

ORDINANZE CONTINGIBILI ED URGENTI: Artt. 50 e 54, d. lsg. n. 267/2000 - Diniego di S.C.I.A. per apertura di un locale per la vendita di Cannabis con ausilio di distributori automatici - Illegittimità, per difetto dei presupposti.

Tar Sicilia – Palermo, Sez. II, 19 gennaio 2022, n. 99

“[...] In linea generale, si afferma che il potere di ordinanza costituisce lo strumento o la “valvola di sicurezza”, attribuito dal Legislatore a talune Autorità amministrative, per gestire situazioni di pericolo non fronteggiabili, altrimenti, con i poteri tipici e nominati di cui dispone l’Amministrazione e secondo l’ordine delle competenze e delle modalità procedurali positivamente stabilite.

È noto infatti che la necessità di un sempre più intenso coinvolgimento degli Enti territoriali nelle scelte di governo della sicurezza del territorio in applicazione di basilari principi di sussidiarietà, ha portato ad una continua incisione dello strumento dell’ordinanza contingibile e urgente nell’intento di enfatizzare il ruolo centrale dei Sindaci, primi destinatari delle istanze di tutela dei cittadini del proprio territorio. È altrettanto noto che alla previsione legislativa di tale strumento ha spesso corrisposto un’abnorme proliferazione del ricorso di tale strumento, con conseguente incremento anche del contenzioso, il che ha consentito di fissare taluni punti fermi in ordine alla sussistenza dei presupposti di fatto e di quelli di legittimità, ovvero i requisiti di contingibilità e urgenza, cui si somma comunque il doveroso rispetto dei principi di proporzionalità e di ragionevolezza dell’intervento [...]”.

[...] L’urgenza deve essere intesa come impossibilità di differire l’intervento ad altra data, in relazione alla ragionevole previsione di un danno incombente, mentre la contingibilità deve essere intesa come impossibilità di far fronte alla situazione di pericolo incombente con gli ordinari mezzi offerti dall’Ordinamento giuridico [...].

Nel caso in esame nessun “rischio concreto” ovvero “pericolo effettivo” è stato posto alla base dell’ordinanza avversata come evidenziano le seguenti circostanze:

- nel provvedimento impugnato si premette che “si assiste ad una sempre maggiore diffusione di punti vendita al dettaglio di prodotti a base di canapa, alimentari e non, con contenuto di principio attivo in grado di produrre effetti stupefacenti (THC) entro i limiti di legge”;*
- si precisa che “sul piano della comunicazione e del marketing, viene spesso utilizzato il termine “cannabis light” e la classica immagine della foglia associata alla marijuana, generando la convinzione di una falsa liberalizzazione di prodotti vietati dalla legge”;*
- si richiamano un parere del Consiglio Superiore della Sanità sull’eventuale pericolosità per la salute di questa sostanza e la mancanza di una regolamentazione puntuale sull’attività in*

questione, con riferimento in particolare a controlli anche da parte di corpi specializzati in seno alle Forze dell'Ordine, alla differenziazione della tipologia del consumatore ovvero alla ubicazione del punto vendita;

– si evidenzia la mancanza di certezza che questi prodotti non arrechino danni alla salute.

Dallo stesso tenore dell'ordinanza impugnata risulta evidente che la stessa è stata adottata in difetto di un effettivo pericolo grave ed attuale per l'incolumità pubblica, essendo piuttosto incentrata sulla anticipata applicazione del principio di precauzione.

Risulta pertanto illegittimo il divieto, imposto con ordinanza ex artt. 50 e 54 del D.Lgs. 267 del 18 Agosto 2000 di aprire “sul territorio comunale di negozi e punti vendita al dettaglio (“growshops” e/o vendita tramite distributori automatici h/24) di prodotti a base di cannabis, cannabis light e canapa legale (presenza di principio psicotropo tetraidrocannabinolo THC inferiore a 0,2%), in attesa di approfondire le tematiche legate alla problematica” [...].”

FATTO

Con ricorso notificato il 23 luglio 2018 e depositato il 23 luglio successivo, la società ricorrente ha chiesto l'annullamento, previa sospensiva, dell'ordinanza del Sindaco del Comune di -OMISSIS-n.-OMISSIS-avente ad oggetto “Apertura e gestione punti vendita al dettaglio di prodotti a base di cannabis e canapa” e della nota del SUAP del 12 luglio 2018 con cui il medesimo Comune, richiamando la predetta ordinanza, ha disposto il diniego della S.C.I.A. della ricorrente relativa all'apertura di un locale per la vendita di prodotti alimentari e Cannabis mediante l'ausilio di distributori automatici.

Ha chiesto altresì la condanna al risarcimento del danno a suo dire provocato dalla illegittimità dei suddetti provvedimenti.

Il ricorso è affidato ai seguenti motivi:

1) *“Violazione e falsa applicazione dell'art. 54, comma 4, del D.Lgs. 18 Agosto 2000, n. n. 267, difetto di presupposti, di istruttoria e di motivazione nonché del principio di tipicità degli atti amministrativi in ordine alla sussistenza dei requisiti di contingibilità ed urgenza”.*

La ricorrente deduce la violazione dell'art. 54, comma 4, del D.Lgs. 18 Agosto 2000 n. 267: l'attività posta in essere dal Comune sarebbe carente di adeguata istruttoria e motivazione specie con riferimento alla sussistenza di 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; il provvedimento impugnato, pur perseguendo apprezzabili finalità di pubblico interesse,

sarebbe illegittimo perché non espliciterebbe i necessari presupposti della contingibilità ed urgenza previsti dalla norma.

2) *“Violazione e/o falsa applicazione dell’art. 117 e art. 118 della Costituzione. Violazione e/o falsa applicazione della L. 242/2016. Incompetenza”*.

Sostiene la ricorrente che Comune avrebbe esercitato nella materia “agricola” competenze riservate allo Stato: rispetto alle norme statali non vi sarebbe potere di deroga da parte della Regione o dei Comuni, ma solo di integrazione.

3) *“Violazione e falsa applicazione dell’art. 54, comma 4, del D.Lgs. 18 agosto 2000 n. 267, dell’art. 41 della Costituzione, dei principi di proporzionalità, adeguatezza, logicità, congruità e ragionevolezza”*.

La ricorrente deduce che, con il provvedimento impugnato, verrebbe lesa in modo in modo ingiustificato e sproporzionato la libertà di iniziativa economica della sola categoria dei titolari degli esercizi di vicinato, mentre tutti gli altri esercizi (tabacchi, bar, ristoranti, pizzerie, pub, ecc.) non sarebbero colpiti da alcuna restrizione, con il rischio di avvantaggiare alcune categorie rispetto ad altre, con conseguente disparità di trattamento e la violazione del principio di proporzionalità.

4) *“Violazione del principio di legittimo affidamento”*.

La ricorrente lamenta di avere subito ingenti spese per l’apertura della nuova attività commerciale, che non avrebbe mai affrontato, se non avesse fatto legittimo affidamento nella possibilità di svolgere la detta attività commerciale, come peraltro previsto dalla normativa nazionale di settore; tale assunto troverebbe conferma nella Circolare del 22 maggio 2018 del Ministro delle Politiche Agricole Alimentari e Forestali (avente ad oggetto *“Chiarimenti sull’applicazione della legge 2 dicembre 2016, n. 242”*) che avrebbe ribadito la liceità della coltivazione e vendita, senza necessità di autorizzazione delle varietà di canapa previste dalla legge n. 242 del 2016.

Sostiene infine di avere subito un “danno ingiusto” ai sensi dell’art. 2043 c.c., derivante dal diniego della SCIA, da quantificarsi anche in via equitativa.

Per resistere al ricorso si è costituito il Comune di -OMISSIS- che, con memoria, ha replicato a quanto dedotto in ricorso.

Con ordinanza del -OMISSIS-, la domanda cautelare di parte ricorrente è stata respinta.

In vista dell’udienza di merito il Comune di -OMISSIS- ha depositato due memorie; con la prima ha insistito per il rigetto del ricorso, con la seconda ha eccepito la sopravvenuta carenza di interesse del ricorrente alla decisione del presente ricorso a suo dire desumibile dal mancato deposito di memorie e documenti ai sensi dell’art. 73 c.p.a. e dalla mancata quantificazione dei danni genericamente lamentati con il ricorso introduttivo del presente giudizio.

Alla pubblica udienza fissata per la sua discussione, il ricorso è stato trattenuto in decisione.

DIRITTO

Preliminarmente il Collegio esamina l'eccezione di improcedibilità del ricorso sollevata dalla difesa del Comune resistente, per rilevarne l'infondatezza.

Il processo amministrativo è un processo di parti nel quale vige il principio della piena disponibilità dell'interesse al ricorso nel senso che la parte ricorrente, sino al momento in cui la causa viene trattenuta in decisione, ha la piena disponibilità dell'azione e può dichiarare di non avere interesse alla decisione (Cons. Stato, Sez. II, 24 novembre 2021, n. 7858; Sez. IV, 12 settembre 2016, n. 3848; Sez. VI, 25 febbraio 2019, n. 1275). Ciò non è avvenuto nel caso di specie in cui la parte ricorrente non ha rinunciato al ricorso né ha dichiarato di non avere più interesse alla sua decisione ma semplicemente non si è avvalsa della facoltà di depositare memorie e documenti ai sensi dell'art. 73, comma 1, c.p.a.; da ciò tuttavia non può certo desumersi, come vorrebbe la difesa del Comune, il venir meno alla decisione del presente ricorso.

Né si è verificata in corso di causa “una situazione di fatto o di diritto, del tutto nuova rispetto a quella esistente al momento della proposizione del ricorso, tale da rendere certa e definitiva l'inutilità della sentenza, per avere fatto venire meno per il ricorrente l'utilità della pronuncia del giudice” (cfr. Cons. Stato Sez. III, 24/12/2021, n. 8590).

Pertanto l'eccezione del Comune resistente va respinta ed il ricorso va esaminato nel merito.

Il ricorso è solo in parte fondato secondo quanto si dirà.

Rileva il collegio che sussiste la dedotta violazione dell'art. dell'art. 54, comma 4, del D.Lgs. 18 agosto 2000, n. n. 267.

Secondo tale disposizione “*Il sindaco, quale ufficiale del Governo, adotta con atto motivato provvedimenti contingibili e urgenti nel rispetto dei principi generali dell'ordinamento, al fine di prevenire e di eliminare gravi pericoli che minacciano l'incolumità pubblica e la sicurezza urbana*”. Precisa il successivo comma 4 bis che: “*I provvedimenti adottati ai sensi del comma 4 concernenti l'incolumità pubblica sono diretti a tutelare l'integrità fisica della popolazione, quelli concernenti la sicurezza urbana sono diretti a prevenire e contrastare l'insorgere di fenomeni criminosi o di illegalità, quali lo spaccio di stupefacenti, lo sfruttamento della prostituzione, la tratta di persone, l'accattonaggio con impiego di minori e disabili, ovvero riguardano fenomeni di abusivismo, quale l'illecita occupazione di spazi pubblici, o di violenza, anche legati all'abuso di alcool o all'uso di sostanze stupefacenti*”.

In linea generale, si afferma che il potere di ordinanza costituisce lo strumento o la “valvola di sicurezza”, attribuito dal Legislatore a talune Autorità amministrative, per gestire situazioni di

pericolo non fronteggiabili, altrimenti, con i poteri tipici e nominati di cui dispone l'Amministrazione e secondo l'ordine delle competenze e delle modalità procedurali positivamente stabilite.

È noto infatti che la necessità di un sempre più intenso coinvolgimento degli Enti territoriali nelle scelte di governo della sicurezza del territorio in applicazione di basilari principi di sussidiarietà, ha portato ad una continua incisione dello strumento dell'ordinanza contingibile e urgente nell'intento di enfatizzare il ruolo centrale dei Sindaci, primi destinatari delle istanze di tutela dei cittadini del proprio territorio. È altrettanto noto che alla previsione legislativa di tale strumento ha spesso corrisposto un'abnorme proliferazione del ricorso di tale strumento, con conseguente incremento anche del contenzioso, il che ha consentito di fissare taluni punti fermi in ordine alla sussistenza dei presupposti di fatto e di quelli di legittimità, ovvero i requisiti di contingibilità e urgenza, cui si assomma comunque il doveroso rispetto dei principi di proporzionalità e di ragionevolezza dell'intervento.

Orbene, come condivisibilmente chiarito dalla giurisprudenza, spetta al Sindaco valutare l'esistenza di una situazione di grave pericolo, vale a dire il rischio concreto di un danno grave e imminente per l'incolumità pubblica e la sicurezza urbana, valutazione, di carattere eminentemente tecnico, che va compiuta sulla base di pareri acquisiti ed accertamenti tecnico – scientifici effettuati in sede istruttoria, di cui si deve dar conto nella motivazione del provvedimento (cfr. Cons. Stato, sez. V, 2 ottobre 2020, n. 5780).

Invero, in termini generali, il potere di ordinanza presuppone necessariamente situazioni non tipizzate dalla legge di pericolo effettivo, la cui sussistenza deve essere suffragata da istruttoria adeguata e da congrua motivazione, e 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 provvedimento (cfr. Cons. Stato, sez. V, 29 maggio 2019, n. 3580; Cons. Stato, sez. VI, 29 aprile 2019, n. 2696; T.A.R. Lombardia, Milano, sez. III, 7 ottobre 2020, n. 1810; T.A.R. Calabria, Catanzaro, sez. I, 14 settembre 2020, n. 1450; T.A.R. Campania, Napoli, sez. V, 1 giugno 2020, n. 2087).

Il potere del Sindaco di emanare ordinanze contingibili e urgenti presuppone inoltre 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 (cfr. T.A.R. Lazio, Roma, sez. II bis, 24 luglio 2020, n. 8736; T.A.R. Campania, Napoli, sez. V, 2 marzo 2020, n. 971).

L'urgenza deve essere intesa come impossibilità di differire l'intervento ad altra data, in relazione alla ragionevole previsione di un danno incombente, mentre la contingibilità deve essere intesa come impossibilità di far fronte alla situazione di pericolo incombente con gli ordinari mezzi offerti dall'Ordinamento giuridico (cfr., ex plurimis, T.A.R. Campania, Napoli, sez. V, 15 aprile 2020, n. 1378; T.A.R. Abruzzo, Pescara, sez. I, 12 novembre 2019, n. 268; T.A.R. Liguria, sez. I, 26 giugno 2019, n. 561).

Nel caso in esame nessun "rischio concreto" ovvero "pericolo effettivo" è stato posto alla base dell'ordinanza avversata come evidenziano le seguenti circostanze:

- nel provvedimento impugnato si premette che *“si assiste ad una sempre maggiore diffusione di punti vendita al dettaglio di prodotti a base di canapa, alimentari e non, con contenuto di principio attivo in grado di produrre effetti stupefacenti (THC) entro i limiti di legge”*;
- si precisa che *“sul piano della comunicazione e del marketing, viene spesso utilizzato il termine “cannabis light” e la classica immagine della foglia associata alla marijuana, generando la convinzione di una falsa liberalizzazione di prodotti vietati dalla legge”*;
- si richiamano un parere del Consiglio Superiore della Sanità sull'eventuale pericolosità per la salute di questa sostanza e la mancanza di una regolamentazione puntuale sull'attività in questione, con riferimento in particolare a controlli anche da parte di corpi specializzati in seno alle Forze dell'Ordine, alla differenziazione della tipologia del consumatore ovvero alla ubicazione del punto vendita;
- si evidenzia la mancanza di certezza che questi prodotti non arrechino danni alla salute.

Dallo stesso tenore dell'ordinanza impugnata risulta evidente che la stessa è stata adottata in difetto di un effettivo pericolo grave ed attuale per l'incolumità pubblica, essendo piuttosto incentrata sulla anticipata applicazione del principio di precauzione.

Risulta pertanto illegittimo il divieto, imposto con ordinanza ex artt. 50 e 54 del D.Lgs. 267 del 18 Agosto 2000 di aprire *“sul territorio comunale di negozi e punti vendita al dettaglio (“growshops” e/o vendita tramite distributori automatici h/24) di prodotti a base di cannabis, cannabis light e canapa legale (presenza di principio psicotropo tetraidrocannabinolo THC inferiore a 0,2%), in attesa di approfondire le tematiche legate alla problematica”*.

Non valgono a mutare tale conclusione le argomentazioni svolte dalla difesa del Comune resistente incentrate sul richiamo al sopra citato parere del Consiglio Superiore della Sanità che ha raccomandato *“nell'interesse della salute individuale e pubblica nonché in applicazione del*

principio di precauzione, di adottare misure atte a non consentire la libera vendita dei suddetti prodotti". Ed infatti ogni possibile considerazione sull'interpretazione della normativa e della circolare avrebbe potuto portare al più al diniego della SCIA e non certamente ad un divieto generale dell'attività economica in questione imposto con lo strumento dell'ordinanza sindacale di cui il Comune non ha fatto un uso legittimo.

In ragione di quanto evidenziato, in accoglimento del primo motivo ed assorbiti gli altri motivi di gravame, la domanda di annullamento dei provvedimenti impugnati va accolta, con conseguente annullamento dei provvedimenti medesimi.

Quanto alla domanda risarcitoria se ne rileva l'infondatezza in ragione della sua indeterminatezza. Trova infatti pur sempre applicazione alla stessa il principio generale dell'onere della prova previsto nell'art. 2697 c.c., sicché è il danneggiato nella cui sfera giuridica si assume la verifica del danno a dover offrire elementi probatori dai quali desumere l'illecito lamentato sia per ciò che concerne l'*an*, che per ciò che riguarda il *quantum* (cfr., tra le tante, Cons. Stato Sez. VI, 15 febbraio 2021, n. 1354; id., 7 settembre 2020, n. 5387; sez. V, 22 gennaio 2015, n. 282). Il mancato assolvimento di siffatto onere non consente l'accoglimento della domanda.

In conclusione il ricorso va accolto in parte e, per l'effetto vanno annullati i provvedimenti impugnati.

Le spese seguono la soccombenza e sono liquidati come da dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia (Sezione Seconda), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie nei sensi e nei limiti di cui in motivazione e, per l'effetto annulla i provvedimenti impugnati.

Condanna il Comune di -OMISSIS- al pagamento delle spese di lite, comprensive di onorari e spese anche generali, in favore di parte ricorrente, che liquida in complessivi €. 2.000,00, oltre IVA, c.p.a. e rifusione del contributo unificato.

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

Ritenuto che sussistano i presupposti di cui all'articolo 52, commi 1 e 2, del decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196, e dell'articolo 9, paragrafo 1, del Regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio del 27 aprile 2016, a tutela dei diritti o della dignità della parte interessata, manda alla Segreteria di procedere all'oscuramento delle generalità nonché di qualsiasi altro dato idoneo ad identificare la ricorrente.

Così deciso in Palermo nella camera di consiglio del giorno 12 novembre 2021 con l'intervento dei magistrati:

Nicola Maisano, Presidente

Francesco Mulieri, Primo Referendario, Estensore

Raffaella Sara Russo, Referendario

IL SEGRETARIO

In caso di diffusione omettere le generalità e gli altri dati identificativi dei soggetti interessati nei termini indicati.