

Illegittimità di un'ordinanza sindacale sotto il profilo sostanziale della mancanza del presupposto legale per l'esercizio del potere e perché notificato senza previa comunicazione di avvio del procedimento

T.A.R. Sicilia - Palermo, Sez. II 27 dicembre 2023, n. 3874 - Cabrini, pres.; Farhat, est. - (*Omissis*) (avv. Cangemi) c. Comune di (*Omissis*) (n.c.).

Sanità pubblica - Ordine di rimozione e smaltimento di rifiuti presenti su un fondo - Illegittimità dell'ordinanza sindacale sotto il profilo sostanziale della mancanza del presupposto legale per l'esercizio del potere e perché notificato senza previa comunicazione di avvio del procedimento.

(*Omissis*)

FATTO

1. Con il ricorso introduttivo, ritualmente notificato e depositato, la ricorrente, proprietaria *pro quota* del fondo sito nel Comune di -OMISSIS-, censito in Catasto al foglio n. 28, particelle nn. 158, 621, 316, 2836, 127, ha chiesto l'annullamento dell'ordinanza sindacale n° 15 del 25 settembre 2023, emanata *ex art.* 192 D. Lgs. n. 152/2006, con cui il Sindaco di -OMISSIS- ha ordinato anche alla ricorrente la rimozione e lo smaltimento dei rifiuti presenti sul fondo di proprietà entro 30 giorni dalla notifica dell'atto, ad integrazione dell'omologa ordinanza sindacale n. 29 del 26.8.2022 che impartiva il medesimo ordine ad altri soggetti e tra questi, anche i fratelli comproprietari della ricorrente.

2. Nel richiedere l'annullamento dell'atto impugnato, la ricorrente ha mosso le seguenti doglianze.

2.1. Il primo motivo è così rubricato: "*violazione degli artt. 7 e 8 L. n. 241/1990, in relazione all'art. 192, co. 3, D. Lgs. n. 152/2006 per omessa comunicazione dell'avvio del procedimento, peraltro non svoltosi in contraddittorio con gli interessati - Violazione e falsa applicazione dell'art. 192 D. Lgs. n. 152/2006 - Eccesso di potere per carenza dei presupposti, difetto di motivazione, sviamento, carenza di istruttoria e errato esercizio dell'azione amministrativa*". Si contesta la legittimità dell'ordinanza sindacale per violazione di legge in quanto non è mai stato comunicato alla ricorrente l'avvio del procedimento nei suoi confronti, precludendole così ogni possibile contraddittorio endoprocedimentale, che avrebbe potuto influire sulla concreta determinazione discrezionale dell'amministrazione resistente.

2.2. Il secondo motivo è così rubricato: "*violazione e falsa applicazione dell'art. 192 D. Lgs. n. 152/2006 - Eccesso di potere per carenza dei presupposti, difetto di motivazione, sviamento, carenza di istruttoria e errato esercizio dell'azione amministrativa - Mancata instaurazione del contraddittorio con i soggetti interessati - Carenza della motivazione del provvedimento per la totale carenza dell'istruttoria - Mancanza dei requisiti di dolo o colpa in capo all'odierna ricorrente*". Si contesta la legittimità dell'ordinanza sindacale emanata *ex art.* 192 D. Lgs. n. 152/2006 per la rimozione e smaltimento di rifiuti sotto il profilo della mancanza del presupposto soggettivo, richiedendo espressamente la norma di riferimento che i destinatari di siffatto ordine siano soggetti "*ai quali tale violazione sia imputabile a titolo di dolo o colpa, in base agli accertamenti effettuati, in contraddittorio con i soggetti interessati, dai soggetti preposti al controllo*".

3. A seguito della fissazione dell'udienza camerale per la discussione della domanda di sospensione dell'efficacia esecutiva del provvedimento impugnato, l'Amministrazione non si è costituita in giudizio.

4. All'udienza camerale del 22 novembre 2023 il Collegio ha dato avviso ai sensi dell'art. 60 c.p.a., in ordine alla possibilità di definire il giudizio con sentenza in forma semplificata e la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

1. Il presente ricorso verte sulla legittimità dell'ordinanza adottata dal Sindaco *ex art.* 192 D. Lgs. n. 152/2006 per la rimozione e smaltimento di rifiuti avente come destinataria la ricorrente. Tale provvedimento è stato adottato ad integrazione nell'omologa ordinanza precedente, n. 29 del 26.8.2022, nella quale i destinatari erano altri soggetti individuati dalla amministrazione come responsabili dell'accumulo di rifiuti, nonché i comproprietari del fondo, ad eccezione della ricorrente.

2. Nel merito entrambi i motivi di illegittimità prospettati dalla ricorrente sono fondati.

2.1. E' fondato il primo motivo con il quale si contesta la legittimità del provvedimento impugnato perché notificato alla destinataria senza che questa abbia mai ricevuto la comunicazione di avvio del procedimento.

In tal senso, il procedimento che ha dato origine al provvedimento impugnato non ha ad oggetto una materia avente la natura contingibile e urgente propria delle ordinanze sindacali emesse *ex artt.* 50 o 54 T.u.e.l., ma ordina specificatamente la rimozione dei rifiuti abbandonati, ai sensi dell'art. 192 del d. lgs. n. 152/2006; tale connotazione del procedimento avrebbe dovuto imporre all'amministrazione la comunicazione di avvio del procedimento anche alla ricorrente al



contrario di quanto, all'evidenza degli atti del giudizio, è stato fatto.

Da quanto versato in atti non è neppure possibile cogliere l'esistenza di specifiche circostanze che impongano l'urgenza di intervenire con immediatezza su situazioni eccezionali di pericolo attuale ed imminente, non fronteggiabili con gli ordinari strumenti di amministrazione attiva. In altre parole, la situazione di fatto documentata in atti esclude la possibilità di ricondurre il caso concreto nell'eccezione prevista dall'art. 7 l. 241/90 per cui la comunicazione non è dovuta "ove sussistano ragioni di impedimento derivanti da particolari esigenze di celerità del procedimento" (cfr. Consiglio di Stato, Sez. II, sent. n. 4183 del 1 luglio 2020, ud. del 5 maggio 2020).

Definito quanto sopra, è allora agevole ricondurre la comunicazione di avvio del procedimento tra gli atti dovuti, e imposti all'amministrazione nell'esercizio del potere ampiamente discrezionale come quello a presupposto dell'emanazione di un ordine ex art. 192 D.Lgs. n. 152/2006, la sua assenza è un vizio potenzialmente invalidante il provvedimento finale.

Inoltre, è doveroso far presente come i vizi del procedimento sono regolamentati dall'articolo 21 octies comma 2, secondo periodo della l. 241/90 e nello specifico in materia di attività ampiamente discrezionale è espressamente disposto che: "il provvedimento amministrativo non è comunque annullabile per mancata comunicazione dell'avvio del procedimento qualora l'amministrazione dimostri in giudizio che il contenuto del provvedimento non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato".

La prova dell'inevitabilità dell'atto adottato è interamente a carico dell'amministrazione intimata (che non si è però costituita in giudizio), a fronte dell'onere imposto al ricorrente di allegare tutti quegli elementi che avrebbero potuto, in concreto, influire sul provvedimento adottato, ma e che non hanno trovato accesso nel procedimento amministrativo poiché l'amministrazione non ha permesso la partecipazione del ricorrente.

Valutando il merito del caso di specie, l'amministrazione non ha provveduto alla comunicazione di avvio del procedimento, e in ogni caso, non costituendosi in giudizio, ha comunque rinunciato a provare un fatto diverso e contrario alla prospettazione della ricorrente.

Inoltre, la parte ricorrente con il proprio ricorso correlato dai documenti allegati ha ampiamente provato diverse circostanze che avrebbero certamente influito sul provvedimento impugnato, impedendone l'adozione nei confronti della ricorrente. Questo poiché, come diffusamente verrà trattato riguardo il presupposto soggettivo, la stessa ha provato la propria estraneità ai fatti che hanno condotto all'ordine del Sindaco di rimozione e smaltimento di rifiuti dal terreno di cui è comproprietaria.

A conclusione della disamina appena svolta, la mancata comunicazione di avvio del procedimento è un vizio invalidante il provvedimento impugnato che ne determina l'illegittimità per violazione di legge.

2.2. Deve ritenersi fondato anche il secondo motivo con il quale si contesta la legittimità del provvedimento impugnato sotto il profilo sostanziale della mancanza del presupposto legale per l'esercizio del potere.

L'art. 192 comma 3 D. Lgs. n. 152/2006 conferisce il potere di ordinanza al Sindaco in materia di rifiuti nei seguenti termini: "chiunque viola i divieti di cui ai commi 1 e 2 è tenuto a procedere alla rimozione, all'avvio a recupero o allo smaltimento dei rifiuti ed al ripristino dello stato dei luoghi in solido con il proprietario e con i titolari di diritti reali o personali di godimento sull'area, ai quali tale violazione sia imputabile a titolo di dolo o colpa, in base agli accertamenti effettuati, in contraddittorio con i soggetti interessati, dai soggetti preposti al controllo".

Tale potere, secondo consolidata giurisprudenza, deve esercitarsi nel seguente modo: "In tema di rifiuti, affinché il proprietario del suolo sia condannato agli adempimenti previsti dall'art. 192, D.Lgs. n. 152/2006 è necessario che l'accertamento della sua responsabilità sia effettuato in contraddittorio, anche se tale accertamento è fondato su presunzioni e nei limiti della esigibilità ove si ravvisi il titolo colposo di tale responsabilità, non potendosi configurare, in assenza di una espressa previsione di legge nazionale, una responsabilità da posizione del proprietario. Si tratta poi di materia di indubbio interesse comunitario disciplinata da specifiche Direttive (nn. 91/156/CEE sui rifiuti, 91/689/CEE sui rifiuti pericolosi e 94/62/CE sugli imballaggi e sui rifiuti di imballaggio) ove la diretta rilevanza del contraddittorio procedimentale è garantito dall'art. 41 "diritto ad una buona amministrazione" della Carta dei diritti fondamentali di Nizza, avente lo stesso valore giuridico del Trattato in seguito al Trattato di Lisbona, ratificato con Legge n. 130/2008 (ex multis TAR Umbria, 21 febbraio 2013, n. 105)." (Cons. Stato Sez. IV, 28/11/2022, n. 10433).

Nel caso di specie la ricorrente è comproprietaria, insieme ai fratelli, del fondo sul quale si trovano i rifiuti oggetto dell'ordinanza impugnata e, fin dall'anno 2020, si è fatta parte diligente per la vigilanza su attività poste in essere anche da terze persone sulla sua proprietà della quale non ha mai goduto direttamente.

Nel dicembre 2020 ha sporto una querela per invasione di terreni nei confronti di -OMISSIS- (cfr. allegato 1 e 1 bis) il quale in un'occasione successiva ha ammesso di aver utilizzato per oltre vent'anni il fondo per lo stazionamento di mezzi pensanti e deposito massi e legname con il consenso di "alcuni comproprietari" "ed "in particolare di -OMISSIS-", fratello della ricorrente (cfr. allegato 3).

Nel 2021, quando l'amministrazione ha riscontrato la presenza di cumuli di legname abbandonati sul terreno la ricorrente si è premurata di seguire il relativo procedimento avanzando istanza di accesso agli atti (cfr. allegati 4 e 5 al ricorso). In quest'occasione l'amministrazione ha potuto accertare le responsabilità legate all'utilizzo del fondo in quanto il procedimento è esitato nell'adozione dell'ordinanza n. 30 del 10.5.2021 nei confronti, tra gli altri, di -OMISSIS- e di tutti i comproprietari del terreno, ad eccezione della ricorrente (cfr. allegati 6 e 7).

Rimasta inottemperata tale ordinanza, in data 18/12/2021, l'odierna ricorrente si è nuovamente recata sporgere denuncia presso Carabinieri, dandone notizia anche alla Polizia Locale, riguardo al permanere sul fondo di sua proprietà un cumulo di rifiuti (cfr. allegati 10 e 11). Anche in questa occasione l'esito degli accertamenti del Comune è stata l'adozione di un provvedimento avente come destinatari i ritenuti responsabili delle condotte di abbandono di rifiuti e i comproprietari del fondo, tranne la ricorrente pur facilmente individuabile.

In data 24.3.2022 parte ricorrente ha sporto una nuova denuncia nella quale segnalava alla Procura il mancato ripristino dello stato dei luoghi, atto che ha provocato un nuovo sopralluogo da parte dei Carabinieri (cfr. allegati 16 e 17) e ha portato l'Autorità giudiziaria a sequestrare il fondo in via preventiva (cfr. allegato 18). In questo caso l'ordinanza di sequestro preventivo è stata doverosamente notificata alla ricorrente nella sua qualità di proprietaria terza estranea all'indagine in sede penale.

In data 26/8/2022 è stata adottata l'ordinanza sindacale n. 29, ex art. 192 D. Lgs n. 152/2006 (cfr. allegato 19) per la rimozione e lo smaltimento dei rifiuti e anche questa volta tra i destinatari non veniva elencata l'odierna ricorrente.

In data 26.9.2022 è stata notificata alla ricorrente l'ordinanza impugnata con la quale si integrava la precedente con il suo nome il novero dei destinatari dell'ordine di smaltimento dei rifiuti.

Alla luce della ricostruzione sopra svolta, è di tutta evidenza che la ricorrente non possa essere annoverata tra i possibili destinatari dell'ordinanza, avendo dimostrato negli anni una solerzia e una diligenza anche oltre quella ordinariamente dovuta nel vigilare e denunciare attività illecite aventi ad oggetto il fondo del quale è comproprietaria. Non solo la volontarietà va radicalmente esclusa, ma è certo che non le si possa muovere un rimprovero di diretta colpa nella creazione della discarica oggetto di provvedimento amministrativo, così come non si può neppure affermare che il deposito abusivo sia stato creato anche a causa dell'agevolazione o dell'accondiscendenza della ricorrente comproprietaria.

A riprova di quanto affermato, è la stessa Amministrazione, pienamente consapevole di ogni passaggio della vicenda sopra descritta proprio grazie alle zelanti segnalazioni di parte ricorrente, che tutte le volte in cui è intervenuta tramite ordinanza non ha mai coinvolto la ricorrente.

3. Per questi motivi il provvedimento impugnato è illegittimo per violazione di legge e va annullato sia sotto il profilo formale di vizio del procedimento, sia sotto quello sostanziale di carenza dei presupposti per l'esercizio del potere.

4. Le spese, da liquidarsi in dispositivo, seguono la soccombenza.

(Omissis)

