



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

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Veneto

(Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

Sul ricorso numero di registro generale 2088 del 2009, proposto da:
Rossetto Group Spa e Rossetto Trade Spa, rappresentati e difesi dall'avv.
Marcello M. Fracanzani, con domicilio presso la Segreteria del T.A.R., ai sensi
dell'art. 35 R.D. 26 giugno 1924, n. 1054;

contro

il Comune di Zevio, in persona del Sindaco pro tempore, rappresentato e difeso
dagli avv. Giovanni Sala e Franco Zambelli, con domicilio eletto presso lo
studio del secondo in Venezia - Mestre, via Cavallotti, 22;

nei confronti di

Carmagnani Fratelli Panificio Alimentari Salumi, non costituitosi in giudizio;

per l'annullamento

- del provvedimento prot. n. 09/17112 del 16.07.2009 adottato dal dirigente
dell'unità organizzativa sviluppo e controllo del territorio e delle attività -
servizio urbanistica e sportello unico - commercio del Comune di Zevio di
diniego all'apertura domenicale antimeridiana dell'attività ubicata in Zevio via
Tre Ponti n. 2 richiesta con nota del 4.6.2009 prot. n. 13398 "in quanto con la
convenzione del 9.6.2005 e con precedenti note del 3.2.2005 prot. n. 2663 e
del 16.02.2005 prot. n. 3732 la società Rossetto Trade S.p.A. si era impegnata
a non avvalersi della facoltà di apertura domenicale dell'attività.

- nonché per la declaratoria di nullità della clausola di cui all'articolo 10 della
convenzione stipulata il 9 giugno 2005, tra il Comune di Zevio e la società
Rossetto Ingrosso Spa (poi confluita in Rossetto Trade Spa per affitto di ramo
d'azienda) che dispone "***la ditta si impegna a non avvalersi della facoltà***

di apertura domenicale prevista dall'ordinanza che disciplina gli orari di apertura della attività di vendita al dettaglio vigente nel Comune di Zevio, fatte salve le deroghe all'obbligo di chiusura domenicale e festiva previste dall'articolo 11 del decreto legislativo 31 marzo 1998, n. 114 (mese di dicembre nonché ulteriori otto domeniche o festività nel corso degli altri mesi dell'anno)".

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Comune di Zevio;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 4 febbraio 2010 il dott. Stefano Mielli e uditi per le parti i difensori avv. Fracanzani per la parte ricorrente e avv. Sala per il Comune di Zevio;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

La Società ricorrente è proprietaria di un immobile sito nel Comune di Zevio di superficie complessiva di mq 30.480, ricadente in zona territoriale omogenea D5 "agroindustriale", in parte in zona territoriale omogenea E2 "agricola" e, in parte, in zona di "rispetto stradale e fluviale".

Esponde che l'edificio versava in uno stato di degrado ed abbandono, aggravato dalla circostanza che vi veniva esercitata attività di stoccaggio e lavorazione di rifiuti.

L'8 giugno 2004 la ricorrente ha presentato al Comune domanda per ottenere l'approvazione di un progetto per il rilascio di un **permesso di costruire** avente ad oggetto il recupero dell'immobile mediante l'ampliamento dell'attività produttiva già insediata, e la successiva riconversione ad uso commerciale dell'ampliamento e di parte dell'esistente, utilizzando, per disporre la variazione dello strumento urbanistico (l'individuazione di una zona territoriale omogenea D speciale è necessaria alla destinazione commerciale dell'area) le procedure previste dal DPR 20 ottobre 1998, n. 447 (cd. sportello unico per le imprese) recante "norme di semplificazione dei procedimenti di autorizzazione per la realizzazione, l'ampliamento, la ristrutturazione e la riconversione di impianti produttivi".

Con deliberazione del Consiglio comunale n. 20 del 25 febbraio 2005, sono stati approvati la variante urbanistica che rende compatibile la realizzazione di un supermercato di circa mq 2400 di superficie di vendita, e l'allegato schema di convenzione, che è stata successivamente sottoscritta dalle parti il 9 giugno 2005.

La convenzione prevede, a fronte del rilascio da parte del Comune del permesso di costruire, l'impegno della Società a dare esecuzione al progetto, a realizzare le opere di urbanizzazione, e a contribuire alla realizzazione di un'opera di interesse pubblico individuata dalla Giunta comunale per un importo di euro 130.000 versato anticipatamente.

La clausola dell'articolo 10 prevede inoltre che "**la ditta si impegna a non avvalersi della facoltà di apertura domenicale prevista dall'ordinanza che disciplina gli orari di apertura della attività di vendita al dettaglio vigente nel Comune di Zevio**, fatte salve le deroghe all'obbligo di chiusura domenicale e festiva previste dall'articolo 11 del decreto legislativo 31 marzo 1998, n. 114 (mese di dicembre nonché ulteriori otto domeniche o festività nel corso degli altri mesi dell'anno)".

Il Comune con atto n. 335 dell'11 ottobre 2006, ha infine rilasciato alla Società ricorrente l'autorizzazione per l'esercizio dell'attività di vendita al dettaglio in sede fissa.

La Società il 2 gennaio 2008 ha presentato al Comune **istanza per usufruire della facoltà dell'apertura domenicale in condizione di parità con gli altri operatori**, che è stata respinta con provvedimento prot. n. 2333 del 31 gennaio 2008.

Il 4 giugno 2009 è stata presentata una nuova istanza respinta con provvedimento n. 09/17112 del 16 luglio 2009.

In entrambi i casi il diniego è motivato con riferimento al contenuto della convenzione.

Con il ricorso in epigrafe la Società ricorrente impugna tale provvedimento e chiede la declaratoria di nullità della citata clausola di cui all'art. 10 della convenzione, lamentando:

I) la violazione dell'art. 3 della legge 7 agosto 1990, n. 241, l'insufficienza e l'illogicità della motivazione, lo sviamento, la contraddittorietà e l'illogicità, con riferimento al diniego;

II) lo sviamento, l'illegittimità e la nullità con riferimento alla clausola.

Si è costituito in giudizio il Comune di Zevio eccependo l'inammissibilità del ricorso e chiedendone la reiezione.

Con ordinanza n. 1010 del 4 novembre 2009, è stata respinta la domanda cautelare.

Alla pubblica udienza del 4 febbraio 2010, in prossimità della quale le parti hanno depositato memorie a sostegno delle proprie difese, la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

1. La controversia all'esame riguarda la validità della clausola di cui all'art. 10 della convenzione intervenuta tra il Comune di Zevio e la Società ricorrente, che accede ad una variante urbanistica e al successivo permesso di costruire, aventi ad oggetto un immobile da adibire a struttura di vendita al minuto, con la quale il privato si è impegnato a **non avvalersi della facoltà di apertura domenicale** prevista dalla disciplina vigente nel Comune per tutti gli altri esercizi commerciali.

La Società ricorrente impugna il diniego di autorizzazione all'apertura domenicale opposto dal Comune in ragione della predetta clausola, impugnata anch'essa quale atto presupposto, e fa valere la nullità della medesima clausola invocando l'applicazione dei principi e delle norme del diritto civile.

Il Comune di Zevio eccepisce in rito che il ricorso è inammissibile perché il secondo diniego, adottato con provvedimento n. 09/17112 del 16 luglio 2009, impugnato con il ricorso in epigrafe, costituisce un atto meramente confermativo del precedente provvedimento prot. n. 2333 del 31 gennaio 2008, ormai consolidatosi.

Nel merito sostiene che la Società non potrebbe pretendere ora di sottrarsi agli obblighi derivanti dalla convenzione, cui ha prestato acquiescenza accettandola e sottoscrivendola, e che, in ogni caso, anche laddove sussistente, la nullità della clausola di cui all'art. 10, in quanto essenziale, ai sensi dell'art. 1419 c.c., comporterebbe la nullità dell'intero accordo.

Secondo questa prospettazione il carattere essenziale della clausola dovrebbe evincersi dalla circostanza che il Comune ha assentito l'insediamento della struttura commerciale approvando una variante urbanistica a condizione che la ditta, rinunciando all'apertura domenicale antimeridiana mediante la

predetta clausola, non svolgesse concorrenza agli operatori del mercato domenicale.

2. Il ricorso è fondato e meritevole di accoglimento.

La convenzione oggetto della controversia è stata conclusa tra le parti nell'ambito della procedura dello sportello unico per le attività produttive di cui al DPR 20 ottobre 1998, n. 447, il cui art. 2, comma 3, prevede che "resta ferma (...) la necessità dell'esistenza delle opere di urbanizzazione o di apposita convenzione con le amministrazioni competenti al fine di procedere alla realizzazione delle medesime contemporaneamente alla realizzazione delle opere. In tal caso, la realizzazione degli impianti è subordinata alla puntuale osservanza dei tempi e delle modalità indicati nella convenzione".

Pertanto, pur avendo dei contenuti che, non attenendo alle opere di urbanizzazione, lo avvicinano agli accordi di pianificazione urbanistica c.d. contrattata (la convenzione infatti si inserisce all'interno di un procedimento complesso finalizzato a consentire al privato di edificare su terreni di sua proprietà previa l'approvazione di una variante urbanistica, come accade con gli accordi che scaturiscono dall'approvazione di programmi integrati di intervento di cui all'art. 16 della legge 17 febbraio 1992, n. 179, o dall'approvazione dei piani di recupero di cui all'art. 30 della legge 5 agosto 1978, n. 457), l'accordo della cui validità si controverte è assimilabile alle convenzioni che accedono ai piani attuativi (ai sensi dell'art. 28, comma quinto, della legge 17 agosto 1942, n. 1150).

Nel caso di specie il privato, nel realizzare il recupero dell'immobile, ha assunto l'obbligo di eseguire le opere di urbanizzazione relative alle aree comprese nella variante urbanistica, di versare una somma di € 130.000 per la realizzazione di un'opera di interesse pubblico, e di rinunciare all'apertura domenicale antimeridiana del supermercato prevista dalla vigente disciplina sul commercio di cui beneficiano invece gli altri esercizi concorrenti.

La Società ricorrente lamenta la nullità di quest'ultima clausola.

L'art. 11, comma 5, della legge 7 agosto 1990, n. 241, con formula ampia e tendenzialmente onnicomprensiva che investe il fenomeno fin dal suo momento genetico, stabilisce che sono devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo "le controversie relative alla formazione, conclusione ed esecuzione" degli accordi tra privati e pubblica amministrazione finalizzati a determinare il contenuto discrezionale del provvedimento finale ovvero a sostituirlo,

La controversia all'esame pertanto, in quanto relativa ad una convenzione integrativa del contenuto della variante urbanistica e del permesso di costruire, e consistente quindi in uno strumento negoziale che presuppone l'esistenza dello strumento autoritativo (circa la compatibilità con l'art. 103 della Costituzione della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo cfr. Corte costituzionale, 6 luglio 2004, n. 204, punto 3.4.2 in diritto), rientra nella giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo ancorché venga fatta valere la nullità parziale della convenzione (cfr. Cassazione, Sezioni Unite, 13 novembre 2000, n. 1174; Cassazione, Sez. I, 1 febbraio 1999, n. 8; Tar Sardegna, Sez. II, 26 gennaio 2009, n. 65).

La sussistenza della giurisdizione esclusiva comporta l'esistenza di una cognizione piena, estesa anche ai diritti.

Pertanto l'eccezione di inammissibilità del ricorso perché proposto avverso un provvedimento di diniego confermativo di uno precedente ormai consolidatosi, deve essere respinta, atteso che è stata congiuntamente proposta un'azione di accertamento della nullità della clausola la quale, non avendo carattere impugnatorio, non soggiace a termini di decadenza, ed è proponibile in sede di

giurisdizione esclusiva indipendentemente dall'impugnazione di singoli atti amministrativi connessi al rapporto controverso.

3. L'art. 10 della convenzione prevede la rinuncia definitiva da parte della Società ricorrente di avvalersi della facoltà di apertura domenicale antimeridiana del supermercato.

La clausola ha un contenuto atipico, **assimilabile ad un patto limitativo della concorrenza** stipulato tra il privato ed il Comune in favore di terzi esercizi commerciali, concorrenti della Società ricorrente. Infatti non persuade l'affermazione espressa dal Comune nelle proprie difese, di voler in tal modo salvaguardare i soli operatori ambulanti del tradizionale mercato domenicale, atteso che un tale scopo potrebbe essere legittimamente perseguito solo non concedendo ad alcun esercizio commerciale in sede fissa la deroga alla chiusura domenicale, e non imponendo in modo discriminatorio tale chiusura al solo esercizio gestito dalla Società ricorrente.

Sul punto il Collegio osserva che, anche se si può ritenere ammissibile che le convenzioni urbanistiche formate nell'ambito degli strumenti della pianificazione c.d. contrattata non debbano necessariamente ridursi alla definizione del solo contenuto pianificatorio di carattere urbanistico -edilizio, una clausola siffatta esorbita dai limiti previsti dall'art. 11, comma 5, della legge 7 agosto 1990, n. 241, il quale impone in ogni caso il perseguimento del pubblico interesse, invece compromesso dalla lesione alla concorrenza che in tal modo è attuata.

Invero l'Autorità garante della concorrenza e del mercato, proprio con riferimento alle deroghe all'obbligo di chiusura nei giorni festivi e domenicali degli esercizi commerciali (cfr. le segnalazioni n. AS 448 del 27 marzo 2008 e AS n. 480 del 16 ottobre 2008), ha affermato **che ogni vincolo limitativo riferito solamente ad alcuni esercizi commerciali determina una distorsione ed una restrizione ingiustificata della concorrenza**, nonché un ostacolo all'adozione tra gli esercenti di strategie differenziate e, quindi, all'ampliamento dell'offerta a beneficio dei consumatori.

Appare evidente che l'introduzione di siffatti limiti lesivi della concorrenza mediante l'utilizzo dello strumento convenzionale connesso all'esercizio di poteri autoritativi, **confligge con l'interesse pubblico alla tutela della concorrenza** che, nella materia del commercio, ha carattere precipuo (e nella ripartizione delle competenze legislative, proprio perché attiene ad esigenze di carattere unitario che non tollerano ingiustificate differenziazioni territoriali, appartiene alla competenza legislativa esclusiva dello Stato, per quanto attiene alla materia della concorrenza, e a quella delle Regioni, per quanto attiene alla materia del commercio).

3.1 Peraltro, come dedotto nel ricorso, deve rilevarsi che ai sensi dell'art. 11, comma 2, della legge 7 agosto 1990, n. 241, agli accordi tra privati e pubblica amministrazione devono applicarsi, ove non diversamente previsto, i principi del codice civile in materia di obbligazioni e contratti, in quanto compatibili.

Orbene, anche dal punto di vista civilistico, si deve allora rilevare che i patti eccessivamente limitativi della libertà economica individuale sono nulli perché in contrasto con i principi di ordine pubblico economico ricavabili dalle norme di cui agli artt. 41 e 117, secondo comma, lett. e) della Costituzione e di cui all'art. 2 della legge 10 ottobre 1990, n. 287, e che le clausole di non concorrenza sono viste con sfavore dall'ordinamento al punto da essere considerate nulle ove illimitate e non contenute entro convenienti limiti di tempo (cfr. c.c. artt. 1379, 2125, 2596; Cassazione, Sez. I, 6 agosto 1997, n. 7266).

Una clausola siffatta è pertanto nulla, anche alla luce dei principi e delle norme dell'ordinamento civile, ai sensi degli artt. 1418 e 1343 c.c..

La pretesa del Comune di ottenere, ai sensi dell'art. 1419 c.c., la dichiarazione di nullità dell'intera convenzione perché non avrebbe concluso l'operazione senza la parte della convenzione colpita da nullità, deve essere respinta.

Infatti - in disparte la considerazione che l'eventuale dichiarazione di nullità della convenzione non produrrebbe effetti diretti sulla variante urbanistica e sul permesso di costruire, i quali consolidatisi, validi ed efficaci, hanno ormai prodotto effetti non reversibili - il principio della conservazione negoziale (utile per inutile non vitiatur) è la regola, mentre l'estensione delle nullità all'intero negozio costituisce l'eccezione, e il Comune non ha fornito la prova che non avrebbe approvato la variante urbanistica senza limitare le aperture domenicali antimeridiane del nuovo esercizio commerciale (dalla documentazione versata in atti emerge il contrario: cfr. il verbale della deliberazione del consiglio comunale n. 20 del 25 febbraio 2005 di cui al doc. 8 allegato dalla ricorrente, da cui risulta che la clausola è stata inserita alla fine dell'iter procedurale in accoglimento di un'osservazione dell'Asco, e nel corso del dibattito sono stati sollevati espressamente dubbi circa la validità della clausola) e, anche dal punto di vista oggettivo, tenuto conto del complesso delle utilità pubbliche di carattere urbanistico ed economico ricavabili dal Comune, non emergono elementi atti a comprovare il carattere essenziale di detta clausola.

In definitiva pertanto il ricorso deve essere accolto e, per l'effetto, deve essere dichiarata nulla la clausola di cui all'art. 10 della convenzione.

La novità delle questioni oggetto della controversia giustifica peraltro l'integrale compensazione delle spese tra le parti del giudizio.

P.Q.M.

il Tribunale amministrativo regionale per il Veneto, terza Sezione, definitivamente pronunciando sul ricorso in epigrafe, lo accoglie e, per l'effetto, dichiara nulla la clausola di cui all'art. 10 della convenzione stipulata il 9 giugno 2005, tra il Comune di Zevio e la società Rossetto Ingrosso Spa.

Spese compensate.

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

Così deciso in Venezia nella camera di consiglio del giorno 4 febbraio 2010 con l'intervento dei Magistrati:

Giuseppe Di Nunzio, Presidente

Elvio Antonelli, Consigliere

Stefano Mielli, Primo Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 17/03/2010

(Art. 55, L. 27/4/1982, n. 186)

IL SEGRETARIO