



N. 2906/08 Reg. Sent.

N. 95/00 Reg. Ric.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

IL TRIBUNALE AMMINISTRATIVO REGIONALE PER LA LOMBARDIA

(Sezione III)

ha pronunciato la seguente

SENTENZA

sul ricorso n. 95/2000 proposto da Rinascente S.p.a. in persona del suo procuratore speciale avv. Luigi Gerli, con gli avvocati Luigi Ranalli e prof. Marco Sica nel cui studio in Milano, via Chiossetto n. 12 è elettivamente domiciliata

contro

Comune di Terni in persona del Sindaco *pro tempore*, non costituito.

per l'annullamento

in parte qua dell'ordinanza del Sindaco del Comune di Terni prot. 62603/6559 DIAL, avente ad oggetto la «disciplina degli orari di tutte le attività di vendita al dettaglio di alimenti e bevande» nella parte in cui non individua per il 1999 le domeniche o le festività in cui gli esercizi commerciali possono esercitare il diritto di apertura in deroga all'obbligo di chiusura domenicale e festiva e quella in cui stabilisce che «gli esercizi commerciali di tutti i settori merceologici e tutte le altre attività esercenti la vendita al dettaglio hanno facoltà di apertura al pubblico nelle ulteriori 8 giornate domenicali o festive predeterminate dall'Amministrazione in ciascuno dei mesi da gennaio a ottobre, con esclusione delle domeniche e festività del

mese di novembre, e le domeniche o festività prescelte non potranno essere consecutive ad altre per le quali si è fatto ricorso alla facoltà di apertura, del verbale di accertamento e contestazione in violazione amministrativa del 4/11/99 n. 000152/99 PM, con il quale è stata contestata la presunta violazione del disposto di cui all'art. 11 e 12 del D.Lgs 114/98 e del dispositivo dell'ordinanza n. 26/10/1999 prot. n. 62603 DIAL, nonché di tutti gli atti e provvedimenti presupposti, connessi e conseguenti, con espressa riserva di motivi aggiunti

VISTO il ricorso con i relativi allegati;

VISTE le memorie prodotte dalle parti a sostegno delle rispettive difese;

VISTI gli atti tutti della causa;

UDITI in pubblica udienza gli avvocati delle parti come da separato verbale:

Nominato relatore alla pubblica udienza del 19 giugno 2008 il ref. Raffaello Giondi

Considerato in fatto ed in diritto quanto segue:

FATTO

Con ordinanza prot. n. 7991 - 825 COSF del 6 febbraio 1999 il Sindaco del Comune di Terni provvedeva a disciplinare gli orari di apertura e chiusura di tutte le attività esercenti la vendita al dettaglio e dei pubblici esercizi, prevedendo il divieto di apertura domenicale e festiva.

Con ricorso in data 21 ottobre 1999 la Rinascente S.p.a., titolare di un esercizio commerciale nel Comune di Terni, impugnava la predetta ordinanza innanzi al TAR per la Lombardia chiedendone l'annullamento previa sospensione nella parte in cui, in violazione dell'art. 11 del D.Lgs 114/98, non consentiva la deroga

all'obbligo di chiusura domenicale per tutto il mese di dicembre e per altre otto giornate da individuarsi in altri mesi dell'anno.

Con ordinanza n. 2811 del 28/10/1999 questo TAR accoglieva la domanda cautelare e sospendeva, quindi, il predetto provvedimento sindacale ritenendo il ricorso assistito da *fumus boni juris* nella parte in cui lamenta la violazione di una tassativa previsione di legge (art. 11 D.Lgs 114/98), e da *periculum in mora* in relazione alla imminenza della fine dell'anno.

In data 26/10/1999 il Sindaco del Comune di Terni emanava allora una ulteriore ordinanza di disciplina degli orari di apertura degli esercizi commerciali nella quale, pur ammettendosi in astratto la possibilità di deroga all'obbligo di chiusura domenicale per il mese di dicembre e per ulteriori otto giornate festive predeterminate dall'Amministrazione, non si provvedeva alla loro individuazione, ed, anzi, si sanciva che tali otto giornate non avrebbero potuto cadere nel mese di novembre e non avrebbero, comunque, potuto essere consecutive.

Avverso tale atto ha proposto ricorso la Rinascente S.p.a. formulando i seguenti

MOTIVI

1) *Violazione e falsa applicazione dell'art. 11 D.Lgs 114/98. Violazione dell'art. 3 L. 241/90. Eccesso di potere per contraddittorietà*

L'ordinanza impugnata sarebbe stata congegnata per impedire agli esercenti di esercitare il diritto di apertura nelle otto giornate festive ulteriori al mese di dicembre nell'anno 1999.

Infatti, al momento in cui fu emanata l'ordinanza sindacale, l'unico mese dell'anno in cui il predetto diritto sarebbe stato ancora esercitabile era quello di novembre. Ed

è proprio tale mese dell'anno ad essere stato immotivatamente escluso dal periodo di fruizione della apertura festiva e domenicale.

L'ordinanza, inoltre, pur attribuendo alla A.C. il potere di predeterminare le otto giornate di apertura domenicale e festiva, non operava alcuna individuazione delle stesse, vanificando, così, per altro verso, il disposto del decreto Bersani e della circolare ministeriale del 28/05/1999 che sanciva la inderogabilità in meglio o in peggio della disciplina da esso sancita in materia di apertura domenicale e festiva degli esercizi commerciali da parte delle regioni o dei comuni.

La previsione che esclude la fruibilità delle aperture festive o domenicali nel mese di novembre contrasterebbe poi direttamente con l'art. 11 del D.Lgs 114/98 nella parte in cui sancisce che i giorni di apertura in deroga comprendono, oltre il mese di dicembre, ulteriori otto domeniche o festività da fruirsi nel corso degli altri mesi dell'anno senza esclusione alcuna.

2) Violazione dell'art. 2 L. 241/90. Violazione dell'art. 19 L. 241/90. Violazione dell'art. 11 D.Lgs 114/98.

Con l'entrata in vigore del D.Lgs 114/98 l'Amministrazione comunale di Terni avrebbe dovuto stabilire d'ufficio il calendario degli otto giorni in cui gli esercizi commerciali avrebbero potuto derogare al divieto di chiusura domenicale e festiva. Il relativo procedimento, in base all'art. 2 della L. 241/90, avrebbe dovuto chiudersi entro trenta giorni. Non avendo provveduto entro tale termine la A.C. di Terni avrebbe esaurito il proprio potere di provvedere, con la conseguenza che le giornate di esenzione avrebbero potuto essere individuate direttamente dagli esercenti previa comunicazione agli uffici competenti.

Nella pubblica Udienza del 19 giugno 2008 il ricorso è stato trattenuto dal Collegio per la decisione.

DIRITTO

La ricorrente impugna l'ordinanza del 26 ottobre 1999 con la quale Sindaco del Comune di Terni ha provveduto a disciplinare gli orari di chiusura ed apertura delle attività di vendita al dettaglio e degli esercizi di somministrazione di alimenti e bevande.

Il provvedimento viene impugnato in quanto: a) esclude senza alcuna plausibile motivazione che gli otto giorni di deroga all'obbligo di chiusura domenicale e festiva possano essere fruiti nel mese di novembre; b) pur riservando alla a.c. la individuazione delle otto giornate festive o domenicali ulteriori a quelle del mese di dicembre nell'arco nel periodo da gennaio a ottobre, non ha esercitato il relativo potere, impedendo di fatto agli esercizi commerciali di poter beneficiare della deroga quantomeno con riferimento all'anno 1999.

Il ricorso è meritevole di parziale accoglimento.

In particolare, appare fondato il primo motivo nella parte in cui la S.p.A. Rinascite lamenta che, escludendo la possibilità di beneficiare della deroga prevista dall'art. 11 della L. 114/98 nel mese di novembre, l'Amministrazione Comunale di Terni ha di fatto precluso l'operatività della suddetta norma per tutto l'anno 1999.

Infatti, se si considera che l'ordinanza impugnata è stata emessa alla fine del mese di ottobre 1999 e che, in precedenza vigeva l'ordinanza del 6 febbraio 1999 (la quale ha prodotto i suoi effetti fino alla sua sospensione in via cautelare pronunciata da questo Tribunale con ordinanza del 28/10/1999), appare chiaro che, nelle intenzioni della A.C. di Terni, gli otto giorni di deroga alla chiusura domenicale e

festiva previsti dall'art. 11 della L. 114/98 avrebbero potuto essere fruiti dai titolari delle attività di vendita al dettaglio solo a partire dall'anno 2000.

Tale statuizione è tuttavia illegittima in quanto non si limita a *disciplinare* l'esercizio della facoltà di deroga alla chiusura domenicale e festiva prevista dalla legge 114/98 a favore degli esercenti, ma ne opera una indebita *preclusione* impedendo agli interessati di poterne beneficiare per tutto il 1999.

Oltre a ciò deve osservarsi che l'esclusione del mese di novembre dal periodo di possibile fruizione della deroga rimane del tutto priva di ogni plausibile motivazione, avvalorando così la censura di eccesso di potere formulata nel ricorso laddove la S.p.A. Rinascente denuncia che detta esclusione sarebbe stata prevista al solo fine di far slittare la concreta operatività della nuova disciplina all'anno 2000.

Il primo motivo ricorso è invece inammissibile nella parte in cui censura il mancato esercizio da parte del Comune di Terni del potere-dovere di individuare le giornate in cui gli esercenti avrebbero potuto derogare all'obbligo di chiusura festiva.

Infatti, in caso di mancato esercizio del potere di individuazione del calendario delle giornate in cui è consentita la deroga alla chiusura delle attività commerciali, lo strumento di tutela a disposizione degli interessati è quello del ricorso contro il silenzio della p.a. previsto dall'art. 23 bis della L. 1034/71, non potendosi dedurre tale profilo nell'ambito della impugnazione di un provvedimento in cui il Comune eserciti in modo parziale ed incompleto la predetta funzione.

Infondato è anche il secondo motivo laddove afferma che una volta decorso il termine di trenta giorni dalla entrata in vigore del decreto «Bersani», tale potere si consumerebbe subentrando ad esso la libera facoltà di ogni esercente di scegliere

le domeniche o le festività in cui tenere aperta l'attività nell'ambito degli otto giorni di deroga consentiti dalla legge.

Si è infatti affermato che il potere di individuare i giorni e le zone del territorio nei quali gli esercenti possono derogare all'obbligo di chiusura domenicale e festiva è rimesso dal D.Lgs 114/98 in capo al Comune. Fino a che tale potestà non venga esercitata non può ritenersi che le domeniche e festività (siano esse relative al mese di dicembre che alle ulteriori otto previste dall'art. 11 del citato decreto) possano essere oggetto di deroga ex lege, la deroga dovendosi ritenere pur sempre subordinata all'azione amministrativa contemplata nella prima parte della norma, spettando ai soggetti interessati, singoli o collettivi, attivarsi in caso di inerzia della p.a., per farle dar corso al relativo procedimento (Cons Stato, V, 5/04/2005 n. 1548).

Infine, il ricorso si appalesa inammissibile per difetto di giurisdizione laddove insieme all'ordinanza sindacale che disciplina gli orari di apertura degli esercizi, viene impugnato anche il verbale della P.M. che contesta alla Società ricorrente taluni illeciti amministrativi derivanti dalla violazione delle disposizioni del D.Lgs n. 114/98.

Come è noto, infatti, ai sensi dell'art. 22 della L. 689 del 1981, la giurisdizione sui giudizi di opposizione a sanzione amministrativa, nelle materie non appartenenti in via esclusiva alla cognizione del GA, spetta al giudice ordinario, trattandosi di questioni che involgono diritti soggettivi.

La domanda concernente l'annullamento dei predetti verbali, in virtù del principio della *translatio iudicii* affermato dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 77 del 2007 e dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione con la sentenza n. 4109/2007, potrà essere riassunta innanzi al g.o. con salvezza degli effetti sostan-

ziali e processuali della domanda entro sei mesi dalla comunicazione della presente sentenza.

Sussistono giusti motivi per la compensazione delle spese di giudizio.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia, Sez. III, definitivamente pronunciando sul ricorso in epigrafe, lo accoglie parzialmente ai sensi di cui in motivazione e, per l'effetto, annulla l'ordinanza del Sindaco del Comune di Terni prot. 62603/6559 DIAL del 26/10/1999 nella parte in cui esclude che gli otto giorni di deroga al divieto di chiusura festiva e domenicale di cui all'art. 11 del D.Lgs 114/98 possano essere individuati nel mese di novembre. Dichiara inammissibile per difetto di giurisdizione la domanda di annullamento del verbale di accertamento e contestazione in violazione amministrativa del 4/11/99 n. 000152/99 PM, con il quale è stata contestata la presunta violazione del disposto di cui all'art. 11 e 12 del D.Lgs 114/98, fissando per la sua riassunzione innanzi al giudice ordinario il termine di sei mesi dalla comunicazione, o, se anteriore, dalla notificazione della presente sentenza. Respinge il ricorso in ogni altra parte. Compensa integralmente le spese di giudizio.

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

Così deciso in Milano, nella Camera di Consiglio del 19 giugno 2008 con l'intervento dei magistrati:

Domenico Giordano - Presidente

Stefano Cozzi - Referendario

Raffaello Gisoni - Referendario est.