

Primo Michielan

Avvocato del Foro di Treviso

**“LA LIBERALIZZAZIONE DEI NUOVI ESERCIZI COMMERCIALI E  
LIMITI DA CONVENZIONI URBANISTICHE: CASI DI NULLITÀ”**

**Sommario: 1)-ambito di applicazione della categoria patologica della nullità ex art.21 septies L. n.241/90; 2) le diverse tipologie di nullità; 3) la categoria del difetto assoluto di attribuzione in materia di convenzioni urbanistiche; 4) la categoria del difetto assoluto di attribuzione sui limiti alla liberalizzazione commerciale; 5)- conclusioni.**

**1) Ambito di applicazione della categoria patologica della nullità ex art.21 septies L.n.241/90**

Volendo dare un inquadramento al tema della nullità provvedimentoale, occorre verificare l'attuale campo di operatività dell'art.21 septies.

Invero a questa categoria patologica del provvedimento spesso si fa ricorso, allorchè la strada dell'impugnazione per annullabilità di un atto esistente, valido ed efficace sia preclusa dal termine decadenziale di sessanta giorni per l'impugnativa ex art.29 cpa.

L'art.31, 4 co. del nuovo cpa prescrive che la domanda di accertamento delle nullità previste dalla legge “*si propone entro il termine di decadenza di centottanta giorni e la nullità dell'atto può sempre essere eccepita dalla parte resistente o essere rilevata d'ufficio*”.

Per cui, persi i termini brevi per l'annullabilità, diviene giocoforza abbracciare la strategia difensiva con i termini più dilatati riconosciuti all'azione di nullità; soltanto che rispetto alla categoria dell'annullabilità, quella della nullità del provvedimento ha carattere eccezionale ed è da applicarsi solo per le ipotesi tassativamente indicate dall'art.21 septies, diversamente dalla omologa figura, di cui all'art.1418 c.c., valevole per i negozi giuridici di diritto civile (Consiglio di Stato, 15 luglio 2014, n.3702).

Donde diventa decisivo, per l'accoglimento della domanda di nullità, sia l'inquadramento dei provvedimenti ed atti amministrativi espliciti da annoverarsi in detta figura di grave invalidità amministrativa sia quello relativo ai nuovi strumenti di semplificazione provvedimento, quali SCIA- DIA ovvero Silenzio-Assenso, divenuti d'attualità proprio per effetto della recente novella legislativa, di cui agli artt. 3-5- e 6, legge 7 agosto 2015 n.124 sulla riorganizzazione della PA.

Sarà in particolare con riferimento a quest'ultime figure nuove semplificate di "atti privati" ovvero di "silenzio assenso" che si porrà la questione della loro applicabilità alla categoria tipica di grave invalidità o nullità degli atti in discussione, quantomeno, ad esempio, al fine di rendere ricevibile quel ricorso giurisdizionale di quel terzo confinante che, recatosi tardivamente dall'avvocato dopo la scadenza dell'ordinario termine di decadenza dei 60 giorni a piena conoscenza del titolo abilitante al diritto a costruire del suo vicino, si ritenesse leso e volesse aderire alla strategia difensiva propositagli di presentare, in un termine più lungo di 180 giorni, proprio un'azione di accertamento e dichiarativa di nullità degli atti abilitativi all'edificazione.

Ma non poche sono le difficoltà sistematiche d'inquadramento non appena si consideri che secondo i giudici amministrativi soltanto l'assenza di requisiti c.d. "minimali" comporta l'inesistenza di queste figure sostitutive del provvedimento; mentre il difetto o carenza di altri requisiti di legge non crea altro che l'invalidità degli atti, da pronunciarsi su azione di annullamento, tempestivamente proposta nel termine decadenziale di 60 giorni.

Si distingue, così, tra presupposti di "esistenza" che incidono, con la loro assenza, alla "esistenza" della SCIA o del silenzio assenso ( ad es. la legittimazione del richiedente, l'individuazione dell'oggetto del provvedere possibile e/o determinabile, competenza dell'ente a pronunciarsi, ecc.) e quelli di "validità" delle richiamate figure semplificate, sostitutive del provvedimento.

Tocca, però, riconoscere che questo indirizzo dottrinale, recepito in giurisprudenza, è stato di difficile applicazione e non ha trovato fondamento testuale nell'art.21 septies che limita letteralmente al primo comma la categoria della nullità ai soli provvedimenti amministrativi che abbiano una

determinata forma scritta che sia stata imposta da norma specifica che prescriva la sanzione d'invalidità ( ad esempio: atto scritto per gli accordi integrativi o sostitutivi di provvedimento ex art.11, co 2 L. n.241 ovvero per i contratti della P.A.), valendo il principio generale della libertà della forma di derivazione privatistica.

La tutela degli atti privati di DIA e SCIA viene lasciata al meccanismo previsto dall'art. 19, comma 6 ter della L. n.241, secondo cui queste figure non costituiscono provvedimenti taciti, direttamente impugnabili e saranno gli interessati a *“sollecitare l'esercizio delle verifiche spettanti all'amministrazione e, in caso di inerzia, reperire esclusivamente l'azione”* avverso il silenzio formatosi.

Una tesi, nell'ottica della strategia difensiva, che individuasse una nuova categoria di *“nullità dei c.d. atti privati”*, onde conseguire i termini allungati per l'azione di nullità e l'applicazione di ulteriori regole peculiari, oltre che non esser stata espressamente prevista dal legislatore al di là della nullità del provvedimento espresso ex art.21 septies, cozzerebbe addirittura contro la ratio semplificatrice del nuovo art.6 della L. n.124/2015, in forza del quale è stato abrogato il secondo comma dell'art.21 della l. n.124/15 sul regime delle sanzioni da applicare, nel caso di mancanza dei requisiti di legge in capo a coloro che avessero dato inizio all'attività con SCIA ovvero per silenzio- assenso.

La carenza di tutti i presupposti e condizioni richiesti dalla legge, prescritti per iniziare le attività in forza di semplice SCIA o per silenzio-assenso, che producono gli effetti amministrativi direttamente certificati dagli artt.19 e 20 della L. n.241, era equiparata alla pura e semplice completa carenza od inesistenza del titolo abilitativo allo svolgimento di quella attività intrapresa ovvero a quella di atto esplicito di assenso nullo e quindi da sanzionarsi alla stessa stregua .

Così questa indiscriminata equiparazione *ope legis* degli effetti sanzionatori per assenza dei presupposti di legge per la formazione della SCIA e del Silenzio-assenso aveva comportato che il cittadino, anche dopo il decorso del tempo per silenzio assenso, attendesse il provvedimento espresso senza iniziare l'attività, in barba alla tanto decantata rilevanza semplificatrice degli introdotti istituti sostitutivi di SCIA o silenzio assenso.

Chi era interessato non confidava sul confuso legislatore che continuava ad emettere novelle con decreti d'urgenza su un corpus normativo di 25 anni fa, senza individuare quali fossero le carenze da colmare e quindi provvedere a precisare gli elementi essenziali o "*minimali*" per l'esistenza stessa e la validità delle figure semplificate in parola, danti luogo, rispettivamente, alla nullità ovvero alla annullabilità dell'atto privato Scia o silenzio-assenso, i cui effetti abilitativi direttamente provenivano *ex lege* dagli artt. 19 e 20 della legge n.241.

Così si aveva l'immediata illiceità ed abusività dell'attività esercitata sia che si trattasse di carenza dei requisiti di "esistenza" della domanda provvedimento abilitativa sia di mancanza (meno grave) di quelli di sola "validità".

Soltanto che la carenza di questi ultimi requisiti di "*validità*", a differenza di quella per i presupposti di "*esistenza*", come si avrebbe nel caso di mancato perfezionamento del silenzio assenso a causa di dichiarazioni mendaci o di false attestazioni (cfr. C.D.S., Sez. V, 23. 2 .2015 n.876, CdS, Sez.VI, 30 dicembre 2014 n.6423), producevano comunque gli effetti provvedimenti voluti dalla legge e, quindi, non avrebbero potuto dar luogo ad una produzione giuridica antiggiuridica. Non può, infatti, essere antiggiuridico e cioè illecito, ciò che deriva dalla legge.

Da qui la corretta abrogazione del regime sanzionatorio previsto dal 2 co. dell'art.21 della l. n.241/90 per gli atti sostitutivi del provvedimento di assenso e la ragionevole conseguenza di far derivare gli effetti abilitativi legittimanti all'attività intrapresa direttamente dalla legge a seguito di una domanda, indipendentemente dalla sussistenza o meno dei presupposti di "*validità*", purché in presenza di quelli di "*esistenza*" della SCIA o di silenzio-assenso e sempre salvo l'esercizio del potere di annullamento di cui all'art.21 *nonies*.

Così, avendo la riconferma che la Scia ed il silenzio-assenso non si configurano come provvedimenti ma come fatti giuridici con effetti abilitativi all'intrapresa, direttamente discendenti dalla legge, trova conforto la soluzione

d'inapplicabilità della categoria delle nullità dell'art.21 septies agli istituti di semplificazione provvedimento.

Non sembra configurabile, quindi, una nuova categoria di "nullità dei c.d. atti privati" di DIA -SCIA e silenzio-assenso che ulteriormente complicherebbe il sistema d'invalidità degli atti, alla faccia della semplificazione.

## **2)Le diverse tipologie di nullità**

Il mito della semplificazione amministrativa, come introdotto con la recente riforma d'agosto 2015 della P.A. dopo cinque lustri d'interventi sul testo della fondamentale L. n.241/90, non ha coinvolto la categoria della nullità.

A questa restano riservate le quattro ipotesi generali di nullità del provvedimento amministrativo, introdotte dalla L. n.15 del 2005 e cioè: la mancanza di elementi essenziali (nullità strutturale), difetto assoluto di attribuzione, adozione in violazione o elusione del giudicato, negli altri casi espressamente previsti dalla legge (nullità testuale).

Quella più problematica è la figura della c.d. nullità strutturale che attiene al difetto dei "requisiti essenziali" dell'atto (soggetto, oggetto, forma, contenuto e finalità), poiché il legislatore non li ha individuati, nonostante la peculiarità del provvedimento amministrativo.

Secondo alcuni si è trattato di eccessiva semplificazione, rendendo complicatissimo ciò che appare semplice al testo letterale, essendo sanzionato qualcosa che non è definito.

Sintetizzando a grandi linee gli indirizzi dottrinali, si ha da un lato i fautori della "tesi c.d. negoziale", secondo cui gli "elementi essenziali" sono definibili sulla falsariga dell'analisi del negozio, rinviando all'art.1418 c.c; mentre la prevalente dottrina amministrativistica, affermando l'autonomia del diritto amministrativo e della figura di nullità amministrativa, intende detti elementi quali elementi strutturali dell'atto, necessari *ex lege* a costituirlo, il cui difetto totale comporta l'inesistenza dello stesso atto.

Non potrà parlarsi, invece, di inesistenza dell'atto amministrativo, allorché si discuta di vizi del procedimento e perciò delle modalità di esercizio

del potere amministrativo in spregio al paradigma normativo (cfr. CDS, Sez. V, 2 novembre 2011 n.5843; TAR Lazio,-Roma, Sez. II n.4863/2005).

In questa sede non si esaminano partitamente le quattro figure di nullità di cui all'art. 21 septies, rinviando ai testi istituzionali ma, richiamato il principio ormai consolidato della loro tassatività (Cons. Stato, Sez.V,15 luglio 2014 n.3702),si isolano alcuni profili applicativi delle macrocategorie di nullità che giovano al tema della presente relazione sui limiti del principio di liberalizzazione.

Si è convinti, infatti, che un approccio basato sul riferimento ad una concreta fattispecie può agevolare l'inquadramento dei problemi.

= Si tratta, innanzitutto, del **vizio d'atto contrario a normativa comunitaria.**

Già il TAR Trento con sentenza del 2012 n.185 aveva ad ammettere la configurabilità della nullità nella sola ipotesi che il PRG fosse stato adottato sulla base di una norma interna palesemente incompatibile con il diritto comunitario.

A sua volta il Consiglio di Stato è stato interessato in altra fattispecie di nullità radicale interessante la Regione Veneto.

Questa aveva a proporre appello per la mancata applicazione del diritto europeo in materia di intese restrittive della concorrenza ex art.101 e ss. del Trattato UE di una delibera dell'Agenzia Italiana del Farmaco (AIFA), ente di diritto pubblico che aveva ad escludere la erogabilità di un farmaco, da cui discendeva la sua non rimborsabilità a carico del Servizio sanitario regionale , a favore di altro medicinale più costoso, per la cura degenerativa senile della maculopatia.

In questa vicenda il Consiglio di Stato, Sez.III con sentenza dell'8.9.2014 n.4538 ha affermato due principi:

- a) un primo, non è invocabile incidentalmente la disapplicazione provvedimento degli atti amministrativi per preteso contrasto con il diritto europeo, qualora questi atti interni (la esclusione dalla erogabilità del farmaco in discussione) non siano stati impugnati con azione ordinaria di annullamento nel termine decadenziale di 60 giorni e così siano divenuti

irretrattabili, nonostante la diretta applicabilità della direttiva europea 89/105/CEE concernente la trasparenza delle misure che regolano la fissazione dei prezzi delle specialità medicinali per uso umano;

b)- un secondo, non è neppure invocabile la disapplicazione normativa della legislazione nazionale per preteso contrasto con il diritto europeo, in quanto quella interna consentirebbe intese restrittive della concorrenza in violazione dell'art. 101 TFUE, poiché nel caso non vi è contrasto tra la normativa nazionale ed il diritto europeo.

Il che ha portato a concludere che la violazione del diritto comunitario implica solo un vizio di legittimità con conseguente annullabilità e non nullità degli atti, configurabile nella sola ipotesi *“in cui il provvedimento nazionale sia stato adottato sulla base di una norma interna attributiva del potere incompatibile con il diritto comunitario”* e non con questo compatibile, tanto che l'ordinamento italiano in materia di antitrust aveva a compiutamente a recepire la norma comunitaria che comminava la sanzione della piena nullità per intese od accordi anticoncorrenziali tra imprese.

Quindi si ha la nullità di cui all'art.21 septies, nella figura della nullità del provvedimento nazionale interno adottato sulla base di una norma nazionale attributiva del potere che sia incompatibile o contraria con il diritto comunitario ( *de plurimis* C.D.S., Sez.V, 19.5.2009 n.3072; Sez.IV 21.2.2005 n.579).

= In secondo luogo, si **richiamano i vizi di nullità per mancanza dell'elemento essenziale dell'oggetto ovvero di inesistenza del termine passivo dell'atto.**

Così è stata dichiarata dalla giurisprudenza la nullità degli atti per inesistenza dell'oggetto ( esproprio di un bene inesistente, ovvero pronunciato nei confronti di un soggetto non esistito) ovvero per impossibilità dell'oggetto (accoglimento di una domanda di sanatoria o di condono di immobile inesistente al momento di decidere l'istanza) oppure per indeterminatezza negli atti concessori delle sorgenti interessate allo sfruttamento di acqua minerale.

In conclusione, emerge dalla disamina che anche se le clausole di nullità sono definite tassative ed a numero chiuso (CDS, SEZ.VI, n.1023/06), senza

estensione analogica ad altre fattispecie non specificamente contemplate; tuttavia sempre resta difficile, anche con la semplificazione d'agosto 2015, trovare una linea netta di demarcazione tra nullità ed annullabilità, così da consentire l'utilità della norma di cui all'art.21 septies in termini lampanti ed applicativi certi.

La semplificazione amministrativa è stata introdotta con numerosissimi sovrapposti decreti legge dal 1990 ad oggi che ha finito per dettare tanti e tali norme e condizioni da porsi agli antipodi dell'altro principio informatore del "novismo" legislativo italiano, rappresentato dalla liberalizzazione, su ricaduta europea, in materia urbanistica e commerciale.

### **3) La categoria del difetto di attribuzione in materia di convenzioni urbanistiche**

Si è appena isolata la figura giurisprudenziale, non presente nel testo dell'art.21 septies, della nullità dell'atto fondato su una norma nazionale attributiva di un potere incompatibile con il diritto europeo.

Anche se questa categoria, non appare del tutto convincente, per la difficoltà di distinguere tra norme attributive di potere e quelle di disciplina dell'esercizio del potere sfociante nel provvedimento, in quanto esse agiscono su piani diversi, le une sul vizio della fonte normativa e le altre sul vizio dell'atto amministrativo, dando luogo quindi ad ipotesi di nullità del tutto marginali per la poca influenza del diritto comunicare, occorre affrontare la seconda categoria testuale di nullità e cioè il difetto assoluto di attribuzione con riferimento alla materia del governo del territorio.

Anche in questa categoria si fa un approccio concreto con richiamo a casi specifici, non senza aver premesso che, secondo giurisprudenza amministrativa prevalente, il difetto assoluto di attribuzione viene ricondotto all'assenza in astratto di qualsivoglia norma giuridica attributiva del potere esercitato con il provvedimento amministrativo.

Mentre vengono fatti rientrare nella annullabilità le ipotesi della c.d. "*carezza di potere in concreto*", ossia del potere astrattamente ritenuto esistente ma esercitato senza i presupposti di legge.

Così in materia di governo del territorio appare significativa la vicenda di sollevata nullità avanti il TAR Veneto della clausola contenuta nell'atto d'obbligo, accessoria alla convenzione di lottizzazione, in forza della quale il rilascio del certificato di agibilità dell'immobile era subordinato alla presentazione del vincolo a permanente abitazione come "*prima casa*" per 20 anni.

Mancando, secondo la ricorrente società una base di legge, il Comune (Asiago) era incorso nel difetto assoluto di attribuzione, allorché aveva a far sottoscrivere la convenzione di lottizzazione ed a rilasciare il permesso a costruire con quella prescrizione, poiché erano state introdotte clausole aggiuntive, non previste dalle norme tecniche attuative (NTA).

Resisteva il Comune ed il TAR Veneto, con sentenza Sez.II n.920/2011, rigettava sul punto il ricorso "*atteso che nel caso di specie non si verte in un'ipotesi di carenza in astratto del potere, giacché il Comune resistente ha esercitato un potere previsto dall'art.42 delle NTA, introducendo nella convenzione urbanistica ed in calce al permesso a costruire le clausole contestate, ma tutt'al più si potrebbe configurare un'ipotesi di sviamento*" e cioè di annullabilità ex art.28 octies L 241 con impugnativa tempestiva di detta prescrizione, essendo puntuale e perentoria in convenzione e nelle prescrizioni del titolo ad edificare, senza attendere il diniego del certificato di agibilità.

Appellata la sentenza, il Consiglio di Stato, Sez. IV del 21 gennaio 2013 n.324, premesso che il rinvio ad opera delle NTA alla convenzione costituisce base sufficiente per un accordo sostitutivo di provvedimento ex art.11 L 241, nell'ambito del quale pacificamente rientrano anche le convenzioni dei PDL ( SS.UU. n.15388/2009; Sez.IV ,2 agosto 2011, n,4576) ,con previsione di disciplina del procedimento finalizzato non solo a garantire le esigenze di carattere urbanizzativo ma anche quelle più propriamente connesse alla funzione sociale della progettata edificazione, valide erano quelle clausole aggiuntive, amministrative o contrattuali, sulla agibilità che costituiscono lo svolgimento esecutivo della NTA regolamentare presupposta.

L'Amministrazione non andava in contrasto con quella norma locale presupposta ma ne assicurava la funzione per la quale la lottizzazione era stata

consentita (destinazione a prima casa), senza inserire elementi eterogenei all'istituto dell'agibilità diversi da quelli tipici noti d'igienicità e salubrità, sicurezza e risparmio energetico di cui all'art.24 DPR 380.

Venendo, poi, ad affrontare il tema della nullità per difetto di presupposto, il Consiglio di Stato affermava che avendo il Comune il potere di convenire con il privato le obbligazioni per la lottizzazione con effetti nei confronti degli aventi causa, *“non v'è dubbio che avesse anche il potere di inserire la prescrizione nei confronti di chiunque chiedesse il permesso a costruire nell'ambito della lottizzazione”*

In astratto si concludeva, sostenendo che si potrebbe configurare un problema di legittimità ovvero di *“carenza di potere in concreto”* e quindi di annullabilità con le regole decadenziali proprie dei 60 giorni ma non certo quello di eccezionale nullità radicale ex art.21 septies.

Nella stessa direzione pare muoversi il CDS, sempre per una fattispecie curiosa ma significativa, affrontata dal TAR Veneto con sentenza n.165/13 e confermata dal Consiglio di Stato con sentenza del novembre 2014 n.5671.

Un Comune del Veneto (Mussolente) aveva a ricorrere al Tar per ottenere una sentenza ex art.2932 c.c. produttiva degli effetti del contratto di cessione gratuita di alcune aree, convenzionate in quantità maggiori di quelle previste dagli standards di legge, da destinarsi a spazi pubblici all'interno di un piano di lottizzazione.

Resistevano gli acquirenti dei singoli lotti edificabili, sostenendo che quella cessione aveva carattere di liberalità e non di onerosità e, quindi, non integrando l'istituto del contratto a favore del terzo Comune, non solo l'Amministrazione era priva della legittimazione ed interesse ad agire ma anche era da ritenersi integrata l'ipotesi di nullità delle clausole contrattuali sotto duplice profilo: sia di una cessione gratuita disposta in carenza di potere, per aver il Comune assunto di esercitare un potere, senza che in realtà nessuna norma glielo avesse attribuito sia per esser la delibera consiliare di approvazione della convenzione di lottizzazione, con l'obbligo di trasferimento gratuito di aree private al Comune, fonte di nullità per illiceità della causa e frode alla legge.

Pronunciatosi il Tar del Veneto con sentenza in forma semplificata, disponendo la cessione gratuita della proprietà ma gravatisi i privati in appello, riproponendo i due profili di nullità sopracitati, il Consiglio di Stato escludeva, innanzitutto, di essere al cospetto di una nullità per difetto assoluto di attribuzione.

Infatti così statuiva: *“non può essere negato che il Comune abbia, in termini di conformazione della proprietà ai fini edificatori, delle attribuzioni normative tradizionali, già previste in maniera ricognitiva a livello primario dalla fondamentale legge urbanistica n.1150 del 1942 e rafforzatesi con l’attuale formulazione dell’art.114 Costituzione. L’esistenza di una carenza assoluta di attribuzioni in termini appare del tutto insostenibile”*.

In secondo luogo, affermava l’infondatezza della seconda ragione di nullità e cioè quella per nullità per illiceità di causa o di funzione pubblica.

Se, infatti, la causa è quella di perseguire con l’atto amministrativo il fine pubblico di una trasformazione del suolo edificabile in coerenza con la pianificazione urbanistica, per il quale il potere viene attribuito, sostenere che si sarebbe dovuto procedere mediante espropriazione delle maggiori aree private a standards da cedersi gratuitamente, anzicchè mediante lo strumento negoziale della convenzione urbanistica, *“rafforza l’idea che il vizio di nullità in esame potesse essere unicamente di illegittimità-annullabilità, come tale censurabile unicamente con l’azione di annullamento”*, non proposta nei termini.

Conclude il Consiglio di Stato, che il sistema congegnato ed attuato dal Comune su consenso dei privati, rende evidente l’equilibrio tra le prestazioni delle parti *“rendendo evanescente la ricostruzione lesiva per nullità, come sostenuta”*.

Si può, pertanto, riassumere la posizione giurisprudenziale in questa materia del governo del territorio, secondo cui non trova fondamento il *“difetto assoluto di attribuzione”* e quindi l’invocazione dell’art.21 septies, allorchè spetta ai Comuni sia di imporre vincoli urbanistici conformativi delle aree del territorio, per la cui attuazione sia posta in essere la c.d. urbanistica negoziata, mediante convenzioni su base consensuale con i privati sia di prevedere vincoli espropriativi, essendo il corrispondente potere di ablazione della proprietà

privata riconosciuto ai Comuni ai sensi dell'art.6 del DPR 327/01 sugli espropri.

La strategia, pertanto, perseguita negli strumenti urbanistici dei vari Comuni, con temperamento in convenzione dei vari interessi, sia territoriali come economici, della popolazione insediata, non potrà che essere oggetto di azione di legittimità-annullamento, da proporsi entro lo spirare dei termini decadenziali.

#### **4)- La categoria del difetto assoluto di attribuzione sui limiti alla liberalizzazione commerciale**

Già s'è detto della tesi prevalente sui limiti di non invocabilità della nullità, in luogo della annullabilità, per atto amministrativo viziato di "*anticomunitarietà*" (provvedimento adottato su norma interna incompatibile con il diritto comunitario) o di difetto assoluto di attribuzione in materia urbanistica (carezza del potere urbanistico od espropriativo del Comune in convenzione di lottizzazione) , ora si esaminano i limiti della pianificazione urbanistica comunale in materia di rilascio di autorizzazioni commerciali alla luce del principio europeistico di liberalizzazione.

**4.1)-** Nell'ordinamento interno è stato introdotto l'art.31 del D. L. n.201 del 2011 c.d. "*Salva Italia*", conv. In L. 214/2011 come subito modificato dal D.L. n.1 del 2012c.d. "*Cresci Italia*" conv. in L. n.14/2012 e dal D.L. n.69 del 2013, conv in L.n.69/2013 che positivizza espressamente come generale principio dell'ordinamento la libertà di apertura di nuovi esercizi commerciali "*senza limiti territoriali o vincoli di qualsiasi natura*", secondo la disciplina europea in materia di concorrenza, libertà di stabilimento e libera prestazione di servizi, come introdotta a far tempo dal D.L. n.223/2006 con soppressione dell'obbligo di rispettare le distanze minime tra esercizi dello stesso genere e dalla direttiva europea 2006/13/CE c.d. Bolkestein, relativa ai servizi del mercato interno, attuata con D.Lgs n.59 del 2010.

Ma con detta disposizione è stata introdotta anche la deroga a questo principio "*esclusi i vincoli alla tutela della salute, dei lavoratori, dell'ambiente, ivi incluso l'ambiente urbano, e dei beni culturali*", così da superare il contro-

limite legislativo di cui all'art. 64, del D.Ls n.59 del 2010, secondo cui solo gli esercizi di somministrazione erano da ritenere limitati entro determinati parametri; mentre il resto dell'attività commerciale era liberalizzata tout court. Donde la necessità di una nuova verifica dei limiti della commercializzazione attualmente in vigore, visto che il secondo comma dell'art.31 cit. impone alle Regioni ed agli Enti Locali l'adeguamento dei propri ordinamenti alle prescrizioni entro il 30 settembre 2012 *“potendo prevedere al riguardo, senza discriminazioni tra gli operatori, anche aree interdette agli esercizi commerciali, ovvero limitazioni ad aree, solo qualora vi sia la necessità di garantire... la tutela dell'ambiente, ivi incluso l'ambiente urbano e dei beni culturali”*.

Generale era l'incertezza nell'applicare le disposizioni regolamentari già adottate dai Comuni, ritenendole, in alcuni casi, conformi alla normativa comunitaria e nazionale ed, in altri, bisognose di adeguamento.

E' intervenuta la Corte Costituzionale con sentenza n.200 del 2012, secondo cui *“il principio della liberalizzazione non è stato affermato in termini assoluti ma si è previsto che venga modulato per perseguire gli altri principi indicati dallo stesso legislatore, in attuazione delle previsioni costituzionali”*.

Sicché aggiunge ancora la Corte che *“la liberalizzazione delle attività economiche e le previste eventuali restrizioni o limitazioni alla libera iniziativa economica... non rivela elementi di incoerenza con il quadro costituzionale”*, in quanto *“la liberalizzazione prelude ad una razionalizzazione della regolazione che elimini, da un lato gli ostacoli inutili o sproporzionati al libero esercizio dell'attività e, dall'altro, mantenga le normative necessarie a garantire le dinamiche economiche affinché non si svolgano in contrasto con l'utilità sociale”*.

Da qui i principi cardine per la soluzione di un lungo contenzioso, proposto e tuttora in atto sulla conciliabilità o meno della regolamentazione comunale e della legislazione regionale, come da ultimo esaminata da altra sentenza della Corte Costituzionale del 15 marzo 2013 che aveva a dichiarare incostituzionale la L. della Provincia di Bolzano n.7 del 2012, essendo stati introdotti *“consistenti vincoli al libero svolgimento dell'attività di commercio al dettaglio in zone produttive, andando ad incidere sulle prospettive di sviluppo delle imprese commerciali”* (cfr. anche Corte Cost. n.42 del 2010).

**4.2)-** Così il Tar Lazio, Sez.II ter con recente sentenza del 7 ottobre 2015 n.1154 ha ritenuto compatibile con l'ordinamento nazionale la disciplina regolamentare introdotta con delibera del 2010 n.35 dal Comune di Roma, in forza della quale era stata negata l'autorizzazione alla somministrazione di alimenti e bevande, in quanto rientrante nell'ambito n.1-zona urbana1- centro storico Rione di Trevi, nel quale non erano consentite nuove attività di somministrazione.

In detta sentenza è significativo il passo della conformità di detta delibera romana con l'obiettivo di *“contemperare l'interesse dell'imprenditore al libero esercizio dell'attività e quello della collettività ad un servizio commerciale adeguato, nonché di garantire la migliore e capillare localizzazione delle attività, tale rispondere alle necessità del territorio del Comune di Roma”*.

Occorre contemperamento, pertanto, tra il principio di liberalizzazione delle attività commerciali con gli interessi di tutela ambientale e sociale ovvero di quelli di contesto urbano che rilevano per preminente attenzione e salvaguardia (così da ridurre il rischio di proteggere rendite di posizione e migliorare il servizio all'utenza), onde escludere profili di inconciliabilità della regolamentazione comunale, pur introdotta dopo l'entrata in vigore delle originarie disposizioni statali di cui al D.L. n.2006 e della liberalizzante direttiva sui servizi c.d. “Bolkestein” ma prima dell'introduzione dei principi dettati dal legislatore statale nel 2011 e nel 2012 ed in assenza della legislazione regionale di adeguamento ai principi di liberalizzazione.

In conclusione, avendo l'ente comunale il potere di porre e mantenere limiti all'esercizio delle attività economiche ma che *“siano adeguati, proporzionali e ragionevoli e comunque volti a garantire la conformità alle dinamiche economiche ai principi della Costituzione, con riferimento all'utilità sociale, come soprarichiamato con sentenza Corte Cost. n.200/2012”*, non è da ritenersi evocabile utilmente né la nullità ex art.21 septies né l'annullabilità ex art.21 octies per contrasto con i principi comunitari della liberalizzazione, qualora la PA agisca entro questi limiti di utilità sociale ad esempio di tutela dell'ambiente, ivi compreso quella dell'ambiente urbano e dei beni culturali.

**4.3.)** Altro caso concreto interessante ai nostri fini è rappresentato dalla sentenza del TAR Veneto n. 1042 del 27.7.2012 sempre per vicende di un Comune del Veneto (Castelfranco). La vertenza interessava il tema della nullità per contrasto con i principi della liberalizzazione commerciale di una clausola di convenzione (art.1), stipulata nel lontano 1997, ante liberalizzazione commerciale del 2006, con vari proprietari privati di un'importante area interessata da un Piano Particolareggiato. Essa era del seguente tenore: “ *i proprietari hanno l'obbligo per la durata di 20 anni dal rilascio del certificato di abitabilità di ciascuna delle unità immobiliari comprese negli E1 ed E2, a non svolgere e comunque a non consentire allo svolgimento negli edifici suddetti di attività commerciali, quali sono attualmente contemplate nelle tabelle merceologiche e categorie di seguito specificate, a prescindere dall'esistenza attuale o futura di normative in materia edilizia, urbanistica e commerciale, che sotto il profilo pubblicistico possano consentire l'esercizio di tali attività*”.

Detto vincolo convenzionale ad una determinata tipologia d' uso commerciale per la durata di un ventennio a carico di ciascun proprietario dell'unità immobiliare veniva approvato con variante all'art. 17 delle NTA del Piano Particolareggiato dell'area interessata, al fine di adeguare le pattuite destinazioni d'uso degli edifici. Esso era pure trascritto, così risultando opponibile ai vari successori dei vari danti causa, sottoscrittori della richiamata convenzione, compresa la società ricorrente che, pur essendo subentrata nell'obbligo nel 2004 con prestazione di acquiescenza a quella specifica disciplina da convenzione, proponeva ricorso per nullità nel 2012.

Il Giudice Amministrativo di prime cure con la sentenza richiamata n.1042/2012 escludeva che si trattasse di nullità ex se, poiché detta clausola trovava fondamento negli accordi originariamente intervenuti con i privati sottoscrittori, così abbracciando quell'indirizzo giurisprudenziale del Consiglio di Stato, secondo cui l'urbanistica ha finalità non solo di assetto ed utilizzazione del territorio, distinguendo per finalità d'uso le costruzioni ( residenze, negozi, opifici, uffici ed altro) ma anche per finalità economico-sociali e di altri interessi pubblici, che trovano fondamento negli artt.9-32-42-

44 e 47 della Costituzione (da sentenza Sez.IV 10 maggio 2012 n.2710-Cortina).

Questa concezione dell'urbanistica avrebbe giustificato che il Comune avesse organizzato il proprio territorio, accertando che nulla impediva che il Comune organizzasse il proprio territorio, da un lato, "*stabilendo che solo una determinata tipologia di attività commerciale sia ammessa in un un determinato ambito*" e, dall'altro, "*che la disciplina in materia di commercio non incide né condiziona di per sé le scelte di carattere urbanistico*" (cfr. anche in questo senso, TAR Veneto n.877/2012 del 22.6.2012).

Così stando le cose, era stato fatto rinvio a quell'indirizzo giurisprudenziale, ormai costante, che escludeva la nullità delle clausole pattizie, con imposizione di maggiori oneri del privato rispetto alla normativa vigente, contenute nel titolo di edificazione di un centro commerciale ma che avevano rispecchiato la volontà espressa dalle parti, in quanto si faceva "*riferimento ad un complessivo equilibrio contrattuale, liberamente concordato con la società privata, nell'ambito del quale quest'ultima doveva necessariamente aver valutato anche il peso ponderale degli investimenti necessari*" (da Cons. Stato, IV, n.4449/2012).

Tra, l'altro, si tenga conto di una particolarità: nel caso del Comune di Castelfranco si trattava d'una convenzione transattiva che aveva definito un complicato contenzioso, insorto in merito alla individuazione della disciplina applicabile alla destinazione d'uso delle singole unità immobiliari dell'area denominata "Grandi Servizi Territoriali", con possibilità di esposizione a risarcimento del danno a carico del Comune, se avesse accolto in autotutela l'istanza della ricorrente proposta società per nullità della clausola pattizia del 1997 in contrasto (presunto) con il diritto europeo sopravvenuto.

Respinto il ricorso ed adito dalla parte privata il Consiglio di Stato, questi si pronunciava in rito con sentenza di qualche giorno fa n.522/2015 del 17.11.2015, dichiarando la nullità della sentenza del TAR, per essere stato notificato il ricorso originario unicamente al Comune e non anche ai sottoscrittori della richiamata convenzione.

Tutti gli operatori economici sottoscrittori sarebbero stati oggettivamente interessati a partecipare al giudizio di nullità, poiché nell'ipotesi in cui la clausola convenzionale (ed il corrispondente art.17 NTA del PP comunale) fosse stato caducato in sede giurisdizionale, si sarebbe determinata un'oggettiva mutazione dell'assetto degli interessi fissati nell'accordo ex art.11 L.241/90.

Non aver notificato a tutti configurava un vizio di inammissibilità del ricorso originario, da qui la nullità della sentenza ed il rinvio al TAR Veneto che potrà essere riassunto entro 90 giorni, salvo le maturate decadenze che il Giudice Veneto potrà rilevare per decorso del termine di 180 giorni a proporre l'azione di nullità ovvero di 60 giorni di quella di annullamento.

Soltanto per onor di cronaca, data la peculiarità della questione, trattandosi di convenzione transattiva, il Comune aveva a motivare il suo diniego all'adeguamento al diritto europeo richiesto da uno soltanto dei sottoscrittori, in assenza dell'adesione degli altri, richiamando puntualmente una presuppota delibera giuntale del 2012, nella quale si precisava che la transazione risaliva al periodo ante liberalizzazione ed aveva trovato applicazione nei confronti di tutti i sottoscrittori e dei loro successori per notevole tempo, così da giustificare la continuazione della sua applicazione anche all'attualità.

Il pericolo che avrebbe corso una pronuncia definitiva nel merito conforme al TAR sarebbe stato quello della opposizione di terzo ex art.108 cpa, in quanto gli operatori economici non presenti in giudizio avrebbero potuto essere pregiudicati nei loro interessi sia che fosse stata accolta la tesi della parte privata ovvero del Comune sull'applicabilità dei limiti derogatori alla liberalizzazione commerciale.

Comunque ai posteri l'ardua sentenza su questa speciale vicenda di limitazione d'uso commerciale ante liberalizzazione che ha subito l'inconveniente di una sentenza semplificata e di un'eccezione d'inammissibilità del ricorso, già rilevabile d'ufficio fin dalla sua proposizione, com'era già stato appalesato dalla stessa Amministrazione sulla necessità dell'integrazione del contraddittorio con gli altri imprenditori per mutare eventualmente il difficile assetto degli interessi composto consensualmente in convenzione sia di

carattere economico, sia pubblicistico di pianificazione urbanistica – commerciale sia di transazione delle liti insorte.

### **Conclusioni**

Mentre dalla giurisprudenza citata si traggono importanti indicazioni circa l'ampiezza dei limiti sulla liberalizzazione commerciale ed in genere sulla figura della nullità ex art.21 septies, permangono poco chiare e contrastanti previsioni legislative che appaiono fonte di inequivocabile incertezza, consentendo soluzioni di diverso spettro a parità di ordinamento.

In definitiva il tema della liberalizzazione, osteggiato da diverse categorie economiche “forti”, è stato caratterizzato da mode e da *slogans* che l'hanno reso più un mito, in vocato alla stregua di un “mantra”, ancora pienamente da attuare, a cagione del legame sempre più stretto con un fumoso dibattito politico, incapace di produrre una legislazione coerente che consenta sia di programmare un modello di sviluppo urbanistico ed economico da imprimere alle comunità locali, radicate sul territorio, in considerazione della loro storia, tradizione ed ubicazione sia una riflessione “de futuro” sulla stessa essenza della comunità locale, svolta attraverso le decisioni degli organi elettivi e la partecipazione dei cittadini.

***avv. Primo Michielan***