



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 per il Veneto

(Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

Sul ricorso numero di registro generale 1489 del 2008, proposto da: Fin.Col. Srl, F.lli Fregonese Srl, Elide Sas di Perdon Enrico e Danilo Bozzato, rappresentati e difesi dall'avv. Alessandra Marin, con domicilio presso la Segreteria del T.A.R., ai sensi dell'art. 35 R.D. 26 giugno 1924, n. 1054;

***contro***

Comune di Jesolo, rappresentato e difeso dall'avv. Massimo Malvestio, con domicilio eletto presso la Segreteria del T.A.R.;

***nei confronti di***

Sindaco Comune di Jesolo;

***per l'annullamento***

dell'ordinanza n. 122 dell'11 giugno 2008 di divieto di vendita per asporto di bevande nel periodo estivo.

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Comune di Jesolo;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 21/05/2009 il dott. Stefano Mielli e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue:

### FATTO

Le ricorrenti esercitano il commercio alimentare al minuto in sede fissa anche di bibite da asporto in zona centrale del Comune di Jesolo.

Con ordinanza contingibile ed urgente adottata ai sensi dell'art. 54 del Dlgs. 18 agosto 2000, n. 267, così come modificato dal D.L. 23 maggio 2008, n. 92, ma nel testo antecedente alle modifiche apportate dalla legge di conversione 24 luglio 2008, n. 125, il Sindaco ha vietato in predeterminati giorni dell'estate del 2008 (i giorni 14, 20, 21, 27, 28 del mese di giugno; i giorni 4, 5, 11, 12, 18, 19, 25, 26 del mese di luglio; 1, 2, 8, 9, e il periodo dal 14 al 24 di agosto) in un'area definita (tra piazza Casabianca, piazza Mazzini, piazza Aurora) "la vendita per asporto di bevande contenute in bottiglie di vetro da parte degli esercenti di negozi, pubblici esercizi, chioschi, botteghe, laboratori artigianali e simili, ivi compresi i distributori automatici, nonché ai venditori ambulanti, anche in occasione di manifestazioni, nella fascia oraria che va dalle ore 23.00 fino alle ore 6.00 del giorno successivo", nonché "la vendita per asporto di bevande alcoliche di qualunque gradazione ed in qualsiasi contenitore, nella fascia oraria dalle ore 01.30 alle ore 06.00", comminando, in caso di inosservanza, l'applicazione della sanzione penale prevista dall'art. 650 c.p..

Tale provvedimento è impugnato per le seguenti censure:

I) violazione ed errata applicazione dell'art. 54, comma 4, del Dlgs. n. 267 del 2000, dell'art. 3 della legge n. 241 del 1990, del Dlgs. n. 152 del 2006, nonché dell'art. 41

della Costituzione, difetto di presupposto, di istruttoria e travisamento dei fatti, illogicità, abnormità e sviamento;

II) violazione dell'art. 7 della legge n. 241 del 1990 e violazione dei principi del giusto procedimento.

Si è costituito in giudizio il Comune di Jesolo eccependo la sopravvenuta carenza di interesse al ricorso e concludendo per la reiezione del medesimo perché infondato.

Alla pubblica udienza del 21 maggio 2009, la causa è stata trattenuta in decisione.

### DIRITTO

1. Preliminarmente è necessario esaminare l'eccezione con cui il Comune di Jesolo afferma che sarebbe venuto meno l'interesse al ricorso perché il provvedimento impugnato ha carattere temporaneo e ne sono venuti meno gli effetti, ed inoltre perché non vi è la possibilità di una reiterazione del medesimo provvedimento, in quanto successivamente alla sua adozione l'art. 54 del Dlgs. 18 agosto 2000, n. 267 è stato modificato dalla legge 24 luglio 2008, n. 125 di conversione del decreto legge 23 maggio 2008, n. 92, ed è stato emanato il DM 5 agosto 2008, integrativo della nozione di sicurezza urbana menzionata dalla normativa sopravvenuta.

L'eccezione non può essere accolta.

Infatti la dichiarazione di improcedibilità del ricorso per sopravvenuto difetto di interesse consegue a modificazioni tali da rendere certa e definitiva l'inutilità della sentenza.

La verifica volta ad accertare tale circostanza esige un'indagine circa l'utilità conseguibile per effetto della definizione del ricorso che conduca al sicuro convincimento che la modificazione della situazione di fatto e di diritto intervenuta in corso di causa impedisca di riconoscere in capo al ricorrente qualsiasi interesse, anche solo strumentale, alla decisione.

Ciò non è configurabile nel caso di specie, atteso che il provvedimento impugnato ha prodotto, medio tempore, effetti che costituiscono il presupposto per l'applicazione di sanzioni di carattere penale, e non si può astrattamente escludere né la possibilità di una successiva eventuale richiesta di ristoro patrimoniale dei pregiudizi subiti, né l'emergere, da un pronuncia di merito, di elementi volti ad orientare la successiva azione amministrativa in caso di reiterazione di provvedimenti analoghi.

2. Nel merito il ricorso è fondato e merita accoglimento con riferimento alle censure di difetto di motivazione dell'ordinanza relativamente ai presupposti della necessità di ricorrere al potere extra ordinem.

Infatti, rilevato che il provvedimento è stato adottato sulla base della normativa precedente alle modifiche apportate dalla legge n. 125 del 2008 di conversione del decreto legge n. 92 del 2008, il Collegio non ravvisa elementi per discostarsi da quanto già osservato dalla Sezione in un caso analogo (cfr. Tar Veneto, Sez. III, 4 febbraio 2008, n. 217).

E' noto che, in applicazione dei principi generali in materia, il potere extra ordinem presuppone la necessità di provvedere, con immediatezza, in presenza di situazioni di natura eccezionale ed imprevedibile, che non possano essere fronteggiate con gli strumenti ordinari apprestati dall'ordinamento e richiede altresì la sussistenza di una situazione di pericolo, quale ragionevole probabilità che accada un evento dannoso, nel caso in cui l'Amministrazione non intervenga prontamente (cfr. Consiglio Stato, Sez. V, 11 dicembre 2007 , n. 6366; Consiglio di Stato, Sez. V, 8 maggio 2007 , n. 2109).

Pertanto, ai sensi dell'art. 54 del Dlgs. n. 267 del 2000, il richiamo alle esigenze di protezione dell'igiene e della quiete costituisce presupposto necessario ma non sufficiente per il ricorso al potere ordinatorio, laddove non sussistano gli ulteriori elementi dell'urgenza e dell'imprevedibilità.

Il provvedimento deve quindi specificamente indicare i presupposti di fatto che impongono il ricorso all'ordinanza contingibile ed urgente piuttosto che alle misure ordinarie, ossia ai poteri tipici e nominati di cui l'amministrazione dispone per la disciplina della materia specifica.

Nell'ordinamento infatti la contingibilità e l'urgenza costituiscono il presupposto e la condizione per giustificare una limitata deroga alla disciplina vigente nei vari settori di intervento (la norma richiede sia adottato un atto motivato nel rispetto anche dei soli dei principi generali dell'ordinamento), per legittimare l'assunzione delle competenze in capo ad un organo monocratico in luogo di quello consiliare in ambiti che la legge demanda al regolamento comunale, oltre che per permettere l'applicazione della sanzione penale di cui all'art. 650 c.p., prevista per chiunque non osservi un provvedimento legalmente dato dall'Autorità per ragione di sicurezza pubblica, d'ordine pubblico o d'igiene, in luogo della sanzione amministrativa pecuniaria di cui all'art. 7 bis, del Dlgs. n. 267 del 2000, come modificato dalla legge n. 3 del 2000, che trova invece applicazione in caso di violazione di ordinanze c.d. ordinarie, che non siano contingibili ed urgenti, adottate dal sindaco sulla base di disposizioni di legge ovvero di specifiche norme regolamentari (cfr. Cassazione penale, Sez. I, 8 febbraio 2007 , n. 7893; id. 13 febbraio 2004 , n. 8040).

Per tali ragioni assume un rilievo centrale l'esame della motivazione dell'ordinanza da cui deve emergere la situazione del pericolo effettivo e della impossibilità di ovviare o prevenire tale pericolo con poteri ordinari.

3. Nel caso di specie, il ricorso al potere extra ordinem di cui all'art 54 del Dlgs. n. 267 del 2000 è stato giustificato con la considerazione che “nell'area del Lido di Jesolo compresa tra Piazza Casabianca, Piazza Mazzini e zona Piazza Aurora, via Foscolo fino all'intersezione con la via Alberti, si registra un eccessivo consumo di bevande alcoliche da parte di giovani, anche minorenni, che porta all'inevitabile

conseguenza del manifestarsi di schiamazzi, in particolare nelle ore notturne, tali da turbare la quiete pubblica ed è accompagnato dall'abbandono, dopo l'uso, in strade, porticati e piazze, di bottiglie in vetro di bevande alcoliche" e che "le bevande in bottiglia di vetro vendute per asporto vengono consumate all'esterno degli esercizi e successivamente i relativi contenitori vengono abbandonati senza alcun riguardo per la pulizia dei luoghi, in contrasto con le norme di igiene del suolo e dell'abitato e costituendo fonte di pericolo per i soggetti che abitano in quei luoghi e vi transitano" ritenendo pertanto necessario "provvedere con urgenza ad eliminare gli inconvenienti sopradescritti, al fine di evitare possibili pericoli per le persone che frequentano gli spazi pubblici cittadini ed hanno diritto a fruirne in condizioni di assoluta tranquillità e sicurezza, vietando agli esercizi commerciali su aree private e pubbliche, laboratori artigianali ed esercizi di somministrazione di alimenti e bevande operanti nell'area interessata di vendere per asporto bevande contenute in bottiglie di vetro ed alcoliche in determinate fasce orarie della notte".

3.1 Orbene, tenuto conto delle finalità enunciate nella motivazione e dei divieti imposti nel caso di specie, il potere di ordinanza non risulta legittimamente esercitato.

Deve infatti rilevarsi che il contenuto normativo rischia di tradursi, attraverso la sua reiterazione, in una disciplina generale derogatoria che collide con la natura provvedimentale propria dell'ordinanza (quando invece le ordinanze "anche se e quando - eventualmente - normative, non sono certamente ricomprese tra le fonti del nostro ordinamento giuridico; non innovano al diritto oggettivo; né, tanto meno, sono equiparabili ad atti con forza di legge, per il sol fatto di essere eccezionalmente autorizzate a provvedere in deroga alla legge": in tali termini, con riferimento alle ordinanze prefettizie di cui all'art. 2 del R.D. 18 giugno 1931, n. 773, cfr. Corte costituzionale 2 luglio 1956, n. 8; id. 27 maggio 1961, n. 26; id. 4

gennaio 1977, n. 4) e che si sovrappone, integrandole o sostituendole, alle disposizioni del regolamento locale di polizia urbana relative all'abbandono dei rifiuti in aree circostanti gli esercizi che somministrano alimenti e bevande o relative al disturbo alla quiete e al riposo delle persone espressamente richiamate dalla stessa motivazione (cfr. l'art. 7 che vieta qualsiasi forma di imbrattamento, lordamento o danneggiamento del suolo; l'art. 8 che proibisce agli esercenti di negozi, pubblici esercizi, chioschi, botteghe, laboratori e simili, ai venditori ambulanti e quant'altri occupino, a qualsiasi titolo, aree pubbliche o di pubblico passaggio o aree antistanti le stesse, di gettare, lasciar cadere o dar causa che cada o abbandonare alcun residuo o rifiuto sul suolo e imponendo loro di mantenere pulite le aree circostanti i loro locali o impianti; l'art. 23 che vieta di gettare o lasciar cadere a terra carta o altri oggetti o liquidi di qualsiasi genere, e l'art. 47, comma 4, che vieta di provocare disturbo alle occupazioni ed al riposo delle persone con grida, schiamazzi e cori richiamati dall'ordinanza), e alle disposizioni della legislazione statale e regionale che disciplinano il divieto di vendere alcolici dopo una certa ora (cfr. l'art. 6 della legge regionale n. 29 del 2007 che vieta la vendita anche per asporto ed il consumo di bevande alcoliche e superalcoliche dalle ore 1 alle ore 6 antimeridiane, e l'art. 6, comma 2, del decreto legge n. 117 del 2007, convertito, con modificazioni, in legge 160 del 2007, che vieta la vendita dopo le ore 2 per i locali ove si svolgono spettacoli o altre forme di intrattenimento, congiuntamente all'attività di vendita e di somministrazione di bevande alcoliche).

Nel caso all'esame, pertanto, come sostiene la parte ricorrente, dalla motivazione dell'ordinanza extra ordinem non emerge il riferimento a situazioni imprevedibili o impreviste cui non sia possibile ovviare con i mezzi ordinari suscettibili di un confronto con gli interessati e le associazioni di categoria (cfr. Tar Lazio, Sez. II ter, 31 agosto 2004, n. 8139).

Ne consegue che il provvedimento impugnato, pur perseguendo con evidenza apprezzabili finalità di pubblico interesse, è illegittimo perché difetta dei necessari presupposti della contingibilità ed urgenza, assumendo un contenuto normativo che, superato un eventuale momento emergenziale di tutela dell'incolumità pubblica e della sicurezza urbana, può trovare una legittima esplicazione solo rientrando nel proprio alveo naturale, che certamente non è quello dei provvedimenti extra ordinem, ma quello dei regolamenti che disciplinano le materie della polizia urbana, del commercio e della somministrazione di alimenti e bevande, nel cui ambito si collocano i poteri amministrativi tipici e nominati previsti dalle norme, sia primarie che secondarie, da cui discende la gestione ordinaria dei poteri autoritativi nel rispetto del principio costituzionale di legalità.

Parimenti fondato, quantunque suscettibile di assorbimento, è anche il secondo motivo di ricorso con cui il provvedimento viene censurato per violazione dell'art. 7 della legge n. 241 del 1990.

La situazione di urgenza in presenza della quale il Sindaco ha adottato l'ordinanza impugnata non implica, infatti, per le ragioni già espresse, quelle "particolari esigenze di celerità del procedimento" richieste dalla norma a giustificazione dell'omissione della comunicazione di avvio del procedimento, né il provvedimento impugnato si cura di indicarle (cfr. Tar Veneto, Sez.III, 6 marzo 2007, n. 637).

Il ricorso va quindi accolto.

Le spese di giudizio, in considerazione della specificità delle vicende all'origine alla controversia, possono essere compensate tra le parti.

P.Q.M.

il Tribunale amministrativo regionale per il Veneto, terza sezione, definitivamente pronunciando sul ricorso in epigrafe lo accoglie e, per l'effetto, annulla il provvedimento impugnato.

Spese compensate.

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

Così deciso in Venezia nella camera di consiglio del giorno 21/05/2009 con l'intervento dei Magistrati:

Angelo De Zotti, Presidente

Marco Buricelli, Consigliere

Stefano Mielli, Primo Referendario, Estensore

**L'ESTENSORE**

**IL PRESIDENTE**

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 17/08/2009

(Art. 55, L. 27/4/1982, n. 186)

IL SEGRETARIO