporto di gerarchia.

4. In ogni caso le norme che sono intervenute al fine di aumentare i poteri dei Sindaci sono intervenute negli ambiti applicativi, ma hanno lasciato intatti i presupposti per l'emanazione delle ordinanze ossia la contingibilità e l'urgenza. Del resto non sarebbe stato possibile altrimenti dopo la sentenza 115/2011 della Corte Costituzionale che ribadiva come un atto che disponga in deroga alla legge possa essere emesso solo a condizione che sia necessario intervenire in via d'urgenza²², richiamando la propria precedente giurisprudenza²³. La Corte infatti fin dalla prima decisione in merito ha ritenuto che il potere di ordinanza in deroga alla legge possa ritenersi legittimo a condizione che i provvedimenti adottati rispettino le norme costituzionali, i principi dell'ordinamento giuridico, vi sia adeguata motivazione e abbiano efficacia limitata nel tempo²⁴, in relazione alla necessità e all'urgenza. Inoltre tali ordinanze non sono certamente comprese tra le fonti del nostro ordinamento giuridico; non innovano al diritto oggettivo; né, tanto meno,

21 Cons. Stato, sez.III, 26 ottobre 2015, n. 4897, n. 4898, n. 4899.

22 La Corte era chiamata a pronunciarsi sulla legittimità del potere attribuito ai Sindaci all'art. 54 Tuel di emettere ordinanze anche prive dei presupposti della contingibilità e dell'urgenza. La Corte osservava che solo la straordinarietà dell'evento poteva giustificare la previsione di ordinanze extra ordinem ma che ad ogni modo il legislatore non aveva attribuito il potere di derogare alla legge alle ordinanze prive di quel presupposto. La previsione del potere di emettere ordinanze di quel tipo era quindi incostituzionale per altre ragioni; in particolare i limiti all'esercizio della discrezionalità amministrativa erano indicati in un decreto ministeriale, idoneo a regolare i rapporti tra autorità centrale e periferiche ma non a circoscrivere le modalità di esercizio del potere nei rapporti con i cittadini. La Corte avrebbe potuto valutare l'idoneità delle limitazioni contenute nel dm a circoscrivere la discrezionalità solo se fossero state inserite in un atto legislativo. Non essendolo la Corte ha rilevato la violazione dell'art. 23 Cost. nonché dell'art. 97.

23sentenze n. 127 del 1995, n. 418 del 1992, n. 32 del 1991, n. 617 del 1987, n. 4/1977, n. 8 del 1956)

24 sent. 8/1956. La sent. 26/1961 dichiara l'illegittimità dell'art. 2 TU pubblica sicurezza RD 773/1931 nei limiti in cui la norma attribuiva ai Prefetti il potere di emettere ordinanze di necessità senza il rispetto dei principi dell'ordinamento giuridico.

sono equiparabili ad atti con forza di legge, per il sol fatto di essere eccezionalmente autorizzate a provvedere in deroga alla legge²⁵.

Secondo le formule utilizzate, per contingibilità si intende una situazione eccezionale e imprevedibile cui non sia possibile far fronte con i mezzi previsti in via ordinaria dell'ordinamento; al riguardo si parla di accidentalità, imprescindibilità ed eccezionalità della situazione verificatisi che non permette di fronteggiare l'emergenza con i rimedi ordinari²⁶. L'urgenza è invece la necessità di provvedere immediatamente per scongiurare il pericolo²⁷. Non sarebbe pertanto possibile adottare ordinanze contingibili ed urgenti per fronteggiare situazioni prevedibili e permanenti o quando non vi sia urgenza di provvedere, intesa come assoluta necessità di porre in essere un intervento non rinviabile²⁸.

In realtà al di là delle formule, vi sono orientamenti contrastanti che spesso si adattano alla specificità del caso concreto sottoposto all'esame giudiziale. Basti pensare al requisito dell'imprevedibilità della situazione dannosa. All'orientamento secondo cui il potere di ordinanza per motivi di urgenza non può essere utilizzato per porre rimedio ad una situazione non nuova ma risalente se ne contrappone altro per il quale ciò che conta è la necessità ed urgenza di intervenire a prescindere dalla prevedibilità della situazione di pericolo, rilevando esclusivamente la sussistenza di una situazione di pericolo non fronteggiabile tempestivamente con mezzi ordinari²⁹.

Quest'ultimo orientamento è ad esempio fatto proprio dal Tar Lazio nella seconda ordinanza cd sui centurioni, concernente il divieto nel centro storico di Roma di esercitare qualsiasi attività consistente nell'offrire la propria disponibilità ad essere ritratto come soggetto di abbigliamento storico in fotografie o filmati dietro compenso in denaro. Si tratta di una decisione significativa perché mostra, seppur sulla base della sommaria deliberazione caratteristica del giudizio cautelare, come i parametri di legittimità delle ordinanze d'urgenza del Sindaco possano mutare a seconda che il potere sia esercitato ex art. 54 o ex art. 50 Tuel. Mentre la prima decisione del Tar³⁰ aveva sospeso l'efficacia dell'ordinanza che aveva disposto il divieto di esercizio dell'attività sulla base dell'art. 54 Tuel, entrata in vigore la nuova disciplina ed emessa nuova ordinanza, questa volta ex art. 50 Tuel, il Tar respinge la domanda di sospensione del provvedimento, ritenendo presente una situazione di imminente pericolo per il patrimonio culturale, storico, artistico della città con pregiudizio anche per la vivibilità urbana. È poi indifferente che la situazione di pregiudizio per il decoro urbano non sia nuova ma preesistente, rilevando, conformemente all'orientamento giurisprudenziale sopra richiamato, esclusivamente l'urgenza di provvedere³¹. Lo stesso Tar Lazio aveva invece ritenuto illegittima l'ordinanza con cui era stato disposto il divieto di usare fuochi d'artificio dal 29/12/2016 all'1/1/2017 nel territorio di Roma Capitale in quanto, se è vero che la particolare situazione che si viene a creare durante la festa di Capodanno costituisce evento obiettivamente eccezionale e pericoloso, allo stesso tempo può essere ritenuta fatto notorio e perciò non imprevedibile per cui avrebbe potuto essere disciplinata con gli ordinari strumenti previsti dell'ordinamento³².

Corollario della contingibilità è la temporaneità dell'ordinanza. Solo in via temporanea può del resto essere consentito l'utilizzo di strumenti extra ordinem che permettono la compressione di diritti ed interessi privati con mezzi diversi da quelli tipici indicati dalla legge³³. Inoltre, non solo questi provvedimenti sono necessariamente temporanei ma lo

25 v. sent. 4/1977

26 *Ex multis* Cons. Stato, sez. III, 29.5.2015 n. 2697

27 Tar Piemonte 429/2016; Tar Umbria 85/2016; Tar Campania, Salerno, 2401/2012

28 *ex multis* Cons. Stato, sez. V, 12.6.2017, n. 2847; Cons. Stato, sez. V, 26.7.2016 n. 3369; Cons. Stato, sez. III, 29.5.2015 n. 2697.

29 Tar Campania 30.8.2017 n. 4201; Tar Veneto 40/2013; Cons. Stato 4968/2012.

30 Tar Lazio, sez. II, 2012/2017.

31 Tar Lazio, sez. II, 2.8.2017, n. 3855. L'ordinanza è stata confermata da Cons. Stato 8.9.2017 n. 3669.

32 Tar Lazio 9.5.2017 n. 5572.

33 *ex multis* Tar Toscana 694/2017; Tar Sicilia, Catania, 1816/2017 e 662/2017; Tar Sicilia 2427/2016.

stesso limite temporale deve essere adeguato al rischio da fronteggiare nel senso che deve essere rapportato al tempo necessario per fronteggiarlo attraverso gli strumenti ordinari che devono essere attivati nel più breve tempo possibile. Ne deriva che non può ammettersi che l'efficacia dell'ordinanza perduri sino alla data di risoluzione del problema generale da cui il rischio è scaturito qualora la stessa sia del tutto incerta; altrimenti le ordinanze contingibili e urgenti diverrebbero degli strumenti del tutto generici e arbitrari con compromissione del principio di legalità³⁴.

Secondo altra opinione giurisprudenziale non si può invece escludere a priori che le ordinanze d'urgenza non siano permanenti; infatti le stesse, essendo volte alla tutela dell'incolumità collettiva, devono adattarsi alle situazioni di pericolo più imprevedibili e pertanto solo a seguito di un esame del caso concreto si potrebbe valutare se l'intervento debba assumere o meno carattere temporaneo³⁵.

In realtà la differenza tra i due orientamenti, al di là delle formule usate, è più apparente che reale. Infatti le decisioni che si richiamano al secondo filone interpretativo hanno tutte a che fare con interventi che non potrebbero essere provvisori, quali ad esempio la costruzione di un nuovo muro in luogo di altro che sta per crollare³⁶ oppure a casi in cui si ritiene che il termine assegnato, pur ampio, appaia adeguato alla situazione determinata dall'evento straordinario³⁷. D'altro canto la necessità che le ordinanze siano provvisorie è stata richiamata dalla più volte citata sentenza 115/2011 della Corte Costituzionale che ha ricordato come per sua giurisprudenza costante *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 che si tratta di fronteggiare»*.

Nell'ambito del rispetto di queste condizioni è indubbio che l'ordinanza possa essere reiterata³⁸.

Se la legge prevede il potere di intervento di altra autorità per far fronte alla situazione dannosa, l'intervento del Sindaco può essere comunque giustificato dall'assoluta urgenza di provvedere³⁹.

34 Così Tar Sicilia 1639/2017.

35 V. Tar Lazio 3944/2017 in un caso in cui peraltro il termine temporale di efficacia dell'ordinanza era stato apposto; Cons. Stato, sez. IV, 13.10.2003 n. 6169.

36 Cons. Stato, sez. V, 29.7.1998 n. 1128.

37 Cons. Stato 6169/2003 cit.

38 Cons. Stato, sez. V, 22.9.2017 n. 4043.

39 Tar Campania 4688/2017 che ritiene legittima l'ordinanza del Sindaco di abbattimento di capi di bestiame che avevano pascolato in campi contaminati da diossina malgrado le competenze in materia dell'Asl, vista l'assoluta necessità di anticipare la possibile immissione nel mercato di prodotti contaminati. Ritiene diversamente Cons. Stato, sez. III, 22.9.2017 n. 4423 nel caso di superamento di valori elettromagnetici della soglia consentita, potendosi in quel caso concreto ricorrere al procedimento previsto dal d.lgs. 177/2005. Sulla questione della competenza relativamente alle ordinanze sindacali d'urgenza in particolare nel campo sanitario v. Pioggia, *Il Sindaco vieta la chiusura di reparti sanitari: un uso "politico" del potere emergenziale?* in *Giornale Dir. Amm.*, 2013,7,742.

In ogni caso il provvedimento deve essere sostenuto da adeguata istruttoria⁴⁰ e non è delegabile sia che si tratti di poteri esercitati dal Sindaco quale ufficiale del Governo⁴¹ sia quando si tratti di esercizio del potere ex art. 50 Tuel⁴². Infatti in quest'ultimo caso si tratta pur sempre di un'attribuzione speciale del Sindaco che potrebbe intervenire per via dell'urgenza in settori in cui operano poteri ordinari di altre autorità e non è ammissibile che il potere sia esercitato da un dirigente del Comune; oppure, se si tratta di una materia attribuita alle competenze ordinarie comunali, la deroga alle forme procedurali ordinarie può essere consentita solo con atto sindacale.

Ovviamente vale anche il contrario; se non vi è effettiva necessità di provvedere con urgenza il Sindaco non può provvedere nei settori riservati alla competenza gestionale dei dirigenti (art. 107 Tuel), espressione del principio generale di divisione fra politica ed amministrazione⁴³.

Dovendo le ordinanze sindacali non solo essere conformi alla Costituzione ma anche al diritto comunitario, esse devono rispettare il principio di proporzionalità, contemplato da quest'ultimo; pertanto non devono essere utilizzate misure non necessarie per la tutela dell'interesse pubblico, dovendo lo stesso essere perseguito con strumenti idonei a realizzare gli obiettivi perseguiti cercando di incidere sui soggetti privati nella misura strettamente necessaria, provocando così il minor sacrificio possibile dei contrapposti interessi privati⁴⁴.

In ogni caso il potere non può essere esercitato per risolvere una lite tra privati per la cui risoluzione l'ordinamento predispone apposite forme di tutela da esperire nelle opportune forme giurisdizionali a meno che non vi sia un pericolo per l'incolumità pubblica⁴⁵. Se invece vi è pericolo, stante l'indispensabile celerità che caratterizza l'intervento, si prescinde dalla verifica della responsabilità di un determinato evento dannoso. L'ordinanza non ha infatti carattere sanzionatorio, non dipendendo dall'individuazione di una responsabilità del proprietario, ma solo ripristinatorio, essendo diretta solamente alla rimozione dello stato di pericolo. Pertanto è legittima l'ordinanza indirizzata al proprietario dell'area, cioè a chi si trova con questa in rapporto tale da consentirgli di provvedere all'eliminazione del pericolo, anche se la situazione non possa essergli imputata⁴⁶. Se poi l'ordinanza è diretta al soggetto conduttore dell'immobile e avverso la medesima viene proposto ricorso è da escludere, per le stesse ragioni, che lo stesso debba essere notificato al proprietario. Infatti, essendo queste ordinanze atti per loro natura finalizzate alla tutela di interessi generali e comunque superindividuali, non sono configurabili, nel

40 Cons. Stato, sez. V, 22.3.2016 n. 1189; tra le più recenti, Tar Toscana 694/2017 in relazione all'ordinanza, non sorretta da istruttoria sufficiente in ordine all'esistenza effettiva di un'emergenza sanitaria o di igiene pubblica, con cui era stato vietato l'accesso ai cani in un parco pubblico; Tar Molise 156/2017 che ritiene illegittima l'ordinanza con la quale è disposta la limitazione degli orari di funzionamento degli apparecchi per il gioco lecito con vincite in denaro, in assenza di istruttoria che provi l'insufficienza delle misure terapeutiche poste in essere dalle strutture sanitarie. Come osserva il Tar, in linea di principio l'uso dei poteri di ordinanza ex art. 50 Tuel è ammesso per contrastare il fenomeno della ludopatia, come confermato anche dalla Corte Costituzionale (sent. 220/2014), ma occorre che alla base del provvedimento vi siano aspetti specifici relativi alla comunità locale, come ad esempio la necessità di contenere il fenomeno dell'assenza degli alunni durante l'anno scolastico, e che la motivazione del provvedimento trovi riscontro nei dati che l'amministrazione comunale deve acquisire in via istruttoria. Sull'esercizio del potere di ordinanza per contrastare il fenomeno della ludopatia v. Senatore, *Lotta alla ludopatia e potere amministrativo*, in *Urbanistica e appalti*, 2015, 6, 625.

41 Cons. Stato 31/10/2017 n. 5044; Tar Campania 3210/2017; Tar Emilia-Romagna 71/2015; Cons. Stato, sez. V, 28.5.2007 n. 2109.

42 Tar Campania 3211/2017

43 da ultimo Tar Campania 4699/2017

44 Tar Campania 4699/2017 cit.; Tar Lazio 10492/2017.

45 Tar Campania 2284/2017 in relazione alle opere necessarie ad eliminare infiltrazioni d'acqua da un lastrico solare al box sottostante.

46 Tar Campania 4201/2017 cit.; Cons. Stato, sez. V, 7.9.2007 n. 4718.

caso di ricorsi, soggetti controinteressati nei confronti dei quali occorra instaurare il contraddittorio⁴⁷.

Non è neppure possibile utilizzare l'ordinanza a protezione di un rischio particolare gravante su un unico soggetto; in tal caso non siamo infatti di fronte a un'emergenza pubblica⁴⁸.

Secondo la giurisprudenza di gran lunga prevalente, non sussiste, per questa categoria di provvedimenti, l'obbligo della comunicazione di avvio del procedimento a pena di svuotamento dell'effettività cui la legge preordina l'istituto⁴⁹.

5. Il legislatore del 2017 ha spostato il focus del potere di ordinanza dall'art. 54 all'art. 50 del Tuel, riportando il potere di ordinanza del Sindaco quale ufficiale del Governo all'ambito più naturale dell'azione di prevenzione e repressione di reati. Del resto è in questo ambito che si giustifica maggiormente il controllo statale che avviene tramite l'operato del Prefetto.

In tal modo ha introdotto due distinte nozioni di sicurezza urbana; una più ristretta che giustifica l'adozione di provvedimenti ex art. 54 Tuel., un'altra più ampia, che ricomprende anche la prima, che fa riferimento, oltre che alla prevenzione della criminalità, anche alla vivibilità e al decoro della città, al rispetto della legalità, alla coesione e convivenza civile, ambiti in cui agiscono i nuovi poteri assegnati al Sindaco ex art. 50 Tuel.⁵⁰

È indubbio peraltro che le nozioni quali il decoro e la vivibilità urbana sono molto vaste e sovrapponibili ai poteri esercitati ex art. 54 Tuel⁵¹; ad esempio un'ordinanza anti prostituzione potrebbe essere giustificata con la necessità di proteggere il decoro e la vivibilità urbana. In tal modo però i compiti prefettizi di controllo verrebbero aggirati. Prima del dl 14/2007 questa possibilità era marginale, essendo l'ambito di applicazione dell'art. 50 Tuel limitato alle emergenze sanitarie e di igiene pubblica, ma adesso è assai maggiore. Peraltro la giurisprudenza ha sempre sostenuto che la mancata comunicazione preventiva dell'ordinanza al Prefetto non costituisce requisito di legittimità della stessa. La comunicazione avrebbe infatti essenzialmente lo scopo, grazie alla conoscenza anticipata del contenuto del provvedimento da parte del Prefetto, di predisporre gli strumenti per la sua attuazione ovvero di esonerare l'amministrazione statale da eventuali profili di responsabilità derivanti dall'aver concesso l'uso della forza pubblica per l'esecuzione di

47 Tar Sicilia, Catania, 1817/2017.

48 Tar Toscana 262/2017 e Tar Toscana 2695/2000; le sentenze si riferiscono alla medesima vicenda, con la prima che condanna al risarcimento dei danni a seguito dell'annullamento dell'ordinanza disposto dalla seconda; con ordinanza sindacale era stato vietato di svolgere attività di apicoltura all'interno di un'area del territorio comunale al fine di tutelare un solo soggetto a rischio di shock anafilattico in caso di puntura d'ape.

49 Da ultimo Cons. Stato, sez. IV, 11.1.2018, n. 146; Cons. Stato, sez. V, 1.12.2014 n. 5919; Esiste peraltro un orientamento minoritario secondo cui le ordinanze contingibili ed urgenti vanno precedute dalla comunicazione di avvio di cui all'art. 7 l. 241/1990 quando costituiscono l'atto conclusivo di un procedimento con questa compatibile, v. Tar Campania 573/2013. Il punto però è che quando è accertata la possibilità della previa comunicazione di avvio del procedimento viene meno lo stesso presupposto legittimante l'adozione dell'ordinanza, cioè l'urgenza che dovrebbe costituirne il fondamento, cfr. Cons. Stato, sez. V, 14.11.2017 n. 5239.

50 Art. 4 l. 48/2017: 1. Ai fini del presente decreto, si intende per sicurezza urbana il bene pubblico che afferisce alla vivibilità e al decoro delle città, da perseguire anche attraverso interventi di riqualificazione, anche urbanistica, sociale e culturale, e recupero delle aree o dei siti degradati, l'eliminazione dei fattori di marginalità e di esclusione sociale, la prevenzione della criminalità, in particolare di tipo predatorio, la promozione della cultura del rispetto della legalità e l'affermazione di più elevati livelli di coesione sociale e convivenza civile, cui concorrono prioritariamente, anche con interventi integrati, lo Stato, le Regioni e Province autonome di Trento e di Bolzano e gli enti locali, nel rispetto delle rispettive competenze e funzioni.

51 v. Riva, Cornelli, Squazzoni, Rondini, Biscotti, *La sicurezza urbana e i suoi custodi (Il Sindaco, il Questore e il Prefetto)* in www.penalecontemporaneo.it; Giupponi, *Sicurezza urbana 2.0: luci e ombre del decreto Minniti*, in Quaderni costituzionali, 2017.

ordinanze sindacali al di fuori dei requisiti stabiliti dalla legge⁵². La mancata trasmissione al Prefetto potrebbe pertanto dar luogo al più a una mera irregolarità⁵³.

La logica conseguenza di questo orientamento sarebbe evidentemente quella di ritenere che in tali casi non costituisca vizio di legittimità dell'ordinanza la circostanza che la medesima sia adottata ex art. 50 invece che art. 54 Tuel, visto che la differenza tra le due ipotesi riguarda per l'appunto la preventiva comunicazione al Prefetto al fine di consentirgli l'esercizio dei poteri che la legge gli attribuisce. Peraltro questi poteri, a differenza di quanto sembra ritenere la giurisprudenza sopracitata che considera la mancata comunicazione dell'ordinanza al Prefetto una mera irregolarità, non concernono solo profili organizzativi ma sono connessi all'eventuale successivo esercizio del potere di annullamento. L'impossibilità per il Prefetto di eventualmente annullare l'ordinanza emessa impropriamente ex art. 50 Tuel, dovrebbe in astratto più correttamente dar luogo a vizio di legittimità della medesima; senza trascurare però che la giurisprudenza vive del caso concreto e annullare, per motivi formali, un provvedimento diretto a fronteggiare un pericolo e sorretto da ragioni sostanziali reali potrebbe apparire inaccettabile sul piano politico-sociale. Più facile che si ammetta che la conoscenza comunque acquisita da parte del Prefetto dell'ordinanza sani il vizio⁵⁴.

D'altro canto, come si è notato, non appare facile immaginare in campi quali il degrado urbano, il decoro e la vivibilità urbana, situazioni in cui in concreto ricorrano i requisiti della contingibilità e dell'urgenza⁵⁵.

La genericità delle formule utilizzate dal legislatore ha fatto ritenere a taluni osservatori che si riproponga il contrasto con l'art. 23 Cost., già censurato dalla Corte con la sentenza 115/2011, essendo troppo ampia la discrezionalità amministrativa attribuita ai Sindaci⁵⁶. In realtà il contrasto non dovrebbe sussistere in quanto, anche se presupposti quali incuria e degrado o decoro e vivibilità possono ricondurre ad una molteplicità di situazioni, il potere, a differenza dell'ipotesi su cui ebbe a pronunciarsi la Corte, è comunque di per sé limitato dall'urgenza di provvedere e dalla temporaneità. Dubbi di costituzionalità potrebbero porsi invece, portando alle sue conseguenze il ragionamento della Corte, in relazione al potere regolamentare che è stato attribuito ai Comuni nelle nuove materie in cui può essere esercitato il potere di ordinanza del Sindaco⁵⁷.

Lo stesso vale per il passaggio in cui la Corte, nella medesima pronuncia, osservava che il potere di ordinanza non contingibile ed urgente sottoposto al suo esame, privo com'era di base legislativa, ledeva il principio di eguaglianza dei cittadini davanti alla legge, in quanto gli stessi comportamenti avrebbero potuto essere ritenuti leciti o meno a seconda dei vari Comuni in cui è diviso il territorio nazionale. Anche in questo caso, la necessità di far fronte ad un'effettiva emergenza può giustificare una diversa disciplina che deve essere in ogni caso temporanea; mentre il problema si può porre nei confronti di norme regolamentari che stabiliscano limitazioni in modo permanente.

Se poi non c'è urgenza o pericolo o la disciplina introdotta non è limitata nel tempo sarà compito dei tribunali amministrativi provvedere a censurare il cattivo uso del potere di ordinanza.

È vero peraltro che talvolta l'effetto politico o sociale voluto può essere raggiunto anche per mezzo di un'ordinanza illegittima. Si pensi a un'ordinanza anti prostituzione la cui

52 Tar Liguria 143/2016; Tar Campania 1367/2015.

53 Tar Emilia-Romagna, Parma, 330/11.

54 Cfr. Napolitano, *Le nuove ordinanze del Sindaco*, Maggioli editore, 2008, p. 61.

55 Tropea, *Decreto Minniti: adelante, con juicio*, in www.lacostituzione.info; Di Carlo, *Prime riflessioni sul cd "Daspo urbano"*, in www.federalismi.it; Riva, Cornelli, Squazzoni, Rondini, Biscotti, *La sicurezza urbana e i suoi custodi (Il Sindaco, il Questore e il Prefetto)* cit.

56 Di Carlo, *Prime riflessioni sul cd "Daspo urbano"*, cit.; Manzione, *Potere di ordinanza e sicurezza urbana: fondamento, applicazioni e profili critici dopo il decreto legge n. 14 del 2017*, in www.federalismi.it.

57 art. 50 comma 7ter: *Nelle materie di cui al comma 5, secondo periodo, i comuni possono adottare regolamenti ai sensi del presente testo unico.*

violazione è sanzionata con rinvio all'art. 650 c.p.. Anche se questa fosse illegittima e si potesse contare sulla disapplicazione dell'ordinanza da parte del giudice penale e sulla conseguenza assoluzione, l'effetto deterrente sarebbe probabilmente raggiunto per il timore dei clienti delle meretrici di essere esposti a una pubblicità non gradita. Oppure si consideri il caso di un'ordinanza che vieti di sdraiarsi sulle panchine pubbliche senza neppure porre un termine di efficacia. L'esistenza stessa dell'ordinanza potrebbe autorizzare la polizia municipale a far alzare i contravventori senza irrogare sanzioni pecuniarie nei confronti di soggetti spesso insolubili, evitando comunque il rischio, in caso di ricorso, di annullamento dell'ordinanza illegittima.

In questo caso, se l'ordinanza è emessa ex art. 50 Tuel, in assenza del controllo prefettizio, l'unico rimedio giuridico attuabile, peraltro politicamente di uso difficile, resta solo il potere di annullamento del Governo ex art. 138 Tuel.

** Avvocato dello Stato, Firenze