

Presupposti per l'adozione di una ordinanza contingibile e urgente

Cons. Stato, Sez. IV 12 marzo 2024, n. 2395 - Lopilato, pres. f.f.; Carpino, est. - Consorzio di Bonifica Integrale Comprensorio Sarno, Bacini del Sarno, dei Torrenti Vesuviani e dell'Irno (avv.ti Murino, Celotto) c. Comune di Nocera Inferiore (avv. Criscuolo) ed a.

Sanità pubblica - Rifiuti - Ordinanze contingibili e urgenti - Presupposti per l'adozione.

L'adozione di una ordinanza contingibile e urgente è manifestazione di un potere eccezionale esercitabile dal Sindaco nelle ipotesi di incolumità pubblica e sicurezza come ufficiale di governo, con i connessi obblighi di preventiva comunicazione al prefetto (art. 54, d.lgs.267/2000); detto potere eccezionale può essere esercitato come capo dell'amministrazione comunale nelle ipotesi di emergenza sanitaria o di igiene pubblica a carattere esclusivamente locale (art. 50, d.lgs. 267/2000). Il presupposto per l'adozione di una ordinanza contingibile e urgente, sia che venga adottata dal sindaco quale capo dell'amministrazione comunale sia quale ufficiale di governo, è comunque la necessità di provvedere con immediatezza - l'urgenza - in ordine a situazioni eccezionali ed imprevedibili che non possono essere fronteggiate con gli strumenti ordinari, ossia la contingibilità. Non è pertanto possibile adottare ordinanze contingibili e urgenti per fronteggiare situazioni prevedibili e permanenti o quando non vi sia urgenza di provvedere, intesa come assoluta necessità di porre in essere un intervento non rinviabile, a tutela della pubblica incolumità.

(Omissis)

FATTO e DIRITTO

1. La questione controversa riguarda l'ordinanza del Sindaco del Comune di Nocera Inferiore n. 36 del 22 luglio 2019, con cui è stato intimato, ex artt. 50 e 54, co.4, d.lgs. 267/2000, al Consorzio di Bonifica, indicato in epigrafe, ed alla Giunta Regionale della Campania, la pulizia, il diserbo e la rimozione di rifiuti presenti sulle aste torrentizie attraversanti il territorio comunale (in particolare dei torrenti Solofrana, Cavaiola ed Alveo Comune Nocerina).

L'ordinanza contingibile e urgente impugnata si fonda sul presupposto fattuale di pregressi solleciti già rivolti alla Giunta Regionale della Campania ed al Consorzio, rispettivamente in qualità di "soggetto obbligato proprietario del demanio idrico regionale" e "organo strumentale per la manutenzione degli alvei", al fine di sollecitare interventi di manutenzione ordinaria e straordinaria degli alvei torrentizi suindicati attraversanti il territorio comunale nonché sulle risultanze del sopralluogo espletato in data 9 luglio 2019, ad opera del Servizio Protezione Civile e Pubblica Incolumità, congiuntamente al personale del Comando di Polizia Municipale del Comune appellato, attestante talune criticità in diversi tratti del territorio comunale.

2. In relazione alla questione sono intervenute due decisioni del Tar Campania, sezione di Salerno, aventi ad oggetto la medesima ordinanza contingibile e urgente 36/2019 di cui sopra e, specificamente, la sentenza n. 1604, del 3 luglio 2023, su ricorso promosso dal Consorzio di bonifica integrale comprensorio Sarno (RG 202307517) e la sentenza n. 1611, sempre del 3 luglio 2023, su ricorso promosso dalla Regione Campania (RG 202307654); entrambe le decisioni hanno ritenuto legittima la richiamata ordinanza contingibile e urgente.

Le due cause sono state riunite con l'ordinanza cautelare di questa Sezione n.4361 del 25 ottobre 2023 che ha accolto l'istanza cautelare proposta dalla Regione Campania e dal Consorzio appellante ritenendo che, sulla scorta di giurisprudenza consolidata, non è legittimo il ricorso ad una ordinanza contingibile e urgente, ex artt. 50 e 54, d.lgs. 267/2000, ove, come nello specifico, sia necessario individuare soluzioni operative e finanziarie per risolvere una situazione che, coinvolgendo diversi livelli di governo e differenziate responsabilità, risulta evidente da tempo.

2.1 Va ancora rilevato che il Consorzio è soggetto attuatore/beneficiario di PO Campania FESR 2014-20 Azione n. 5.1.2 DGR n. 460/2023 - Ammissione a finanziamento dell'intervento codice I3.d denominato "Ripristino funzionalità idraulica Alveo Comune Nocerino - I stralcio" - CUP I98H23000380008 per l'importo totale di € 5.039.228,79.

Dagli atti di causa si riscontra una convenzione della Regione con il Consorzio per la realizzazione dei richiamati lavori di Ripristino funzionalità idraulica Alveo Comune Nocerino - I stralcio.

L'intervento, in particolare, ha ad oggetto il taglio della vegetazione incluso lo smaltimento, il dragaggio ed il ripristino degli argini del basso corso dell'alveo (dallo sbocco fino allo sfioratore nel Rio Sguazzatorio), nonché la messa in sicurezza dei tratti di argine a rischio più elevato.

3. Propongono appello avverso le sentenze richiamate, Tar Campania, n. 1604/2023 e n.1611/2023, la Regione Campania ed il Consorzio Bonifica integrale - comprensorio Sarno, Bacini torrenti vesuviani e dell'Irno per i seguenti motivi.

3.1 Quanto al ricorso del Consorzio vengono proposti i seguenti motivi:

I) Error in iudicando - violazione e falsa applicazione dell'art. 1 e ss. della l.r. Campania n.4/2003 nonché del r.d. n.523/1904 e del r.d. n.215/1933.



- II) Error in iudicando - violazione e falsa applicazione dell'art. 1 e ss. della l.r. Campania n.4/2003 del r.d. n. 523/1904 e del r.d. e n. 215/1933
- III) Error in iudicando - violazione e falsa applicazione dell'art. 1 e ss. della l.r. Campania n.4/2003 nonché del r.d. n.523/1904 (art. 4, 5, 7, 8, 38) della l. 520/1993 (art. 2) e del r.d. n.215/1933
- IV) Erroneità e contraddittorietà del giudicato - violazione e falsa applicazione dell'art. 1 e ss. della l.r.c. n.4/2003 nonché del r.d. n.523/1904, del r.d. n.215/1933 e delle leggi regionali della Campania 26 maggio 2016 n.14 (artt. 7, 10, 26, 35) e 25 febbraio 2003 n.4 (art.3).
- V) Erroneità e contraddittorietà del giudicato - violazione e falsa applicazione degli artt. 50 e 54 d.lgs. n.267/2000 – eccesso di potere
- VI) Erroneità e contraddittorietà del giudicato - violazione e falsa applicazione degli artt. 50 e 54 d.lgs. n.267/2000 e ss.mm. ii. e dell'art. 7 della l. n.241/1990.

2.2 Quanto al ricorso della Regione Campania vengono proposti i seguenti motivi:

- I) Violazione e falsa applicazione art. 54 d.lgs 18 agosto 2000, n. 267 - Violazione artt. 1, 3 e 6 l. 7.8.1990, n. 241 - Eccesso di potere (errore sui presupposti di fatto e di diritto - difetto assoluto di istruttoria - difetto di motivazione - insussistenza dei presupposti per emanare l'ordinanza contingibile e urgente - travisamento) - Violazione artt. 1 e ss. d.lgs 18 agosto 2000, n. 267 - Eccesso di potere (atipicità) - Violazione artt. 97 e 118 Costituzione - Eccesso di potere (violazione del principio della necessità della leale cooperazione tra pubbliche amministrazioni - sviamento).
- II) Violazione e falsa applicazione dell'art. 54 d.lgs 267/00 - Violazione artt. 1, 3, 6 l. 241/90 - Eccesso di potere - Difetto d'istruttoria - Difetto di motivazione e stereotipa.
- III) Violazione e falsa applicazione dell'art. 1 e ss. della l.r. Campania n.4/2003 nonché del r.d. n.523/1904, del r.d. n.215/1933 e delle leggi regionali della Campania 26.5.2016 n.14 (artt. 7, 10, 26, 35) e 25.2.2003 n.4 (art.3).
- IV) Violazione di legge art. 12 r.d. 523/1904 - Omessa pronuncia

3. Nel caso in questione occorre premettere che le censure si incentrano su diverse questioni relative, tra l'altro, all'ambito delle competenze in materia di raccolta di rifiuti e manutenzione dei corpi idrici, alle funzioni del Consorzio appellante, come anche alla legittimità dell'ordinanza contingibile e urgente.

3.1 In particolare il Consorzio, nel V motivo (rubricato Erroneità e contraddittorietà del giudicato - violazione e falsa applicazione degli art. 50 e 54 d.lgs. n.267/2000 - eccesso di potere) rileva come nella fattispecie non fossero sussistenti i requisiti necessari per l'adozione dell'ordinanza contingibile e urgente. Ciò in quanto l'ordinanza in esame si giustifica sulla base di un duplice evento ipotetico (le piogge e la tracimazione dei torrenti) prevedibile sulla base dell'id quod plerumque accidit. Ne consegue che secondo l'appellante Consorzio difetterebbe il requisito della contingibilità.

Sempre secondo l'appellante Consorzio difetterebbe nella fattispecie il requisito fondamentale dell'urgenza facendosi riferimento a piogge autunnali, ancora distanti nel tempo rispetto al momento dell'adozione dell'ordinanza del 22 luglio 2019; carenza dell'urgenza testimoniata anche dal fatto che l'adozione dell'ordinanza (del 22 luglio 2019) è avvenuta a distanza di due settimane dall'avvenuto sopralluogo del 9 luglio 2019.

Al riguardo, l'appellante Consorzio evidenzia che solamente l'assoluta straordinarietà di un pericolo attuale da dover fronteggiare giustifica la deviazione dal principio di legalità dell'azione amministrativa e la capacità derogatoria della normativa primaria che caratterizza il potere in questione da ritenersi extrema ratio cui ricorrere in situazioni del tutto eccezionali, come tali non tipizzate né tipizzabili.

3.2. Con il VI motivo (rubricato Erroneità e contraddittorietà del giudicato - violazione e falsa applicazione degli art. 50 e 54 d.lgs. 267/2000 e ss.mm. ii. e dell'art. 7 della l. n.241/1990) l'appellante Consorzio censura la mancata comunicazione di avvio del procedimento prescritta dall'art. 7 della l. n.241/1990, in quanto ritiene che non vi siano ragioni di impedimento a porre in essere detto adempimento; ciò in quanto ritiene carente l'imprevedibilità, l'eccezionalità e la straordinarietà dell'evento come ritiene carente il pericolo incombente per la sicurezza e l'incolumità.

3.3 Quanto alle censure dell'appellante Regione Campania, avverso l'adozione dell'ordinanza contingibile e urgente da parte del Comune, con il primo motivo (rubricato: Violazione e falsa applicazione art. 54 d.lgs 18 agosto 2000, n. 267 - Violazione artt. 1, 3 e 6, l. 7.8.1990, n. 241 -Eccesso di potere (errore sui presupposti di fatto e di diritto – difetto assoluto di istruttoria - difetto di motivazione - insussistenza dei presupposti per emanare l'ordinanza contingibile e urgente - travisamento) - Violazione artt. 1 e ss. d.lgs 18 agosto 2000, n. 267 - Eccesso di potere (atipicità) - Violazione artt. 97 e 118 Costituzione - Eccesso di potere, violazione del principio della necessità della leale cooperazione tra pubbliche amministrazioni - sviamento), l'appellante evidenzia come un provvedimento atipico, di natura eccezionale, previsto per fronteggiare gravi pericoli che minacciano l'incolumità dei cittadini, non può essere utilizzato ai fini della cura di esigenze prevedibili e ordinarie, che non siano eccezionali né temporanee.

In particolare, evidenzia come l'ordinanza contingibile e urgente è stata emessa dal Sindaco a distanza di tredici giorni dall'effettuazione del sopralluogo dimostrando nei fatti che poteva essere garantito il necessario contraddittorio procedimentale ai destinatari ovvero alla Regione Campania e all'ente consortile quale soggetti coobbligati.

3.4 Con il secondo motivo (rubricato: Violazione e falsa applicazione dell'art. 54 d.lgs 267/00 - Violazione artt. 1, 3, 6 l. 241/90 - Eccesso di potere - Difetto d'istruttoria - Difetto di motivazione e stereotipa) la Regione, operando una ricostruzione sotto il profilo storico della realizzazione delle aste torrentizie, ne ritiene la natura di opere di bonifica e

l'applicabilità in tale evenienza dell'art. 54 del T.U. 215/1933 relativo alle competenze dei consorzi di bonifica.

A proposito di questo secondo motivo, è bene da subito rilevare che esso non viene esaminato in quanto dalla lettura delle censure riportate emerge che, pur in presenza del richiamo nella rubrica all'art. 54 d.lgs. 267/2000 - relativo alle ordinanze contingibili e urgenti adottate dal sindaco quale ufficiale di Governo - nel corpo del motivo non viene sollevata alcuna questione relativamente a detta disposizione.

4. I motivi sono fondati.

In via preliminare, deve rilevarsi che è possibile, in ossequio al principio di economia dei mezzi processuali, derogare alla naturale rigidità dell'ordine di esame e risolvere la controversia sulla base della ragione più liquida sempre che ciò non incida sul diritto di difesa del contro interessato e consenta un'effettiva accelerazione della definizione della lite (in tal senso, cfr. Cons. Stato, Ad. Plen. 27 aprile 2015, n. 5).

Riveste quindi preliminare importanza la valutazione circa la legittimità dell'ordinanza contingibile e urgente quale metodo di soluzione e perimetrazione degli ambiti di competenza; profili esaminati nel V e VI motivo del ricorso del Consorzio e nel I e II del ricorso della Regione Campania.

Non occorre, pertanto, ricostruire nel dettaglio l'articolazione ordinaria delle competenze, anche in ragione del fatto che ciò è stato fatto con la recente decisione di questo Consiglio, sez. V, sentenza n. 241 del 5 gennaio 2024.

In questa sede è sufficiente rilevare che la richiamata decisione ha ritenuto che l'uso e lo sfruttamento del corso d'acqua, a fini di bonifica ed irrigazione, non può mai comportare l'attrazione della competenza, altresì, sulla manutenzione ordinaria e straordinaria del corpo idrico stesso; ne consegue che la manutenzione ordinaria e straordinaria (c.d. "sistemazione idraulica") degli alvei e dei corpi idrici naturali e artificiali più in generale nonché delle opere strettamente idrauliche (dunque non direttamente afferenti alla bonifica) spetta alla Regione e non ai Consorzi di bonifica (cui compete la cura, gestione e conservazione delle sole opere di bonifica ed irrigazione).

La citata decisione ha pertanto dichiarato l'illegittimità della nota regionale impugnata laddove imponeva, ai Consorzi di bonifica, la gestione e la manutenzione, tra l'altro, "dei valloni o porzioni di essi e degli alvei naturali e artificiali che ricadono nel comprensorio di bonifica integrale di competenza".

4.1 L'adozione di una ordinanza contingibile e urgente è manifestazione di un potere eccezionale esercitabile dal Sindaco nelle ipotesi di incolumità pubblica e sicurezza come ufficiale di governo, con i connessi obblighi di preventiva comunicazione al Prefetto (art. 54, d.lgs. 267/2000); detto potere eccezionale può essere esercitato come capo dell'amministrazione comunale nelle ipotesi di emergenza sanitaria o di igiene pubblica a carattere esclusivamente locale (art. 50, d.lgs. 267/2000).

Il presupposto per l'adozione di una ordinanza contingibile e urgente, sia che venga adottata dal Sindaco quale capo dell'amministrazione comunale sia quale ufficiale di governo, è comunque la necessità di provvedere con immediatezza - l'urgenza - in ordine a situazioni eccezionali ed imprevedibili che non possono essere fronteggiate con gli strumenti ordinari, ossia la contingibilità.

Non è pertanto possibile adottare ordinanze contingibili e urgenti per fronteggiare situazioni prevedibili e permanenti o quando non vi sia urgenza di provvedere, intesa come assoluta necessità di porre in essere un intervento non rinviabile, a tutela della pubblica incolumità (cfr. ex multis, Cons. Stato, sez. V, 12 giugno 2017, n. 2847).

Quanto alla contingibilità, nel caso specifico invero esistono mezzi ordinari di soluzione delle questioni rappresentate, in ossequio al principio di leale collaborazione tra le istituzioni; una soluzione alla questione da parte della Regione, cui competono le funzioni di polizia idraulica (art. 86 e 89 d.lgs. 112/1998), come anche l'assolvimento dei compiti propri dell'amministrazione comunale e del Consorzio, come un intervento dell'organo statale volto alla ricerca della soluzione, possono rappresentare tutti mezzi per una ricerca della soluzione all'insegna del superiore interesse della tutela della pubblica incolumità.

Invece, per il tramite di una ordinanza contingibile e urgente si è determinato, peraltro unilateralmente, un assetto delle competenze in materia di difesa del suolo che ha di fatto escluso l'organo che l'ha adottata dallo svolgimento di funzioni proprie; infatti, al Comune compete la raccolta dei rifiuti urbani intendendosi per tali i rifiuti di qualunque natura o provenienza, giacenti sulle strade ed aree pubbliche o sulle strade ed aree private comunque soggette ad uso pubblico o sulle spiagge marittime e lacuali e sulle rive dei corsi d'acqua (cfr. art 183, comma 1, lett. b ter, d.lgs. 3 aprile 2006, n. 152).

Quello che emerge è che quindi l'utilizzo di uno strumento eccezionale non può, in una ottica di responsabilizzazione degli organi tecnici e politici, essere utilizzato per la soluzione di controversie istituzionali che prescindono dall'esercizio delle proprie competenze, anche se sul punto a quanto emerge dagli atti di causa non si è registrato alcun intervento risolutivo pure a fronte delle richieste dell'Amministrazione comunale.

Né può essere trascurato che nel provvedimento impugnato manca una verifica in concreto della natura dei canali, se di bonifica o opera idraulica, al fine di perimetrare l'ambito degli interventi degli enti competenti.

4.2 Quanto poi all'urgenza essa sussiste se è causata dall'imminente pericolosità imponendo l'adozione di un efficace provvedimento straordinario e di durata temporanea, in deroga ai mezzi ordinari previsti dall'ordinamento giuridico (cfr. Cons. Stato, Sez. II, 11 luglio 2020, n. 4474)

Nello specifico dal provvedimento oggetto di impugnativa emerge che vi è stata una corrispondenza con la Regione di

cui la prima risalente al 31 ottobre 2018, a fronte dell'ordinanza adottata il 22 luglio 2019; corrispondenza che è indice, da un lato, di una presa di coscienza del problema da parte dell'amministrazione comunale, e dall'altro del mancato riscontro da parte della Regione - come rilevato nell'ordinanza contingibile in esame - in una situazione che, coinvolgendo diversi livelli di governo locale, risulta evidente da tempo.

Già i tempi, invero lunghi tra il sopralluogo (9 luglio) e l'adozione dell'ordinanza (22 luglio), dimostrano l'assenza dell'urgenza nell'adozione della medesima; ma va anche detto che la previsione di piogge estive ed autunnali (dando per scontate quelle invernali) fa, anche sotto questo aspetto, propendere per un assetto stabile del riparto delle competenze che con la medesima ordinanza si vuole perseguire.

Non va inoltre tralasciato che l'organizzazione di un servizio di manutenzione impone la predisposizione di risorse finanziarie ed umane che deve essere programmata onde evitare che l'effetto immediatamente tangibile di un provvedimento contingibile e urgente si riduca alla modifica delle responsabilità connesse.

4.3 Ed è proprio l'urgenza - ove effettivamente sussistente - che avrebbe reso legittimo anche omettere la comunicazione di avvio del procedimento di cui all'art. 7, comma 1, l. 241/1990, che secondo giurisprudenza consolidata, non è necessaria in considerazione delle particolari esigenze di celerità dell'ordinanza contingibile e urgente proprie della sua natura.

Nel caso in esame quindi non vi è la contingibilità - intesa come impossibilità a fronteggiare con i mezzi ordinari la questione - né vi è l'urgenza. Pare emergere invece una contrapposizione tra le amministrazioni coinvolte - Regione, Consorzio e Comune - che, all'insegna del principio della leale collaborazione, anche con l'intervento dell'Amministrazione statale, avrebbero dovuto individuare, nel superiore interesse della tutela dell'incolumità un metodo di azione concertato.

In sintesi, l'inefficacia gestionale del complesso delle pubbliche amministrazioni coinvolte - intesa come mancato raggiungimento di un protocollo operativo di ripartizione dei compiti tra di esse - non può costituire la giustificazione per l'utilizzazione di un potere extra ordinem; le ordinanze presuppongono una situazione di pericolo effettivo in cui si possono configurare anche situazioni non tipizzate dalla legge e ciò giustifica la deviazione dal principio di tipicità degli atti amministrativi, la possibilità di deroga rispetto alla disciplina vigente e la necessità di motivazione congrua e peculiare, nonché la natura di strumento di chiusura, delle ordinanze contingibili e urgenti (cfr. Cons. Stato, sez. V, 20 febbraio 2012, n. 904); elementi che, come si è sin qui evidenziato, sono carenti nella fattispecie in esame.

4.4 Va in ultimo rilevato che non è ammissibile l'acquisizione dell'istanza di rettifica prodotta dal Presidente del collegio dei revisori in data 13 novembre 2023 in relazione a quanto riportato nell'ambito del decreto dirigenziale della Regione Campania n. 435 del 25 luglio 2023 recante l'approvazione della delibera del consiglio dei delegati n. 6 del 14.06.2023 avente ad oggetto l'approvazione del bilancio di previsione esercizio 2023; in detto decreto - come richiamato dall'ordinanza cautelare di questa Sezione n. 4361 del 25 ottobre 2023 - è riportato che il Collegio dei revisori dei conti del citato Consorzio ha rilevato che il Piano di Gestione del Consorzio medesimo per l'anno 2023 "delinea il quadro complessivo degli interventi per l'anno 2023 necessari a garantire il corretto funzionamento della rete idraulica di competenza consortile (...) e che, compatibilmente con le risorse disponibili e/o finanziamenti a chiedersi, deve provvedere alla manutenzione dei corpi idrici e le opere idrauliche in genere, non escludendo nessun canale e corso d'acqua costituente parte integrante della rete di bonifica".

Preliminarmente va rilevato il carattere perentorio del termine di cui all'art. 73 c.p.a. essendo strumentale alla garanzia del contraddittorio; la predetta istanza di rettifica peraltro consegue, come nella stessa evidenziato, alla lettura dell'ordinanza di questo Collegio e non ad una necessaria verifica degli atti regionali che sarebbe dovuta intervenire almeno prima dell'udienza cautelare del 19 ottobre 2023.

In ogni caso la richiamata istanza di rettifica è irrilevante ai fini della decisione che verte, in ossequio alla ragione più liquida, sulla legittimità dell'utilizzo dell'ordinanza contingibile e urgente nel caso in questione.

5. Restano assorbiti tutti gli argomenti di doglianza, motivi o eccezioni non espressamente esaminati che il Collegio ha ritenuto non rilevanti ai fini della decisione e comunque inidonei a supportare una conclusione di tipo diverso.

6. In considerazione della complessità della fattispecie sussistono giusti motivi per una compensazione delle spese.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quarta), definitivamente pronunciando, riuniti gli appelli indicati in epigrafe, li accoglie.

Spese compensate.

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

(Omissis)