

Sull'illegittimità dell'esercizio del potere di ordinanza in materia di rifiuti e della proroga dello stato di emergenza

Breve nota alla sentenza del Tar Sicilia (PA) 29 gennaio 2018 n. 252

A cura dell'Avv. Valentina Stefutti

“La non occasionalità, ma al contrario la costante ed ordinaria reiterazione delle ordinanze in questione, in assenza di una programmazione ordinaria tale da scongiurare od evitare il verificarsi di situazioni emergenziali costituenti il presupposto legittimante l'esercizio dei poteri straordinari. Nella fattispecie si assiste, invero, ad una “stabilizzazione, ed alla trasformazione in ordinario strumento di gestione amministrativa, di tipologie provvedimenti emergenziali, come tali legittimate, nella specie ex art. 191 D.Lgs. n. 152/2006, solo da reali situazioni di emergenza che siano altresì non imputabili all'autorità amministrativa istituzionalmente preposta all'opposta finalità di superare la fase della c.d. amministrazione dell'emergenza”.

Come ben noto ai nostri Lettori, il tema del corretto esercizio del potere di ordinanza *extra ordinem*, sia da parte dei Sindaci che dei Presidenti di Regione e/o di Provincia, di sicuro interesse generale, è stato ripetutamente trattato, anche in tempi recenti, sulle pagine di questa rivista, nonché nel corso degli eventi seminari organizzati da Diritto all'ambiente.

Nella sentenza in rassegna, il TAR Sicilia ha stigmatizzato la consolidata prassi, adottata dal Presidente della Regione Siciliana, di emanare, ripetutamente, ordinanze *extra ordinem*, in carenza dei presupposti normativi che giustificavano l'esercizio di tale potere, in materia di gestione dei rifiuti, continuando a prorogare, di fatto *sine die*, il regime emergenziale.

In argomento, va ricordato che l'art. 191 del D.lgs. 3 aprile 2006 n. 152 disciplina il potere, posto in capo a taluni organi apicali Pubblica Amministrazione, quali i Presidenti di Regione e Provincia ovvero i Sindaci, di emanare provvedimenti amministrativi dal contenuto precettivo, per affrontare eventi di portata eccezionale oltre che di particolare gravità in grado di mettere a rischio la salute pubblica e l'ambiente, “salvaguardando l'interesse pubblico con il minor sacrificio di quello privato” (cfr. tra le tante, Cons Stato, 16 aprile 2003 n. 1990).

Vi è da dire che la situazione che legittima l'esercizio del potere di ordinanza potrebbe anche essere di mero pericolo di danno, non essendo richiesta la verifica del danno stesso, in un contesto, tuttavia, in cui lo stato di pericolo deve essere attuale e non presunto o ipotetico.

Questa tipologia di ordinanze si connota per carattere derogatorio delle vigenti disposizioni di legge. Secondo il comma 3 dell'art. 191 cit, infatti, in ordinanza devono essere indicate "le norme a cui si intende derogare"; inoltre, le ordinanze sono adottate previo parere degli organi tecnici o tecnico-sanitari locali, i quali si esprimono con specifico riferimento alle conseguenze ambientali che potrebbero derivare dall'adozione dell'atto stesso.

Come ben noto ai nostri Lettori, e come confermato dalla più consolidata giurisprudenza formatasi in argomento negli ultimi due decenni, l'esercizio del potere di emanare ordinanze contingibili ed urgenti, sia che si tratti delle Ordinanze previste agli artt. 50 e 54 del D.lgs. 18 agosto 2000 n.267 (TUEL) che di quella di cui all'art. 191 cit., è condizionato all'esistenza dei seguenti presupposti: 1) necessità di intervenire nella materia interessata dal provvedimento; 2) attualità o imminenza di un fatto eccezionale, quale causa da rimuovere con urgenza; 3) preventivo accertamento da parte di organi competenti della situazione di pericolo e di danno; 4) mancanza di strumenti alternativi previsti dall'ordinamento, stante il carattere "*extra ordinem*" del potere esercitato (T.A.R. Lazio, sez. II, 8 settembre 2005, n. 6664; T.A.R. Campania Napoli, sez. V, 14 ottobre 2005, n. 16477; T.A.R. Lombardia, Milano, sez. II, 21 ottobre 2003, n. 4851; T.A.R. Marche, 7 maggio 2003, n. 307; T.A.R. Emilia Romagna, Parma, 10 gennaio 2003, n. 1; T.A.R. Puglia Bari, sez. II, 8 ottobre 2001, n. 4188).

Al riguardo, ha inoltre precisato la giurisprudenza che le ordinanze di cui si discute, siano emanabili unicamente nel rispetto dei limiti posti all'esercizio del relativo potere, fra i quali quello dell'adeguatezza del provvedimento ed i presupposti dell'urgenza e della grave necessità ed urgenza (T.A.R. Liguria, sez. II, 26 aprile 2003, n. 524) nonché della fissazione di un termine di efficacia del provvedimento stesso.

Per tale ragione, oltre al carattere della contingibilità, intesa come urgente necessità di provvedere con efficacia ed immediatezza in casi di pericolo attuale od imminente, è necessario che tali ordinanze rivestano il carattere della provvisorietà, intesa nel duplice senso di imposizione di misure non definitive e di efficacia temporalmente limitata.

Di conseguenza, oltre a non ammettersi che le ordinanze in questione vengano emanate per fronteggiare esigenze prevedibili e permanenti, non è ammesso che le stesse vengano adottate per regolare stabilmente una situazione od assetto di interessi (Consiglio Stato, sez. VI, 9 febbraio 2001, n. 580).

È stato precisato, ancora, dalla giurisprudenza amministrativa più consolidata, che le ordinanze *extra ordinem*, a causa delle loro caratteristiche di atipicità, necessità, urgenza e straordinarietà, debbano essere adeguatamente motivate, proprio in forza della loro natura particolare che consiste nella massimizzazione dell'interesse pubblico, a mezzo della accurata comparazione della situazione urgente con il sacrificio individuale (T.A.R. Campania Napoli, sez. I, 10 febbraio 2004, n. 2001).

A sua volta, Consiglio di Stato, ha provveduto numerose volte a chiarire come le ordinanze contingibili ed urgenti abbiano *“la funzione di provvedere a situazioni eccezionali e sostanzialmente imprevedibili, alle quali non può adeguatamente farsi fronte con gli strumenti tipici previsti dalla legge”* (cfr. *ex multis*, CdS – V – sentenza 30 marzo 1998 n. 377). Ed ancora: *“le ordinanze contingibili e urgenti devono essere specificamente motivate con riferimento non solo all' esistenza di una situazione di pericolo di danno imminente in settori di pubblico interesse ma anche all' inidoneità degli ordinari strumenti a disposizione della pubblica autorità a fronteggiare l'emergenza”*. (cfr., Cons. Stato V Sez., 14 aprile 1997 n. 351).

In sostanza, il potere di ordinanza presuppone necessariamente situazioni non tipizzate dalla legge di pericolo effettivo, la cui sussistenza deve essere suffragata da istruttoria adeguata e congrua motivazione, ed in ragione delle quali si giustifica la deviazione dal principio di tipicità degli atti amministrativi e la possibilità di derogare alla disciplina vigente. (cfr. da ultimo, Consiglio di Stato, 25.5.12 n. 3077)

Questo in termini generali. Andando ad analizzare in maniera più specifica la giurisprudenza formatasi in merito alla corretta interpretazione ed applicazione dell'art.191 TUA, i presupposti per l'emanazione delle ordinanze contingibili e urgenti sono, da una parte, l'impossibilità di poter differire l'intervento ad altra data, in relazione alla ragionevole previsione di danno incombente (requisito dell'urgenza) e, dall'altra parte, l'impossibilità di provvedere con gli ordinari mezzi offerti dalla legislazione (requisito della contingibilità). In questo senso, del resto, lo stesso art. 191 richiede che *“non si possa altrimenti provvedere”* (così chiarendo la necessità dell'ulteriore requisito dell'indispensabilità). (*ex multis*, C.d.S., IV, 13 ottobre 2003, n. 6169; TAR Lazio, Roma, II ter, 17 novembre 2006, n. 12691),

Al contempo, come si accennava, le ordinanze ex art. 191 devono caratterizzarsi per la loro temporaneità.

Non a caso la norma prevede che con tali provvedimenti si possa fare “ *ricorso temporaneo a speciali forme di gestione dei rifiuti*”, così sottolineando un carattere di “provvisorietà” delle ordinanze, “*intesa nel duplice senso di imposizione di misure non definitive e di efficacia temporalmente limitata...Di talché non si ammette che l'ordinanza venga emanata per fronteggiare esigenze prevedibili e permanenti, ovvero per regolare stabilmente una situazione o un assetto di interessi*” (cfr. tra le altre, Cons. Stato n. 1844/1999, n. 1448/1996; v. anche TAR Friuli, n. 202/2003).

Sotto il profilo temporale, l'ar. 191, nella formulazione attualmente vigente, prevede un limite ben preciso. Invero, a seguito della modifica apportata dall'art. 9 del D.L. 90/08 (convertito nella legge 120/2008) la norma dispone che: “Le ordinanze ... possono essere reiterate per un periodo non superiore a 18 mesi per ogni speciale forma di gestione dei rifiuti”.

Da ultimo, anche la giurisprudenza penale ha delimitato la portata di tale potere ed ha specificato che l'incipit del primo comma dell'art. 191: “*Ferme restando le disposizioni vigenti in materia di tutela ambientale, sanitaria e di pubblica sicurezza...*” rappresenta il vero confine all'esercizio del potere di ordinanza in materia di rifiuti, dovendosi escludere che tale potere possa incidere, derogandole, sulle disposizioni vigenti nelle materie indicate dal primo comma. (cfr. sul punto (Cass. Pen., III, 27505/08)

Fatte queste premesse di ordine generale, nella fattispecie scrutinata dal TAR Sicilia venivano in essere una serie di atti emanati, facendo uso dei poteri *extra ordinem*, nella specie ai sensi dell'art.191 del D.lgs. 3 aprile 2006 n.163 - disposizione speciale che regola l'esercizio di tale potere in materia di rifiuti - dal Presidente della Regione Siciliana, in carenza dei presupposti che ne giustificavano l'esercizio stesso, ed in particolare della circostanza che “*non si potesse altrimenti provvedere*”.

E ciò perché, posto che, come detto, l'ordinamento contempla l'uso dei mezzi tipici per far fronte alle esigenze cui facevano fronte i provvedimenti presidenziali, l'uso del potere di ordinanza, atto a prorogare sostanzialmente *sine die* lo stato di emergenza, non poteva ritenersi giustificato dal momento che difettava, per di più in maniera cronica, una seria attività di programmazione ordinaria.

Sui presupposti per il legittimo esercizio dei poteri di ordinanza in materia di rifiuti ex art. 191 TUA, si veda altresì, la Circolare del Ministero dell'Ambiente del 22 aprile 2016, liberamente scaricabile dal sito istituzionale del Ministero al seguente link: [http://www.minambiente.it/sites/default/files/archivio/allegati/rifiuti/circolare interpretativa 5982 RIN 22 04 2016.pdf](http://www.minambiente.it/sites/default/files/archivio/allegati/rifiuti/circolare_interpretativa_5982_RIN_22_04_2016.pdf)

Valentina Stefutti

Pubblicato il 9 febbraio 2018

In calce si riporta la sentenza in commento

N. 00252/2018 REG.PROV.COLL.

N. 00343/2017 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 343 del 2017, integrato da motivi aggiunti, proposto da:
A.T.O. Ambiente CI2 S.p.A. in Liquidazione, in persona del legale rappresentante *pro tempore*,
rappresentato e difeso dall'avvocato Stefano Polizzotto, con domicilio eletto presso il suo studio in
Palermo, via Torquato Tasso,4;

contro

Presidente Regione Siciliana, Regione Sicilia - Assessorato dell'Energia e dei Servizi di Pubblica
Utilità, Regione Sicilia - Assessorato Energia e Servizi di Pubblica Utilità - Dipartimento Acqua e
Rifiuti, in persona dei rispettivi rappresentanti legali *pro tempore*, rappresentati e difesi
dall'Avvocatura Distrettuale, domiciliataria per legge in Palermo, via Alcide De Gasperi n. 81;

nei confronti di

Russo Nicola, in qualità di Commissario Straordinario Srr Caltanissetta Provincia Sud non costituito in giudizio;

per l'annullamento

- quanto al ricorso introduttivo:

- dell'Ordinanza n.2/Rif. del 2 febbraio 2017 del Presidente della Regione Siciliana avente ad oggetto "Ricorso temporaneo ad una speciale e temporanea forma di gestione dei rifiuti nel territorio della Regione Siciliana per pervenire al definitivo avvio operativo delle Società per la Regolamentazione dei Rifiuti e alla piena attuazione della Legge regionale 8 aprile 2010 n. 9 ed evitare vuoti gestionali";

- dell'Ordinanza n.1/Rif. del 1 febbraio 2017 del Presidente della Regione Siciliana avente ad oggetto "Ricorso temporaneo ad una speciale e temporanea forma di gestione dei rifiuti nel territorio della Regione Siciliana - reitera ex art. 191 comma 4 del D.Lgs n. 152/20016 con modifiche e integrazioni della ordinanza del Presidente della Regione Siciliana n. 27/Rif. del 1 dicembre 2016";

- dell'Ordinanza n. 27/Rif. del 1.12.2016 del Presidente della Regione Siciliana avente ad oggetto "Ricorso temporaneo ad una speciale e temporanea forma di gestione dei rifiuti nel territorio della Regione Siciliana - reitera ex art. 191 comma 4 del D.Lgs n. 152/20016 con modifiche e integrazioni della ordinanza del Presidente della Regione Siciliana n. 6/Rif. del 30 giugno 2016", dichiarata essere "facente parte integrante e sostanziale dell'Ordinanza n.2/Rif. del 2.02.2017 del Presidente della Regione Siciliana";

- dell'Ordinanza n. 5/Rif. del 31.05.2016 del Presidente della Regione Siciliana avente ad oggetto "Ricorso temporaneo ad una speciale e temporanea forma di gestione dei rifiuti nel territorio della Regione Siciliana nelle more del rientro in ordinario alla gestione del ciclo integrato dei rifiuti - reitera ex art. 191 comma 4 del D.Lgs n. 152/20016 con modifiche e integrazioni della ordinanza del Presidente della Regione Siciliana n. 1/Rif. del 14.01.2016 e n. 4/Rif. del 31.05.2016", dichiarata essere "facente parte integrante e sostanziale dell'Ordinanza n.2/Rif. del 2.02.2017 del Presidente della Regione Siciliana";

- dell'Ordinanza n. 1/Rif. del 14.01.2016 del Presidente della Regione Siciliana avente ad oggetto "Ricorso temporaneo ad una speciale e temporanea forma di gestione dei rifiuti nel territorio della Regione Siciliana nelle more della attuazione del Piano stralcio attuativo per il rientro in ordinario

alla gestione del ciclo integrato dei rifiuti - reitera ex art. 191 comma 4 del D.Lgs n. 152/20016 con modifiche e integrazioni della ordinanza del Presidente della Regione Siciliana n. 20/Rif. del 14.07.2016", i cui effetti sono espressamente reiterati nell'Ordinanza n.2/Rif. del 2.02.2017 del Presidente della Regione Siciliana relativamente agli artt. 8 e 9;

- ove occorra e per quanto di ragione, di ogni altro atto presupposto, istruttorio, connesso e/o consequenziale, anche non conosciuto dall'odierno ricorrente.

Quanto al primo ricorso per motivi aggiunti:

- del Decreto Presidenziale n. 526 del 9 marzo 2017 di nomina, dando seguito a quanto previsto nella Ordinanza n.2/Rif. del 2 febbraio 2017 del Presidente della Regione Siciliana, dei Commissari straordinari delle SRR per l'immediato espletamento dei compiti previsti nella Ordinanza n.2/Rif. del 2 febbraio 2017 del Presidente della Regione Siciliana e delle funzioni di cui all'art. 18, 19, 20 del Decreto.

Quanto al secondo ricorso per motivi aggiunti:

- dell'Ordinanza n.9/Rif. del 15 settembre 2017 del Presidente della Regione Siciliana avente ad oggetto "Ricorso temporaneo ad una speciale e temporanea forma di gestione dei rifiuti nel territorio della Regione Siciliana per pervenire al definitivo avvio operativo delle Società per la Regolamentazione dei Rifiuti e alla piena attuazione della Legge regionale 8 aprile 2010 n. 9 ed evitare vuoti gestionali – Reitera con modifiche ed integrazioni dell'Ordinanza del Presidente della Regione n. 8/Rif. del 4 agosto 2017";

- della nota prot. n. 6789/GAB del 29 agosto 2017 dell'Assessorato Regionale dell'Energia e dei Servizi di Pubblica Utilità avente ad oggetto "Gestione dei rifiuti – Impianti e dotazioni patrimoniali di proprietà dei Comuni e/o dei Comuni consorziati negli ATO – Vincolo di destinazione";

- ove occorra e per quanto di ragione, dell'Ordinanza n.8/Rif. del 4 agosto 2017 del Presidente della Regione Siciliana avente ad oggetto <Ricorso temporaneo ad una speciale e temporanea forma di gestione dei rifiuti nel territorio della Regione Siciliana per pervenire al definitivo avvio operativo delle Società per la Regolamentazione dei Rifiuti e alla piena attuazione della Legge regionale 8 aprile 2010 n. 9 ed evitare vuoti gestionali – Reitera dell'Ordinanza del Presidente della Regione n. 2/Rif. del 2 febbraio 2017;

- ove occorra e per quanto di ragione, di ogni altro atto presupposto, istruttorio, connesso e/o consequenziale, anche non conosciuto dall'odierno ricorrente.

Visti il ricorso, i motivi aggiunti e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Presidente Regione Siciliana e di Regione Sicilia - Assessorato dell'Energia e dei Servizi di Pubblica Utilità e di Regione Sicilia - Assessorato Energia e Servizi di Pubblica Utilità - Dipartimento Acqua e Rifiuti;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 23 novembre 2017 il dott. Giovanni Tulumello e uditi per le parti i difensori Stefano Polizzotto per l'A.T.O. Ambiente CL2 SpA in liquidazione, Giovanni Chiappiniello per l'Avvocatura dello Stato.;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Con il ricorso introduttivo, ritualmente notificato e depositato, l'A.T.O. Ambiente CL2 S.p.A. in liquidazione ha impugnato i provvedimenti indicati in epigrafe, deducendone l'illegittimità.

La parte ricorrente ha quindi successivamente impugnato, con il primo e con il secondo ricorso per motivi aggiunti, i provvedimenti, pure indicati in epigrafe, con i quali è stata prorogata l'efficacia temporale dell'originario assetto provvedimentale.

Si è costituita in giudizio, per resistere al ricorso, l'amministrazione regionale intimata.

Con ordinanza n. 309/2017, la Sezione ha accolto, ai sensi dell'art. 55 comma 10 cod. proc. amm., l'istanza cautelare proposta con il ricorso introduttivo.

Il ricorso è stato definitivamente trattenuto in decisione alla pubblica udienza del 23 novembre 2017.

2. Preliminarmente osserva il Collegio che il ricorso introduttivo ed il primo dei due ricorsi per motivi aggiunti devono essere dichiarati improcedibili per sopravvenuta carenza d'interesse.

I provvedimenti con gli stessi impugnati hanno infatti cessato di produrre effetti.

Dal che discende, secondo gli ordinari canoni normativi, la sopravvenuta carenze dell'interesse a coltivare il gravame, salvo l'eventuale interesse all'accertamento dell'illegittimità a fini risarcitori (non essendo configurabile, nel sistema, nessun altro interesse allo scrutinio della legittimità del provvedimento gravato con azione impugnatoria, che non sia quello legato alle conseguenze caducatorie o risarcitorie di detto accertamento).

La parte ricorrente non ha manifestato alcun interesse ad una eventuale pronuncia di accertamento dell'illegittimità a fini risarcitori.

Osserva in proposito il Collegio che anche volendo aderire all'indirizzo meno restrittivo della giurisprudenza relativa all'applicazione dell'art. 34, terzo comma, cod. proc. amm., che non richiede l'avvenuta proposizione della domanda risarcitoria per lo scrutinio della legittimità del provvedimento che si assume essere veicolo di lesione, occorre però quanto meno l'assolvimento dell'onere di manifestare l'interesse per la successiva proposizione dell'azione risarcitoria (Cons. di Stato, sentenze nn. 2916 e 6703 del 2012): il che nel caso di specie non è riscontrato.

Pertanto, il ricorso introduttivo ed il primo dei due ricorsi per motivi aggiunti devono essere dichiarati improcedibili per sopravvenuta carenza d'interesse.

3. L'interesse della parte ricorrente si appunta dunque sul secondo ricorso per motivi aggiunti con il quale si impugna un provvedimento che, al pari dei precedenti, proroga gli effetti della gestione emergenziale dei rifiuti, ma ad una data successiva a quella di trattazione e di decisione del ricorso, onde per questa parte permane certamente l'interesse della parte ricorrente allo scrutinio della legittimità di un provvedimento valido ed efficace.

Va osservato, sempre in via preliminare ed in rito, che l'Avvocatura dello Stato all'udienza del 23 novembre 2017 (in cui il giudizio è stato definito), fissata dalla citata ordinanza 343/2017 resa sulla domanda cautelare presentata con il ricorso introduttivo, ha rinunciato ai termini per la trattazione nel merito (oltre che del ricorso introduttivo, e del primo ricorso per motivi aggiunti) anche del secondo ricorso per motivi aggiunti.

4. Il secondo ricorso per motivi aggiunti contesta la legittimità - dell'Ordinanza n.9/Rif. del 15 settembre 2017 del Presidente della Regione Siciliana avente ad oggetto "Ricorso temporaneo ad una speciale e temporanea forma di gestione dei rifiuti nel territorio della Regione Siciliana per pervenire al definitivo avvio operativo delle Società per la Regolamentazione dei Rifiuti e alla piena attuazione della Legge regionale 8 aprile 2010 n. 9 ed evitare vuoti gestionali - Reitera con modifiche ed integrazioni dell'Ordinanza del Presidente della Regione n. 8/Rif. del 4 agosto 2017"; e della nota prot. n. 6789/GAB del 29 agosto 2017 dell'Assessorato Regionale dell'Energia e dei Servizi di Pubblica Utilità avente ad oggetto "Gestione dei rifiuti - Impianti e dotazioni patrimoniali di proprietà dei Comuni e/o dei Comuni consorziati negli ATO - Vincolo di destinazione".

Si tratta, come accennato, di un provvedimento che proroga l'efficacia dei precedenti atti gestione emergenziale del settore dello smaltimento dei rifiuti solidi urbani, e in particolare (da ultimo) di quelli impugnati con il ricorso introduttivo e con il primo ricorso per motivi aggiunti.

La parte ricorrente deduce, nel primo motivo, "VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DELL'ART. 191 D.LGS. N. 152/2006 - VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DELLA L.R. N. 9/2010 - ECCESSO DI POTERE SOTTO IL PROFILO DELLA CARENZA ASSOLUTA DEI PRESUPPOSTI - MANCANZA ASSOLUTA DI MOTIVAZIONE - VIOLAZIONE DEI PRINCIPI DI ECONOMICITÀ ED EFFICACIA DI CUI ALL'ART. 97 COST. - IRRAZIONALITÀ MANIFESTA - CARENZA ASSOLUTA DI POTERE E GRAVE DIFETTO DI ISTRUTTORIA - ILLEGITTIMITÀ DERIVATA".

La censura poggia sul seguente assunto argomentativo: "l'adozione delle reiterate ordinanze contingibili e urgenti da parte del Presidente della Regione - da ultimo l'Ordinanza n.8/Rif. del 4 agosto 2017, che ha espressamente reiterato l'Ordinanza n. 2/Rif. del 2 febbraio 2017 e l'Ordinanza n.9/Rif. del 15 settembre 2017 che ha reiterato e modificato l'Ordinanza del Presidente della Regione n. 8/Rif. del 4 agosto 2017 - è avvenuto in difetto assoluto dei presupposti prescritti dall'art. 191 del T.U. n. 152/2006 al solo scopo, come dichiarato espressamente nelle stesse ordinanze, di sopperire alla supposta carenza operativa degli organi deputati, introducendo una nuova e speciale forma di gestione dello specifico servizio di raccolta e trasporto dei rifiuti. Di fatto il Presidente della Regione si è illegittimamente sostituito agli Organi a ciò preposti al fine di accentrare a sé tutti i poteri in materia di rifiuti, mentre avrebbe dovuto limitarsi a emanare le corrette direttive, senza abusare dei poteri straordinari allo stesso attribuiti. Lo strumento dell'ordinanza di cui all'art. 191 D.Lgs. n. 152/2006, invero, è utilizzabile soltanto in via

provvisoria, sussidiaria e straordinaria e quando, al contempo, la norma non preveda un atto amministrativo tipico e/o una specifica competenza ad adottarlo”.

5. La censura, ad avviso del Collegio, è fondata.

Il citato art. 191 del d. lgs. 152/2006 è uno degli strumenti del c.d. diritto amministrativo dell'emergenza, con il quale si prevedono competenze e provvedimenti straordinari, tali da doppiare e superare quelli ordinari, per superare situazioni di eccezionale ed urgente necessità di tutela della salute pubblica e dell'ambiente.

L'esegesi delle disposizioni relative agli strumenti della c.d. amministrazione dell'emergenza, necessari a fronteggiare situazioni eccezionali, va condotta nella costante consapevolezza che tali strumenti scontano il rischio elevato di frizione con il principio di legalità dell'azione amministrativa.

In particolare, le ordinanze di necessità ed urgenza sono provvedimenti che, ricorrendo la duplice condizione della necessità e dell'urgenza, rispettano il principio di legalità nella sua accezione formale, essendo dotati di base legale (si veda ad esempio l'art. 54 del T.U.E.L., o l'art. 191 in esame), ma non anche (o non sempre) dal punto di vista sostanziale, in quanto derogano al principio di tipicità degli atti amministrativi, dal momento che il loro contenuto può non essere predeterminato dalla legge (proprio in considerazione del fatto che l'esercizio di tali poteri deve fronteggiare situazioni di emergenza, in quanto tali non predeterminabili).

Per conciliare questo tipo di previsioni con i principi, la giurisprudenza costituzionale ha fissato nel tempo alcuni rigorosi limiti all'esercizio dei poteri ordinanza *extra ordinem*: rispetto delle riserve di legge fissate dalla Carta costituzionale e dei principi dell'ordinamento generale, necessità di una adeguata motivazione e di efficace pubblicazione, efficacia limitata nel tempo (Corte cost., n. 8/1956; n. 26/1961; n. 4/1977; 127/1995).

La sentenza n. 127 del 1995, nel sottolineare come il potere straordinario, in quanto potere amministrativo, debba soggiacere ai limiti propri di questo (fra i quali il principio di proporzionalità), pone una relazione fra proporzionalità e tipicità, nel senso che l'assenza di tipicità è compensata e bilanciata dal rapporto di proporzionalità esistente fra intensità dell'esigenza emergenziale e contenuto dispositivo della misura provvedimento.

Il problema principale è quello della c.d. “falsa emergenza”, vale a dire quello dell'abuso (in quanto diversa è la funzione del tipo) delle ordinanze di necessità ed urgenza, utilizzate per fare fronte –

con strumenti derogatori nella forma e nella sostanza - a situazioni per le quali l'ordinamento prevede invece degli strumenti provvedimenti ordinari, che non sono stati attivati, o che non lo sono stati con la necessaria ed ordinaria diligenza.

5.1. L'abuso può rinvenirsi o nell'attivazione degli strumenti straordinari in difetto di una reale situazione emergenziale; ovvero, nel lasciare maturare - con previsione dell'evento - il presupposto legittimante (*id est*, la situazione emergenziale) che consente il ricorso agli strumenti derogatori e l'elusione delle procedure ordinarie (maggiormente garantiste), onde poterne invocare le possibili conseguenze pericolose per l'incolumità pubblica nella c.d. giustificazione dei poteri contenuta (con una reiterazione che finisce col renderla una mera formula di stile) nel preambolo dei provvedimenti impugnati, mediante l'omissione della reale ed efficace attivazione degli strumenti di gestione ordinaria che avrebbero consentito di ottenere lo stesso risultato di tutela degli interessi pubblici nell'esercizio delle ordinarie competenze.

In argomento la giurisprudenza amministrativa è chiara nell'affermare che "L'ordinanza sindacale contingibile e urgente di cui all'art. 54 comma 2 d.lg.n.267 del 2000, prevista per fronteggiare gravi pericoli che minacciano l'incolumità dei cittadini, non può essere utilizzata per soddisfare esigenze prevedibili e ordinarie. Quando la legge, per consentire all'amministrazione di fare fronte a situazioni non prevedibili né tipizzabili, non precisa quali siano gli elementi (contenuti, presupposti diversi, oggetto) del provvedimento, limitandosi ad attribuire il potere di adottare le misure "adeguate" o "necessarie", si verte in ambito di ordinanze di necessità e urgenza. Esse costituiscono una deviazione rispetto al principio di tipicità, accentuata dal fatto che spesso i provvedimenti di tale tipo possono derogare alla disciplina vigente e sono normalmente suscettibili di esecuzione forzata. Tra i limiti a tale pure consentita deviazione, secondo la giurisprudenza, esiste, oltre il limite del rispetto dei principi generali dell'ordinamento, l'urgenza e la provvisorietà, anche la natura residuale dei provvedimenti in questione, cioè la mancanza di altri poteri tipici (quale quello repressivo di tipo urbanistico-edilizio)" (Consiglio di Stato, IV, 24 marzo 2006 n. 1537. In argomento anche Consiglio di Stato, V, 8 maggio 2007 n. 2109, ove viene ribadito che "Secondo la costante giurisprudenza amministrativa, è illegittima l'ordinanza contingibile e urgente con la quale il sindaco ordina di provvedere alla tempestiva esecuzione di tutti i necessari interventi volti "all'eliminazione dello stato di pericolo", nel caso in cui l'amministrazione non abbia condotto accertamenti istruttori idonei a comprovare la effettiva sussistenza dei presupposti per l'adottata ordinanza contingibile e urgente, rimanendo non dimostrata la ricorrenza effettiva di pericolo per la pubblica incolumità. Sebbene il potere sindacale di emanare ordinanze contingibili ed urgenti di cui agli art. 50 comma 5 e 54 comma 2, D.Lgs. n. 267 del 2000 permetta anche l'imposizione di obblighi di fare a carico dei destinatari, l'esercizio di tale potere non può prescindere dalla

sussistenza di una situazione di effettivo e concreto pericolo per l'incolumità pubblica, la quale non sia fronteggiabile con gli ordinari strumenti di amministrazione attiva, debitamente motivata a seguito di approfondita istruttoria”).

Nell'ambito delle necessarie garanzie che dottrina e giurisprudenza hanno enucleato per contenere entro margini costituzionalmente accettabili l'uso degli strumenti dell'amministrazione dell'emergenza, risalta – ai fini che qui rilevano – quello del rapporto fra situazione di emergenza legittimante l'uso di poteri straordinari, ed imputabilità della stessa: nel senso che l'amministrazione che assume di dover fronteggiare con poteri straordinari una situazione emergenziale non deve aver concorso a determinare la stessa (con l'omissione o il cattivo uso dei poteri ordinari).

Sul piano normativo tale riferimento è esplicitato, in materia di contratti pubblici, nella rigorosa definizione dei presupposti della procedura negoziata senza previa pubblicazione del bando di gara: laddove è richiesta (ora dall'art. 63 del d. lgs. 50/2016) l'imprevedibilità delle ragioni di estrema urgenza che legittimano il ricorso alla procedura.

Nella vigenza del precedente codice dei contratti pubblici, si è affermato in giurisprudenza che è illegittima la procedura negoziata svolta senza la previa pubblicazione del bando di gara nel caso in cui la stazione appaltante l'abbia ritenuta di estrema urgenza a seguito dell'annullamento d'ufficio della precedente gara aperta, per erronea individuazione della formula relativa all'attribuzione del punteggio economico, in quanto tale circostanza non può essere considerata imprevedibile, né tanto meno non attribuibile alla stazione appaltante. Infatti, ai sensi dell'art. 57, comma 2, del Codice dei contratti pubblici le circostanze di estrema urgenza, adducibili a giustificazione di una procedura negoziata senza gara, non devono essere imputabili alla stazione appaltante (T.A.R. LAZIO - ROMA - SEZIONE III - Sentenza 3 luglio 2009 n. 6443).

Si tratta nondimeno di una preconditione logica già ricavabile dal sistema (proprio nella consapevolezza della cennata frizione con il principio di legalità: e della connessa esigenza di un'esegesi garante di tale principio), come tale riferibile all'intera categoria delle figure provvedimentali afferenti la c.d. amministrazione dell'emergenza.

Lo stesso art. 191 in esame pone quale presupposto legittimante la circostanza che “non si possa altrimenti provvedere”: che è espressione lessicale espressiva della categoria della “inevitabilità altrimenti” della condotta straordinaria, in relazione alla quale gioca evidentemente un ruolo parametrico decisivo il ricorso, isolato ovvero piuttosto sistematico, che l'amministrazione faccia

od abbia fatto di tali strumenti; e, parallelamente, il riscontro, o meno, di una gestione ordinaria costituente espressione della diligenza esigibile in sede di tutela degli interessi pubblici devoluti.

6. Date le superiori premesse, va rilevata, in relazione alla specifica fattispecie dedotta, che, come la Sezione ha già osservato con la citata ordinanza cautelare, la non occasionalità, ma al contrario la costante ed ordinaria reiterazione delle ordinanze in questione, in assenza di una programmazione ordinaria tale da scongiurare od evitare il verificarsi di situazioni emergenziali costituenti il presupposto legittimante l'esercizio dei poteri straordinari.

Nella fattispecie si assiste, invero, ad una "stabilizzazione, ed alla trasformazione in ordinario strumento di gestione amministrativa, di tipologie provvedimenti emergenziali, come tali legittimate, nella specie *ex art.* 191 D.Lgs. n. 152/2006, solo da reali situazioni di emergenza che siano altresì non imputabili all'autorità amministrativa istituzionalmente preposta all'opposta finalità di superare la fase della c.d. amministrazione dell'emergenza".

Tale conclusione è supportata in punto di fatto – anche volendosi limitare al solo arco temporale (comunque pluriennale) cui si riferiscono i provvedimenti ed i documenti versati in atti nel presente giudizio - dalla serie di provvedimenti meramente reiterativi di misure emergenziali con i quali l'amministrazione regionale ha gestito nell'arco temporale considerato la gestione dei rifiuti.

La difesa regionale non contesta in punto di fatto la ricostruzione posta a fondamento del ricorso in esame: ma osserva, a confutazione della censura, che non si sarebbe potuto provvedere altrimenti in ragione della eccezionale criticità della situazione.

Osserva il Collegio che tale assunto – sul piano degli effetti - è certamente riscontrato: nondimeno – sul piano delle cause - tale situazione di eccezionale gravità è conseguenza del fatto che la Regione ha ritenuto, almeno negli ultimi anni (quelli cui si riferiscono i provvedimenti versati in atti) di gestire il sistema della gestione dei rifiuti non con atti programmatici idonei ad indurre una ordinaria gestione, ma proprio con ordinanze contingibili ed urgenti.

Orbene, anche al di fuori dello specifico perimetro normativo tracciato dalla speciale disposizione in materia di procedura negoziata, il requisito della "inevitabilità altrimenti" fissato dall'art. 191 in esame non può che ricomprendere – per le ridette ragioni di esegesi sia letterale, che sistematica e funzionale della disposizione in esame - anche il concorso dell'amministrazione nel contributo alla creazione, o quanto meno alla protrazione, dello stato emergenziale legittimante l'utilizzo di poteri straordinari.

Né può convenirsi con la difesa regionale quando afferma che le ordinanze contingibili ed urgenti sarebbero necessarie per garantire “l’armonico passaggio dal vecchio al nuovo sistema del ciclo dei rifiuti”, in conseguenza della riforma operata con la legge regionale n. 9 del 2010: a distanza di sette anni dall’approvazione della stessa, l’argomentazione non appare infatti in grado di superare i superiori rilievi.

7. Ne consegue la fondatezza del secondo ricorso per motivi aggiunti che deve essere accolto, con conseguente annullamento del provvedimento impugnato.

Le spese del giudizio, liquidate come in dispositivo, seguono la regola della soccombenza.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto:

dichiara improcedibili il ricorso introduttivo ed il primo ricorso per motivi aggiunti;

accoglie il secondo ricorso per motivi aggiunti, e per l’effetto annulla le ordinanze n.9/Rif. del 15 settembre 2017 e n.8/Rif. del 4 agosto 2017 del Presidente della Regione Siciliana.

Condanna la Presidenza della Regione Siciliana al pagamento delle spese del giudizio, che liquida in complessivi euro duemila/00, oltre accessori come per legge.

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

Così deciso in Palermo nella camera di consiglio del giorno 23 novembre 2017 con l'intervento dei magistrati:

Calogero Ferlisi, Presidente

Giovanni Tulumello, Consigliere, Estensore

Sebastiano Zafarana, Primo Referendario

L'ESTENSORE

Giovanni Tulumello

IL PRESIDENTE

Calogero Ferlisi