

Breviaria Iuris
fondati da
G. Cian e A. Trabucchi

CAVALLO PERIN

ROMANO

commentario breve
al
testo unico sulle
AUTONOMIE LOCALI

CEDAM

54 Attribuzioni del sindaco nei servizi di competenza statale. 1. Il sindaco, quale ufficiale del Governo, sovrintende:

- a) alla tenuta dei registri di stato civile e di popolazione ed agli adempimenti demandati dagli atti delle leggi in materia elettorale, di leva militare e di statistica;
- b) alla emanazione degli atti che gli sono attribuiti dalle leggi e dai regolamenti in materia di ordine e di sicurezza pubblica;
- c) allo svolgimento, in materia di pubblica sicurezza e di polizia giudiziaria, delle funzioni affidategli dalla legge;

d) alla vigilanza su tutto quanto possa interessare la sicurezza e l'ordine pubblico, informandone il prefetto.

2. Il sindaco, quale ufficiale del Governo, adotta, con atto motivato e nel rispetto dei principi generali dell'ordinamento giuridico, provvedimenti contingibili e urgenti al fine di prevenire ed eliminare gravi pericoli che minacciano l'incolumità dei cittadini; per l'esecuzione dei relativi ordini può richiedere al prefetto, ove occorra, l'assistenza della forza pubblica.

3. In casi di emergenza, connessi con il traffico e/o con l'inquinamento atmosferico o acustico, ovvero quando a causa di circostanze straordinarie si verificano particolari necessità dell'utenza, 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, adottando i provvedimenti di cui al comma 2.

4. Se l'ordinanza adottata ai sensi del comma 2 è rivolta a persone determinate e queste non ottemperano all'ordine impartito, il sindaco può provvedere d'ufficio a spese degli interessati, senza pregiudizio dell'azione penale per i reati in cui fossero incorsi.

5. Chi sostituisce il sindaco esercita anche le funzioni di cui al presente articolo.

6. Nell'ambito dei servizi di cui al presente articolo, il prefetto può disporre ispezioni per accertare il regolare funzionamento dei servizi stessi nonché per l'acquisizione di dati e notizie interessanti altri servizi di carattere generale.

7. Nelle materie previste dalle lettere a), b), c) e d) del comma 1, nonché dall'articolo 14, il sindaco, previa comunicazione al prefetto, può delegare l'esercizio delle funzioni ivi indicate al presidente del consiglio circoscrizionale; ove non siano costituiti gli organi di decentramento comunale, il sindaco può conferire la delega ad un consigliere comunale per l'esercizio delle funzioni nei quartieri e nelle frazioni.

8. Ove il sindaco o chi ne esercita le funzioni non adempia ai compiti di cui al presente articolo, il prefetto può nominare un commissario per l'adempimento delle funzioni stesse.

9. Alle spese per il commissario provvede l'ente interessato.

10. Ove il sindaco non adotti i provvedimenti di cui al comma 2, il prefetto provvede con propria ordinanza.

SOMMARIO: Sezione I: *Le attribuzioni del sindaco ufficiale di governo:* I. Osservazioni generali. - II. L'emanazione di atti in materia di ordine e sicurezza pubblica, sanità e igiene pubblica. - III. Funzioni di pubblica sicurezza e polizia giudiziaria e la vigilanza sulla sicurezza e l'ordine pubblico. - Sezione II: *Il potere contingibile ed urgente:* I. Osservazioni generali: i rapporti con gli altri poteri di necessità e urgenza. - II. Limiti costituzionali e principi dell'ordinamento. - III. Competenza e rapporti con altri organi. - IV. La contingibilità e l'urgenza. - V. Il vizio di eccesso di potere e l'assenza di vincoli procedurali. - VI. Gli orari degli esercizi commerciali, degli esercizi pubblici, dei servizi pubblici e d'apertura al pubblico di uffici pubblici. - VII. Destinatari determinati ed esecuzione d'ufficio a spese degli interessati. - Sezione III: *La supplenza del sindaco nelle funzioni statali:* I. Le funzioni in vece del sindaco e la delegazione di funzioni. - II. Il potere ispettivo sui servizi statali e per l'acquisizione di informazioni sui servizi di carattere generale. - III. Il potere sostitutivo a mezzo di commissario prefettizio. - IV. La surroga del prefetto nell'esercizio del potere di ordinanza.

SEZIONE I

Le attribuzioni del sindaco ufficiale di governo

1 I. Osservazioni generali. ■ L'attribuzione in via generale al Sindaco in qualità di ufficiale di governo delle funzioni relative ai servizi di competenza statale (*sub art. 14, co. 2°*) è letteralmente riaffermata nella rubrica dell'articolo in

esame ove si sottolinea il legame inscindibile fra tale definizione di organo (ufficiale di governo) e la disciplina generale dell'attribuzione ai comuni dei servizi di competenza statale, secondo una formulazione che pare avere innovato la precedente normativa in materia (*sub art. 14*). ■ 2 Tale nuova disciplina generale assume anzitutto a principio normativo della materia la trasfor-

mazione del precedente rapporto fra organi (statali e comunali) in un rapporto giuridico fra soggetti (Stato e comuni) dell'ordinamento, cui consegue come corollario la norma posta dall'art. 14, co. 3°, ove si prevede che la legge che attribuisce ai comuni ulteriori servizi di competenza statale debba regolare anche i relativi rapporti finanziari fra enti. ■ Il principio pare infatti conforme alla distinzione operata dall'art. 3, co. 5°, secondo il quale «I comuni sono titolari di funzioni proprie» cui si aggiungono quelle «attribuite o delegate dallo Stato e dalla regione», secondo una classificazione che anzitutto impone per l'attribuzione di compiti statali agli enti territoriali minori il ricorso alla fonte legislativa, perché trattasi pur sempre di un caso di determinazione di funzioni imposte ai comuni (art. 23 Cost.), secondariamente perché in legge devono indicarsi i mezzi finanziari per farvi fronte (art. 81 Cost.) ed infine perché con la netta distinzione fra funzioni proprie e statali si dispone per una disciplina generale e astratta rispettosa dei valori dell'autonomia locale (sul punto *amplius* sub art. 14). ■ Per le funzioni del Sindaco in materia di anagrafe, stato civile, statistica, leva militare ed elettorale (co. 1°, lett. a) si veda quanto riferito in calce al precedente articolo del presente testo unico (sub art. 14).

II. L'emanazione di atti in materia di ordine e sicurezza pubblica, sanità e igiene pubblica. ■

Le competenze in materia sono definite per *relationem* ad altre leggi e regolamenti, introducendo con quest'ultimo riferimento ai regolamenti una diversa lettera rispetto a quanto prescritto in via generale dall'art. 14, co. 3°, il quale ultimo ricorda che altre funzioni amministrative relative ai servizi di competenza statale possono essere affidate ai comuni solo con legge. ■ Si è detto tuttavia che l'apparente conflitto normativo non appare insuperabile ove si affermi un'interpretazione conforme ai principi della disciplina generale della materia indicati all'art. 14, co. 2° e 3° (sub art. 14). ■ In tal senso è parso impossibile intendere il rinvio ai regolamenti posto dall'art. 54, co. 1°, lett. b come vera e propria alternativa alla previsione della fonte legislativa, ove il riferimento al regolamento va inteso piuttosto come rinvio alle determinazioni (anche regolamentari) di distribuzione delle competenze fra organi comunali in materia di ordine e sicurezza pubblica, di sanità o igiene pubblica, posta l'attribuzione *ex lege* all'ente comune della funzione o del servizio (sub art. 14, co. 3°). ■ Infatti ove manchi una norma legislativa che preveda l'affidamento ai comuni della funzione o del servizio di competenza statale, unitamente alla disciplina dei relativi rapporti finanziari, l'eventuale norma regolamentare risulterebbe illegittima per violazione dell'art. 14, co. 3°, cit. e non ultime delle norme costituzionali (*supra* § I) di cui la stessa costituisce applicazione. ■ L'inclusione della fonte regolamentare per la determinazione delle competenze del sindaco nei servizi di competenza statale (emanazione di atti in materia di ordine e sicurezza pubblica, sanità e igiene pubblica) pare infatti anzitutto un omaggio alla tradizione (r.d. 3 febbraio 1901, n. 45, regolamento generale sanitario, tuttora vigente) che da tempo ha visto precisato anche in regolamenti i limiti d'esercizio dei poteri attribuiti all'amministrazione pubblica. ■ La scelta così operata tuttavia contempla al suo interno una pluralità di **disarmonie**: la sanità è infatti anche la materia nella quale è stata attribuita al consiglio comunale una particolare competenza regolamentare (da taluni ricondotta nella categoria dei regolamenti autorizzati, ma v. sub art. 7), analogamente a quel settore della sicurezza pubblica che è denominata «polizia amministrativa» (RANELLETTI, *La polizia di sicurezza*, in *Trattato Orlando*, IV, pt. I, 1904, 307s.; per distinzione ulteriore fra polizia amministrativa e polizia locale: Corte cost. 77/87), mentre non è prevista l'emanazione di atti del sindaco in materia urbanistica (la vecchia «edilizia»), ove al contrario è inclusa la materia dell'ordine pubblico che da sempre è stata riservata all'amministrazione statale, con conseguente inevitabile concorrenza del dettato di cui all'art. 54, co. 1°, lett. b relativo alla qualità di ufficiale del governo con quanto indicato all'art. 50, co. 2°, per le competenze del sindaco capo dell'amministrazione locale e relativa confusione che sicuramente non facilita il mantenimento della tradizionale distinzione delle due qualità del sindaco (sub art. 14). ■ La questione era ulteriormente complicata dalla disposizione di cui all'art. 19, co. 2°, d.p.r. n. 616/77, che, sino all'entrata in vigore della l. 142/90, attribuiva ai consigli comunali il potere di individuare l'organo competente per le funzioni statali in materia di sicurezza pubblica trasferite ai comuni, poiché cessata la vigenza di tale norma, ai sensi del presente testo unico (sub artt. 48 e 107) la competenza spetta alla giunta comunale, ove la legge, lo statuto (art. 48), o i regolamenti (art. 54, co. 1°, lett. b) non abbiano indicato per tali funzioni la competenza del sindaco, poiché a tal fine non pare utile l'art. 54, co. 1°, lett. b, che letteralmente richiede (*rectius*: presuppone) e non dispone tale determinazione di competenza sindacale («alla emanazione degli atti che gli sono attribuiti dalle leggi e dai regolamenti in materia di ordine e sicurezza pubblica, di sanità e igiene pubblica»). ■ Di grande rilievo sono i poteri di polizia trasferiti al comune in materia di sicurezza pubbli-

ca. ■ Di grande rilievo sono i poteri di polizia trasferiti al comune in materia di sicurezza pubbli-

ca dall'art. 163 e 164, d. lgs. 112/98 (ex art. 19, d.p.r. n. 616/77), poteri che un tempo erano attribuiti al prefetto, al questore o all'autorità locale di pubblica sicurezza (afferma il trasferimento di competenza e non l'abrogazione delle norme del t.u.l.p.s., art. 86: C pen. 26-9-1985, ⁹ Cass. pen. 87, 397). ■ Fra questi poteri si ritrovano: la **licenza per alberghi, locande, trattorie** ecc., che la l. 14 ottobre 1974, n. 524 attribuiva alla competenza del sindaco unitamente alla speciale autorizzazione per vendita di bevande con contenuto alcolico superiore al 21% del volume (Corte cost. 165/89; M.A. SANDULLI, *L'autorizzazione al commercio di vendita a posto fisso*, Milano, 1990; RICCI SAFFIRIO, *Codice delle norme sul commercio annotato con la giurisprudenza*, Torino, 1990; *Codice del commercio e dell'annona*, Rimini, 1989; per un caso di sospensione della licenza alberghiera per ingiustificato rifiuto di alloggio a persone affette da invalidità: C s.u. 90/6315; per diniego di autorizzazione alla somministrazione di alimenti e bevande in una sala giochi vicina ad una scuola: T.A.R. Lombardia, Sez. III, n. 58/87, *R. g. pol. loc.* 88, 508; per chiusura di ristorante privo di uscite di sicurezza: T.A.R. Piemonte, Sez. I, n. 10/83, *F. it.* 84, III, 415, o perché non compatibili con la prevenzione incendi: Cons. St., Sez. V, n. 337/84, *F. it.* 84, III, 415), ovvero l'**autorizzazione all'apertura di sale giochi** (per un caso singolare di ritenuta legittimità del diniego dell'autorizzazione volta anche ad evitare il pericolo di diserzione degli studenti dalle lezioni: Cons. St., Sez. IV, n. 528/90, *Cons. Stato* 90, I, 749), o la **licenza per attività ricreative** (art. 19, co. 1°, n. 5: sulla cui delimitazione alle sole attività imprenditoriali e sull'esclusione delle feste da ballo Corte cost. 142/67 e Corte cost. 56/70) o la **licenza di maestro di sci** che necessita della preventiva abilitazione F.I.S.I. (T.A.R. Abruzzi, Sez. L'Aquila, n. 381/81, *R. d. sportivo* 82, 322), o del **commercio ambulante** la cui disciplina è dettata dalla l. 19 maggio 1976, n. 398 e relativo regolamento di esecuzione d.m. 15 gennaio 1977 (C pen., Sez. VI, 20-6-1978, *Giust. pen.* 79, III, 440, che afferma la depenalizzazione dell'omessa iscrizione alla Camera di commercio e relativa competenza del sindaco a provvedere sull'infrazione amministrativa). ■ **Discusso** era il **trasferimento** al sindaco della competenza del questore di cui all'art. 100, t.u.l.p.s. che conferisce il **potere di sospensione e revoca delle licenze degli esercizi commerciali** nei quali si siano verificati fatti che siano di pericolo per l'ordine pubblico (C s.u. 89/3659; T.A.R. Lazio, Sez. II, n. 970/83, *F. amm.* 84, 456; T.A.R. Veneto, n. 183/83, *F. amm.* 83, I, 1048 che afferma altresì l'illegittimità della revoca della licenza in assenza di previa

sospensione ex art. 100 t.u.l.p.s.; contrari T.A.R. Veneto, n. 395/80, *R. amm.* 81, 263; CREA, *R. g. turismo* 89, 44). ■ Ai sensi dell'art. 19, co. 3°, d.p.r. n. 616/77, resta al **prefetto l'attribuzione del potere di richiesta di revoca, di annullamento o sospensione** (per la legittimazione passiva del prefetto in una causa di impugnazione dell'ordinanza sindacale di chiusura di un esercizio sprovvisto di uscite di sicurezza: T.A.R. Piemonte, Sez. I, n. 10/83, *ITAR* 83, I, 3479) degli atti sindacali emanati in esercizio delle funzioni trasferite al comune, con affermazione di un dovere di ottemperanza del sindaco (Cons. St., Sez. IV, n. 221/90, *Cons. Stato* 90, I, 396; T.A.R. Umbria, n. 92/88, *F. amm.* 89, 1129; T.A.R. Lombardia, Sez. Brescia, n. 743/87, *F. amm.* 88, 957; T.A.R. Lombardia, Sez. Brescia, n. 359/85, *F. amm.* 86, 1101; T.A.R. Abruzzi, Sez. L'Aquila, n. 92/84, *R. g. pol. loc.* 85, 366; T.A.R. Lazio, Sez. II, n. 260/83, *F. amm.* 83, I, 1414) e resta al **Ministro degli Interni un potere di direttiva** a mezzo del commissario del governo (art. 19, co. 4°: che Corte cost. 77/87 ha ritenuto conforme agli artt. 5 e 128 Cost.; articolo poi in parte abrogato per talune competenze dall'art. 164, co. 1°, lett. d, d. lgs. 112/98). ■ Non sono più considerati afferenti alla sicurezza pubblica, ma rientrano nella sanità (con fini di reinserimento sociale) i poteri del sindaco attribuiti dalla l. 13 maggio 1978, n. 180 nei confronti dei **malati di mente** (Corte cost. 211/88) relativamente ai quali la disciplina dei trattamenti sanitari obbligatori è dettata dagli artt. 34 e 35, l. n. 833/78 di riforma sanitaria (ma v. *infra*). ■ In **materia sanitaria** sono molti i poteri conferiti al sindaco dal t.u.l.p.s., dal r.d. n. 45/1901 e dalla l. n. 833/78, di riforma sanitaria, di cui permane il dubbio se non siano stati a questo attribuiti nella qualità di capo dell'amministrazione locale, con applicazione dell'art. 50, co. 4°, e non dell'articolo in commento. ■ In via esemplificativa occorre ricordare - oltre il potere di ordinanza contingibile ed urgente (su cui *infra* Sez. II) ora attribuito in materia sanitaria e di igiene in qualità di organo dell'amministrazione locale (*sub* art. 50) - l'attribuzione al sindaco del potere di disporre i **trattamenti sanitari obbligatori** di cui all'art. 33, l. n. 833/78 (da ultimo Corte cost. 307/90 sulla risarcibilità dei danni da vaccinazione; PRINCIGALLI-PONZANELLI, *F. it.* 90, I, 2694; NESPOR, *Corriere giur.* 90, 1018; PORTIGLIATTI BARBOS, voce *Diritto di rifiutare le cure*, *D. disc. pen.*, IV, 22s.; GRASSI RUGGIANO, *Quest. giust.* 90, 422; T.A.R. Friuli Venezia Giulia, n. 141/89, *F. amm.* 89, 2146, che ritiene legittima l'ingiunzione ai genitori di presentare il figlio minore per la vaccinazione), l'**autorizzazione sanitaria all'apertura di esercizi commerciali** (T.A.R. Lazio, Sez. II, n.

83/87, *F. amm.* 87, 1921, che la ritiene presupposto del rilascio della licenza commerciale) e alla gestione di laboratori di analisi (T.A.R. Lazio, Sez. Latina, n. 583/88, che ha ritenuto illegittima la revoca dell'autorizzazione per ragioni urbanistiche), le licenze di abitabilità di cui all'art. 221 t.u.l.san., i poteri di chiusura e trasferimento delle industrie insalubri di cui agli artt. 216 e 217 t.u.l.san. (C pen. 7-2-1996, *R. pen.* 96, 468; C pen. 27-1-1996, *R. pen.* 96, 468; per un caso particolare di ordine di disattivazione di risaia: T.A.R. Piemonte, Sez. II, n. 63/86, *G. agr.* 87, 126), i poteri in materia di inquinamento atmosferico ex art. 6, co. 1°, d.p.r. 15 aprile 1971, n. 322 (Cons. St., Sez. V, n. 1322/96, *F. amm.* 96, 3260 e Cons. Stato 92, I, 1624; T.A.R. Lazio, Sez. II, n. 1346/87, *F. amm.* 88, 1046 che afferma che il potere del sindaco non è escluso dall'art. 20, co. 2°, l. n. 615/66; Cons. St., Sez. VI, n. 136/82, *F. it.* 82, III, 236, nt. FERRARA) su cui di recente è intervenuta anche la disciplina stabilita dal nuovo codice della strada (*sub* art. 14), infine l'autorizzazione ex art. 8, d.p.r. 10 settembre 1982, n. 915 per l'esercizio di attività di demolizione. ■ Ai vigili sanitari per l'esercizio delle funzioni di cui all'art. 91, co. 3°, t.u.l.san., «sono attribuite le facoltà spettanti per legge ai vigili urbani» (art. 91, co. 4°, cit.) ed il prefetto può attribuire ai dipendenti del servizio sanitario nazionale, con tali funzioni di vigilanza sanitaria, la qualifica di agente di pubblica sicurezza ai sensi dell'art. 91, co. 4°, cit. e dell'art. 5, l. 7 marzo 1986, n. 65 (Cons. St., Sez. I, n. 922/86, Cons. Stato 88, I, 1123).

III. Funzioni di pubblica sicurezza e polizia giudiziaria e la vigilanza sulla sicurezza e l'ordine pubblico. ■ Letteralmente le funzioni indicate dalla norma in commento (co. 1°), sono distinte nettamente dal legislatore in quattro elencazioni differenti di cui occorre chiarire le relazioni. ■ Il sindaco in materia di sicurezza pubblica emana gli atti attribuiti da leggi e regolamenti (lett. b), svolge le funzioni affidategli dalla legge (lett. c) e vigila informando il prefetto (lett. d). In materia di ordine pubblico il sindaco emana gli atti che gli sono attribuiti da leggi e regolamenti (lett. b) e vigila informando il prefetto (lett. d). In materia di polizia giudiziaria svolge le funzioni affidategli dalla legge (lett. c). ■ Se si ritiene che l'emanazione degli atti e lo svolgimento delle funzioni siano prescrizioni che in definitiva non conferiscono al sindaco poteri diversi, si può concludere che sicurezza e ordine pubblico hanno lo stesso trattamento giuridico, mentre diversi appaiono i poteri attribuiti al sindaco in materia di polizia giudiziaria, ove manca ogni riferimento alla potestà regolamentare (solo funzioni attribuite dalla legge) e non

compare il dovere di informativa del prefetto, poiché nella materia tale dovere è assorbito dall'attività che ha come destinataria l'autorità giudiziaria (art. 347 c.p.p.). ■ Il sindaco è ufficiale di polizia giudiziaria ove non sia istituito un commissariato di Polizia di Stato, ovvero un comando dell'Arma dei carabinieri, ovvero della Guardia di Finanza (art. 57, co. 1°, lett. c, c.p.p.). ■ Lo svolgimento di funzioni in materia di sicurezza pubblica e di ordine pubblico richiama l'attribuzione al sindaco (l. 1° aprile 1981, n. 121, art. 15, co. 2°; t.u.l.p.s., art. 1, co. 4°) delle funzioni di autorità locale di pubblica sicurezza la quale è operante (a differenza delle funzioni di polizia giudiziaria) nei comuni in cui non è istituito il commissariato di Polizia di Stato (per la disciplina precedente: C pen. 20-6-1978, *Cass. pen.* 78, 1547, secondo cui l'ignoranza delle disposizioni che individuano il sindaco come ufficiale di pubblica sicurezza non scusano ai sensi dell'art. 5 c.p., ma si veda in generale sull'art. 5 c.p. la successiva Corte cost. 364/88 e Corte cost. 325/89). ■ Il dovere di comunicare all'autorità locale di pubblica sicurezza (art. 12, d.l. 21 marzo 1978, n. 59, conv. l. 18 maggio 1978, n. 191) la cessione della proprietà, o godimento di un fabbricato, ove manchi un commissariato, va assolto con atto rivolto al sindaco in tale qualità, secondo le formalità relative che non tollerano equipollenti, o dichiarazioni implicite fondate su altri atti rivolti al Comune (C 90/7333 ha negato un tale valore all'iscrizione dell'acquirente ai registri dello stato civile; C 90/7228 nega tale valore ad una denuncia rivolta al questore). ■ I vigili urbani sono agenti di polizia giudiziaria (art. 57, co. 2°, lett. b, c.p.p.) alle dirette dipendenze (artt. 56, 58 e 59 c.p.p.) degli organi giudiziari e del sindaco nella qualità di ufficiale di polizia giudiziaria (art. 57, co. 1°, lett. c, c.p.p.; C pen. 20-1-1984, *R. giur. pol. loc.* 85, 502; C pen. 7-2-1984, *Giust. pen.* 84, II, 402; cfr. C pen. 2-12-1985, *Giust. pen.* 86, III, 584; C pen. 17-2-1981, *Cass. pen.* 83, 1358; T.A.R. Piemonte, Sez. I, n. 257/88, *R. g. pol. loc.* 88, 786; T.A.R. Emilia Romagna, Sez. Bologna, n. 1/83, *ITAR* 83, I, 1392).

SEZIONE II

Il potere contingibile ed urgente

I. Osservazioni generali: i rapporti con gli altri poteri di necessità e urgenza. ■ Il potere del sindaco di emanare ordinanze contingibili ed urgenti è una specificazione del più generale potere amministrativo di ordinanza di necessità ed urgenza (CAVALLO PERIN, *Potere di ordinanza e principio di legalità*, Milano, 1990, 348s.; ID., *Dir. am.* 05, 777s.; ID., voce *Ordinanza (dir.*

amm.), *Dizionario di diritto pubblico*, a cura di Cassese, 2006) che l'ordinamento ha da tempo attribuito ad alcuni organi della pubblica amministrazione (artt. 2 e 216, t.u.l.p.s.; 19, co. 3°, L. com. prov. 1934; art. 12, d.p.r. n. 915/82; art. 8, l. 8 luglio 1986, n. 349; artt. 7 e 8, l. 3 marzo 1987, n. 59; art. 84, co. 2°, l. 14 maggio 1981, n. 219; art. 1, d.l. 12 novembre 1982, n. 829, conv. in l. 23 dicembre 1982, n. 938). ■ Le ordinanze di necessità urgenza si distinguono dagli **atti necessitati** (M.S. GIANNINI, *G. compl. Cass. civ.* 48, XXVII, 388s.), poiché manca nella norma di legge attributiva del primo la definizione del contenuto che è presente negli atti necessitati – che sono perciò nominati (ad. es. art. 71, l. 25 giugno 1865, n. 2359 e succ. mod.) – ma entrambi i poteri hanno in comune il presupposto di necessità ed urgenza. ■ Entro la definizione del potere (su cui v. *infra* § II) di ordinanza di necessità ed urgenza – che è detto a contenuto indeterminato o innominato –, si è riservata la tradizionale denominazione di **contingibile ed urgente** a quello attribuito al sindaco e al prefetto (ex art. 20, L. com. prov. 1934, poi al presidente della giunta regionale per la sola sanità ai sensi dell'art. 32, l. 23 dicembre 1978, n. 833) nelle materie di «**polizia locale, edilizia ed igiene**» che erano le stesse in cui la legge attribuiva ai comuni la potestà regolamentare con spiccati connotati di autonomia (in tal senso letteralmente l'art. 153, l. com. prov. 1915 «nelle materie di cui al n. 9 dell'art. 217»). ■ Tale competenza del sindaco era già stata, seppure non pacificamente, ricondotta alla **qualità di ufficiale del governo** (per tutti: MARCHI, *Gli uffici locali dell'amministrazione generale dello Stato*, in *Trattato Orlando*, II, 1907, 383s.; FAGIOLARI-PRESUTTI, *Commento sistematico della legge comunale provinciale*, II, 1914, 133s.; SORO DELITALA, *Le attribuzioni del sindaco come ufficiale di governo*, *Il Filangeri*, 1889, I, 400s.; FORTI, *Sulle attribuzioni del sindaco come ufficiale di governo*, in *nota a: Cassazione Roma*, 18 marzo 1904, *G. it.* 1905, I, 1, 15; contro: Cons. St., Sez. IV, n. 605/85, *F. it.* 85, III, 461 nt. BARONE) poiché, poteri così penetranti in particolare nei confronti della proprietà privata, un tempo venivano riservati agli organi statali periferici che parevano offrire maggiori garanzie di tutela dei diritti dei cittadini, stante la ritenuta soggezione gerarchica di essi al governo centrale. ■ Le norme attributive del potere di ordinanza sono accresciute negli ultimi venticinque anni, allargando il numero degli organi che ne sono titolari (presidente della giunta regionale, presidente della provincia), talvolta precisando o ridefinendo i motivi o le materie di intervento degli organi che per tradizione hanno rappresentato il potere in esame (sindaco, prefet-

to), con innovazioni su cui da ultimo è intervenuta la stessa riforma della presidenza del consiglio dei ministri e dei ministeri, ed una disposizione di ordine generale sul riparto di competenza tra organi statali ed organi del sistema delle autonomie locali, a commento del quale si offre una **ricostruzione dei rapporti tra il potere contingibile ed urgente del sindaco ed altri organi dell'amministrazione statale, regionale e degli altri enti locali** (sub art. 50).

II. Limiti costituzionali e principi dell'ordinamento. ■ La Corte costituzionale si è occupata più volte del potere di ordinanza di necessità ed urgenza (Corte cost. 8/56 e Corte cost. 26/61, con riferimento all'art. 2 t.u.l.p.s.; Corte cost. 4/77, per l'art. 20, L. com. prov. 1934; Corte cost. 100/87 per l'art. 4, d.l. 27 febbraio 1982, n. 57, conv. in l. 29 aprile 1982, n. 187; Corte cost. 201/87 e 617/87 con riferimento all'art. 8, l. n. 59/87; Corte cost. n. 127/95, con riferimento agli artt. 2 e 5, l. 24 febbraio 1992, n. 225) affrontando i problemi che hanno impegnato la dottrina e la giurisprudenza subito dopo l'entrata in vigore della Costituzione repubblicana; due volte specificatamente del potere contingibile ed urgente (Corte cost. 4/77; Corte cost. 127/95). ■ Tre questioni principali sono state affrontate dalla Corte: a) la natura e l'efficacia (forza) delle ordinanze (legislativa, o amministrativa); b) i limiti imposti dalle riserve di legge; c) l'inderogabilità dei principi dell'ordinamento giuridico. ■ La prima, relativa alla definizione della natura e dell'efficacia (forza) degli atti emanati dalla autorità amministrativa in esercizio del potere di ordinanza, scaturiva dal dubbio che gli atti stessi potessero assurgere a vere e proprie **fonti dell'ordinamento** ove caratterizzati dall'astrattezza e dalla generalità, o secondo altra teoria dalla innovatività (a favore A.M. SANDULLI, *Manuale*, XV^a ed., 67 e 69, spec. 75; T.A.R. Campania, Sez. I, n. 175/87, *F. it.* 89, III, 117) con riconoscimento alle ordinanze della **forza di legge** (RESTA, *Normazione d'urgenza: i poteri del Commissario straordinario per il terremoto*, Padova, 1963) in evidente contrasto con quanti ritengono che nel nostro ordinamento tale qualità ed efficacia (legislativa) sia conferita agli atti giuridici solo dalla Costituzione (ZAGREBELSKY, *Il sistema delle fonti del diritto*, Torino, 1984, 4s.). ■ Tale opinione non ha mai trovato sostegno nella **giurisprudenza della Corte costituzionale**, la quale ha sempre **negato** alle ordinanze di necessità ed urgenza la **forza di legge** ed il loro carattere di fonti primarie dell'ordinamento (Corte cost. 201/87, che respinge la questione di legittimità costituzionale proposta a latere di un conflitto di attribuzioni per l'eventualità che gli atti del commissario per il coordinamento della pro-

tezione civile possano considerarsi atti con forza di legge; Corte cost. 4/77; Corte cost. 26/61; Corte cost. 8/56; per statuizione implicita Corte cost. 617/87, ove si esclude che le ordinanze possano assumere i contenuti propri degli atti legislativi).

5 ■ La seconda questione risolta dalla Corte costituzionale è stata quella della compatibilità delle disposizioni di legge attributive del potere di ordinanza con le riserve di legge assolute e relative. La Corte *ha negato* l'ammissibilità di interventi del potere di ordinanza **in materie** che la Costituzione sottopone a **riserva di legge assoluta**, mentre per quelle coperte da riserva di legge **relativa** ha ritenuto possibile un intervento del potere di ordinanza in esame, purché «risultino (in conformità ai pronunciamenti della Corte stessa in ordine all'art. 23 Cost.) adeguate limitazioni utili a consentire un sindacato giurisdizionale sulle ordinanze emanate dalla pubblica

6 amministrazione». ■ Ai sensi dell'art. 113, co. 1°, Cost. il **sindacato giurisdizionale** contro gli atti della pubblica amministrazione è sempre ammesso (avanti al giudice ordinario o amministrativo) per la tutela dei diritti soggettivi e degli interessi legittimi, sicché qualsiasi limitazione processuale di tale sindacato giurisdizionale risulta in contrasto con le garanzie offerte dall'indicato articolo costituzionale (Corte cost. 100/87; nonché Corte cost. 4/73; 13/71), senonché ancora prima occorre rilevare che un sindacato giurisdizionale è possibile solo nei limiti di una **disciplina di diritto sostanziale** di definizione dei requisiti di validità dell'atto amministrativo, la quale è imposta al legislatore dalle diverse disposizioni costituzionali che impongono **riserve di legge**.

7 ■ Riserve di legge e sindacabilità giurisdizionale sono dunque due limiti al potere in esame che secondo la Corte costituzionale definiscono la compatibilità di esso con l'ordinamento costituzionale. ■ Le riserve di legge relative impongono al legislatore di stabilire sia **limiti di esistenza** del potere di ordinanza con ridefinizione dei diritti soggettivi (norme di relazione), sia la **disciplina d'esercizio** del potere stesso (norme di azione; per il potere di ordinanza C.s.u. 87/8054; sulla distinzione in generale: GUICCIARDI, *La giustizia amministrativa*, III^a ed. rist., 1957, spec. 7s., 19s.; ALB. ROMANO, *Giurisdizione amministrativa e limiti della giurisdizione ordinaria*, Milano, 1975, spec., 75s., 155,

9 162, 164). ■ La distinzione sopra indicata è di interesse poiché diversa è stata la valutazione dei limiti imposti dalla riserva di legge per i due settori normativi: nel primo le definizioni di esistenza del potere in legge, o in atti ad essa equiparati, sono essenziali ed insostituibili (DI GIOVINE, *Introduzione allo studio della riserva di legge*, Torino, 1970, 167; FEDELE, *Rapporti civili*, in

Commentario alla Costituzione (art. 23), a cura di Branca, 1978, 99-105, sp. nt. 16s.; TOSATO, *Scritti in onore di G. Ambrosini*, III, 1970, 2130s.; Corte cost. 12/60; 4/62; 39/63; 55/63; 56/72; 93/63; per un caso di prestazioni alternative, ma determinate Corte cost. 144/72), ove nel secondo il legislatore pare piuttosto tenuto a garantire comunque una **normativa di azione** scritta ove la stessa non sia, per regolamento o norme istituzionali (*jus non scriptum* da cui il vizio di eccesso di potere), sufficiente a consentire la sindacabilità giurisdizionale dell'esercizio del potere. ■ Si è precisato che la sindacabilità dell'atto amministrativo può attuarsi in forza di discipline astratte (a favore: MERZ, *R. trim. d. pubbl.* 76, 1397-1398; CRISAFULLI, *G. cost.* 82, 134, 138), o concrete (Corte cost. 103/87; 301/83; 201/75; 39/63; 78/58), cioè poste da norme legislative o regolamentari (astratte), oppure in forza di principi istituzionali, tra cui rileva il vizio di eccesso di potere in particolare attraverso le c.d. «figure sintomatiche» (in tal senso Corte cost. 26/61: «Per tutto ciò che non attiene agli elementi essenziali per individuare, sotto il profilo soggettivo od oggettivo, la prestazione, il legislatore può dunque rimettere ad atti diversi dalla legge la disciplina della prestazione stessa»). ■ 11 Riserva di legge relativa (e principio di legalità in senso sostanziale) impongono, dunque, che la prestazione imposta con atto amministrativo trovi la sua definizione in legge: nessuna limitazione ai diritti dei cittadini è possibile se non sussista una «*interpositio legislatoris*» in ordine a quella parte del contenuto dell'atto che individua il potere nei rapporti con i diritti soggettivi (norme di relazione), indipendentemente da un suo corretto esercizio per ogni caso concreto (ALB. ROMANO, *op. loc. cit.*). ■ Individuati il minimo d'enunciati che il legislatore deve esprimere affinché un potere sia considerato esistente in capo alla pubblica amministrazione secondo l'indicato principio di riserva di legge relativa (e di legalità sostanziale), si deve ricordare che le disposizioni attributive di poteri d'ordinanza, in sé considerate, nulla direttamente esprimono in ordine al contenuto dell'atto di necessità e urgenza, sicché si dovrebbe concludere che in esse manca «l'*interpositio legislatoris*» richiesta dalla riserva di legge relativa. ■ Occorre precisare tuttavia che l'efficacia derogatoria delle disposizioni attributive del potere d'ordinanza opera sì nei confronti di tutti i poteri tipici attribuiti dall'ordinamento alla pubblica autorità, ma con riferimento ai soli enunciati che le stesse esprimono. ■ I presupposti, il fine di interesse pubblico, la competenza, il procedimento di ogni singolo potere tipico sono derogati in forza della disposizione attributiva del potere di ordinanza che de-

finisce diversi presupposti, altra competenza, l'eliminazione di vincoli procedurali generali e astratti, ecc., con la conseguenza di vedere richiamato in capo all'organo titolare del potere di ordinanza la posizione d'autorità (potere) senza vincoli al suo esercizio diversi da quelli indicati dalla disposizione attributiva del potere di ordinanza (BARTOLOMEI, *Il potere di ordinanza e le ordinanze di necessità*, Milano, 1979, 131), poiché lo stesso è stato ideato per provvedere senza vincoli prestabiliti, ma in ragione dell'urgenza e delle contingibilità del momento. ■ È anzitutto possibile affermare che la disposizione attributiva del potere di ordinanza **definisce per relationem i propri contenuti di esistenza del potere**, recependo tutte le «norme di relazione» dedicate dall'ordinamento per attribuire poteri alla pubblica amministrazione, con conseguente soddisfazione in tale quadro interpretativo della richiesta *interpositio legislatoris* imposta dalle ri-

15 serve di legge previste dalla Costituzione. ■ Fra tali norme di relazione occorre ricordare anzitutto quelle leggi (ad es.: L. com. prov. 1934, t.u.l.san., t.u.l.p.s.) in cui i diritti soggettivi (di proprietà, di iniziativa economica privata, ecc.) trovano ridefinizione rispetto a quanto stabilito nei rapporti fra privati, indicando limiti ed obblighi a tutela delle collettività (salubrità delle produzioni industriali, sicurezza degli edifici, ecc.), la violazione dei quali in una situazione contingibile ed urgente (v. *infra* § IV) legittima il sindaco a ordinare che comportamenti, od omissioni, non conformi a tali limiti siano in concreto (divieti, ordini) ricondotti all'osservanza di ciò che l'ordinamento (nel suo complesso) considera diritto soggettivo o, come si diceva un tempo, a impedire al titolare un «**abuso del suo diritto**». ■ Per altre **ordinanze (con contenuto ablatorio)** occorre rilevare che vi sono «norme» che contribuiscono a completare le disposizioni attributive del potere in esame, abilitando il sindaco ad emanare atti che sottraggono utilità che appartengono agli amministrati con favore per la collettività locale. ■ Le più importanti sono l'art. 7, l. cont. amm., che fonda, salvo indennizzo, il potere della pubblica amministrazione di **disporre della proprietà privata** con favore per qualsiasi interesse pubblico (Cons. St., a. pl., n. 21/83, *F. it.* 84, III, 68), cui si aggiunge l'art. 258, t.u.l.san., che riconosce il potere della pubblica amministrazione di imporre **prestazioni di facere** conformi alla propria «condizione, arte o mestiere». ■ Le due norme non sono eguali, poiché diverso è il modo di interagire delle stesse con la disposizione attributiva del potere di ordinanza contingibile ed urgente. ■ Nel primo – ove il potere di ordinanza ha ad oggetto il diritto di proprietà – la previsione *ex lege* individua già in via

16

17

18

19

20

generale e astratta ogni possibilità di ablazione delle facoltà del diritto stesso: ogni interesse pubblico che in concreto l'organo amministrativo intenda tutelare è già considerato prevalente dalla legge rispetto al diritto di proprietà. ■ Nel secondo che ha ad oggetto ordini di *facere* (es. art. 258, cit.) invece non pare possibile individuare a priori quali diritti soggettivi potranno essere coinvolti dal contenuto concreto dell'ordinanza contingibile ed urgente, poiché la previsione *ex lege* del tipo di prestazione imposta (art. 258 cit., ed altre consimili: art. 652 c.p.; art. 33, r.d. 3 dicembre 1923, n. 3267; art. 8, 10, r.d. 2 settembre 1919, n. 1915; art. 1113 c. nav.), ancorché sia necessaria per la verifica della conformità in astratto (conformi alla propria «condizione, arte o mestiere») non individua alcun diritto soggettivo, né gli interessi pubblici che possono ritenersi prevalenti. ■ Il **limite dei principi dell'ordinamento giuridico** assolve alla funzione di **selezione ulteriore** del contenuto di esistenza del potere, con riferimento alla prestazione in concreto imposta, affermando, o negando, la conformità del giudizio di valore fatto valere con l'ordinanza rispetto a quello espresso dall'ordinamento con i principi. ■ Tale esigenza di ulteriore verifica si evidenzia proprio nelle **prestazioni di facere** imposte con ordinanza (es. precettazioni) ove all'evidenza manca *ex lege* l'individuazione delle posizioni soggettive (pubbliche e private) contrapposte e il relativo giudizio di prevalenza utile a dare fondamento (generale e astratto) ad ogni prestazione di *facere* imposta a soddisfazione di interessi pubblici, non molto diversamente dalle ordinanze che – oltre a incidere sul diritto di proprietà (di cui si è risolto in via generale e astratta ogni conflitto con beni pubblici: art. 7, l. cont. amm.) –, coinvolgono anche altri diritti dei destinatari, come nel caso di requisizione di alloggi occupati, nel quale oltre al diritto di proprietà assumono rilevanza giuridica i diritti degli occupanti (Cons. St., Sez. IV, n. 1472/00, *Cons. Stato* 00, I, 612; T.A.R. Lazio, Sez. II, n. 430/85, *F. it.* 85, III, 316; C s.u. 91/8636). ■ In tali casi solo in ragione del contenuto concreto che assumerà l'ordinanza è possibile individuare anzitutto i diritti soggettivi coinvolti e gli interessi pubblici che l'amministrazione ha voluto tutelare nonché verificare se tale **giudizio di prevalenza, in concreto espresso dall'amministrazione con l'ordinanza, sia conforme al giudizio di valore espresso dall'ordinamento nel suo complesso (principi dell'ordinamento giuridico)**. ■ La necessità di procedere ad una verifica *ulteriore* a mezzo del **processo interpretativo dei principi dell'ordinamento giuridico** si pone ogniqualvolta il conflitto fra interessi tutelati in norme di pari grado non sia risolto di-

21

22

23

24

25

rettamente dalla legge, sicché dello stesso appare necessaria una definizione che **in concreto** riconduca **ad unità l'ordinamento giuridico** (ZAGREBELSKY, *Il sistema delle fonti...*, cit., 76-77, 80-81, 229-230; PERLINGERI, *Rass. d. civ.* 85, 1008-1010; GIANNINI, *L'interpretazione dell'atto amministrativo*, Milano, 1939, 131). ■ I principi dell'ordinamento giuridico – come metodo interpretativo di risoluzione dei conflitti fra beni giuridici tutelati in norme scritte di pari grado e non risolti in via generale e astratta dalla legge – valgono a riportare alla luce le concrete (non astratte) **scelte di valore** che necessariamente sono **contenute in ogni ricostruzione dell'ordinamento in favore della sua unità**. ■ Dalla **riserva di legge** deriva (principio di legalità) che il potere di ordinanza di necessità e urgenza è **giuridicamente inesistente in astratto ove manchi in legge il «tipo» di prestazione che è stata imposta, mentre i principi delimitano in concreto l'esistenza del potere** pubblico, in ragione della ricostruzione ad unità dell'ordinamento giuridico, risolvendo i conflitti fra posizioni soggettive non risolte in via generale e astratta dalla legge.

28 ■ Con il limite dei **principi** la relazione fra beni tutelati in norme di pari grado è demandata a **giudizi relazionali che di volta in volta** l'ordinamento si riserva di esprimere per singoli casi concreti, in ragione delle sue evoluzioni e della diversa composizione dei beni in conflitto, senza pervenire a scelte di valore che si ritengano elette una volta per tutte a prescindere dal caso concreto (generalità e astrattezza).

29 ■ L'unità dell'ordinamento è dunque imposta attraverso il limite dei principi, cioè da quelle interpretazioni che delle singole disposizioni devono essere offerte per la convivenza di interessi giuridicamente riconosciuti in norme di pari grado (disposizioni di legge ordinaria o costituzionale), i cui eventuali conflitti sono risolti in base ad una scelta di valore che si esprime per il solo caso concreto. ■ Riserva di legge e principi dell'ordinamento giuridico contribuiscono dunque entrambi, seppur in diversa guisa, a delimitare i contenuti di esistenza del potere di ordinanza: il limite della riserva relativa di legge è soddisfatto per gli elementi di esistenza del potere con la previsione astratta del «tipo» di prestazione imposta, sicché l'esistenza del potere in astratto è data dalla conformità del contenuto dell'ordinanza a tale previsione in legge, cui si aggiunge il giudizio relativo all'esistenza del potere in concreto che è dato dalla conformità del contenuto dell'ordinanza ai principi dell'ordinamento.

30 ■ In base alle regole che presiedono al riparto di giurisdizione nel nostro ordinamento (art. 2, l. cont. amm.) l'accertamento della conformità della prestazione imposta al tipo legislativo

(richiesto dalla riserva di legge) e ai principi dell'ordinamento giuridico **spetta alla giurisdizione del giudice ordinario**, salva la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo (C s.u. 87/8054; C s.u. 75/2986; C s.u. 78/74; C s.u. 72/2693; C s.u. 74/3500; C s.u. 74/03; con riferimento invece al giusto destinatario dell'atto: Cons. St., Sez. V, n. 1464/97, *Cons. Stato* 97, I, 1690; C s.u. ord. 03/341; C s.u. 04/11022; C s.u. 86/4012; C s.u. 79/5428; in ordine all'assenza di un formale provvedimento: C s.u. 93/1151; C 92/12727; C s.u. 72/2693; per insufficienza della perizia del genio civile a costituire provvedimento; richiedono la forma scritta: C pen. 9-11-1994, *Giust. pen.* 95, II, 703; C 57/1127; C 56/1702; ma ammette la **forma orale** C 53/2343, su forma si v. *infra* § V) o di **altro giudice speciale** (afferma la propria giurisdizione: Trib. Sup. Acque Pubbl., n. 33/89, *Cons. Stato* 89, II, 647). ■ Entrambi i limiti indicati vanno osservati ed insieme consentono al potere di ordinanza di rimanere nella legalità (Corte cost. 26/61). ■ I **principi** dell'ordinamento giuridico, in tal senso intesi, **non costituiscono mai «l'interpositio legislatoris»** in ordine agli elementi di esistenza del potere d'ordinanza che il limite delle riserve relative di legge impone come condizione necessaria per la compatibilità con ciò che la dottrina ha denominato principio di legalità in senso sostanziale, né è possibile che i principi, comunque intesi, siano essi soli la misura della compatibilità con l'ordinamento senza tenere più in alcun conto che è imposta dalla Costituzione la predeterminazione in legge del contenuto astratto del «tipo» di prestazione imposta (Corte cost. 26/61; Cons. St., Sez. I, n. 1207/02, *Cons. Stato* 02, I, 1450, ravvisa l'illegittimità dell'ordinanza sindacale che vieta l'accesso ai luoghi sacri e di culto ai non professanti la religione cristiana in ragione della «necessità di salvaguardare i valori cristiani dall'incessante contaminazione di altre religioni» per violazione del divieto di discriminazione religiosa e dei principi di eguaglianza delle confessioni religiose e di libertà di religione di cui agli art. 3, 8 e 19 Cost.).

III. Competenza e rapporti con altri organi. ■ 1 La **norma attributiva del potere** di ordinanza di necessità e urgenza **attrae** (CAVALLO PERIN, nt. a T.A.R. Campania, Sez. I, n. 175/87, *F. it.* 89, III, 117) in capo all'organo ivi definito **tutti i poteri attribuiti dalla legge alla pubblica amministrazione**, derogandoli di ogni determinazione specifica sui presupposti, sul fine di interesse pubblico, sulla forma e sul procedimento. ■ Alcuni **problemi** sorgono nei casi in cui l'attrazione di competenza avvenga fra **organi** che appartengono ad enti cui l'ordinamento ha voluto riconoscere una **posizione di autonomia costituzional-**

mente tutelata, come negli artt. 104, co. 1°, 105, 107, co. 1° e 2°, 110 Cost., per l'organizzazione giudiziaria (su cui Pizzorusso ed altri in osservazioni a T.A.R. Campania, Sez. I, n. 175/87, *F. it.* 89, III, spec. 120) e negli artt. 114s. Cost. per alcune disposizioni a tutela delle autonomie locali (per un conflitto di attribuzioni fra Stato e regioni: Corte cost. 127/95; Corte cost. 201/87 su cui BORGONOVO RE-GIAMPINETTO, *R. g. amb.* 87, 334; nonché le considerazioni svolte in *F. it.* 88, I, 3538) in cui si configurano organi e competenze amministrativi tutt'affatto particolari e non sostituibili da altri organi della pubblica amministrazione (Cons. St., Sez. IV, ord. n. 1374/01, *Cons. Stato* 01, I, 430; Cons. St., Sez. V, n. 580/01, *F. amm.* 01, 427). ■ Le ipotesi da ultimo indicate paiono delineare un'**incompetenza assoluta** (o difetto di attribuzioni) ove gli organi titolari del potere di ordinanza tentino di richiamare a sé poteri che l'ordinamento (Costituzione o leggi) ha voluto inderogabilmente attribuiti a determinati organi della pubblica amministrazione (Cons. St., Sez. I, n. 1313/03, *Cons. Stato* 03, I, 1834, ove il Sindaco, vietando l'atterraggio di aerei militari presso l'aeroporto di Falconara in occasione del conflitto in Iraq, è intervenuto in una materia – politica estera, rapporti internazionali, difesa, forze armate – di competenza statale esclusiva, riservata ad organi costituzionali), cui si debbono aggiungere – come casi che sinora possono dirsi di scuola (ma si v. T.A.R. Friuli Venezia Giulia, n. 141/89, *F. amm.* 89, 2146, che afferma la legittimità dell'ordine contingibile ed urgente di presentare il figlio minore per l'effettuazione di vaccinazioni obbligatorie) – le ipotesi di poteri attribuiti ad **organi giurisdizionali**. ■ Diversa è l'ipotesi di ordinanze contingibili ed urgenti che – lungi dal risolvere una controversia giurisdizionale – dispongono in via temporanea a tutela di determinati interessi pubblici in pericolo, con un effetto di favore (in fatto) per una delle parti in causa (art. 8, l. cont. amm.), poiché la giurisprudenza afferma l'**irrilevanza dei rapporti civilistici** sottostanti all'emanazione dell'ordinanza (Cons. St., Sez. I, n. 618-88/92, *Ragiusan* 92, fasc. 118, 44; con riferimento al potere di requisizione: T.A.R. Lazio, Sez. II, n. 398/89, *ITAR* 89, I, 1140; T.A.R. Lazio, Sez. II, n. 36/75, *ITAR* 75, I, 484; Cons. St., Sez. V, n. 938/55, *F. it.* 55, III, 235; Cons. St., Sez. IV, n. 295/55, *Cons. Stato* 55, I, 440; Cons. St., Sez. V, n. 318/61, *ivi* 61, I, 1207; Cons. St., Sez. V, 19-6-1942, *F. amm.* 42, I, 2, 249). ■ Sempre fra i casi di incompetenza assoluta dovrebbe rientrare l'ipotesi in cui **organi diversi da quelli titolari del potere di ordinanza** pretendano di esercitare il potere stesso, senza essere titolari di alcun potere nella materia di intervento dell'or-

dinanza. ■ L'eventuale invasione di poteri **legislativi** si risolve invece normalmente nella violazione del limite delle riserve di legge e dei principi dell'ordinamento giuridico (*supra* § II). ■ L'incompetenza in materia di ordinanze contingibili ed urgenti è più frequente tuttavia come **incompetenza relativa**, sia nei confronti di organi non titolari di poteri di ordinanza, ma con poteri nella materia di intervento, sia nei confronti del prefetto, presidente della giunta regionale, ecc. cui la legge ha attribuito tale potere *seppur per materie, o limiti territoriali diversi* (Cons. St., Sez. V, n. 1086/01; T.A.R. Piemonte, Sez. I, n. 1067/05 afferma che l'adozione di provvedimenti di salvaguardia di beni culturali spetta esclusivamente alla Soprintendenza per i beni culturali e non al sindaco né ex art. 50, co. 5°, né ex art. 54, co. 2°; C. pen. 13-8-1996, *R. pen.* 96, 196; Cons. St., Sez. V, n. 369/90, *R. amm.* 90, 864; C.G.A.Sic., n. 359/89, *Cons. Stato* 89, I, 990; T.A.R. Piemonte, Sez. II, n. 510/89, *ITAR* 89, I, 3447, per un caso di incompetenza con riferimento ai poteri normativi del consiglio comunale; T.A.R. Lazio, Sez. II, n. 198/89, *ITAR* 89, I, 817; T.A.R. Lazio, Sez. II, n. 477/89, *ITAR* 89, I, 1535, per riparto di competenza fra regioni e comuni in ordine agli inquinamenti derivanti dagli impianti termici; T.A.R. Lazio, Sez. II, n. 75/89, *F. amm.* 89, 3143; T.A.R. Toscana, n. 513/87, e T.A.R. Veneto, Sez. II, n. 547/87, entrambe *R. g. amb.* 87, 352, nt. CERANA; T.A.R. Toscana, n. 642/87, *F. it.* 88, III, 519, che statuisce la illegittimità delle ordinanze amministrative di necessità e urgenza perché spetta agli organi dell'amministrazione centrale dello Stato stabilire la disciplina normativa sulla produzione e vendita dei sacchetti di plastica; contro Pret. di Cortona 22-11-1988, Pasqui ed altri c. Comune di Cortona, *F. it.* 89, I, 1999 che ritiene legittima tale ordinanza; AZZENA, *F. amm.* 87, 3362; GIAMPINETTO, *Corriere giur.* 87, 1089; Trib. Sup. Acque pubbl., n. 33/89, *Cons. Stato* 89, II, 647). L'**indicazione di materia** (sanità, igiene, edilizia, polizia locale) ove non si pretenda di configurarla come limite di esistenza del potere di ordinanza, e conseguente confusione con il limite dei principi dell'ordinamento giuridico (*supra* § II), contribuisce a definire la competenza dell'organo titolare del potere di ordinanza (oltre a T.A.R. Toscana, n. 642/87, cit.; Cons. St., Sez. V, n. 337/00, *Ragiusan* 00, fasc. 189, 120; Cons. St., Sez. IV n. 605/85, *F. it.* 85, III, 461; C.G.A.Sic., n. 155/71, *F. amm.* 78, I, 2029; C. 80/4883). ■ Il potere di ordinanza di necessità e urgenza ha una propria **articolazione di competenza tra organi** locali e regionali del sistema delle autonomie locali, nonché tra organi periferici e centrali dell'amministrazione dello Stato, che ha radici lontane, si è

evoluto in ragione delle vicende istituzionali del nostro ordinamento, e da ultimo ha trovato norme che lo disciplinano nel presente testo unico, di cui occorre offrire un'interpretazione per delineare gli organi che – nell'ordinamento vigente – mantengono la titolarità del potere in esame (sub art. 50).

- 1 **IV. La contingibilità e l'urgenza.** ■ Sono i presupposti dell'esercizio del potere di ordinanza in esame che la legge definisce attraverso il carattere dei provvedimenti («contingibili e urgenti»), con lessico che è differente da quello utilizzato in altre norme attributive del potere di ordinanza (art. 2 t.u.l.p.s.; art. 19, co. 3°, L. com. prov. 1934), ma che tradizionalmente contraddistingue l'attribuzione del potere di ordinanza di necessità ed urgenza del sindaco (art. 153, l. com. prov. 1915; art. 55, L. com. prov. 1934; art. 32, l. n. 833/78; nonché si confronti la diversa definizione che compare nell'art. 19 e nell'art. 20, L. com. prov. 1934). ■ Il **significato** è stato chiarito dalla giurisprudenza secondo **tre fondamentali enunciati**, il primo dei quali letteralmente si distingue dalla «contingibilità» al punto da essere normalmente considerato come requisito a se stante. ■ Primo presupposto giuridico del potere di ordinanza è l'**inutilità dei poteri a contenuto predeterminato**: se sono utili i poteri «tipici» non c'è legittimo esercizio del potere di ordinanza e viceversa se può operare il potere di ordinanza è perché non sono previsti «mezzi» giuridici ordinari utili al raggiungimento del fine di interesse pubblico (Cons. St., Sez. V, n. 4368/04; Cons. St., Sez. V, n. 3646/03; Cons. St., Sez. V, n. 5423/02, *Ragiusan* 03, fasc. 227, 221; Cons. St., Sez. V, n. 1086/01; Cons. St., Sez. IV, n. 1844/99, *F. amm.* 99, 2416; Cons. St., Sez. V, n. 592/97, *Cons. Stato* 97, I, 735; Cons. St., Sez. VI, n. 1539/96, *Cons. Stato* 96, I, 1780; Cons. St., Sez. VI, n. 836/96, *G. it.* 96, III, 85; Cons. St., Sez. IV, n. 208/96, *Ragiusan* 96, fasc. 144, 98; C pen. 2-4-1996, *R. pen.* 96, 964; Cons. St., Sez. IV, n. 926/94, *Cons. Stato* 94, I, 1499; Cons. St., Sez. IV, n. 1098/93, *Ragiusan* 94, fasc. 118, 46; Cons. St., Sez. V, n. 443/93, *Cons. Stato* 93, I, 368; C pen. 21-10-1993, *Giust. pen.* 94, II, 622; Cons. St., Sez. V, n. 1322/92, cit.; C pen. 21-7-1992, *R. pen.* 93, 444; Cons. St., Sez. V, n. 332/90, *F. amm.* 90, 930; Cons. St., Sez. V, n. 132/92, *F. amm.* 92, 467; Trib. Sup. Acque, n. 62/91, *Cons. Stato* 91, II, 1917; Cons. St., Sez. V, n. 700/91, *Cons. Stato* 91, I, 741; Cons. St., Sez. V, n. 270/91, *Cons. Stato* 91, I, 437; Cons. St., Sez. V, n. 63/91, *Cons. Stato* 91, I, 49; T.A.R. Lazio, Sez. I, n. 431/92, *ITAR* 92, I, 1289; T.A.R. Sicilia, Sez. Catania, Sez. I, n. 689/91, *G. amm. sic.* 91, 620; C pen. 7-6-1989, *Cass. pen.* 90, I, 1808; T.A.R. Lazio, Sez. II, n. 198/89, *ITAR* 89, I, 817; T.A.R. Lazio, Sez. I, n.

1/89, *F. it.* 90, III, 242; T.A.R. Toscana, n. 642/87, *F. it.* 88, III, 519; per un caso di mancanza di mezzi finanziari del comune: Cons. St., Sez. IV, n. 334/86, *F. it.* 86, III, 321). ■ A rigore tale rapporto non può essere desunto dalla semplice definizione della situazione storico temporale presupposta (contingibilità), poiché involge un giudizio di inutilità sul contenuto tipico attribuito dalla legge ai singoli poteri nominati (e sugli altri strumenti di diritto privato che l'ordinamento attribuisce anche agli organi della pubblica amministrazione) che si distingue da un presupposto di fatto, ma che pone piuttosto il carattere residuale del potere di ordinanza contingibile ed urgente (così Corte cost. 617/87). ■ La contingibilità ha tradizionalmente significato non solo inutilità di poteri ordinari al fine proposti, ma altresì **pericolo per l'interesse che si evidenzia come pubblico** (Cons. St., Sez. I, n. 1021/03; Cons. St., Sez. V, n. 1448/96, *G. it.* 97, III, 121; Cons. St., Sez. VI, n. 1539/96, cit.; Cons. St., Sez. 563/96, *F. amm.* 96, 1532; C pen. 21-11-1993, cit.; Cons. St.; Sez. V, n. 443/93, cit.; Cons. St., Sez. V, 1322/92, cit.; Cons. St., Sez. V, n. 132/92, cit.; Cons. St., Sez. V, n. 332/92, cit.; T.A.R. Lazio, Sez. I, n. 1/89, cit.; in materia penale si vedano: C pen. 7-6-1989, imp. Greco, *R. pen.* 90, 390; Pret. di Sestri Ponente 22-2-1986, imp. Cornale, *F. it.* 87, II, 742; per meno recenti si veda: C 75/3832) anche se nella norma in esame il pericolo è ora rappresentato come fine del provvedimento («fine di prevenire ed eliminare gravi pericoli che minacciano l'incolumità dei cittadini»). ■ **Urgenza** (di provvedere) significa che il **pericolo deve essere attuale**, cioè non può essere differita la soddisfazione dell'interesse pubblico senza correre il rischio (possibilità) di intervenire quando il danno, in tutto o in parte, si sia già verificato (Cons. St., Sez. VI, n. 7266/03, *Urb. e app.* 04, 577; Cons. St., Sez. IV, n. 4627/01, *Cons. Stato* 01, I, 1994; Cons. St., Sez. V, n. 1904/01; Cons. St., Sez. V, n. 4568/00; Cons. St., Sez. IV, n. 6647/00: annulla l'ordinanza che intima l'immediata sospensione dell'esercizio dell'impianto di distribuzione di carburante poiché non può sussistere l'urgenza se la Regione ha in precedenza ritenuto di prorogare la concessione al fine di consentire il trasferimento dell'impianto entro i successivi due anni e la situazione è immutata; Cons. St., Sez. V, n. 1128/98, *R. g. ed.* 99, I, 109; Cons. St., Sez. V, n. 220/96, *Cons. Stato* 96, I, 222; C pen. 2-4-1996, cit.; Cons. St., Sez. IV, n. 208/96, cit.; Cons. St., Sez. V, n. 926/94, cit.; Cons. St., Sez. IV, n. 1098/93, cit.; Cons. St., Sez. V, n. 782/90, *Cons. Stato* 90, I, 1381; Cons. St., Sez. V, n. 332/90, cit.; Cons. St., Sez. V, n. 403/86, *Cons. Stato* 86, I, 1172; T.A.R. Calabria, Sez. I, n. 551/05, *Giust. amm.* 4/05;

- T.A.R. Emilia Romagna, Sez. I, n. 51/05, *Giust. amm.* 1/05; T.A.R. Toscana, Sez. III, n. 2085/05; T.A.R. Campania, Sez. IV, n. 1313/05; T.A.R. Campania, Sez. III, n. 126/86, *F. it.* 87, III, 297; T.A.R. Sicilia, Sez. Catania, Sez. II, n. 420/87, *ITAR* 87, I, 3189; T.A.R. Lombardia, Sez. Brescia, n. 680/84, *ITAR* 84, I, 3073; T.A.R. Emilia Romagna, n. 242/84, *ITAR* 84, I, 2667; T.A.R. Veneto, n. 100/84, *ITAR* 84, I, 1681). ■ L'urgenza del potere di ordinanza configura, in altri termini, una esposizione attuale dell'interesse pubblico al pericolo di un danno, da cui deriva l'impellenza di un intervento pubblico a sua difesa.
- 8 ■ Afferma il carattere contingibile ed urgente di una ordinanza *l'inutilità dei poteri amministrativi a contenuto determinato attribuiti dalla legge all'amministrazione per la tutela di interessi pubblici, sempreché gli stessi siano esposti ad un pericolo attuale*. ■ Oltre tale definizione si sono diffusi **convincimenti ulteriori** confortati da non pochi *obiter dicta* giurisprudenziali, che hanno offerto il pretesto ad ulteriori «caratteristiche essenziali» del potere di ordinanza, quali «**l'imprevedibilità, l'eccezionalità e la straordinarietà**» della situazione presupposta dal potere. ■ Se correttamente intesi tuttavia tali vocaboli **nulla aggiungono** a quanto è più propriamente precisato con il sopra delineato rapporto di esclusione fra poteri a contenuto determinato e potere di ordinanza: imprevista, eccezionale e straordinaria è la situazione che la legge non riesce a soddisfare con l'attribuzione alla pubblica amministrazione di poteri a contenuto predeterminato (C s.u. 02/490). ■ La diversa definizione ha in taluni casi portato a ritenere il «prevedibile non previsto» come un nuovo caso di illegittimità dell'esercizio del potere di ordinanza, anche ove - più semplicemente - difettava il presupposto di necessità e urgenza (Trib. sup. Acque pubbl., n. 4/80, *Cons. Stato* 80, II, 463; Cons. St., Sez. VI, n. 136/82, *F. it.* 82, III, 236; Cons. St., Sez. IV, n. 871/81, *F. amm.* 81, I, 2275; T.A.R. Valle D'Aosta, n. 40/80, *ITAR* 80, I, 3046;
- 12 T.A.R. Veneto, n. 1041/78, *ITAR* 78, I, 179). ■ Il rimprovero agli organi dell'amministrazione, che pare da condividere, è stato quello di aver **lasciato per anni la situazione immutata** senza aver tentato di dar soluzione al problema con i mezzi che l'ordinamento ha previsto in via ordinaria, ma tale costruzione rivela i propri effetti negativi ove è riuscita ad offuscare la vera ragione dell'illegittimità delle ordinanze (Cons. St., Sez. V, n. 1831/03; Cons. St., Sez. IV, n. 5721/02 ravvisa la legittimità delle ordinanze adottate dopo dieci anni dal verificarsi del fenomeno bradisismico, ove permanga la situazione di straordinaria urgenza che giustifica l'attribuzione al Commissario liquidatore della gestione

fuori bilancio del programma di adeguamento del sistema di trasporto intermodale nelle zone interessate da bradisismi *ex art. 11, co. 18°, l. 22 dicembre 1984, n. 887*). ■ In molti casi infatti si trattava di una illegittimità dettata dal contenuto non temporaneo dell'ordinanza (su cui *infra*) e per ciò solo illegittimo (Cons. St., Sez. V, n. 700/91 che perviene alla conferma della sentenza di primo grado modificando la motivazione).

■ In altri casi i concetti di «eccezionalità, straordinarietà, imprevedibilità» sono assurti ad una vera e propria **errata individuazione di una presunzione di inesistenza del presupposto di necessità e urgenza** del potere di ordinanza, poiché la circostanza che la situazione di fatto perdurasse da anni poteva essere in taluni casi sintomo della mancanza di ogni urgenza, o al contrario dell'inefficienza degli organi della pubblica amministrazione (su cui v. *infra* per l'attività colposamente inefficiente), sicché in definitiva l'accertamento doveva essere completato con altri elementi in fatto (e non basato su presunzioni) che dessero congrua dimostrazione dell'urgenza (T.A.R. Lombardia, Sez. Brescia, n. 246/89, *ITAR* 89, I, 1745). ■ Sotto il profilo teorico tale ridefinizione dei presupposti di esercizio del potere di ordinanza (straordinarietà, imprevedibilità, ecc.), ove utilizzata per sanzionare una **attività «colposamente inefficiente»** della pubblica amministrazione, vale ad importare da altri settori del diritto positivo (art. 2045 c.c.; art. 54 c.p.) l'ulteriore requisito della mancanza di una **«volontaria causazione»** (in tal senso: Cons. St., Sez. IV, n. 871/81, *F. amm.* 81, I, 2275; C pen. 2-4-1996, ove si afferma che le «eccezionali ed urgenti necessità di tutela della salute pubblica o dell'ambiente» non vanno confuse con lo «stato di necessità» *ex art. 54 c.p.*; lo stato di necessità pare infatti riferibile solo al grave pericolo alla vita o all'integrità fisica delle persone o a beni attinenti alla personalità, mentre il potere di ordinanza attribuito a tutela dell'ambiente e della salute, invece, riveste funzioni anche solo preventive e richiede presupposti non necessariamente riconducibili allo stato di necessità) con operazione ermeneutica che **non pare possibile** per il potere di ordinanza di cui è titolare la pubblica amministrazione. ■ Il diritto amministrativo conosce la **continuità della funzione** esercitata dall'organo, ma non l'identità della persona fisica che lo riveste, né la negligenza è sempre imputabile allo stesso organo titolare del potere di ordinanza, ben potendo la competenza (in situazione) ordinaria spettare ad altro organo della stessa, o ad altra amministrazione pubblica, infine non si può dimenticare che l'organo amministrativo non agisce a propria tutela (come nel caso di stato di necessità della perso-

na fisica), ma per interessi che normalmente appartengono a persone destinatarie della funzione esercitata e perciò estranee alla pubblica amministrazione, sicché l'annullamento dell'ordinanza per tale ragione di illegittimità (aver trascurato per anni di dar soluzione alla questione) si risolve in ulteriore danno degli stessi destinatari che subirebbero oltre l'inattività anche l'illegittimità della funzione pubblica. ■ Ciò non significa escludere che in tali casi i funzionari o dipendenti pubblici possano essere chiamati a rispondere di una **responsabilità per danni**, per violazione del diritto (art. 28 Cost.) alla correttezza di comportamenti delle pubbliche amministrazioni (art. 97 Cost. e 1337 c.c.), possibile anche in presenza di un provvedimento perfettamente legittimo (RACCA, *Il risarcimento del danno avanti al giudice amministrativo*, a cura di Garofoli, Racca e De Palma, Milano, 2003, *passim*). ■ Le ordinanze del sindaco non possono avere carattere **normativo**, oppure essere atti (generali o provvedimenti) a **carattere non temporaneo** per la semplice ragione che ogni carattere permanente (non temporaneità) o normativo è di per sé in contrasto con il carattere contingibile ed urgente delle ordinanze (GIOVENCO, voce *Sindaco*, *Nov. D.*, 442; Cons. St., Sez. IV, n. 4402/04; Cons. St., Sez. IV, n. 4405/04; Cons. St., Sez. IV, n. 6168/03; Cons. St., Sez. IV, n. 6169/03; Cons. St., Sez. V, n. 1490/03; Cons. St., Sez. V, n. 998/01; Cons. St., Sez. IV, n. 4627/01; Cons. St., Sez. V, n. 580/01, *F. amm.* 01, 427; Cons. St., Sez. IV, n. 1844/99, cit.; Cons. St., Sez. V, n. 1448/96, cit.; C s.u. 96/4364; C pen. 2-4-1996; C pen. 17-1-1994, *Giust. pen.* 94, II, 605; C pen. 3-11-1993, *Cass. pen.* 94, 1939; C pen. 30-6-1993, *Giust. pen.* 94, II, 299; Cons. St., Sez. V, n. 1322/92, cit.; C s.u. 91/536, che afferma la giurisdizione ordinaria per detenzione di un bene da parte dell'amministrazione oltre le ragioni d'urgenza; C pen. 13-11-1991, *R. pen.* 92, 471; Cons. St., Sez. IV, n. 802/89, *Cons. Stato* 89, I, 1340; T.A.R. Sardegna, Sez. II, n. 786/05; T.A.R. Lazio, Sez. II, n. 75/89, *F. amm.* 89, 3143; T.A.R. Emilia Romagna, Sez. Parma, n. 182/88, *F. amm.* 88, 2950; T.A.R. Toscana, n. 642/87, *F. it.* 88, III, 519; T.A.R. Lazio, Sez. II, n. 430/85, *F. it.* 86, III, 315; per un caso in cui l'attribuzione di un contenuto non temporaneo determina l'inesistenza dell'ordinanza: C 75/2986; per un caso relativo a provvedimenti: T.A.R. Lazio, Sez. II, n. 4/89, *F. it.* 90, III, 242; l'ordine di riapertura al transito pubblico dello stradello privato non è caratterizzato da alcun contenuto che riveli la sua temporaneità in ragione delle urgenti necessità del momento).

V. **Il vizio di eccesso di potere e l'assenza di vincoli procedurali**. ■ Al contrario del li-

mite dei principi dell'ordinamento giuridico (che individua tutti i possibili momenti di supremazia dell'amministrazione v. *supra* § II) il vizio di eccesso di potere individua la legittima relazione di congruenza fra i presupposti di esercizio, il contenuto in concreto prescelto dall'amministrazione (conforme ai principi) e il fine che la stessa intenda perseguire. ■ Il presupposto contingibile ed urgente scioglie l'amministrazione da ogni norma procedimentale – anche di principio – diversa da quelle compatibili con i suoi presupposti, la cui inosservanza determina perciò un vizio di eccesso di potere (non la violazione di legge). ■ Oltre al vizio di incompetenza il potere di ordinanza contingibile ed urgente del sindaco trova infatti il proprio **sindacato di legittimità** con riferimento quasi esclusivo (per ipotesi particolari si veda *sub* al termine di questo § V) al **vizio di eccesso di potere**, poiché la disposizione di legge attributiva del potere di ordinanza **deroga** ad ogni **vincolo procedimentale** (C.G.A.Sic., n. 21/05, *www.LexItalia.it*, 2/05, ove l'urgenza esclude l'obbligo di osservanza delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici; Cons. St., Sez. V, n. 5890/00; Cons. St., Sez. IV, n. 802/89, cit.; Cons. St., Sez. V, n. 434/89, *F. amm.* 89, 2057; T.A.R. Lazio, Sez. II, n. 198/89, *F. amm.* 89, 3434; T.A.R. Abruzzo, n. 165/86, *R. g. agr. it.* 87, 567; T.A.R. Basilicata, n. 79/84, *ITAR* 84, I, 2867; T.A.R. Lombardia, Sez. Milano, n. 615/80, *ITAR* 80, I, 3066; T.A.R. Valle d'Aosta, n. 40/80, *ITAR* 80, I, 3046; Trib. Sup. Acque Pubbl., n. 4/80, *Cons. Stato* 80, II, 463). ■ 4 Sul piano storico è interessante evidenziare che già a fine secolo si notava: «Devesi però ritenere che quando appena sia possibile la intimazione degli interessati è da eseguirsi, sia per un giusto riguardo ai diritti privati, sia per maggior garanzia della regolarità dell'atto amministrativo, stante anche la natura eccezionale del medesimo e le conseguenze che può portare» (ASTENGO, *Guida amministrativa...*, cit., 1889, 982, nt. 1, nonché *ivi* le citate sentenze: Cass. Napoli 15-1-1887, *Manuale* 1887, 269; Cass. Roma, s.u. 12-6-1888, *Manuale* 1889, 15). ■ La norma attributiva del potere di ordinanza in esame consente all'amministrazione di **derogare alla forma scritta** disposta in leggi, o regolamenti, ove la scrittura non sia compatibile con l'urgenza di provvedere (il principio non è posto in discussione né dai teorici né dai pratici, per tutti: GALATERIA, *I provvedimenti amministrativi d'urgenza*, Milano, 1953, 83s.; PAVIOLO, *Commento teorico pratico alla legge comunale e provinciale*, Borgo S. Dalmazzo, 1966, 147s.; C 53/2343; Cons. St., Sez. V, n. 290/62, *Cons. Stato* 62, I, 702; l'affermazione che consente la deroga alla forma scritta pare **delimitare** di molto i **cas**i in cui tale forma sia ri-

chiesta nel nostro ordinamento *ad substantiam*: C s.u. 43/1509 afferma che se l'ordinanza è **emanata oralmente** l'onere della **prova** ricade sulla pubblica amministrazione; **richiedono la forma scritta**: C 57/1127; C 56/1702; C pen. 9-11-1994; 6 ammette la **forma orale** C 53/2343). ■ **Lo sviamento di potere** – in questo caso come in ogni altro – esclude che si possano perseguire interessi pubblici diversi da quelli che sono istituzionali di quel determinato potere ed – *a fortiori* – interessi che non sono pubblici (Cons. St., Sez. V, n. 1057/03; Cons. St., Sez. VI, n. 836/96, cit.; C Sez. I, 92/12727; Cons. St., Sez. IV, n. 334/86, *F. it.* 86, III, 321; Cons. St., Sez. IV, n. 871/81, *F. amm.* 81, I, 2275; Cons. St., Sez. IV, n. 124/50, *Cons. Stato* 50, I, 67; Cons. St., Sez. V, n. 363/48, *G. compl. Cass. civ.* 48, III, 1011; T.A.R. Piemonte, Sez. II, n. 240/84, *F. it.* 85, III, 262; T.A.R. Basilicata, n. 54/84, *ITAR* 84, I, 2355; C 7 s.u. 03/14624; C s.u. 87/3966; C s.u. 53/747). ■ L'articolo in commento circo-scrive i **fini** del potere di ordinanza del sindaco con l'ampia locuzione «**al fine di prevenire ed eliminare gravi pericoli che minacciano l'incolumità dei cittadini**», sostituendo così la delimitazione più restrittiva dei motivi («sicurezza e sanità pubblica») della previgente legislazione (su cui Cons. St., Sez. V, 8 n. 3059/02, *Ragiusan* 03, fasc. 225, 209). ■ Sul piano teorico si è rilevato che nella disposizione di legge attributiva del potere di ordinanza può anche mancare la **delimitazione espressa di motivi** (così: M.S. GIANNINI, *Lezioni di diritto amministrativo*, Milano, 1950, 105-106; GALATERIA, *I provvedimenti...*, cit., 81), poiché la definizione del presupposto contingibile ed urgente vale di per sé a indicare il pericolo per determinati beni giuridici (motivo implicito), sicché il fine dell'amministrazione si identifica nella tutela di tali interessi, poiché il contenuto in concreto prescelto dall'amministrazione deve essere soluzione 9 utile a far cessare la situazione di pericolo. ■ L'indicazione espressa di motivi di cui all'articolo in esame è dunque da considerare come una delimitazione legislativa *ex ante* delle categorie di interessi che il potere in esame può tutelare, fermo restando che la predeterminazione di materia, o di motivo, non è affatto necessaria per vedere operare il sindacato di legittimità sull'esercizio del potere medesimo (in tal senso potrebbe essere letta Corte cost. 4/77; ma si v. per un caso di delimitazione dell'esercizio del potere alla sola situazione presupposta: Corte cost. 10 100/87). ■ La seconda peculiarità del modo di operare del vizio di eccesso di potere nei confronti delle ordinanze in esame si ritrova nella **necessaria alternativa** che si instaura **fra il potere di ordinanza e i poteri a contenuto determinato** attribuiti dalla legge all'amministrazione

(*supra* § IV). ■ Normalmente si intende il vizio 11 di eccesso di potere come censura a quell'operato dell'amministrazione che abbia fatto uso di un potere per fini non previsti per quel determinato tipo di potere (anche se legittimo fine per altri poteri amministrativi), ma con le ordinanze in esame occorre rilevare che la regola muta in parte, perché diviene illegittimo l'esercizio del potere di ordinanza contingibile ed urgente tutte le volte che un potere a contenuto predeterminato sia sufficiente alla bisogna, anche se l'interesse pubblico perseguito possa essere ricompresso in entrambe le definizioni delle norme attributive dei due poteri (ordinario e di necessità). ■ La delimitazione dei fini di interesse pubblico da parte della norma attributiva del potere di ordinanza è infatti di lata determinazione, cioè idonea a ricomprendere anche gli interessi pubblici specifici che sono posti come fine dei singoli poteri a contenuto determinato. ■ Se non 12 fosse enunciata la regola della **residualità del potere di ordinanza** diverrebbe impossibile ogni tentativo di intravedere lo **sviamento** di potere in tutti i casi in cui si faccia uso di ordinanze contingibili ed urgenti pur in presenza di un utile esercizio di poteri a contenuto determinato: il fine in concreto perseguito sarebbe infatti conforme sia alla disposizione attributiva del potere di ordinanza, sia alla disposizione che conferisce alla pubblica amministrazione il potere a contenuto determinato. ■ **Con la regola della residualità** (*supra* § IV) del potere di ordinanza si può 14 affermare che ove è utile un potere «tipico» **non è più necessaria la verifica di conformità del fine** in concreto perseguito con quello definito dalla norma attributiva del potere di ordinanza, proprio perché è di per sé «incongruo» (illegittimo) il ricorso al potere di necessità e urgenza ove sia possibile l'esercizio di un potere a contenuto determinato. ■ Verificata l'inutilità dell'esercizio 15 di poteri a contenuto determinato (**limite negativo**) si può aprire invece l'analisi della «**congruità**» o «**logicità**» dell'ordine impartito dal titolare del potere di ordinanza (**limite positivo**). ■ Una legittima correlazione è verificata anzi- 16 tutto imponendo una conoscenza (LEVI, *L'attività conoscitiva della pubblica amministrazione*, Torino, 1967, 363s.) e poi specificazione in motivazione delle circostanze che l'agente considera di necessità e urgenza, con la conseguenza di veder censurato ogni tentativo di generica motivazione volta ad eludere la verifica in parola, poiché si individua anzitutto un vizio di eccesso di potere per difetto o insufficiente istruttoria o motivazione. ■ Il **difetto di motivazione** potreb- 17 be essere oggi da alcuni ricondotto alla violazione dell'art. 3, l. 241/90, sottraendo così tale illegittimità al tradizionale vizio di eccesso di pote-

re, in tutta consonanza con altra tesi che ha visto nel dovere di imparzialità sancito dall'art. 97 Cost. una ipotesi di violazione di legge (SANDULLI, *Manuale*, XV^a ed., cit., 702), ma con maggiore difficoltà per l'ipotesi dell'**insufficiente motivazione**, poiché quest'ultima impone un giudizio di congruità con riferimento al caso concreto (Cons. St., Sez. V, n. 909/98, *F. amm.* 98, 1749; Cons. St., Sez. V, n. 1322/96, cit.; Cons. St., Sez. V, n. 443/93, cit.; per giurisprudenza anteriore alla l. 241/90 che inquadra sia il difetto, sia l'insufficiente motivazione nel vizio di eccesso di potere: T.A.R. Campania, Sez. II, n. 140/86, *F. amm.* 87, 1210; C.G.A.Sic., n. 155/85, *Cons. Stato* 85, I, 1265; T.A.R. Sicilia, Sez. Catania, n. 82/82, *ITAR* 82, I, 1402; Trib. Sup. Acque pubbl., n. 4/81, *Cons. Stato* 81, II, 58; Cons. St., Sez. V, n. 197/79, *Cons. Stato* 79, I, 558; Cons. St., Sez. V, n. 1112/78, *R. amm.* 79, III, 60; Cons. St., Sez. IV, n. 577/77, *F. it.* 80, III, 190; T.A.R. Veneto, n. 108/75, *ITAR* 75, I, 2271; T.A.R. Campania, n. 75/75, *ITAR* 75, I, 2389; T.A.R. Piemonte, n. 42/75, *F. amm.* 75, I, 1, 2, 224; C pen. 2-2-1967, *Giust. pen.* 68, II, 828; Cons. St., Sez. V, n. 1132/64, *Cons. Stato* 64, I, 1507; Cons. St., Sez. V, n. 290/62, *Cons. Stato* 62, I, 702; Cons. St., Sez. V, n. 1008/56, *Cons. Stato* 56, I, 367). ■ Un'**adeguata istruttoria** che porti alla corretta identificazione della situazione contingibile ed urgente, in taluni casi imposta attraverso il rinvio a **relazioni** (discrezionalità tecnica), o ad **accertamenti tecnici** (da ultimo: Cons. St., Sez. V, n. 3646/03; Cons. St., Sez. V, n. 6605/02; Cons. St., Sez. V, n. 1904/01; Cons. St., Sez. V, n. 332/90, cit.; T.A.R. Emilia-Romagna, Sez. II, n. 188/92, *ITAR* 92, I, 2761; T.A.R. Sicilia, Sez. Catania, Sez. II, n. 420/87, *ITAR* 87, I, 3189; T.A.R. Toscana, n. 1149/84, *ITAR* 84, I, 3409; T.A.R., Abruzzo, Sez. Pescara, n. 204/84, *ITAR* 84, I, 2787; T.A.R. Piemonte, n. 93/83, *ITAR* 83, I, 878), consente alla pubblica amministrazione di scegliere il contenuto più idoneo e al contempo strettamente necessario, a soddisfare l'interesse pubblico cui si vuole offrire tutela (ciò è affermato dalla giurisprudenza sia in ordine alla **corretta correlazione fra presupposti e contenuto in concreto** prescelto dall'amministrazione, sia in ordine al rapporto fra quest'ultimo e il **fine di interesse pubblico**: Corte cost. 127/95; Cons. St., Sez. V, n. 4767/04; Cons. St., Sez. V, n. 2144/04; Cons. St., Sez. VI, n. 1990/03; Cons. St., Sez. I, n. 256/00, *Ragiusan* 00, fasc. 197, 169; Cons. St., Sez. V, n. 377/98, *Cons. Stato* 98, I, 406; Cons. St., Sez. V, n. 1559/98, *Ragiusan* 99, fasc. 177, 149; Cons. St., Sez. V, n. 1128/98, cit.; Cons. St., Sez. V, n. 332/90, cit.; Cons. St., Sez. IV, n. 416/87, *F. amm.* 87, I, 1721; Cons. St., Sez. V, n. 206/86, *F. amm.* 86, 746; Cons. St., Sez. IV, n. 19/81,

Cons. Stato 81, I, 48; T.A.R. Campania, Sez. I, n. 8328/05; T.A.R. Toscana, Sez. III, n. 994/05; T.A.R. Sardegna, n. 852/89, *ITAR* 89, I, 4158; T.A.R. Campania, Sez. III, n. 126/86, *F. it.* 87, III, 297; Pret. Sestri Ponente 22-2-1986, *F. it.* 87, II, 742 conforme a C pen. s.u. 2-7-1955, *F. it.* 55, II, 217; T.A.R. Sicilia, Sez. II, n. 216/86, *F. amm.* 87, 780; T.A.R. Lombardia, Sez. Milano, n. 328/81, *ITAR* 81, I, 1625; T.A.R. Valle d'Aosta, n. 40/80, *ivi* 80, I, 3046; T.A.R. Lombardia, n. 28/77, *F. amm.* 77, I, 847; T.A.R. Lombardia, n. 191/75, *ITAR* 75, I, 3069; C.G.A.Sic., n. 473/64, *Cons. Stato* 64, I, 1843; Cons. St., Sez. V, n. 132/52, *Cons. Stato* 52, I, 167; Cons. St., Sez. IV, n. 124/50, *ivi* 50, 67). ■ Se si eccettua il vizio di incompetenza il **giudizio di legittimità** sulle ordinanze contingibili ed urgenti è determinato quasi sempre dal rapporto (orizzontale) tra presupposto concreto, contenuto concreto e fine di interesse pubblico che si vuole perseguire con l'emanazione del provvedimento, mentre quasi inesistente risulta la verifica di legittimità fondata sul rapporto (verticale) fra le scelte operate in concreto dalla pubblica amministrazione e le definizioni generali e astratte su presupposti, motivi, fini, o quant'altro imposto dalla legge, salvo la particolare eccezione posta dalla norma attributiva del potere di ordinanza contingibile ed urgente del Ministro per l'Ambiente (*sub* art. 50). ■ Il sindacato per vizio di eccesso di potere sull'urgenza ha rovesciato il tradizionale rapporto fra organi titolari del potere di ordinanza che si era espresso nel nostro ordinamento soprattutto per il potere di **requisizione** del sindaco che si riteneva ad esso attribuito solo in via surrogatoria, cioè ove l'urgenza fosse tale da impedire un tempestivo intervento del prefetto (*ex* art. 71s., l. 25 giugno 1865, n. 2359; sul punto si vedano: C s.u. 77/5260; C s.u. 82/3082; Cons. St., Sez. IV, n. 947/81, *R. g. ed.* 82, 128; Cons. St., a. pl., n. 47/80, *F. it.* 81, III, 2229; Cons. St., Sez. IV, n. 72/78, *F. amm.* 78, I, 2, 50; Cons. St., Sez. V, n. 21/71, *F. amm.* 77, I, 44; Cons. St., Sez. V, n. 983/76, *F. amm.* 76, I, 1572; *contraria* può ritenersi la giurisprudenza che attribuisce al sindaco come capo del comune la competenza ad emanare ordinanze contingibili ed urgenti: Cons. St., Sez. IV, n. 605/85, *F. it.* 85, III, 461 - in materia sanitaria -; Cons. St., Sez. VI, n. 136/82, *F. it.* 82, III, 236 nt. R. FERRARA; senza negare la competenza prefettizia avalla nel *decisum* l'intervento del sindaco per assenza di un provvedimento del primo: T.A.R. Lazio, Sez. Latina, n. 60/80, *F. it.* 81, III, 470; sempre in tal senso ma meno recenti: T.A.R. Friuli Venezia Giulia, n. 174/79, *F. it.* 81, III, 371; Cons. St., Sez. IV, n. 643/77, *F. it.* 78, III, 173, con *ivi* osservazioni di ALB. ROMANO; Cons. St., Sez. V, n. 1198/57, *Cons. Stato* 57, I,

1642; Cons. St., Sez. V, n. 224/56, *Cons. Stato* 56, I, 440; Cons. St., Sez. V, n. 1008/56; Cons. St., 21 Sez. V, n. 403/56, *Cons. Stato* 56, I, 771). ■ Disposizioni dell'ultimo ventennio (es. in **materia ambientale**) hanno introdotto una certa qual «procedimentalizzazione» dello stesso potere di ordinanza contingibile ed urgente del sindaco, in ragione di norme attributive dello stesso potere ad altri organi che hanno inciso sulla nuova norma posta dal presente testo unico in materia di sanità e sicurezza (*sub art.* 50).

VI. Gli orari degli esercizi commerciali, degli esercizi pubblici, dei servizi pubblici e d'apertura al pubblico di uffici pubblici. ■ Il potere di ordinanza è intervenuto da tempo sull'**organizzazione pubblica**, in genere sulle organizzazioni – anche private – che sono in un rapporto speciale con le amministrazioni pubbliche. ■ Tale fenomeno si evidenzia anzitutto come **deroga** del normale riparto **delle competenze** (*supra* § III) attraendo all'organo titolare del potere di ordinanza contingibile ed urgente i poteri d'organizzazione **della pubblica amministrazione**, siano essi di altri organi dello stesso titolare del potere di ordinanza, o di altre pubbliche amministrazioni (*sub art.* 50). ■ Il titolare del potere d'ordinanza contingibile ed urgente può **utilizzare tutti gli uffici della propria e di altre amministrazioni pubbliche**, ed in genere nel proprio territorio può avere ad oggetto l'organizzazione delle pubbliche amministrazioni, con l'unico limite dettato dal riparto di competenza con altri organi titolari di poteri di ordinanza di necessità e d'urgenza (*sub art.* 50). ■ Nonostante la lettera della legge («i provvedimenti di cui al co. 2°») i poteri del sindaco aventi ad oggetto la modificazione degli **orari degli esercizi commerciali, di quelli dei pubblici esercizi o dei servizi pubblici**, paiono configurarsi come atti necessitati (*supra* § I), cioè come provvedimenti a contenuto predeterminato adottati sul presupposto di una situazione di emergenza (necessità e urgenza), che sono specificazione (tipicità) del *genus* (atipico) definito dal potere di ordinanza di necessità e urgenza in materia di organizzazione (*sub art.* 50). I poteri in esame sono destinati ad incidere sull'organizzazione di enti che sono oggetto di un rapporto giuridico speciale con l'amministrazione che è disciplinato dal diritto pubblico: così per gli orari degli esercizi commerciali e degli esercizi pubblici che sono oggetto dell'atto di autorizzazione, per non trattare dei gestori di servizio pubblico che, indipendentemente dalla loro natura giuridica pubblica o privata, trovano nel programma di servizio pubblico la definizione dell'oggetto delle prestazioni agli utenti (*sub art.* 112), tra i quali rientrano gli orari del pubblico servizio. ■ Occorre distinguere i provvedi-

menti di modificazione degli orari che importano il pagamento di un **indennizzo ai destinatari** (*supra* § II; *infra* § VII), dalle modificazioni d'orario che si impongono senz'altro ove disposte entro i limiti del rapporto giuridico speciale con l'amministrazione pubblica. L'ente titolare del potere in esame deve rimborsare all'amministrazione titolare del rapporto speciale il pagamento del **corrispettivo per prestazioni eccezionali** (fuori orario), come nel caso – non infrequente – dei servizi pubblici. ■ Verso gli uffici pubblici e altre amministrazioni il sindaco con ordinanza può modificare gli **orari di apertura al pubblico** d'intesa con i responsabili territorialmente competenti delle amministrazioni interessate, con disposizione che introduce una singolare procedimentalizzazione che – all'evidenza – il legislatore ha ritenuto compatibile con l'emergenza. ■ Il presupposto di questi provvedimenti è infatti ridefinito dalla norma in esame («casi di emergenza, connessi con il traffico e/o con l'inquinamento atmosferico o acustico» oppure «in circostanze straordinarie» che determinino «particolari necessità dell'utenza») con disposizioni specifiche che paiono compatibili con gli indicati vincoli procedurali (intesa), fermo restando che ove risultino inutili i poteri tipici, tra i quali quello in esame (*supra* § I), si afferma – in questo come nel caso dei poteri in materia ambientale (*sub art.* 50) – il potere di ordinanza contingibile ed urgente, che legittima il sindaco a disporre comunque – senza alcun vincolo procedimentale – ogni qualvolta il «pericolo incombe e non si possa avere ulteriore indugio» (es. coltivare oltre il raggiungimento dell'intesa).

VII. Destinatari determinati ed esecuzione d'ufficio a spese degli interessati. ■ Le ordinanze contingibili ed urgenti possono avere come contenuto quello di prevenire, o reprimere, il c.d. «abuso del diritto» soggettivo, perché quest'ultimo sta per essere oppure è stato esercitato in violazione dei limiti riconosciuti dall'ordinamento (v. *supra* § II). Al contrario le ordinanze in esame possono determinare l'ablazione di utilità che l'ordinamento stesso ha definito come facoltà ricomprese nei diritti soggettivi dei destinatari, di cui tuttavia l'amministrazione può in taluni casi disporre, salvo il diritto del destinatario dell'ordinanza ad un congruo indennizzo (*supra* § II), infine le ordinanze possono avere natura provvedimento, ovvero di atto generale (mai normativo v. *supra* § IV), nel primo caso possono dirsi rivolte a destinatari determinati. ■ La norma in esame (co. 4°) – riproponendo una disposizione che è tradizionale per il potere di ordinanza – stabilisce che: «Se l'ordinanza adottata ai sensi del comma 2 è rivolta a

persone determinate e queste non ottemperano all'ordine impartito, il sindaco può provvedere d'ufficio a spese degli interessati, senza pregiudizio dell'azione penale per i reati in cui fossero incorsi» (Cons. St., Sez. V, n. 3350/03: esclude la competenza della Giunta per l'adozione dei provvedimenti necessari ad eseguire l'ordinanza sindacale). ■ La norma si riferisce alle ordinanze che hanno un contenuto di repressione o prevenzione dai c.d. «abusi del diritto», di natura provvedimentale, cioè rivolte a soggetti determinati e non ad una generalità indistinta di destinatari come per gli atti generali. ■ Presupposto procedimentale per procedere all'addebito delle spese dell'esecuzione d'ufficio è che vi sia stata **inottemperanza all'ordine** impartito, sicché lo stesso deve essere anzitutto comunicato al destinatario (Cons. St., Sez. V, n. 1621/98, *F. amm.* 98, 3115; Cons. St., Sez. IV, n. 324/91, *F. amm.* 91, 1166 per legittimità della intestazione e notificazione effettuata agli eredi ai sensi dell'art. 303, co. 2°, c.p.c.) con indicazione di un congruo termine per l'esecuzione, la cui inadeguatezza alla concreta possibilità di ottemperanza del destinatario determina l'illegittimità dell'ordinanza per eccesso di potere. ■ La **mancata notificazione** non impedisce tuttavia all'ordinanza di produrre la vicenda giuridica di estinzione dell'eventuale diritto soggettivo nella posizione di interesse legittimo, con conseguente affermazione in punto della **giurisdizione del giudice amministrativo** (C.s.u. 92/2857; C.s.u. 91/8636; C.s.u. 89/3659; C.s.u. 74/595; Trib. Napoli, Sez. civ., 26-4-1983, *F. it.* 83, I, 2272, nt. PAGANO). ■ La giurisprudenza ha variamente definito il **oggetto passivo del potere d'ordinanza** contingibile ed urgente, nel quale è stato identificato anche il soggetto passivo dell'obbligazione *ex lege* relativa alle spese dell'esecuzione d'ufficio per inottemperanza dei destinatari, poiché si è statuito che il sindaco non è tenuto a esperire laboriose indagini giuridiche sul soggetto titolare del diritto soggettivo di cui è stato fatto un esercizio non conforme ai dettami dell'ordinamento («abuso»), affermandosi invece che legittimo destinatario del potere di ordinanza è **colui che di fatto ha la disponibilità del bene od esercita l'attività**, sul quale incombe il dovere di ottemperare all'ordine impartito, salvo rivalsa di quest'ultimo nei confronti del vero titolare per le spese sostenute in esecuzione dell'ordine (Cons. St., Sez. V, n. 323/05; Cons. St., Sez. V, n. 1678/03, *F. it.* 05, III, 129; Cons. St., Sez. V, n. 1464/97, cit.; Cons. St., Sez. V, n. 563/96, cit.; Cons. St., Sez. V, n. 1137/91, *Cons. Stato* 91, I, 1318; T.A.R. Campania, Sez. Napoli, n. 764/80, *ITAR* 80, I, 4398; Cons. St., Sez. V, n. 1112/78, *R. amm.* 79, III, 60; T.A.R. Campania, n. 208/76, *ITAR*

76, I, 1575; T.A.R. Veneto, n. 80/75, *F. amm.* 75, I, 852; C.s.u. 73/1618; Cons. St., Sez. V, n. 520/60, *Cons. Stato* 60, I, 1286). ■ In via d'eccezione si è ritenuto che il legittimo destinatario sia solo il proprietario ove l'ordine consista nell'obbligo di apportare a beni **immobili** modificazioni che solo a questi spettano (T.A.R. Lombardia, Sez. Milano, Sez. II, n. 149/84, *ITAR* 84, I, 1642; T.A.R. Lombardia, Sez. Milano, n. 973/80, *ITAR* 80, I, 4169; T.A.R. Campania, n. 764/80, *ITAR* 80, I, 4398; Cons. St., Sez. V, n. 897/75, *Cons. Stato* 75, I, 831; T.A.R. Campania, n. 512/76, *ITAR* 76, I, 3074; C.s.u. 73/1618, *Cons. Stato* 73, II, 937; per un caso di ordine rivolto ad amministratore di condominio: T.A.R. Lazio, Sez. II, n. 1173/84, *ITAR* 84, I, 2478). ■ L'avvenuta esecuzione d'ufficio non esonera dall'esercizio dell'**azione penale** espressamente fatta salva dell'articolo in esame nei confronti del destinatario che non ha ottemperato all'ordine impartito dal sindaco. In base alla disciplina previgente l'ipotesi configurava il reato contravvenzionale di cui all'art. 650 c.p., secondo una distinzione giurisprudenziale che riconduceva invece all'art. 106, L. com. prov. 1934 (*sub art. 7 bis*) l'inosservanza delle ordinanze («tipiche») emesse dal sindaco in conformità delle leggi e dei regolamenti, con conseguente irrilevanza penale di solo quest'ultima ipotesi (C pen. 13-8-1996, cit.; C pen. 7-2-1996, cit.; C pen. 27-1-1996, cit.; C pen. 12-6-1992, *Giust. pen.* 93, II, 278; per la «depenalizzazione» operata con l. 3 maggio 1967, n. 317: C pen. 25-6-1990, *Cass. pen.* 92, 948; C pen. 31-10-1990, *Giust. pen.* 91, II, 357). Il giudice penale ha il potere di accertare *incidenter tantum* la «illegalità» e conseguentemente di disapplicare l'ordinanza anche per violazione del vizio di eccesso di potere (già: C pen. 2-2-1967, *Giust. pen.* 68, II, 828; Pret. Sestri Ponente 22-2-1986, *F. it.* 87, II, 742; C pen. s.u. 2-7-1955, *F. it.* 55, II, 217; ma sulla questione *Commentario breve delle Leggi di giustizia amministrativa*, a cura di ALB. ROMANO, *sub l.* 20 marzo 1865, n. 2248, All. E, art. 4 e art. 5).

SEZIONE III

La supplenza del sindaco nelle funzioni statali

I. Le funzioni in vece del sindaco e la delegazione di funzioni. ■ Chi sostituisce il sindaco esercita anche le funzioni a questo attribuite nei servizi di competenza statale (co. 4°) con disposizione di legge che unifica (per la normativa previgente: Cons. St., Sez. V, n. 403/86; Cons. St., Sez. V, n. 271/87) nel sostituto del sindaco sia l'esercizio delle funzioni statali (art. 54 e *sub art.* 14) sia di quelle comunali (*sub art.* 50 e *sub*

2 art. 46). ■ La **disciplina previgente** non espressamente riferita alle funzioni statali stabiliva all'art. 157, l. com. prov. 1915, che «In caso di assenza od impedimento del sindaco e dell'assessore delegato, ne fa le veci l'assessore anziano, ed in mancanza degli assessori il consigliere anziano», ed il regolamento esecutivo precisava che: «Il sindaco delega un assessore effettivo a supplirlo in caso di bisogno» (r.d. n. 297/11, art. 67, co. 1°) distinguendo così questo tipo di delegazione ad oggetto generale dall'ipotesi di delegazione speciale («Può fare anche speciali delegazioni ai singoli assessori, dando la preferenza agli effettivi sui supplenti» art. 67, co. 2°) di cui
3 al successivo comma. ■ Ora il sindaco nomina tra i componenti della giunta il **vicesindaco** dandone comunicazione al consiglio comunale nella
4 prima seduta (*sub art. 46*). ■ La disposizione ora in esame (co. 4°) si **distingue dal successivo co. 6°** che prevede *ex lege* il **potere di delegazione** delle funzioni relative ai servizi di competenza statale agli organi di decentramento comunale, ovvero ad un consigliere per l'esercizio delle funzioni nei quartieri e nelle frazioni (C pen. 13-
5 8-1996, cit.). ■ Il vicesindaco, senza necessità di atto diverso da quello di nomina e in tutti i casi in cui ne ricorrano le condizioni (C s.u. 90/598), sostituisce infatti il sindaco nell'esercizio di tutte le funzioni statali (co. 4°) e con riferimento all'intero territorio comunale, ove il successivo co. 6° non solo delimita letteralmente la delegazione a determinate parti del territorio comunale (circoscrizioni, quartieri, frazioni), ma non pare escludere che il **sindaco si determini** – entro limiti di ragionevolezza – **a delegare l'esercizio di solo alcune funzioni** (es. anagrafe e stato civile) mantenendone altre (es. elettorale), ove ricorrano differenti motivi di organizzazione e di decentramento rappresentati dalle diverse realtà sub-comunali di cui tuttavia occorre dare una
6 soddisfacente motivazione. ■ La delegazione delle funzioni del sindaco in qualità di ufficiale del governo (per le funzioni proprie del comune *sub art. 50*) ha ad **oggetto** le materie indicate al precedente co. 1° e all'art. 14, co. 1°, nonché quelle richiamate all'art. 14, u. co. («ulteriori funzioni amministrative per servizi di competenza statale»: *sub art. 14*) con attribuzione al delegato dei relativi poteri e delle conseguenti **responsabilità** anche penali (C pen. 29-9-1989, *Cass. pen.* 90, I, 2189, *Giust. pen.* 90, II, 545) in determinati rami dell'amministrazione, con **esclusione**, come vedremo, dell'esercizio del **potere di ordinanza contingibile ed urgente**. ■ La legge stabilisce che il sindaco possa provvedere a delegare l'esercizio delle funzioni statali **previa comunicazione al prefetto**, che pare indicare
7 un atto necessario del procedimento. ■ La legge

non prevede poteri del prefetto di approvazione o controllo, sugli atti di esercizio delle funzioni statali, ma solo **poteri di ispezione sul regolare funzionamento dei servizi di competenza statale** e di **sostituzione** per inadempimento da esercitare a mezzo di commissario (*infra* § II e III). ■ 9 La delegazione delle funzioni di ufficiale di governo, al di fuori dei casi di assenza o impedimento era espressamente disciplinata dalla normativa *previgente* (artt. 154-156, l. com. prov. 1915) con individuazione dei **destinatari** nei consiglieri comunali, o in difetto negli elettori residenti eleggibili a consigliere. ■ La lettera 10 della norma *vigente* potrebbe indurre a pensare che i destinatari della delegazione siano due: il presidente del consiglio circoscrizionale, o il consigliere comunale; ma la norma ammette quest'ultimo solo «ove non siano costituiti gli organi di decentramento comunale». ■ Senonché prima dell'articolo dedicato alle circoscrizioni comunali (*sub art. 17*), la legge prevede i **municipi** (*sub art. 16*) come «forme di partecipazione e di decentramento dei servizi» (*sub art. 15*, co. 2° e *sub art. 16*, co. 1°) con definizione eguale a quella utilizzata per le circoscrizioni («organismi di partecipazione, consultazione e di decentramento dei servizi», *sub art. 17*). ■ 12 Un'interpretazione adeguatrice potrebbe consentire la delegazione istituzionale posta con norma statutaria a tutela delle comunità di origine (*sub art. 16*) delle funzioni relative ai servizi di competenza statale attribuite dalla legge alla competenza del sindaco in qualità di ufficiale di governo (*sub art. 14*). ■ **La delega del potere di ordinanza contingibile ed urgente non è compresa** fra i possibili oggetti del comma in esame, che espressamente si riferisce alle materie indicate dal co. 1° dell'art. 14. ■ **La giurisprudenza anteriore** alla l. 142/90 non era stata univoca: alcune sentenze si erano riferite genericamente alla possibilità di delegazione da parte del sindaco all'assessore (per la soluzione positiva: Trib. sup. acque pubbl., n. 33/89, *Cons. Stato* 89, I, II, 647; al contrario per la negativa: T.A.R. Lombardia, Sez. Milano, Sez. III, n. 157/84, *ITAR* 84, I, 157) giungendo in alcune ipotesi a delimitare tale possibilità alla condizione che la *delegazione fosse specifica e venisse partecipata all'autorità governativa* (T.A.R. Lombardia, Sez. II, n. 47/86, *ITAR* 86, I, 1740; per un caso che si riferisce alla delegazione del Commissario straordinario del governo per le zone terremotate: Pret. Salerno 14-11-1985, Califano c. Min. Finanze, *Rass. Equo canone* 86, 81); altri invece ritenevano possibile l'esercizio del potere contingibile ed urgente solo da parte dell'**assessore anziano** per i casi di esercizio delle funzioni in vece del sindaco, poiché non ritenevano limitata

l'attribuzione alle sole competenze di capo dell'amministrazione comunale (Cons. St., Sez. V, n. 369/90, cit.; C.G.A.Sic., n. 359/89, *F. it.* 90, III, 467; Cons. St., Sez. V, n. 403/86, *Cons. Stato* 86, I, 1172) riconducendo così l'esercizio del potere di ordinanza alle **funzioni di supplenza** previste in caso di assenza o impedimento del sindaco (art. 157, l. com. prov. 1915, cit.) e dell'assessore delegato a supplirlo per il caso di bisogno (ai sensi dell'art. 67, co. 1°, r.d. n. 297/11, reg. com. e prov.) escludendo invece la possibilità di applicazione del successivo co. 2° dell'art. 67 relativo a speciali delegazioni del sindaco a singoli assessori (così: C.G.A.Sic., n. 359/89, cit.). ■ La disciplina vigente a far data dalla l. 142/90 ha recepito la **giurisprudenza più recente** (C.G.A.Sic., n. 359/89, cit.) negando la delegazione all'assessore comunale del potere contingibile ed urgente, con espressa risoluzione della questione: «Chi sostituisce il sindaco esercita anche le funzioni di cui al presente articolo (co. 5°)» ove è disciplinato (co. 2°) il potere contingibile ed urgente — che non è invece menzionato dal successivo co. 7° che prevede la delegazione nelle materie indicate all'art. 14, co. 1° — con conseguente **esclusione di ogni delegazione all'assessore per materia del potere contingibile ed urgente** (a favore: Cons. St., Sez. V, n. 369/90, cit.; contrario parrebbe LA TORRE, *Amm. it.* 90, 690).

II. Il potere ispettivo sui servizi statali e per l'acquisizione di informazioni sui servizi di carattere generale. ■ Il potere ispettivo è previsto in via generale dall'articolo in esame per tutti i servizi di competenza statale e si articola in una duplice finalità: a) accertare il regolare funzionamento dei servizi stessi; b) acquisire dati e notizie interessanti altri servizi di carattere generale. ■ La prima finalità ispettiva volta ad **accertare il regolare funzionamento dei servizi statali** è strettamente collegata all'esercizio del potere sostitutivo a mezzo di commissario prefettizio (*infra* § III) e può essere strumentale al potere di direttiva e coordinamento dei servizi statali la cui gestione è attribuita ai comuni (nega un potere di direttiva per le funzioni decentrate ai sensi della disciplina previgente: T.A.R. Lazio, Sez. II, n. 1018/84, *F. amm.* 84, 1882). ■ La seconda finalità ispettiva relativa all'acquisizione di dati e notizie interessanti **altri servizi di carattere generale** se intesa in senso *restrittivo* assume un significato più perspicuo ove si pensi alla utilità di base che fornisce il servizio di anagrafe e stato civile per tutti gli altri servizi pubblici, o alle «funzioni di interconnessione» che gli uffici e servizi statistici comunali debbono assolvere nei confronti del servizio statistico nazionale, o alla «funzione di coordinamento» che spetta all'autorità informatica

nazionale (*sub art.* 12). ■ *In altro senso* il potere ispettivo del prefetto potrebbe riguardare l'acquisizione di dati e notizie relative al funzionamento dei servizi attribuiti alla competenza di comuni e province che siano di interesse per altri servizi di carattere generale, come nel caso delle aziende municipalizzate o di altre forme di gestione dei servizi pubblici locali rispetto alla correlata gestione nazionale del servizio (energia elettrica, trasporti, ecc.), con conseguente configurazione del potere ispettivo in esame come essenziale strumento di indagine (istruttoria) per l'esercizio in materia del potere statale di direzione e coordinamento, nonché di verifica dello stato di attuazione delle stesse. ■ Il discorso può essere esteso anche alle funzioni di comuni e province, stante l'uso non rigoroso della parola «servizi» che compare nel testo di legge di riforma delle autonomie locali, in tutti i casi in cui l'esercizio delle funzioni locali assumano interesse per altre di «carattere generale», con conseguente rilevanza strumentale del potere ispettivo in esame sia per l'esercizio del potere prefettizio di ordinanza in materia di organizzazione (*supra* Sez. II; *sub art.* 50), sia per l'esercizio del potere statale di controllo sugli organi degli enti locali (*sub artt.* 141s.).

III. Il potere sostitutivo a mezzo di commissario prefettizio. ■ Per i casi di inerzia del sindaco nell'esercizio del potere di ordinanza contingibile ed urgente è stato previsto uno specifico potere surrogatorio del prefetto che esclude l'applicazione del potere sostitutivo in esame (*infra* § IV). ■ Per le (altre) funzioni del sindaco nei servizi di competenza statale si prevede invece un generale **potere sostitutivo**: ove «il sindaco, o chi ne esercita le funzioni, non adempia ai compiti di cui al presente articolo il prefetto può nominare un commissario che eserciti le funzioni stesse (co. 8°) con spese a carico del comune interessato (co. 9°)». ■ Il potere in esame è relativo alle sole **funzioni del sindaco nei servizi di competenza statale**, poiché per le **funzioni proprie** si afferma la relativa disciplina (*sub art.* 136). ■ **Altre norme** prevedono **poteri sostitutivi del prefetto**, ma debbono ritenersi **abrogate** o dalla disposizione in esame, ovvero dall'art. 59, u. co., l. 10 febbraio 1953, n. 62, che ha affermato (in conformità al previgente art. 130 Cost.) la competenza regionale (Co.re.co.) dei poteri di controllo sostitutivi attribuiti al prefetto nei confronti degli atti di esercizio di funzioni attribuite ai comuni e alle province (così per l'art. 19, r.d. 15 ottobre 1925, n. 2578: Cons. St., Sez. I, n. 1205/85, *Cons. Stato* 88, I, 76), salvo che tali norme si configurino come norme speciali del co. 8° della disposizione in esame. ■ In base ai principi (Cons. St., Sez. V, n. 431/89, *F. amm.* 89,

2054, ma relativa a funzioni non inerenti a servizi statali, su cui *sub art. 136*) il commissario **subentra** nell'esercizio delle funzioni del titolare sostituito con il decreto prefettizio che lo nomina e, fatte salve eventuali delimitazioni indicate nel decreto stesso, il commissario assume senz'altro tutte le competenze del sindaco nei servizi di competenza statale, ivi compreso il *potere di sovrintendenza sugli uffici* per l'esercizio delle funzioni statali di cui agli artt. 14 e 54, co. 1°.

■ All'assunzione dell'esercizio delle funzioni consegue inoltre il potere di **revocare e modificare le deleghe** per l'esercizio decentrato delle funzioni stesse di cui al co. 8° (*supra* § II) e di quelle previste dalle leggi speciali (*sub art. 14*).

IV. La surroga del prefetto nell'esercizio del potere di ordinanza. ■ L'art. 20, L. com. prov. 1934 salvava «le ordinanze di urgenza dipendenti dall'esercizio della funzione surrogatoria contemplata dall'art. 55 dello stesso testo unico», con rinvio che è ora riferito al **potere surrogato-**

rio (SANDULLI, *Manuale*, XV^a ed., cit., 538) previsto dal co. 10° («ove il sindaco non adotti i provvedimenti di cui al co. 2°, il **prefetto** provvede con propria ordinanza»). La norma ha innovato la precedente disciplina (art. 55, L. com. prov. 1934) che invece attribuiva al prefetto l'alternativa fra l'emanazione di una propria ordinanza, ovvero la nomina di un commissario. ■ 2

La nuova lettera della norma infatti pone una **disposizione speciale idonea** a delimitare la sfera di applicazione delle norme che prevedono il potere sostitutivo a mezzo di commissario **per tutti i servizi di competenza statale** (*supra* § III), poiché la previsione del potere prefettizio di provvedere direttamente ad emanare le ordinanze necessarie appare maggiormente conforme ai rigori dell'urgenza che di per sé configurano la norma come sufficiente ad esaurire la disciplina del potere prefettizio nei confronti dell'inerzia sindacale all'esercizio del potere contingibile ed urgente.