



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

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 5506 del 2011, proposto da Francesco Bruno, rappresentato e difeso dall'avvocato Andrea Memmo, con domicilio eletto presso lo studio Placidi in Roma, via Cosseria n. 2;

contro

Comune di Nardò, in persona del sindaco *pro tempore*, non costituito;

per la riforma

della sentenza del T.a.r. Puglia – sede staccata di Lecce - sezione I, n. 986 del 27 maggio 2011.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

vista la memoria difensiva depositata in data 16 marzo 2012;

visti tutti gli atti della causa;

relatore nell'udienza pubblica del giorno 17 aprile 2012 il consigliere Vito Poli e udito, per la parte appellante, l'avvocato Mileto su delega dell'avvocato Memmo; ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Il signor Francesco Bruno ha esercitato attività commerciale (mercato settimanale stagionale, nei giorni festivi e la domenica), sul piazzale denominato <<Quattro Colonne>> in località S. Maria al Bagno nel tenimento del comune di Nardò.

1.1. Con delibera n. 50 del 4 giugno 2010 il consiglio comunale di Nardò ha approvato il piano del commercio su aree pubbliche; il piano ha ridisegnato l'assetto complessivo del commercio sulle aree pubbliche prevedendo, fra l'altro e per quanto di interesse ai fini della presente causa, lo spostamento del mercato settimanale festivo dal piazzale <<Quattro Colonne>> a quello denominato <<Comparto 53>> (cfr. art. 27 del piano, recante la localizzazione, le caratteristiche e gli orari delle varie tipologie di mercato meglio specificate nelle relative 12 schede allegate).

1.2. Conseguentemente il comune ha rilasciato all'interessato, in esplicita attuazione del piano di commercio, una nuova autorizzazione recante la diversa ubicazione del mercato di riferimento (cfr. autorizzazione n. 1054 del 2 luglio 2010).

1.3. L'interessato, unitamente ad altri commercianti, ha sollecitato l'amministrazione a rivedere l'ubicazione del mercato festivo diurno, conservando la nuova sede (presso il piazzale <<Comparto 53>>) nei soli mesi di luglio e agosto e consentendo il ritorno al piazzale <<Quattro Colonne>> nei restanti mesi da marzo a gennaio (cfr. la petizione assunta al protocollo del comune in data 16 dicembre 2010).

1.4. Nel medesimo turno di tempo il T.a.r. per la Puglia, sezione staccata di Lecce, ha accolto numerosi ricorsi proposti da altri commercianti (esercanti l'attività mercatale giornaliera serale stagionale sempre nel piazzale denominato <<Comparto 53>>), annullando in parte qua la delibera consiliare n. 50 del 2010

e le pedissequa nuove licenze (cfr. sentenze nn. 2871 – 2883 e n. 2885 del dicembre 2010, passate in giudicato).

1.5. Con atto in data 21 febbraio 2011, un folto gruppo di commercianti ambulanti, fra cui l'odierno appellante, ha diffidato il comune a trasferire, nella originaria sede, il mercato festivo, sulla scorta degli argomenti utilizzati dalle menzionate sentenze per annullare la delibera n. 50 cit.

1.6. Con nota prot. n. 1094 del 28 marzo 2011 il dirigente dell'Ufficio legale comunale ha ricusato la richiesta per le seguenti ragioni:

a) le sentenze irrevocabili del T.a.r. di Lecce, avendo ad oggetto il mercato serale giornaliero stagionale (periodo dal 15 maggio al 15 settembre), si riferiscono ad una tipologia di attività diversa rispetto a quella di interesse degli istanti (mercato domenicale diurno con occupazione di spazi limitata ad un solo giorno della settimana), e pertanto non possono essere estese per analogia;

b) la nuova ubicazione nel <<Comparto 53>> incontra il gradimento dei restanti 55 operatori commerciali che si opporrebbero allo spostamento del mercato nella vecchia sede;

c) nell'area del piazzale <<Quattro Colonne>> gli operatori non dispongono di spazi adeguati per i posteggi, per le corsie di manovra e di transito degli avventori.

2. Avverso la su menzionata nota prot. n. 10494 del 2011 è stato proposto ricorso al T.a.r. per la Puglia, sezione staccata di Lecce, affidato ai seguenti motivi:

a) violazione e falsa applicazione dell'art. 10 bis, l. n. 241 del 1990, difetto di istruttoria e motivazione (pagine 3 – 4 del ricorso);

b) violazione e falsa applicazione dei giudicati formati sulle sentenze del T.a.r. della Puglia, sezione staccata di Lecce, nn. 2871 – 2883 e 2885 del 2010; violazione e falsa applicazione del piano particolareggiato del comparto n. 53, nonché degli artt. 7, 90, 94, 102, 103 e 108 delle n.t.a. del p.r.g. del comune di Nardò; violazione della delibera consiliare n. 10 del 2003; violazione dei principi in materia di

pianificazione urbanistica; violazione e falsa applicazione degli artt. 11 e 12 della l.r. n. 18 del 2001; eccesso di potere per erroneità dei presupposti, travisamento dei fatti, carenza di istruttoria; violazione del bando per l'assegnazione di 31 posteggi nel comparto 53 (pagine 5 – 11 del ricorso);

c) violazione e falsa applicazione della delibera giuntale n. 263 del 2009, difetto di motivazione, violazione degli artt. 3 e 7, l. n. 241 del 1990, difetto di istruttoria, violazione del principio dell'affidamento, contraddittorietà dell'azione amministrativa, perplessità ed illogicità (pagine 11 – 13 del ricorso).

3. L'impugnata sentenza:

a) ha stabilito la correttezza della risposta formulata dal comune in ordine all'impossibilità di estendere il giudicato di annullamento, in quanto relativo esclusivamente ai commercianti che operavano nel mercato serale giornaliero;

b) ha assodato l'inconfigurabilità della violazione dell'art. 10 bis, l. n. 241 del 1990 in quanto il comune, dovendo fare necessaria applicazione della deliberazione n. 50 del 2010, non avrebbe potuto variare la licenza di commercio nel senso auspicato dal ricorrente;

c) non ha scrutinato le ulteriori doglianze, avendo evidenziato che <<il riconoscimento di una serie di argomentazioni idonee a reggere autonomamente il provvedimento impugnato, esime poi la sezione dall'esame delle ulteriori censure proposte da parte ricorrente>>;

d) nulla ha disposto in ordine alle spese di giudizio non essendosi costituito il comune di Nardò.

4. L'interessato ha interposto appello – ritualmente notificato e depositato – reiterando criticamente le censure articolate in prime cure.

5. Non si è costituito il comune di Nardò.

6. Con decreto monocratico in data 2 luglio 2011 è stata respinta l'istanza di misure cautelari provvisorie.

7. Con ordinanza in data 27 luglio 2011 è stata respinta l'istanza di sospensione degli effetti dell'impugnata sentenza.

8. Con memoria conclusionale del 16 marzo 2012 (corredata da tempestiva precedente produzione documentale, in data 6 marzo 2012), la difesa appellante ha sostenuto che il Consiglio di Stato (cfr. parere sez. II, 31 agosto 2011, n. 3040/2011, ed il successivo d.P.R. 12 dicembre 2011), in sede consultiva, ha accolto, previa riunione <<...cinque ricorsi straordinari al Presidente della Repubblica promossi da altri commercianti avverso i medesimi atti impugnati in primo grado per il trasferimento del mercato>> (cfr. pagina 2 della memoria).

9. All'udienza pubblica del 17 aprile 2012 la causa è stata trattenuta in decisione.

10. L'appello è infondato e deve essere respinto.

Preliminarmente il collegio rileva che non è esatto quanto affermato dalla difesa appellante in sede di memoria conclusionale, invero:

a) il parere della seconda sezione di questo Consiglio, nonché il pedissequo decreto decisorio del ricorso straordinario, hanno avuto ad oggetto esclusivo l'impugnativa della delibera consiliare n. 50 del 2010 e delle conseguenti nuove licenze rilasciate dal comune di Nardò;

b) i ricorrenti in sede straordinaria erano titolari di autorizzazioni commerciali per il mercato serale e non per quello festivo.

10.1. Le scelte provvedimentali, in tesi lesive della sfera soggettiva dell'interessato, risalgono alla delibera n. 50 del 2010; in particolare è tale atto che ha espresso la volontà dell'amministrazione, da un lato, di trasferire l'ubicazione del mercato festivo nella località S. Maria al Bagno, dall'altro, di imporre la trasformazione delle licenze in atto.

Come già rilevato (*retro* parr. 1 e ss.), la delibera n. 50 cit. (e la conseguente nuova licenza commerciale), sono state ampiamente conosciute dall'interessato ma non sono mai state oggetto di contestazione in sede giustiziale o giurisdizionale.

Il diniego opposto dal comune, da qualificarsi come rifiuto espresso di autotutela, si è limitato, nella sostanza, ad esplicitare quanto stabilito, in modo vincolante per l'ente, dai presupposti provvedimenti rimasti inoppugnati; esso, come tale, risulta privo di autonoma lesività in considerazione della sua oggettiva natura non provvedimentale e del suo contenuto interamente vincolato.

Il potere di autotutela amministrativa mediante annullamento è un potere di merito dell'amministrazione, incoercibile da parte del giudice amministrativo.

L'art. 21-*nonies* l. n. 241 del 1990 ha disciplinato i presupposti e le forme dell'annullamento d'ufficio, ma non ha modificato la natura del potere, e non lo ha trasformato da discrezionale in obbligatorio, né ha previsto un interesse legittimo dei privati all'autotutela amministrativa.

Il potere di autotutela resta un potere di merito, che si esercita previa valutazione delle ragioni di pubblico interesse, valutazione riservata alla p.a. e insindacabile da parte del giudice.

Si deve anzitutto osservare che, di regola, il diniego di autotutela è privo di autonoma portata lesiva, e pertanto difetta, in relazione ad esso, un interesse concreto e attuale a contestarlo.

Infatti la lesione discende già dal provvedimento originario, in relazione al quale viene invocata l'autotutela, ed è tale atto che deve (avrebbe dovuto) essere tempestivamente impugnato.

Ordinariamente, il diniego espresso di autotutela è un atto meramente confermativo dell'originario provvedimento, che non compie una nuova valutazione degli interessi in gioco, e che pertanto non può essere un mezzo per una sostanziale rimessione in termini quanto alla contestazione dell'originario provvedimento.

In secondo luogo il diniego di autotutela si fonda su ragioni di merito amministrativo, che esulano dalla giurisdizione di qualsivoglia giudice.

Il giudice non può valutare se il diniego di autotutela è stato bene o male esercitato, perché se ciò facesse la conseguenza sarebbe un ordine, rivolto all'amministrazione, di riesercizio del potere di autotutela secondo parametri fissati dal giudice, ma è evidente che questo sarebbe uno sconfinamento in un potere di merito riservato esclusivamente all'amministrazione e incoercibile; il diniego espresso di autotutela non è impugnabile per l'assorbente ragione che si tratta di atto espressione di un potere di merito, su cui il giudice amministrativo non ha giurisdizione.

Solo nel caso – che nella specie non ricorre – in cui l'amministrazione, sollecitata ad esercitare l'autotutela – riesamina l'originario provvedimento e a seguito di appropriato procedimento amministrativo conferma – con una nuova valutazione degli interessi in gioco e con una motivazione nuova – l'originario provvedimento, si ha un atto di conferma in senso proprio, autonomamente lesivo e pertanto impugnabile.

10.1.1. Sul piano sistematico tali conclusioni sono coerenti con i consolidati principi forgiati dalla giurisprudenza in relazione all'individuazione dei presupposti per la proposizione dell'azione di accertamento dell'illegittimità del silenzio – inadempimento (cfr. Cons. Stato, sez. IV, 12 marzo 2010, n. 1469; sez. IV, 16 settembre 2008 n. 4362; sez. IV, 9 agosto 2005, n. 4227; sez. VI, 4 febbraio 2002, n. 4453; sez. VI, 1 aprile 1992, n. 201, cui si rinvia a mente dell'art. 88, co. 2, lett. d), c.p.a.), in forza dei quali:

a) i provvedimenti di autotutela sono manifestazione dell'esercizio di un potere tipicamente discrezionale dell'amministrazione che non ha alcun obbligo di attivarlo e, qualora intenda farlo, deve valutare la sussistenza o meno di un interesse che giustifichi la rimozione dell'atto, valutazione della quale essa sola è

titolare e che non può ritenersi dovuta nel caso di una situazione già definita con provvedimento inoppugnabile; pertanto, una volta che il privato, o per aver esaurito i mezzi di impugnazione che l'ordinamento gli garantisce, o per aver lasciato trascorrere senza attivarsi il termine previsto a pena di decadenza, si trovi di fronte ad un provvedimento inoppugnabile a fronte del quale può solo sollecitare l'esercizio del potere da parte dell'amministrazione, quest'ultima, a fronte della domanda di riesame non ha alcun obbligo di rispondere;

b) è esclusa la possibilità di fare ricorso alla procedura del silenzio rifiuto allo scopo di provocare il ricorso dell'amministrazione all'autotutela; tale divieto trova il proprio fondamento nell'esigenza di evitare il superamento della regola della necessaria impugnazione dell'atto amministrativo nel termine di decadenza; siffatto escamotage presuppone in definitiva una sequenza procedimentale in cui sussista un provvedimento non impugnato, e l'intrapresa della procedura del silenzio rifiuto allo scopo di provocare l'adozione di un secondo provvedimento, volto a mettere nel nulla quello non tempestivamente impugnato;

c) la richiesta dei privati, rivolta all'amministrazione, di esercizio dell'autotutela, è una mera denuncia, con funzione sollecitatoria, ma non fa sorgere in capo all'amministrazione alcun obbligo di provvedere.

Da qui una prima causa di inammissibilità del ricorso proposto nei confronti del diniego oggetto del presente giudizio.

10.2. Per quanto concerne, infine, la violazione dell'obbligo di preavviso di rigetto sancito dall'art. 10 bis, l. n. 241 del 1990, è sufficiente evidenziare, in una con la giurisprudenza di questo Consiglio (cfr., *ex plurimis*, Cons. giust. amm., 4 luglio 2011, n. 472; 3 marzo 2011, n. 161; Cons. Stato, sez. III, 11 gennaio 2011, n. 1638/2010; com. spec., 26 febbraio 2008, n. 2518/2007, cui si rinvia a mente dell'art. 88, co. 2, lett. d), c.p.a.), che:

a) non ha carattere tassativo l'elenco delle ipotesi, di cui all'ultimo periodo dell'art. 10 bis, l. n. 241 del 1990, per le quali non è necessaria la comunicazione dei motivi ostativi all'accoglimento della domanda;

b) la mancata comunicazione del preavviso di rigetto non comporta ex se l'illegittimità del provvedimento finale in quanto la norma sancita dall'art. 10 bis cit., va interpretata alla luce del successivo art. 21 octies, co. 2, l. n. 241 del 1990, il quale, nell'imporre al giudice di valutare il contenuto sostanziale del provvedimento e di non annullare l'atto nel caso in cui le violazioni formali non abbiano inciso sulla legittimità sostanziale del medesimo, rende irrilevante la violazione delle disposizioni sul procedimento o sulla forma dell'atto allorché il contenuto dispositivo non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato;

c) la comunicazione dei motivi ostativi all'accoglimento della domanda non è necessaria in relazione alle decisioni di ricorsi gerarchici per le seguenti ragioni:

I) il preavviso di rigetto si applica ai procedimenti ad «istanza di parte»; invece il ricorso amministrativo non è assimilabile a un'istanza di provvedimento perché costituisce la contestazione di un provvedimento già emanato;

II) la previsione del preavviso di rigetto è diretta a promuovere il contraddittorio prima dell'adozione di un provvedimento di amministrazione attiva; invece nel caso del ricorso amministrativo il provvedimento di amministrazione attiva è già stato emanato e impugnato;

III) prima del provvedimento impugnato il privato, di regola, ha già potuto interloquire con l'amministrazione; pertanto un ulteriore preavviso di rigetto introdurrebbe una ulteriore fase di contraddittorio, sostanzialmente inutile e in contrasto con le esigenze di buon andamento, economicità e celerità dell'azione amministrativa;

IV) la comunicazione del preavviso di rigetto interrompe i termini per l'emanazione del provvedimento finale; questo effetto è però incompatibile con la disciplina del ricorso amministrativo perché comporterebbe il raddoppio dei termini di decisione del ricorso;

V) il procedimento avviato col ricorso gerarchico può concludersi col «silenzio», con l'effetto di consentire al ricorrente di impugnare in sede giurisdizionale il provvedimento già impugnato in sede amministrativa; tale disciplina è incompatibile con la necessità del preavviso di rigetto;

VI) la decisione dell'amministrazione sul ricorso gerarchico ha carattere di segretezza fino alla sua emanazione, e pertanto non ammette un preavviso di rigetto.

10.2.1. Le conclusioni cui è pervenuto questo Consiglio, circa l'inapplicabilità dell'art. 10 bis cit. ai ricorsi amministrativi nonché ai procedimenti di carattere vincolato, si attagliano al caso di specie, caratterizzato dalla presenza di un procedimento attivato in sede di autotutela (che presenta, nella sostanza, alcune delle sopra evidenziate caratteristiche del procedimento giustiziale), il quale interviene su un assetto di interessi pubblici e privati interamente definito da un contesto provvedimentale ormai intangibile.

10.3. A fortiori inammissibile risulta, infine, la formulazione, in occasione della proposizione del ricorso avverso il diniego di autotutela, di censure rivenienti dalla illegittimità della più volte menzionata delibera n. 50 che, giova ribadirlo, non è mai stata tempestivamente e formalmente impugnata (si tratta delle doglianze sottese al secondo ed al terzo motivo del ricorso di prime cure).

11. Sulla scorta delle rassegnate conclusioni è giocoforza respingere l'appello e confermare l'impugnata sentenza sia pure con le precisazioni meglio illustrate in precedenza.

12. Nulla sulle spese del presente grado di giudizio non essendosi costituito il comune di Nardò.

13. Con decreto emanato in data 17 giugno 2011 dalla speciale Commissione insediata presso il Consiglio di Stato, ex art. 14, disp. att. c.p.a., il ricorrente è stato ammesso al patrocinio a spese dello Stato; il collegio prende atto che non emergono, dall'esame delle risultanze acquisite al fascicolo di ufficio, le condizioni per la revoca dell'indicato decreto ai sensi dell'art. 136 d.P.R. n. 115 del 2002.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto:

- a) respinge l'appello e, per l'effetto, conferma l'impugnata sentenza con le precisazioni di cui in motivazione;
- b) nulla statuisce in ordine alle spese 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 17 aprile 2012 con l'intervento dei magistrati:

Luciano Barra Caracciolo, Presidente

Vito Poli, Consigliere, Estensore

Paolo Giovanni Nicolo' Lotti, Consigliere

Antonio Amicuzzi, Consigliere

Antonio Bianchi, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 03/05/2012

IL SEGRETARIO

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