

Numero 02251/2014 e data 04/07/2014



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

Consiglio di Stato

Sezione Seconda

Adunanza di Sezione del 7 maggio 2014

NUMERO AFFARE 00216/2014

OGGETTO:

Ministero dello sviluppo economico.

Ricorso straordinario al Presidente della Repubblica, con istanza di sospensiva, proposto dal signor Angelo De Santo, dal signor Giovanni Rossetti e dalla ditta "L'edicola s.n.c. di Marinella Tovaio e Roberta Mazzei", contro il Comune di Novara e nei confronti della signora Margherita Brundu, avverso i provvedimenti con cui il predetto Comune ha autorizzato il trasferimento provvisorio dell'edicola di proprietà della signora Brundu.

LA SEZIONE

Vista la nota del 17 gennaio 2014, prot. n. 7288, di trasmissione della relazione del 15 gennaio 2014, pervenuta alla segreteria della Sezione il successivo 23 gennaio, con la quale il Ministero dello sviluppo

economico ha chiesto il parere sull'affare indicato in oggetto;
Esaminati gli atti e udito il relatore, consigliere Claudio Boccia.

Premesso e considerato.

1. Con il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica in epigrafe il signor Angelo De Santo, il signor Giovanni Rossetti e la ditta "L'edicola s.n.c. di Marinella Tovaio e Roberta Mazzei" hanno chiesto l'annullamento, previa sospensiva, della determina n. 39 del 12 dicembre 2012, con cui il Comune di Novara ha autorizzato il trasferimento provvisorio dell'edicola (punto vendita esclusivo della stampa quotidiana e periodica) di proprietà della signora Margherita Brundu; della determina n. 41 del 21 dicembre 2012, con cui il citato Comune specificava alcune prescrizioni relative alla autorizzazione *de qua*; della determina n. 4 del 31 gennaio 2013, con cui il Comune ha definitivamente confermato, con prescrizioni, l'autorizzazione al trasferimento provvisorio dell'edicola nonché di tutti gli atti presupposti, preparatori, consequenziali, connessi e collegati.

Con la memoria del 4 dicembre 2013 i ricorrenti hanno ulteriormente articolato le censure di cui al ricorso in epigrafe.

2. Con le memorie del 5 maggio e del 20 agosto 2013 la signora Margherita Brundu e il Comune di Novara hanno con molteplici argomentazioni contestato la fondatezza nel merito del predetto ricorso.

3. Con la relazione istruttoria in epigrafe il Ministero referente si è espresso per il rigetto del ricorso.

4. Con il primo motivo di gravame i ricorrenti hanno lamentato l'illegittimità degli atti impugnati per violazione dell'art. 7 della legge n. 241 del 1990 in quanto il Comune non avrebbe inviato ai predetti istanti una formale comunicazione di avvio del procedimento amministrativo relativo al trasferimento provvisorio dell'edicola, nonostante i medesimi fossero annoverabili fra i soggetti nei confronti dei quali il succitato provvedimento finale avrebbe prodotto effetti diretti.

Inoltre, secondo i citati ricorrenti, il loro apporto partecipativo avrebbe potuto condurre all'adozione di un provvedimento finale differente rispetto a quello effettivamente adottato dal Comune di Novara, con la conseguenza che, nella fattispecie in esame, contrariamente a quanto sostenuto dall'Amministrazione, i provvedimenti impugnati dovrebbero essere annullati non potendo trovare applicazione il disposto dell'art. 21 *octies* della legge n. 241 del 1990.

Detta censura non può essere condivisa.

Rileva, infatti, la Sezione che in base ad una consolidata giurisprudenza del Consiglio di Stato "l'omissione della comunicazione di avvio del procedimento non determina l'illegittimità del provvedimento finale qualora sia stata assicurata, almeno in via di fatto, la partecipazione procedimentale del soggetto destinatario del provvedimento finale e raggiunto comunque lo scopo partecipativo, che è proprio dell'invocata comunicazione" (*ex multis*: Cons. di Stato, Sez. VI, 9 gennaio 2014, n. 25).

Orbene, nel caso di specie, dagli atti di causa emerge con sufficiente chiarezza la circostanza che i ricorrenti - pur non essendo stati destinatari della comunicazione *ex art. 7* della legge n. 241 del 1990 - hanno comunque potuto partecipare al procedimento in esame non solo tramite l'istanza di accesso agli atti del 23 ottobre 2012 ma anche attraverso la presentazione di osservazioni, avvenuta con nota del 19 dicembre 2012, di cui si dà puntualmente conto sia nella determina n. 41 del 21 dicembre 2012 sia nel provvedimento n. 4 del 31 gennaio 2013, con il quale il Comune di Novara ha esplicitato le ragioni in base alle quali riteneva di non condividere le argomentazioni proposte dai ricorrenti.

Pertanto, anche in assenza di una formale comunicazione di avvio del procedimento, i ricorrenti hanno potuto realizzare il loro apporto partecipativo, puntualmente valutato dall'Amministrazione, con la conseguenza che, essendo stato in ogni caso raggiunto, sotto il profilo sostanziale, lo scopo cui mira la comunicazione *ex art. 7* della legge n. 241 del 1990, il mancato invio della suddetta comunicazione non può viziare gli atti impugnati né rilevare ai fini dell'applicabilità dell'art. 21 *octies* della legge da ultimo citata.

➔ (5) Con il secondo motivo di gravame i ricorrenti hanno lamentato l'illegittimità degli atti impugnati per violazione e falsa applicazione degli artt. 2 e 6 del d. lgs. n. 170 del 2001, dei titoli III e IV della d.G.R. Piemonte n. 101-9183 del 28 aprile 2003 nonché delle prescrizioni di cui al Piano di localizzazione dei punti vendita esclusivi di quotidiani e periodici del Comune di Novara.

Secondo i ricorrenti, infatti, i provvedimenti impugnati - pur richiamando espressamente la predetta normativa - non rispetterebbero il requisito di cui all'art. 5, comma 2, lettera b) del citato Piano di localizzazione in quanto non sarebbe sussistente la distanza minima di 100 metri fra la nuova ubicazione del chiosco della controinteressata e l'edicola del signor Rossetti.

Anche detta censura non può essere condivisa.

Rileva, infatti, la Sezione che i più recenti arresti giurisprudenziali del Consiglio di Stato *in subiecta materia* hanno chiarito che "*competes allo Stato la potestà legislativa in tema di tutela della concorrenza, materia ad esso riservata ai sensi dell'articolo 117, secondo comma, lett. e) della Costituzione, con conseguente obbligo di adeguarsi sia da parte delle regioni a statuto ordinario che di quelle a statuto speciale* (Corte Cost., 3 dicembre 2008, n. 411).

Nell'esercizio di tale potestà e in applicazione dei principi di diritto dell'Unione europea sulla libertà di concorrenza è stato emanato il decreto legge 4 luglio 2006, n. 223, convertito con modificazioni dalla legge 4 agosto 2006, n. 248, che all'articolo 3 dispone che le attività commerciali di cui al decreto legislativo 31 marzo 1998, n. 114, siano svolte liberamente, senza l'obbligo di rispettare distanze minime tra esercizi della stessa tipologia.

Non è dubbio che l'attività di distribuzione e vendita di giornali e riviste sia da annoverare tra le attività comuni aperte alla libera concorrenza previste dal d. lgs. n. 114 del 1998 e che tale attività commerciale non ne sia esclusa è anche provato dal disposto dell'articolo 13 del decreto, che cita espressamente tra le attività commerciali gli esercizi di vendita di giornali ed esclude per essi solo l'applicazione delle disposizioni di cui al titolo IV, relative agli orari di apertura e chiusura al

pubblico" (Cons. di Stato, Sez. V, 9 aprile 2013, n. 1945 e 2 settembre 2013, n. 4337).

Pertanto, in ragione di quanto precede, l'asserito mancato rispetto della distanza minima di 100 m fra la nuova ubicazione del chiosco della controinteressata e l'edicola del signor Rossetti non potrebbe, in ogni caso, inficiare la legittimità degli impugnati provvedimenti, e ciò in quanto la disposizione di cui all'art. 5, comma 2, lettera b) del Piano di localizzazione dei punti vendita esclusivi di quotidiani e periodici del Comune di Novara, che tale distanza minima prevede, si pone in contrasto sia con i principi di diritto europeo in materia di libero stabilimento e di concorrenza tra imprese (articolo 49 TFUE) - ponendo restrizioni alla loro mobilità sul territorio - sia con la legge statale in quanto interviene su una materia riservata allo Stato ai sensi del precitato articolo 117, comma 2, lettera e) della Costituzione e già disciplinata dall'art. 3 del decreto legge n. 223 del 2006, convertito con modificazioni dalla legge n. 248 del 2006, che dispone che le citate attività siano svolte liberamente, senza l'obbligo di rispettare distanze minime tra esercizi della stessa tipologia.

6. Con il terzo motivo di gravame i ricorrenti hanno lamentato l'illegittimità degli atti impugnati per eccesso di potere sotto molteplici profili in quanto i medesimi avrebbero autorizzato un intervento che non rispetterebbe né le prescrizioni di cui alla nota della Polizia Municipale n. 55030 del 27 agosto 2012 - che avrebbe espresso parere favorevole al trasferimento subordinato al "*benestare dell'amministratore dell'immobile posto in Corso Cavallotti*" ed al "*nulla osta dei frontisti interessati*

qualora la struttura venga posta in posizione antistante ad esercizi commerciali e/o pubblici e/o artigianali", entrambi negati dagli interessati - né quelle espresse dalla Commissione locale per il paesaggio nella seduta del 24 luglio 2012, relative alla cromia delle tende ed alla tipologia del chiosco.

Infine, i citati provvedimenti non avrebbero rispettato neanche quanto disposto dall'art. 21.1 delle NTA del vigente PRG del Comune di Novara - che precluderebbe, nell'area in esame, interventi sulla viabilità *"che ne impediscano o limitino in alcun modo la percorribilità"* - e ciò in quanto i predetti atti avrebbero autorizzato un trasferimento che impedirebbe o quantomeno limiterebbe la percorribilità di alcune vie della zona circostante il chiosco.

Anche dette censure non possono essere condivise.

Per quanto concerne la prima censura - relativa al mancato rispetto delle condizioni poste dalla nota della Polizia Municipale n. 55030 del 27 agosto 2012 - la Sezione osserva preliminarmente che la succitata nota rispondeva a quanto richiesto dal Comune di Novara alla Polizia Municipale con la nota n. 39685 del 18 giugno 2012 contenente la richiesta di verifica di eventuali contrasti fra la nuova ubicazione del chiosco della controinteressata e le disposizioni del codice della strada nonché del *"rispetto della visibilità delle altre attività ubicate nella zona"*: in merito ai predetti profili, come emerge dalla lettura della citata nota n. 55030 della Polizia locale, quest'ultima non ha evidenziato alcuna criticità ma, al contrario, ha espresso *"parere viabile favorevole"* al trasferimento.

Secondariamente la Sezione rileva, per quanto riguarda il mancato rispetto delle prescrizioni contenute nella citata nota n. 55030, che le medesime non sono previste da alcuna norma di legge o di regolamento, con la conseguenza che la mancata acquisizione del benessere dell'amministratore dell'immobile e del nullaosta dei frontisti interessati non può inficiare la legittimità dei provvedimenti impugnati.

La Sezione ritiene che anche la seconda delle suesposte censure - relativa al mancato adeguamento alle prescrizioni dettate dalla Commissione locale per il paesaggio nella seduta del 24 luglio 2012 - sia priva di pregio.

Preliminarmente deve rilevarsi che la Commissione locale per il paesaggio, nella seduta del 24 luglio 2012, ha espresso parere favorevole al trasferimento in esame a condizione che *"il colore delle tende sia compreso fra la cromia che va dai grigi agli écrû"* e che *"qualora l'ubicazione assumesse veste definitiva, al fine di perseguire un miglior e più corretto inserimento paesaggistico"* la controinteressata avrebbe dovuto procedere ad una *"sostituzione della tipologia dell'attuale edicola riprendendo una soluzione (analoga) all'edicola posta in Piazza delle Erbe"*.

Orbene, nel caso di specie, dagli atti di causa, ed in particolare dalla planimetria prodotta dalla signora Brundu in data 12 settembre 2012 - peraltro richiamata dall'impugnata determina comunale n. 39 del 2012 - emerge che quest'ultima aveva dichiarato di voler rispettare la prima delle predette condizioni, prevedendo l'écrû come colore delle tende.

L'ulteriore condizione posta dalla Commissione, invece, era

subordinata alla definitività del trasferimento dell'edicola *de qua*, con la conseguenza che, trattandosi nella specie di un trasferimento provvisorio, non era necessario che la predetta condizione fosse rispettata al momento dell'adozione, da parte del Comune, dei provvedimenti gravati.

Per quanto riguarda, infine, la censura relativa alla violazione dell'art. 21.1 delle NTA del vigente PRG del Comune di Novara - vertente in materia di interventi sulla viabilità - la medesima risulta priva di pregio.

Rileva, infatti, la Sezione che la circostanza che il trasferimento dell'edicola non potesse provocare alcun impedimento o limitazione alla viabilità della zona emerge dalla precitata nota della Polizia Municipale n. 55030 del 27 agosto 2012 - richiamata dai provvedimenti impugnati - con cui l'organo competente ha espresso "*parere viabile favorevole*" al trasferimento provvisorio dell'edicola, escludendo dunque che il trasferimento medesimo potesse arrecare danno alla viabilità della zona.

7. Con il quarto motivo di gravame i ricorrenti hanno lamentato l'illegittimità degli atti impugnati per eccesso di potere sotto molteplici profili e per violazione dell'art. 3 della legge n. 241 del 1990 e dell'art. 97 della Costituzione in quanto le determine comunali n. 39 del 12 dicembre 2012 e n. 41 del 21 dicembre 2012 sarebbero contraddittorie rispetto alla successiva determina comunale n. 4 del 31 gennaio 2013 poiché le prime affermerebbero la piena vigenza della normativa di cui al d. lgs. n. 170 del 2001 e delle norme attuative (*in*

primis del Piano di localizzazione comunale) mentre la seconda determina sosterebbe, al contrario, la totale liberalizzazione delle attività di vendita della stampa quotidiana e periodica, sconfessando di fatto l'*iter* procedimentale seguito dall'Amministrazione.

I provvedimenti impugnati, inoltre, sarebbero contrari al principio d'imparzialità e di buona andamento della Pubblica Amministrazione oltre che frutto di un'istruttoria del tutto carente in quanto il nulla osta del 29 agosto 2012, prodromico alle determine impugnate, sarebbe stato adottato in assenza di planimetrie attendibili, senza misurazioni da parte della Polizia locale, senza il rispetto delle distanze minime, senza la preventiva informazione dei controinteressati, senza il benessere dei residenti dell'area ed in violazione, come già rilevato con il terzo motivo, delle prescrizioni della Polizia locale e della Commissione locale per il paesaggio.

Infine, secondo i ricorrenti, i predetti provvedimenti avrebbero ingiustamente avvantaggiato la controinteressata, in quanto l'Amministrazione, nell'adottarli, non avrebbe correttamente contemperato l'interesse della signora Brundu con l'interesse pubblico e con i confliggenti interessi dei medesimi ricorrenti.

Anche dette censure non possono essere condivise.

Per ciò che concerne la censura relativa alla contraddittorietà delle determine comunali n. 39 del 12 dicembre 2012 e n. 41 del 21 dicembre 2012 rispetto alla successiva determina comunale n. 4 del 31 gennaio 2013, la Sezione ritiene che la circostanza che le determine adottate nel 2012 facessero esplicito riferimento al d. lgs. n. 170 del

2001 mentre la successiva determina sostenesse la totale liberalizzazione delle attività di vendita della stampa quotidiana e periodica non risulta, di per sè stessa, adeguata al fine di far emergere un profilo di contraddittorietà fra i predetti atti, e ciò in quanto, in base ad un consolidato orientamento giurisprudenziale, *“non è configurabile il vizio di contraddittorietà tra provvedimenti laddove si raffronti un atto legittimo con un atto in contrasto con una legge alla quale dovrebbe, invece, uniformarsi”* (Cons. di Stato, Sez. V, 31 dicembre 2003, n. 9266).

Orbene, nel caso di specie, stante l'avvenuta liberalizzazione delle attività di distribuzione e vendita di giornali e riviste, avvenuta ai sensi dell'art. 3 del d.l. n. 223 del 2006 - così come rilevata al precedente n. 5 - la circostanza che l'Amministrazione, con le determine comunali n. 39 del 12 dicembre 2012 e n. 41 del 21 dicembre 2012, avesse fatto riferimento al d. lgs. n. 170 del 2001, relativamente alla necessità di rispettare le distanze minime previste dal Piano di localizzazione comunale, non risulta adeguata al fine di viziare per eccesso di potere la successiva determina comunale n. 4 del 31 gennaio 2013 che, al contrario, ha correttamente ritenuto vigente ed applicabile alla fattispecie in esame la normativa in materia di liberalizzazione delle attività commerciali.

Ne consegue che l'Amministrazione, in ragione di quanto in precedenza esposto, ben poteva applicare alla fattispecie *de qua* la normativa di cui all'art. 3 del d.l. n. 223 del 2006, senza che ciò, peraltro, potesse far insorgere in capo alla medesima un particolare onere motivazionale in merito, stante la legittimità dell'applicazione di

detta normativa al caso di specie.

Con riferimento, invece, alla censura relativa al difetto d'istruttoria che inficerebbe i provvedimenti gravati, la Sezione ritiene che la medesima non possa essere condivisa, e ciò in quanto detta censura ribadisce, sostanzialmente, le doglianze già esaminate ai precedenti numeri 5 e 6, ai quali, pertanto, si rinvia.

Infine, risulta infondata la censura con cui i ricorrenti hanno lamentato la circostanza che l'Amministrazione, tramite i provvedimenti gravati, avrebbe ingiustamente perseguito l'interesse personale della controinteressata, e ciò in quanto la censura medesima risulta formulata in maniera generica, non avendo i ricorrenti prodotto sufficienti elementi probatori a sostegno della stessa.

8. Alla stregua delle suesposte considerazioni, il ricorso deve essere respinto, con assorbimento dell'istanza di sospensiva.

P.Q.M.

Esprime il parere che il ricorso debba essere respinto, con assorbimento dell'istanza di sospensiva.

L'ESTENSORE
Claudio Boccia

IL PRESIDENTE F/F
Gerardo Mastrandrea

IL SEGRETARIO
Roberto Mustafà