

Publicato il 02/03/2020

N. 00971/2020 REG.PROV.COLL.

N. 04057/2018 REG.RIC.



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania

(Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 4057 del 2018, proposto da Pasquale De Lucia e Caterina De Lucia, rappresentati e difesi dall'avvocato Marcello Fortunato, con domicilio digitale avvmarcellofortunato@pec.ordineforense.salerno.it;

contro

Sindaco Comune di Santa Maria a Vico n.q. di Ufficiale di Governo, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'Avvocatura Distrettuale dello Stato, domiciliataria *ex lege* in Napoli, via Armando Diaz, 11; Comune di Santa Maria a Vico, non costituito in giudizio;

nei confronti

Fallimento Società A.R.G. Costruzioni S.r.l., non costituito in giudizio;

per l'annullamento

a – dell'ordinanza sindacale n. 28 del 23.05.2018, successivamente notificata, con la quale è stato disposto nei confronti anche dei ricorrenti di procedere con

urgenza all'esecuzione di alcuni lavori nell'ambito di un'area sita alla via Caudio, distinta in catasto al foglio 7, p.lle nn. 5345, 5348 e 5463;

b – della nota del 04.10.2018 (prot. n. 0012806), con la quale il Comune di Santa Maria a Vico non ha accolto la richiesta dei ricorrenti volta all'annullamento in sede di autotutela dell'ordinanza sindacale sub a);

c – ove e per quanto occorra, del “rapporto di servizio del locale Comando di Polizia Municipale prot. 4774 del 04.05.2018 trasmesso in data 16.05.2018 al settore LL.PP. del Comune”, indicato nel provvedimento sub a);

d - ove e per quanto occorra, della “relazione del geom. Vincenzo De Matteo” indicata nel provvedimento sub a);

e - di tutti gli atti presupposti, connessi, collegati e consequenziali;

'VISTI'

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Sindaco Comune di Santa Maria a Vico n.q. di Ufficiale di Governo;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 17 dicembre 2019 la dott.ssa Gabriella Caprini e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

FATTO e DIRITTO

I. Parte ricorrente impugna, unitamente al provvedimento di rigetto di accoglimento dell'istanza in autotutela, l'ordinanza contingibile ed urgente con la quale il Sindaco le ha ordinato, in concorso con la società fallita, titolare dei titoli edilizi e proprietaria *in quota parte* delle aree di cantiere, originariamente oggetto di permuta (cfr. nota Comando P.M. prot. n. 4774 del 04.05.2018), l'esecuzione di alcuni lavori di messa in sicurezza nell'ambito delle aree distinte in catasto al foglio n. 7, p.lle nn. 5345, 5348 e 5463 (asseritamente assorbite nella particella n. 5678, cfr. nota comunale del 04.10.2018, prot. n. 0012806).

II. A sostegno del gravame deduce i seguenti motivi di diritto:

- a) violazione degli artt. 50, 54 e 107 del d.lgs. n. 267/2000 in relazione all'art. 3 della l. n. 241/1990;
- b) eccesso di potere per difetto assoluto del presupposto e di istruttoria;
- c) incompetenza.

III. Si è costituito, tramite l'Avvocatura distrettuale, il Sindaco nella sua qualità di ufficiale di governo, eccependo preliminarmente l'inammissibilità del ricorso, in quanto asseritamente notificato esclusivamente alla difesa erariale e non anche presso gli uffici comunali e concludendo in subordine per il rigetto del gravame.

IV. All'udienza pubblica del 17.12.2019, fissata per la trattazione, la causa è stata introitata per la decisione.

V. Va, in primo luogo, disattesa l'eccezione in rito.

V.1. Sostiene la difesa erariale che la notificazione del ricorso sarebbe nulla in quanto non poteva essere effettuata presso l'Avvocatura dello Stato ma andava effettuata presso la Casa Comunale.

Le ordinanze contingibili e urgenti adottate dal Sindaco quale ufficiale di Governo, sebbene soggette a regole diverse da quelle ordinariamente applicabili agli atti del Sindaco come capo dell'amministrazione comunale, sarebbero pur sempre atti redatti e decisi dagli uffici comunali.

Sussisterebbe pertanto la legittimazione del Comune a resistere nel giudizio in caso di controversia sulla legittimità dell'ordinanza sindacale (cfr. Cons. St., sez. IV, 28.03.1994, n. 291): essendo i provvedimenti emessi dal Sindaco quale ufficiale di governo pur sempre imputabili al Comune, di cui il Sindaco stesso è organo, il ricorso proposto contro il Sindaco, che abbia agito nell'anzidetta qualità, dovrebbe essere pertanto notificato presso la sede del Comune anziché presso l'Avvocatura dello Stato (cfr. Cons. St., sez. V, 7.11.2007, n. 4718).

V.1.1. Ritiene opportuno il Collegio, in primo luogo, richiamare consolidato e condiviso orientamento giurisprudenziale secondo il quale:

a) vero è che di norma, “nelle ipotesi di impugnazione delle ordinanze adottate dal sindaco ex art. 54 T.u.e.l., adottato con d.lgs., 18 agosto 2000 n. 267, sussiste non solo la legittimazione passiva in capo al Comune, ma anche il difetto di legittimazione passiva di altre amministrazioni statali nelle stesse ipotesi, atteso che l'imputazione giuridica allo Stato degli effetti dell'atto dell'organo del Comune ha una natura meramente formale, nel senso che non per questo il Sindaco diventa organo di un'amministrazione dello Stato, ma resta incardinato nel complesso organizzativo dell'ente locale, senza che il suo status sia modificato” (Cons. di St. sez. IV, 29 aprile 2014 n. 2221);

b) l'estromissione ovvero l'inammissibilità del ricorso per notifica alla sola Amministrazione centrale, tuttavia, va disposta esclusivamente qualora il ricorso sia stato proposto per l'annullamento di atti, "mentre deve essere ritenuto diversamente nel caso di contemporanea o successiva azione risarcitoria, affinché lo Stato non venga chiamato a rispondere dei danni senza aver potuto tempestivamente difendersi; invero, è applicabile il principio che lo Stato (e non il Comune) sia l'unico soggetto legittimato passivo dell'azione risarcitoria proposta per il ristoro dei danni derivanti dall'esecuzione delle ordinanze contingibili e urgenti adottate dal Sindaco” (T.A.R. Campania, Napoli, sez. VI, 3 agosto 2016, n. 4013 e sez. V, 30.05.2017, n. 2902).

Ed invero, “Il potere di ordinanza spettante al Sindaco per l'emanazione dei provvedimenti contingibili ed urgenti a fini di pubblico interesse appartiene allo Stato, ancorché nel provvedimento siano coinvolti interessi locali, poiché il Sindaco agisce quale ufficiale del Governo. Ne consegue che, sia per le azioni risarcitorie, sia per le azioni di pagamento diverse, fondate su responsabilità per atto lecito, sussiste la legittimazione passiva dell'amministrazione statale

competente ancorché ai Comuni siano state assegnate le somme necessarie per pagare le relative indennità” (Cassazione civile, sez. I, 28.02.2019, n. 5970).

V.2. Tanto precisato e a prescindere dalla possibile azione risarcitoria, la censura è infondata in fatto.

Invero, il ricorso in oggetto è stato notificato:

a) a mezzo pec:

- al Sindaco del Comune di Santa Maria a Vico – nella qualità di Ufficiale di Governo, elettivamente domiciliato *ope legis* presso l’Avvocatura Distrettuale dello Stato di Napoli;

– al Fallimento Società A.R.G. Costruzioni S.R.L. – in persona del Curatore p.t. Dott. Elia Coppola;

b) ma anche a mezzo posta:

- al Comune di Santa Maria a Vico – in persona del legale rappresentante p.t. – domiciliato per la carica presso la Casa Comunale;

- al Sindaco del Comune di Santa Maria a Vico – nella qualità di Ufficiale di Governo - domiciliato per la carica presso la Casa Comunale.

In altri termini, la notifica al Sindaco di Santa Maria a Vico, nella qualità di Ufficiale di Governo, è stata effettuata sia a mezzo pec (presso l’Avvocatura) che a mezzo posta (presso la Casa Comunale): muovendo da tali presupposti è evidente la manifesta infondatezza dell’eccezione opposta.

VI. Ciò posto, il ricorso è fondato nei termini di seguito esplicitati.

VI.1. Orbene, la gravata ordinanza risulta essere stata adottata sulla base dei seguenti presupposti:

“La recinzione provvisoria atta ad evitare l’accesso al cantiere è inefficiente, poco stabile e necessita di un urgente intervento di ripristino. A breve distanza dal marciapiede permane uno scavo aperto con parete verticale, d’altezza di circa 2 metri priva di qualunque elemento di sostegno, avente una dimensione

planimetrica di circa 28 M x 2 m, che in caso d'instabilità potrebbe causare dissesti all'adiacente proprietà pubblica; L'area di cantiere è abbandonata ed oggetto di degrado e possibile focolaio di problemi di carattere igienico - sanitario;

VISTO che il titolo edilizio è intestato alla società ARG. COSTRUZIONI S.RL. in stato di fallimento, con sede in Sant'Antimo alla via Pablo Picasso s.n.c., e sottoposto alla curatela fallimentare;

VISTO che l'area è intestata ai germani DE LUCIA”...Tanto premesso si ordina al dott. COPPOLA Elia, nella sua qualità di Curatore Fallimentare della ditta ARG COSTRUZIONI e ai proprietari del fondo “di procedere con estrema urgenza all'esecuzione dei lavori di sostituzione della recinzione di cantiere con altra recitazione stabilmente ancorata al suolo, invalicabile e di altezza dal marciapiede almeno pari a 2m” nonché alla “messa in sicurezza dello scavo prospiciente il marciapiede di via Caudio mediante puntellatura delle pareti dello scavo onde garantirne la stabilità (si faccia riferimento all'art. 119 del D.Lvo 81/2008) o in caso di non immediata ripresa dei lavori, di reinterro del fosso”, unitamente alla “Eliminazione dell'erbe Infestanti ed esportazione degli eventuali rifiuti giacenti nell'area”.

VI.2. Il provvedimento di rigetto del riesame è, poi, motivato nei termini che seguono: “le particelle indicate nell'ordinanza sono quelle riferite al permesso di costruire in forza del quale sono stati avviati i lavori e sono state assorbite nella particella 5678; ...negli atti urbanistici si rileva la presenza di una permuta, come confermato dalla documentazione trasmessa, per effetto della quale risulta ancora un titolo, in capo ai germani De Lucia, sulla proprietà dalla quale proviene il degrado ed il pericolo ed oggetto di ordinanza; ... la contingibilità ed urgenza per l'emissione dell'ordinanza sindacale sono dettate dalla situazione di pericolo e degrado in un'area centrale densamente abitata e frequentata”.

VII. Con il terzo motivo di ricorso, assorbente, parte ricorrente lamenta la violazione degli artt. 50 e 54 del d.lgs. n. 267/2000 dolendosi dell'assenza dei requisiti legittimanti l'adozione di un'ordinanza contingibile ed urgente *extra ordinem*.

VII.1. Richiama, la medesima parte, consolidato orientamento giurisprudenziale secondo il quale “presupposto indefettibile per l'adozione delle ordinanze sindacali, ai sensi degli artt. 50 e 54 del D.Lgs. n. 267/2000 (Testo Unico Enti Locali) è la necessità di intervenire urgentemente con misure eccezionali ed imprevedibili di carattere “provvisorio”, non fronteggiabili con gli ordinari mezzi previsti dall'ordinamento giuridico e a condizione della “temporaneità dei loro effetti” (Cons. di Stato, Sez. VI, del 31.10.2013 n. 5276).

VII.1.1. I suddetti requisiti, nella specie, sarebbero carenti, esistendo la contestata recinzione e lo scavo prospiciente il marciapiede da anni, non essendo, conseguentemente, configurabile alcun fatto eccezionale, quale causa da rimuovere con urgenza.

Il lungo lasso temporale intercorso dal consolidarsi della situazione di fatto, peraltro, evidente, tanto da essere stata la condizione dei luoghi segnalata nel tempo da comuni cittadini, come tale, conosciuta o conoscibile dall'Amministrazione intimata, avrebbe consentito alla medesima di fronteggiare l'evenienza con gli ordinari mezzi previsti dall'ordinamento giuridico.

VII.2. La censura è fondata.

VII.2.1. Per legittimare l'adozione dei poteri di cui agli artt. 50 e 54 del D.Lgs. n. 267/2000 devono, infatti, ricorrere i seguenti diversi e concorrenti presupposti:

a) la necessità di intervenire in alcune materie espressamente previste, quali, ad esempio, la sanità, l'igiene, l'edilizia e la Polizia Locale;

b) necessità dell'intervento nell'attualità e/o nell'imminenza di un fatto eccezionale, quale causa da rimuovere con urgenza;

c) il previo accertamento, da parte degli organi competenti, della situazione di pericolo o di danno che si intende fronteggiare;

d) la mancanza di strumenti alternativi previsti dall'ordinamento, stante il carattere *extra ordinem* del potere sindacale di ordinanza.

VII.2.2. Orbene, ora, come già affermato anche da questa stessa sezione, “le ordinanze contingibili ed urgenti costituiscono provvedimenti *extra ordinem*, in quanto dotate di capacità derogatoria dell'ordinamento giuridico, al fine di consentire alla P.A., in deroga al principio di tipicità dei provvedimenti amministrativi, di sopperire a situazioni straordinarie ed urgenti non fronteggiabili con l'uso dei poteri ordinari.

Presupposti indefettibili delle ordinanze contingibili ed urgenti sono costituiti: a) dall'impossibilità di differire l'intervento ad altra data, in relazione alla ragionevole previsione di un danno incombente (urgenza); b) dall'impossibilità di far fronte alla situazione di pericolo incombente con gli ordinari mezzi offerti dall'ordinamento giuridico (contingibilità); c) dalla precisa indicazione del limite temporale di efficacia, in quanto solo in via temporanea può essere consentito l'uso di strumenti *extra ordinem*, che permettono la compressione di diritti ed interessi privati con mezzi diversi da quelli tipici indicati dalle legge” (T.A.R. Campania, Napoli, sez. V, 9 novembre 2016 n. 5162 e 17 febbraio 2016 n. 860; T.A.R. Puglia, Lecce, sez. I, 12 gennaio 2016 n. 69; Cons. di St., sez. V, 26 luglio 2016 n. 3369).

Non ultronea appare, altresì, la precisazione che “tali provvedimenti costituiscono strumenti atipici per quanto attiene al contenuto, fissando la legge unicamente i presupposti per l'esercizio del potere di ordinanza, atteso che l'atipicità è conseguenza della funzione dell'istituto, considerato che le situazioni di urgenza concretamente verificabili non sono prevedibili *a priori*” (T.A.R. Veneto, Venezia, sez. I, 21 settembre 2016 n. 1055).

Ed invero, “le ordinanze contingibili ed urgenti sono consentite esclusivamente per far fronte a straordinarie ed imprevedibili esigenze — a cui non è possibile ovviare facendo ricorso agli ordinari strumenti tipizzati dalla legge — per il tempo strettamente necessario affinché l'amministrazione possa intervenire in via ordinaria” (T.A.R. Sicilia, Palermo, sez. III, 26 settembre 2016 n. 2268).

Solo “in ragione di tali situazioni si giustifica la deviazione dal principio di tipicità degli atti amministrativi e la possibilità di derogare alla disciplina vigente, stante la configurazione residuale, quasi di chiusura, di tale tipologia provvedimentale” (Cons. di St., sez. V, 22 marzo 2016 n. 1189).

In definitiva, quindi, “il potere del Sindaco di emanare ordinanze contingibili ed urgenti presuppone la necessità di provvedere con immediatezza in ordine a situazioni di natura eccezionale ed imprevedibile, cui sia impossibile far fronte con gli strumenti ordinari apprestati dall'ordinamento, nonché l'esistenza e l'indicazione nel provvedimento impugnato di una situazione di pericolo, quale ragionevole probabilità che accada un evento dannoso nel caso in cui l'Amministrazione non intervenga prontamente” (Cons. Stato Sez. II, 22.01.2020, n. 538).

VII.2.3. Orbene, nel caso all'esame, lo stato di pericolo per la pubblica e privata incolumità risulta solo asserito e l'ordinanza difetta, comunque, come dedotto dalla parte ricorrente, del requisito della contingibilità intesa come eccezionalità ed imprevedibilità dell'evento (trattasi, invero, della cattiva manutenzione della delimitazione della zona di cantiere in stato di abbandono) cui non possa farsi fronte con gli strumenti ordinari previsti dall'ordinamento.

Invero, secondo quanto relazionato dal geometra incaricato a seguito del sopralluogo eseguito in data 27.04.2018, con riferimento al “marciapiede di che trattasi, confinante con la proprietà della Società " ARG Costruzioni s.r.l," con sede in Sant'Antimo, al momento non si evidenziano cedimenti, ma comunque il

fondo confinante è abbisognevole di messa in sicurezza”, nelle forme poi dettagliatamente descritte. A tal proposito lo stesso tecnico meramente attesta, quanto al tratto della recinzione prospiciente il marciapiede, che “la stessa al momento non efficiente” (specificandosi, solo per il 4° tratto che “la stessa al momento risulta del tutto caduta, e pericolosa per i residenti del posto”) e, quanto alla parete di terreno confinante con il medesimo marciapiede, meramente che “la stessa è sprovvista di qualsiasi sostegno per cui potrebbe causare danno al marciapiede stesso con possibilità di pericolo, per la pubblica e privata incolumità”.

Manca altresì, come sostenuto, l’ulteriore presupposto indefettibile per l'adozione di siffatte ordinanze ovvero la necessità di intervenire urgentemente con misure eccezionali ed imprevedibili di carattere "provvisorio", non fronteggiabili, come detto, con gli "ordinari" mezzi previsti dall'ordinamento giuridico e a condizione della "temporaneità dei loro effetti" (cfr. Corte Costituzionale, sentenze del 07.04.2011 n. 115 e del 01.07.2009 n. 196).

Ed invero l’ordinanza gravata è stata adottata il 23.05.2018, a distanza di circa un mese dall’avvenuto sopralluogo, accertante, in data 27.04.2018, le descritte criticità, tanto da potersi escludere qualsiasi carattere di urgenza e di imminente e concreto pericolo per la pubblica igiene e incolumità.

La medesima ordinanza sindacale impugnata, peraltro, non indica alcun termine finale presentando un'efficacia *sine die*, o meglio, produce effetti sino alla contestata eliminazione del pericolo senza che residui alcuno spazio per l’esercizio dei poteri ordinari, aspetto, questo, che contrasta proprio con il carattere eccezionale e temporaneo tipico del provvedimento di carattere straordinario.

VII.2.4. Devono allora ritenersi fondate le censure dedotte da parte ricorrente, quanto agli eventuali interventi per il ripristino delle condizioni di sicurezza,

essendo discutibile l'imprescindibilità del ricorso ai poteri *extra ordinem* per l'asserita impossibilità di un efficace utilizzo degli strumenti ordinari previsti dall'ordinamento, a fronte, di contro, del protrarsi dello stato di abbandono proprio per l'omessa e reiterata assenza di manutenzione nella delimitazione del cantiere (recinzione e scavo prospiciente il marciapiede) ad opera della società affidataria dei lavori, intestataria della licenza edilizia, che, invero, si è andato aggravando nel tempo con conseguenze tutt'altro che imprevedibili.

VIII. Sulla base delle precedenti considerazioni, il ricorso, assorbite le ulteriori censure dedotte, va comunque accolto, nei termini di cui in motivazione, per carenza dei requisiti legittimanti tanto l'adozione di una ordinanza contingibile ed urgente quanto il conseguente diniego di riesame.

IX. Ragioni di equità, inducono, tuttavia, il Collegio a disporre tra le parti l'integrale compensazione delle spese di giudizio.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l'effetto, annulla i provvedimenti impugnati.

Compensa tra le parti le spese di giudizio.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.

Così deciso in Napoli nella camera di consiglio del giorno 17 dicembre 2019 con l'intervento dei magistrati:

Santino Scudeller, Presidente

Pierluigi Russo, Consigliere

Gabriella Caprini, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE
Gabriella Caprini

IL PRESIDENTE
Santino Scudeller

IL SEGRETARIO