

. 05473/2013REG.PROV.COLL.

N. 02600/2013 REG.RIC.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

ex art. 117, comma 2, cod. proc. amm.;

sul ricorso numero di registro generale 2600 del 2013, proposto da:

Cen.Com S.r.l., rappresentata e difesa dall'avv. Benedetto Graziosi, con domicilio eletto presso l'avv. Alfredo Placidi in Roma, via Cosseria, 2;

contro

Comune di Castel San Pietro Terme, rappresentato e difeso dall'avv. Nazzarena Zorzella, con domicilio eletto presso l'avv. Alfredo Placidi in Roma, via Cosseria, 2;

nei confronti di

Provincia di Bologna;

per la riforma

della sentenza breve del T.A.R. EMILIA-ROMAGNA - BOLOGNA: SEZIONE I n. 00084/2013, resa tra le parti, concernente silenzio serbato dall'Amministrazione su istanza di adeguamento dei propri ordinamenti alle prescrizioni di legge in materia di libertà di apertura esercizi commerciali.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Comune di Castel San Pietro Terme;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 30 luglio 2013 il Cons. Paolo Giovanni Nicolo' Lotti e uditi per le parti gli avvocati B. Graziosi e N. Zorzella;

Il Tribunale Amministrativo Regionale per l'Emilia Romagna, Bologna, sez. I, con la sentenza n. 84 del 6 febbraio 2013, ha dichiarato inammissibile il ricorso proposto dall'attuale appellante Cen.Com S.r.l. per la declaratoria d'illegittimità del silenzio-rifiuto serbato dal Comune di Castel San Pietro Terme sull'istanza e messa in mora avanzata dallo stesso in data 11 maggio 2012 per l'adeguamento dei propri ordinamenti alle prescrizioni di legge e in particolare alla "libertà di apertura degli esercizi commerciali" di cui agli artt. 1, comma 4, D.L. n. 1-2012 e 31, comma 2, D.L. n. 201-2011 conv. nella L. n. 214-2011 come modificato dalla L. n. 27-2012.

Il TAR ha rilevato, infatti, che nel caso in esame non si ravviserebbe alcun obbligo dell'Amministrazione comunale di provvedere nei confronti del privato in quanto nella specie non ricorrerebbe un potere di natura amministrativa, ma l'esercizio di un potere normativo ed ordinamentale connesso ad un adeguamento degli strumenti urbanistici ai principi dettati dalla normativa statale e quindi, come tale, espressione diretta dell'autonomia ordinamentale dell'Ente a fronte del quale si configurano soltanto interessi semplici.

Peraltro, ha osservato e concluso il TAR, l'adeguamento degli ordinamenti locali non sarebbe destinato, alla stregua della richiamata disciplina statale, a compiersi in via automatica, bensì attraverso l'esercizio del concorrente potere normativo regionale di attuazione della suddetta disciplina a cui gli ordinamenti locali dovranno poi conformarsi.

L'appellante contrastava la sentenza del TAR e, con l'appello in esame, chiedeva l'accoglimento del ricorso di primo grado, deducendo:

- Violazione di legge: art. 73, comma 3, d. lgs. n. 104 del 2 luglio 2010. Violazione del contraddittorio processuale su un'eccezione rilevabile di ufficio;
- Violazione degli artt. 7, comma 1 e 4, 31 e 117 c.p.a. con riferimento alla legislazione urbanistica nazionale (artt. 4 e 7 l. 17 agosto 1942, n. 1150) e regionale (artt. 1 e ss. L. R. 20 marzo 2000, n. 20) concernenti gli atti e provvedimenti di pianificazione urbanistica;
- Nel merito (sul procedimento di adeguamento): Violazione e falsa applicazione degli artt. 3, comma 1, D.L. n. 138-2011 e 31, comma 2, D.L. n. 201-2011 con riferimento agli artt. 29 e 30 L. R. n. 20-2000.

Si costituiva l'Amministrazione intimata chiedendo il rigetto dell'appello.

Alla Camera di consiglio del 30 luglio 2013 la causa veniva trattenuta in decisione.

Il Collegio ritiene la fondatezza dell'appello, rilevando preliminarmente che l'istanza rispetto alla quale l'appellante assume l'inerzia del Comune è stata presentata in data 11 maggio 2012, con un duplice contenuto.

Da un lato, infatti, l'appellante ha contestato la fondatezza della tesi del SUE sulla classificazione dell'intervento edilizio come ristrutturazione (paragrafo intitolato "La qualificazione

dell'intervento"); tale parte dell'istanza è connessa alla DIA presentata dalla società CEN.COM S.r.l. in data 15-23 marzo 2012 al SUE del Comune di Castel San Pietro Terme per realizzare opere di manutenzione straordinaria necessarie per utilizzare l'edificio esistente come struttura commerciale alimentare medio-piccola.

Rispetto a tale parte dell'istanza, il Comune di Castel San Pietro Terme ha provveduto con nota 4 giugno 2012, prot. 9908 che ha disposto l'inammissibilità della DIA per contrasto con l'art. 22.2.3 delle N.T.A. del P.R.G.; tale provvedimento è stato impugnato al TAR con ricorso tuttora pendente (R.G. n. 888-2012).

Dall'altro lato, con la predetta istanza dell'11 maggio 2012 è stato chiesto l'adeguamento/emendamento della normativa comunale, formulando specifica istanza e messa in mora perché il Comune desse esecuzione entro il termine del 30 settembre 2012, al disposto degli artt. 1, comma 4, D.L. n. 1-2012 e 31, comma 2, D.L. 6 dicembre 2011, n. 201 come modificato dall'art. 1, comma 4-ter D.L. n. 1-2012 e cioè provvedesse ad "adeguare i propri ordinamenti alle prescrizioni" date dal comma 2 e cioè alla "libertà di apertura di nuovi esercizi commerciali".

Rispetto a tale richiesta che consisterebbe, in sostanza in una modifica delle pertinenti norme di P.R.G. (delle N.T.A. rilevanti, in specifico) in modo da rendere ammissibile la DIA suindicata.

Il Collegio rileva che il pertinente quadro normativo entro cui tale richiesta di colloca è stato di recente oggetto di una importante pronuncia della Corte Costituzionale (sentenza 15 marzo 2013, n. 38) che ha chiarito che i vincoli di cui alla normativa rilevante nella specie (e già richiamata) attiene alla materia della concorrenza ex art. 117, comma 2, lett. e), Cost., di competenza esclusiva dello Stato, affermando che l'art. 31, comma 2, D.L. 6 dicembre 2011, n. 201 (Disposizioni urgenti per la crescita, l'equità e il consolidamento dei conti pubblici), convertito, con modificazioni, dalla legge 22 dicembre 2011, n. 214 ha sancito il principio della libertà di apertura di nuovi esercizi commerciali, senza contingenti, limiti territoriali o altri vincoli di qualsiasi natura, ad eccezione di quelli attinenti alla tutela della salute, dei lavoratori, dell'ambiente (incluso l'ambiente urbano) e dei beni culturali.

Tale norma deve essere ricondotta nell'ambito della "tutela della concorrenza", trattandosi di una disciplina di liberalizzazione e di eliminazione di vincoli al libero esplicarsi dell'attività imprenditoriale nel settore commerciale.

Secondo la Consulta, dunque, devono ritenersi costituzionalmente illegittime le norme regionali, anche a Statuto speciale e delle Province autonome che, traducendosi nell'introduzione di limitazioni all'apertura di nuovi esercizi di commercio al dettaglio nelle zone produttive, determinano restrizioni alla concorrenza, così invadendo la potestà legislativa esclusiva dello Stato in tale materia.

Da tale pronuncia si deduce, in tutta evidenza e rispetto alla situazione per cui qui è controversia, quanto segue:

- contrariamente a quanto ritenuto dal TAR la consistenza dell'interesse azionato in questo giudizio non è circoscritto alla categoria dell'interesse semplice, bensì, dell'interesse qualificato e differenziato, trattandosi di uno specifico interesse commerciale che è direttamente tutelato e disciplinato dalla normativa statale, idonea a radicare una posizione soggettiva di interesse legittimo in capo ai soggetti che ne sono portatori;

- tale interesse è tutelabile in quanto giuridicamente rilevante nonostante eventuali norme regionali con esso contrastanti, poiché la Regione è sfornita di ogni potestà normativa in materia;

- ne consegue che il Comune deve specificamente valutare, con apposito provvedimento, e con idonea motivazione, in risposta all'istanza dell'appellante sopra specificata, se i limiti all'intervento in oggetto, che incide direttamente sugli interessi commerciali dell'appellante, siano ancora adeguati a tutelare gli interessi che la normativa statale sopra indicata pone quali eccezioni al principio di liberalizzazione del commercio, direttamente cogente, come detto, in tutte le Regioni;

- in caso negativo, dovendo provvedere a rimuovere tali limiti, per contrasto con la competente normativa statale di rango superiore, l'inerzia è configurabile anche in questa ipotesi che può essere qualificata come "obbligo di adeguamento normativo", nel senso che, come appena detto, l'Amministrazione deve valutare se sia possibile rimuovere i predetti limiti azionando il pertinente procedimento, tenuto inoltre presente che, nella specie, le norme in oggetto che inibiscono l'attività aspirata dall'appellante afferiscono non ad un procedimento normativo primario o secondario, bensì ad un semplice procedimento amministrativo, in quanto costituiscono un procedimento amministrativo urbanistico, trattandosi di N.T.A. necessariamente accessorie ed attuative del Piano Regolatore;

Dalla fondatezza dell'azione, come sopra precisata e perimetrata, consegue, ulteriormente, l'assorbimento degli altri motivi d'appello, in specifico quello legato all'ipotizzata violazione dell'art. 73, comma 3, c.p.a.

Le spese di lite del presente grado di giudizio possono essere compensate, sussistendo giusti motivi, con particolare riguardo alla novità delle questioni.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta),

definitivamente pronunciando sull'appello principale come in epigrafe proposto, lo accoglie e, in riforma della sentenza impugnata, accoglie il ricorso di primo grado ai sensi di cui in motivazione.

Compensa le spese di lite del presente grado di giudizio.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 30 luglio 2013 con l'intervento dei magistrati:

Alessandro Pajno, Presidente

Paolo Giovanni Nicolo' Lotti, Consigliere, Estensore

Antonio Bianchi, Consigliere

Nicola Gaviano, Consigliere

Carlo Schilardi, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 20/11/2013

IL SEGRETARIO

(Art. 89, co. 3, cod. proc. amm.)