

**Consiglio di Stato, sez. V, 19 maggio 2009, n. 3072**

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Quinta Sezione) ha pronunciato la seguente

DECISIONE

OMISSIS

FATTO e DIRITTO

1. Il comune di Trani, con delibera giuntale n. 280 del 24 luglio 2000, ha stabilito, a tutela dell'ordine pubblico e su conforme avviso delle autorità nazionali e locali di pubblica sicurezza, che le agenzie di pompe funebri, le quali svolgono il disbrigo di pratiche burocratiche, siano da annoverarsi fra le agenzie di affari ai sensi dell'art. 115, r.d. 18 giugno 1931, n. 773 - testo unico delle leggi di pubblica sicurezza - e che vi sia un rapporto di una agenzia ogni 25.000 abitanti.

Con delibere giuntali nn. 309 del 10 agosto 2001 e 158 del 22 maggio 2002, il comune, inter alios e per quanto qui interessa, ha confermato il precedente atto di indirizzo generale ribadendo e meglio specificando il significato del rapporto di una agenzia di affari ogni 25.000 abitanti.

1.1. Con determinazioni comunali prot. n. 22928 del 12 luglio 2005, n. 24035 del 21 agosto 2006, n. 21944 del 17 maggio 2007, n. 6869 del 5 settembre 2007, sono state negate o ruscate istanze di autorizzazioni o denunce di inizio attività (in prosieguo d.i.a.) inoltrate dal signor G.P. e relative all'apertura di un'agenzia di pompe funebri. Tutti i dinieghi sono stati motivati con il diretto o indiretto riferimento alla delibera n. 280 del 2000 ed al rapporto di una agenzia ogni 25.000 abitanti da questa introdotto.

Alcuni di questi dinieghi sono stati impugnati davanti al T.a.r. per la Puglia.

1.2. Il signor P. ha presentato al comune di Trani, in data 21 settembre 2007, una ennesima d.i.a. sempre avente ad oggetto l'apertura di una agenzia di affari per il disbrigo di pratiche amministrative funebri.

Il comune ha risposto con la determinazione prot. 42206 del 22 ottobre 2007 limitandosi a riportare per esteso gli argomenti in precedenza spesi per negare l'autorizzazione all'apertura dell'agenzia.

1.3. Avverso tale atto il signor P. è insorto davanti al T.a.r. per la Puglia articolando cinque autonomi motivi.

2. L'impugnata sentenza - T.a.r. per la Puglia, sezione terza, n. 136 del 1 febbraio 2008 -:

- a) ha dichiarato il ricorso inammissibile per omessa tempestiva notificazione ad almeno uno dei controinteressati;
- b) ha dichiarato il ricorso inammissibile per omessa tempestiva impugnativa delle delibere giuntali n. 280 del 2000 e n. 309 del 2001;
- c) ha comunque respinto il ricorso nel merito;
- d) ha respinto la domanda di risarcimento del danno;
- e) ha condannato il ricorrente alla refusione delle spese di lite.

3. Con ricorso notificato il 29 febbraio 2008, e depositato il successivo 11 marzo, il signor P. ha interposto appello avverso la su menzionata sentenza del T.a.r. contestandone tutti i capi sfavorevoli.

4. Si sono costituiti il comune di Trani e le ditte controinteressate deducendo l'improcedibilità e l'infondatezza del gravame in fatto e

diritto e riproponendo l'eccezione non esaminata dal T.a.r. di inammissibilità del ricorso di primo grado, in quanto rivolto contro un atto meramente confermativo di precedenti dinieghi.

5. La causa è passata in decisione all'udienza pubblica del 24 marzo 2009.

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

Attesa l'infondatezza del gravame il collegio prescinde dall'esame della eccezione di improcedibilità dello stesso, sviluppata dalle parti intimata, alla luce dell'entrata in vigore della l.r. n. 34 del 15 dicembre 2008.

6.1. Assume valore assorbente l'esame del secondo motivo di gravame con cui il ricorrente contesta la declaratoria di inammissibilità del ricorso di primo grado sotto il profilo della omessa tempestiva impugnazione della delibera n. 280 del 2000.

A sostegno della propria tesi l'appellante deduce che:

**a)** la delibera n. 309 del 2001, in quanto meramente confermativa della precedente delibera n. 280 e non espressamente menzionata nel provvedimento gravato, non doveva essere impugnata;

**b)** la delibera n. 280 del 2000 e la successiva n. 158 del 2002, in quanto contrastanti con le disposizioni ed i principi costituzionali e comunitari in materia di libera concorrenza, non dovevano essere impugunate ma disapplicate direttamente dall'amministrazione e dal giudice;

**c)** tali delibere, recanti disposizioni di indirizzo, sarebbero state comunque superate da un successivo atto di indirizzo emanato dal commissario straordinario del comune - prot. n. 22590 in data 18 maggio 2007 - in cui si invitano gli uffici comunali ad adeguarsi al parere dell'Autorità garante per la concorrenza ed il mercato (in prosieguo A.g.c.m.) prot. n. 0023709 in data 10 maggio 2007.

Il mezzo è infondato e deve essere respinto.

6.1.1. La sezione rileva, in primo luogo, che la lesione alla sfera giuridica del ricorrente discende dalla delibera n. 280 del 2000 che ha stabilito il rapporto di una agenzia di pompe funebri ogni 25.000 abitanti; tale delibera, ampiamente conosciuta dal ricorrente attraverso la comunicazione dei precedenti dinieghi di licenza (alcuni dei quali contestati in altri giudizi), non è stata tempestivamente impugnata e non risulta formalmente impugnata neppure con il ricorso in prime cure.

Le successive delibere - nn. 309 del 2001 e 158 del 2002 - parimenti non impugunate sebbene autonomamente lesive, confermano, in parte qua, il rapporto di una agenzia ogni 25.000 abitanti.

6.1.2. Ciò premesso, osserva il collegio che non può trovare ingresso la tesi della disapplicabilità delle su richiamate delibere.

Sul punto la sezione non intende discostarsi dagli approdi ermeneutici cui è giunta la giurisprudenza di questo Consiglio (cfr. Cons. St., sez. V, 8 settembre 2008, n. 4263; sez. IV, 21 febbraio 2005, n. 579; sez. V, 10 gennaio 2003, n. 35), secondo la quale la violazione del diritto comunitario implica un vizio di illegittimità - annullabilità dell'atto amministrativo con esso contrastante, mentre la nullità (o l'inesistenza) è 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 quindi disapplicabile).

Logici corollari di tale ricostruzione sono:

**a)** sul piano processuale, l'onere dell'impugnazione del provvedimento contrastante con il diritto comunitario dinanzi al giudice amministrativo entro il prescritto termine di decadenza, pena la sua inoppugnabilità;

**b)** l'obbligo per l'amministrazione di applicare l'atto illegittimo salvo il ricorso ai poteri di autotutela.

Nel caso di specie non esiste alcuna norma - di rango primario o secondario - che sia in contrasto con il diritto comunitario; il contrasto, in astratto ed in tesi, è ipotizzabile solo con i su riferiti atti di indirizzo aventi contenuto non regolamentare.

6.1.3. Parimenti inconferente è il richiamo dell'appellante al parere dell'A.g.c.m. ed alla nota del commissario straordinario, perché:

**a)** il parere dell'A.g.c.m. ha ad oggetto il servizio di trasporto funebre che effettivamente è da considerarsi a tutti gli effetti liberalizzato, non già il diverso e più delicato settore delle agenzie funebri di intermediazione che sono oggetto di specifica autorizzazione di polizia rilasciata dal comune, a mente del combinato disposto degli artt. 115, r.d. 18 giugno 1931, n. 773 e 163, d.lgs. 31 marzo 1998, n. 112; l'ente locale, invero, deve vagliare gli aspetti inerenti la sicurezza, l'ordine pubblico e la prevenzione dei reati che costituiscono la ratio dell'assoggettamento ad autorizzazione di polizia dell'apertura di agenzie di affari (cfr. Corte cost. 25 luglio 2001, n. 290; Cass. civ., sez. I, 28 agosto 2006, n. 18619);

**b)** la nota del commissario prefettizio non costituisce, all'evidenza, un nuovo atto di indirizzo limitandosi ad inoltrare, a fini di conoscenza, il su menzionato parere dell'A.g.c.m. agli uffici comunali.

6.2. Per completezza la sezione osserva che risulta fondata anche l'eccezione di inammissibilità del ricorso di primo grado, riproposta dalla difesa del comune di Trani nella memoria del 5 maggio 2008, ed imperniata sul carattere meramente confermativo del diniego oggetto del presente giudizio.

Invero, dall'esame di tutta la documentazione versata in atti, emerge che l'amministrazione comunale, con la nota del 22 ottobre 2007, senza svolgere alcuna attività istruttoria si è limitata, puramente e semplicemente, a ribadire testualmente quanto già deciso con i precedenti provvedimenti n. 22928 del 2005, n. 24035 del 2006 e 21944 del 2007. Né si possono ravvisare, nella d.i.a. del 21 settembre 2007, elementi di novità rispetto alle precedenti istanze tutte disattese; sotto tale angolazione sono del tutto irrilevanti le comunicazioni della A.g.c.m. e del commissario straordinario sia perché concernono, come già visto, il servizio di trasporto funebre, sia perché in alcun modo sono state prese in esame dall'amministrazione al fine dell'adozione della nota in data 22 ottobre 2007.

Sul punto la sezione non intende discostarsi dalla tesi tradizionale (cfr. Cons. St., sez. V, 4 marzo 2008, n. 797; sez. V, 12 aprile 2005, n. 1645; sez. IV, 27 novembre 1998, n. 1637), che esclude l'impugnabilità degli atti meramente confermativi attraverso i quali l'amministrazione si limita a richiamare una determinazione in precedenza adottata, senza effettuare una nuova istruttoria ed una nuova valutazione degli elementi di fatto e di diritto già considerati, ovvero di altri nuovi, medio tempore acquisiti. In tali ipotesi deve ritenersi che la non impugnabilità discenda, per un verso, dal riconoscimento della carenza assoluta di interesse ad ottenere l'annullamento giurisdizionale, poiché la sua eliminazione

dal mondo giuridico non sarebbe in grado di rimuovere una lesione comunque imputabile all'atto confermato ove questo non sia stato impugnato; per altro verso, ove viceversa quest'ultimo sia stato già impugnato, per l'inutilità di imporre un onere di impugnazione di atti che vengono in essere con un contenuto meramente riproduttivo di altri già gravati in sede giurisdizionale e destinati ad essere travolti dall'annullamento dei primi.

I plurimi profili di inammissibilità del ricorso originario sin qui associati esimono il collegio dall'esame degli ulteriori mezzi di gravame.

7. In conclusione l'appello deve essere respinto.

Le spese di giudizio, regolamentate secondo l'ordinario criterio della soccombenza, sono liquidate in dispositivo.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (sezione quinta), definitivamente pronunciando sul ricorso meglio specificato in epigrafe:

- respinge l'appello e per l'effetto conferma la sentenza impugnata;

- condanna l'appellante a rifondere in favore del comune di Trani nonché delle Imprese Cassese Andrea di Cassese Gennaro & C. s.a.s. e della Ditta individuale Delfini Giuseppe

le spese, gli onorari e le competenze del presente grado di giudizio che liquida in complessivi euro 3.000,00 (tremila/00) oltre accessori come per legge (spese generali al 12,50%, I.V.A. e C.P.A.), in favore di ciascuna parte.

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

Così deciso in Roma, nella camera di consiglio del 24 marzo 2009, con la partecipazione di:

|                          |               |
|--------------------------|---------------|
| Raffaele Iannotta        | - Presidente  |
| Cesare Lamberti          | - Consigliere |
| Claudio Marchitiello     | - Consigliere |
| Vito Poli Rel. Estensore | - Consigliere |
| Giancarlo Montedoro      | - Consigliere |

ESTENSORE  
F.to Vito POLI

IL PRESIDENTE  
F.to Raffaele Iannotta

DEPOSITATA IN SEGRETERIA  
il 19/05/2009  
(Art. 55 L. 27/4/1982, n. 186)  
P. IL DIRIGENTE  
Dott.ssa Livia Patroni Griffi