



Dipartimento di Giurisprudenza Cattedra di Diritto Amministrativo 2

**IL RUOLO DELLA CONCORRENZA IMPRENDITORIALE
NELL'ATTUAZIONE DEL PIANO REGOLATORE GENERALE**

RELATORE

Chiar.mo Prof. Paolo Stella Richter

CANDIDATO
Clelia Di Jeso
Matr. 110833

CORRELATORE

Chiar.mo Prof. Alessandro Botto

CORRELATORE

Chiar.mo Prof. Paolo Urbani

ANNO ACCADEMICO 2016 - 2017

Alla mia mamma e al mio papà

INDICE

IL RUOLO DELLA CONCORRENZA IMPRENDITORIALE NELL'ATTUAZIONE DEL PIANO REGOLATORE GENERALE

Introduzione e scopo della ricerca	1
--	---

CAPITOLO 1

GLI ASPETTI NORMATIVI

1. Premessa. La via delle liberalizzazioni in Italia	7
1.1 Legge 426 del 1971.....	8
1.2 Decreto Bersani 1.....	12
1.3 Leggi Regionali.....	15
1.4 Decreto Bersani 2	16
1 ^a finestra informativa	19
1.5 D.Lgs n. 59 del 2010.....	23
1.6 D.L. n. 138 del 2011.....	26
1.7 D.L. n. 201 del 2011.....	28
1.8 D.L. n. 1 del 2012	31
2. Riflessione. Il non recepimento dei principi di liberalizzazione dei mercati e l'automatica abrogazione.....	32
2 ^a finestra informativa	33
3. Considerazioni. La via delle liberalizzazioni in Italia è una via accidentata	38

CAPITOLO 2

LA LIBERALIZZAZIONE AMMINISTRATIVA

1. Il concetto di liberalizzazione amministrativa	43
2. Decisioni politiche all'insegna della ripresa economica del paese	48

CAPITOLO 3

LA LIBERALIZZAZIONE RIDUCE LA DISCREZIONALITA' DELLA FUNZIONE PIANIFICATORIA O LA LASCIA INALTERATA?

1. Libera iniziativa economica e potere pianificatorio.....	53
2. Il PRG.....	57
2.1 Il PRG non può contenere previsioni che incidono sull'organizzazione, la gestione e la direzione dell'attività commerciale	58
2.2 Il PRG non può incidere sulle localizzazioni delle attività commerciali, ma può vietare le attività incompatibili con le caratteristiche di alcune zone. Il caso dei mutamenti d'uso	59
2.3 Segue. Il PRG può vietare le attività incompatibili con le caratteristiche di alcune zone e il caso dei mutamenti d'uso	63
3. Il PRG pone obblighi di tutela e conservazione. Le "botteghe storiche"	66
3.1 T.A.R. Lazio, Roma, sez. II ter, n. 12714/2016 - Caso di tutela delle vetrine in legno della cartolibreria in Piazza delle Province	74
3.2 T.A.R. Lazio, Roma, sez. II, n. 4641/2015 – Caso del caro affitti della libreria Micozzi in via Ferrari	76
3.3 T.A.R. Lazio, Roma, sez. II ter, n. 118/2016 – Caso di sindacato debole di parrucchiere per signora in via Sistina	80
3.4 T.A.R. Lazio, Roma, sez. II ter, n. 14121/2006 – Caso di 100 anni di attività di negozio di articoli religiosi in via della Conciliazione	82
3.5 Botteghe storiche in Toscana	84
4. Il PRG vieta destinazioni incompatibili con il particolare interesse dell'area. La città storica e la tutela del commercio e dell'artigianato	85
4.1 T.A.R. Lazio, Roma, sez. II, n. 9605/2011 confermata da Cons. Stato, sez. V, n. 6595/2012 – Caso di gelateria "artigianale" in Piazza della Rotonda	92
4.2 T.A.R. Lazio, Roma, sez. II ter, n. 6122/2014 confermata da Cons. Stato, sez. V, n. 4856/2015 – Caso Maestri Gelatieri di Calabria in via Marmorata	94
4.3 T.A.R. Lazio, Roma, sez. II ter, n. 11504/2015 confermata da Cons. Stato, sez. V, n. 603/2017 - Caso di somministrazione di alimenti e bevande nel rione Trevi	95
4.4 T.A.R. Lazio, Roma, sez. II ter, n. 6721/2013 annullata da Cons. Stato, sez. V, n. 3802/2014 che accoglie l'appello - Caso di somministrazione di alimenti e bevande nel rione Regola	98
4.5 T.A.R. Lazio, Roma, sez. II ter, n. 10876/2015 – secondo grado di giudizio in corso – potrebbe vincere l'orientamento difforme secondo Tonnara	102
5. Occupazione di suolo pubblico	110

5.1 T.A.R. Lazio, Roma, sez. II ter, n. 9542/2016 – Caso di OSP in via Bocca di Leone	111
5.2 T.A.R. Lazio, Roma, sez. II ter, n. 3412/2016 – Caso degli Urtisti	114
6. Considerazioni	118
Conclusioni	120
<i>Bibliografia</i>	130

Introduzione e scopo della ricerca

Identificare l'ambito scientifico in cui è possibile inquadrare questo elaborato è di indubbia difficoltà. L'approfondimento parte da un principio europeo e costituzionale, quello della concorrenza, che trova applicazioni in diversi settori normativi, a loro volta studiati da diverse scienze. Io ho focalizzato la mia attenzione sugli effetti che tale principio europeo realizza nel momento in cui si va ad attuare il piano regolatore del Comune. Più nello specifico, mi sono chiesta cosa accade all'imprenditore, commerciante al dettaglio o ristoratore, che vuole aprire la sua attività in piazza della Rotonda oppure in via della Conciliazione a Roma. È egli - prestatore di servizi - davvero soggetto solo alle regole del mercato oppure anche alle "regole" del Comune?

L'ambito scientifico in cui è inquadrabile il mio approfondimento è l'urbanistica commerciale.

Qualche definizione. Regolare l'attività economica attraverso disposizioni volte a conformare il mercato è oggetto di studio della regolazione pubblica dell'economia. Disciplinare l'uso del territorio al fine di raggiungere l'ordinato assetto di quest'ultimo e il contemperamento di tutti i diversi interessi che sullo stesso insistono è oggetto di studio dell'urbanistica. Poiché l'attività economica ha un impatto sul territorio, l'urbanistica ha da sempre dettato disposizioni che regolano lo svolgimento di questa sul territorio. E questa è l'urbanistica commerciale. Disciplina parte dell'urbanistica *stricto sensu* che ha riguardo in particolare a quegli spazi urbani sui quali incide l'attività economica sia in termini positivi (perché vivifica e riduce lo spopolamento), sia in termini negativi (in quanto generatrice di traffico e anche di volgarizzazione).

Le disposizioni urbanistiche, come pure quelle di urbanistica commerciale, non perseguono direttamente finalità economiche. Tuttavia,

successivamente al D. Lgs. n. 114/1998 vengono ridotti i limiti dell'urbanistica commerciale a seguito dell'eliminazione del piano del commercio e vengono introdotte misure urbanistiche volte a regolamentare in senso economico le attività commerciali. Il PRG diventa quindi uno strumento misto di pianificazione economica oltre che urbanistica, in attuazione di quanto disposto da leggi regionali in materia di commercio.

Questo impianto viene intaccato con gli interventi legislativi statali emanati ai sensi dell'art. 117 comma 2, lettera e) della Costituzione sulla tutela della concorrenza. Il secondo decreto Bersani del 2006, la direttiva Bolkestein, recepita nel 2010, e ancora gli interventi del Governo Monti realizzano il passaggio da un sistema dirigitico e protezionistico, nei confronti dei piccoli imprenditori già presenti sul mercato, a un sistema diverso che ha come modello basilare di riferimento nei rapporti tra impresa e amministrazione la libertà di mercato e la concorrenza.

Libera competizione tra imprese e libertà di iniziare una nuova attività di commercio senza alcun preventivo assenso da parte della pubblica amministrazione: questi sono i concetti chiave. Eventuali deroghe sono ammesse nei limiti del catalogo giurisprudenziale dell'ECJ. I casi di deroga sono poi stati recepiti dal legislatore statale e sono la sussistenza di effettive esigenze urbanistiche o ambientali e la sussistenza di motivi imperativi di interesse generale costituzionalmente rilevanti.

Un'analisi completa del fenomeno necessita dell'esame dei casi concreti. Così, dopo uno studio dei testi normativi, si è rivolto lo sguardo a vicende processuali di "esercizi commerciali di vicinato". Poiché infatti a seconda della dimensione - piccola, media o grande - dell'insediamento commerciale la c.d. liberalizzazione amministrativa ha avuto intensità diverse, ho focalizzato la mia attenzione sui piccoli esercizi commerciali nei confronti dei quali il legislatore espressamente "vieta autorizzazioni, licenze, nulla osta o preventivi atti di assenso dell'amministrazione comunque denominati".

Va chiarito, inoltre, che la c.d. “liberalizzazione amministrativa” comporta, nel momento dell’accesso al mercato o nell’esercizio di una particolare attività, l’abrogazione di quelle norme che prevedono la preliminare richiesta di un’autorizzazione, ma liberalizzazione non sta a significare l’assenza di norme pubblicistiche che prevedano il sussistere di presupposti e di regole che disciplinino l’attività, né esclude il mantenimento di un controllo pubblico che condizioni il diritto di intraprenderla, ma comporta un più calibrato intervento di norme che disciplinino poteri di controllo e di repressione da esercitarsi *ex post* rispetto al momento dell’accesso al mercato.

La selezione della giurisprudenza romana non è stata una scelta casuale. Sono nata e vivo a Roma e alcuni articoli di giornale, che con sprezzante sdegno raccontavano della chiusura di negozi storici e del degrado di importanti vie e piazze nel centro storico della capitale, hanno attirato la mia attenzione. Il *favor* con cui ho sempre studiato i principi europei di concorrenza nonché le quattro libertà di circolazione di persone, beni, capitali e servizi, mal si conciliava con le affermazioni riportate dalle testate giornalistiche. Ho quindi deciso di approfondire l’argomento.

Dunque l’oggetto della mia tesi mira a mettere in luce il rapporto tra l’introduzione dei principi della liberalizzazione amministrativa e la disciplina urbanistica e commerciale e, in particolare, quale ruolo può giocare l’applicazione delle previsioni del PRG nell’attuazione dei poteri di autorizzazione, controllo e repressione che l’autorità amministrativa conserva anche in presenza di un mercato liberalizzato.

Scopo della ricerca è quello di analizzare il rapporto tra la liberalizzazione del mercato - limitatamente agli “esercizi di vicinato” - nella più grande città italiana, capitale del Paese, e la salvaguardia di altri interessi necessariamente tutelati dalla disciplina urbanistica: la storia e la cultura dell’Urbe.

Senza mummificare Roma bisogna regolarne lo sviluppo in un quadro di compatibilità “con quei valori storici, culturali e ambientali che non possono essere abbandonati al gioco incontrollato del mercato” (Atti parlamentari. Camera IX Legisl. Pag. 51981).

Da un lato ho analizzato come le leggi di liberalizzazione hanno inciso sui poteri autorizzatori (che restano fermi, invece, per la media e grande distribuzione commerciale) del Comune e su quelli normativi della Regione; dall’altro ho individuato gli strumenti con i quali sono state protette le “botteghe storiche” romane e interi quartieri facenti parte della città storica (per i quali sono previste le attività che in essi possono essere svolte e quelle che – *a contrario* – sono vietate). La ricerca ha investito anche il rapporto tra autorità comunale e esercente commerciale, concessionario di una porzione di suolo pubblico asservito all’attività commerciale.

L’analisi si è basata, soprattutto, sull’esame della giurisprudenza del Tribunale regionale amministrativo del Lazio e del Consiglio di Stato, che - pur non raggiungendo risultati univoci – ha dato un notevole contributo all’interpretazione di una normativa frammentata, posta in essere da fonti diverse (Stato, Regioni) e, in molti casi, contraddittoria.

Capitolo 1

Gli aspetti normativi

1. Premessa. La via delle liberalizzazioni in Italia

Aprire il mercato alla concorrenza ha effetti benefici sull'occupazione e per i consumatori. In Italia, la spinta fondamentale alla liberalizzazione è giunta dalle richieste europee e da esigenze non più procrastinabili di modernizzazione dell'economia che hanno indotto il legislatore a rimuovere regolazioni ingiustificatamente restrittive che frenavano la concorrenza in molti mercati, tra i quali quello della distribuzione commerciale.

In questo settore, negli anni sessanta del secolo scorso, a causa di una esponenziale crescita economica, è stata introdotta una regolamentazione sistematica con la legge 11 giugno 1971, n. 426, che si caratterizzava per l'introduzione del registro degli esercenti il commercio e la pianificazione strutturale del commercio a livello comunale.

Nascono così i “piani commerciali” con la funzione “nel rispetto delle previsioni urbanistiche, ... [di] assicurare la migliore funzionalità e produttività del servizio da rendere al consumatore e il maggior possibile equilibrio tra installazioni commerciali a posto fisso e la presumibile capacità di domanda della popolazione stabilmente residente e fluttuante” (art. 11, L. n. 426/71).

I piani commerciali rappresentano il punto massimo di affermazione della funzione programmatica della rete di distribuzione commerciale, alla quale è legato, nel momento attuativo, il provvedimento autorizzatorio.

La liberalizzazione del commercio che sul finire degli anni '90 prende le mosse dal D. Lgs. 31.3.1998 n. 114, da un lato non può dirsi completamente ancora attuata, sebbene siano state emanate ulteriori leggi ispirate all'affermazione dei principi della concorrenza e del libero mercato, dall'altro ha inciso anche sul potere di pianificazione urbanistica. Non si può caricare il piano regolatore anche della funzione economica, perché i vantaggi che si spera di ottenere fanno parte più

delle utopie che della realtà e spesso una simile impostazione è foriera di danni certi all'economia.

È chiaro che i rapporti tra liberalizzazione e programmazione sono fortemente dialettici e si risolvono in un calibrato *mix* tra i due principi, con composizione diversa in relazione ai fenomeni che devono essere regolati.

Inoltre, da un punto di vista di competenze legislative, va tenuto in debito conto che la materia della concorrenza è affidata alla legge statale, mentre quella del commercio a quella regionale, con conseguenti problemi di coordinamento.

Nello svolgimento del capitolo viene infatti affrontato il tema dei rapporti tra legge statale e legge regionale e vengono illustrati i rimedi giurisprudenziali in caso di contrasto tra queste.

1.1 Legge n. 426 del 1971

La legge n. 426 del 1971 detta la disciplina del commercio e nel far ciò lega quest'ultima al potere di pianificazione urbanistica del Comune.

La legge sul commercio fa diverse cose. Istituisce il registro degli esercenti il commercio (nelle varie forme: attività di commercio all'ingrosso, attività di commercio al minuto e attività di somministrazione al pubblico di alimenti e bevande) presso ciascuna Camera di commercio, industria e artigianato; impone l'obbligo di iscrizione nel registro per coloro che intendono esercitare l'attività commerciale (nelle forme viste sopra); detta i requisiti professionali e morali; prevede che l'attività sia soggetta a requisiti relativi ai prodotti vendibili (tabelle merceologiche) relativi ai luoghi dove vendere i beni, relativi alla superficie minima e massima del locale di vendita; prescrive al consiglio comunale la formazione di un piano del commercio (*rectius*:

piano di sviluppo e di adeguamento della rete di vendita¹) e ne detta l'iter formativo; dispone che l'apertura di esercizi al minuto, il trasferimento in altra zona e l'ampliamento di esercizi già esistenti, siano soggetti ad autorizzazione amministrativa; prevede oltre all'autorizzazione comunale anche il nulla osta regionale per l'apertura di esercizi di vendita di grande distribuzione che sono idonei a servire vaste aree eccedenti il territorio comunale; definisce il procedimento per l'eventuale rilascio e pone la regola del silenzio rifiuto; definisce le contravvenzioni e commina l'ammenda in caso di violazione di legge.

Bisogna soffermarsi sui legami che nascono tra disciplina del commercio e disciplina urbanistica.

Il piano del commercio viene emanato nel rispetto delle previsioni urbanistiche² ed è subordinato a quanto già previsto dal PRG solo nel suo momento genetico, come affermato da Morbidelli³.

¹ Cons. Stato, Ad. plen., 8 gennaio 1986, chiarisce che il contenuto del piano commerciale è quello di porre dei contingenti di superficie di vendita, divisi per categorie merceologiche, con riguardo a ciascuna zona determinata del territorio comunale.

² Art.11

³ G. MORBIDELLI, *Rapporti tra disciplina urbanistica e disciplina del commercio*, in *Riv. Giur. di urbanistica*, 1990, III, pp. 159 e ss., afferma che non bisogna guardare all'iter formativo dei piani (il piano regolatore generale è adottato dal Comune e approvato dalla Regione mentre il piano del commercio segue un procedimento del tutto endocomunale) e quindi sostenere una gerarchia tra i due piani, né bisogna applicare il criterio temporale di risoluzione delle antinomie tra atti-fonte di pari livello gerarchico perché la legge ordinaria, che detta la normativa sulla produzione giuridica secondaria, può introdurre tra le fonti secondarie rapporti diversi. E la legge ha stabilito che le disposizioni del PRG costituiscono un vincolo al contenuto dei piani commerciali solo nel loro momento genetico-costitutivo. L'Autore parla di assenza di *vis abrogans* giustificata dal fatto che ci troviamo di fronte a disposizioni che, anche se collegate, corrispondono a funzioni diverse. Le disposizioni del piano del commercio rilevano in sede di rilascio dell'autorizzazione commerciale e non in sede di concessione edilizia. Ciò è espressione del principio di competenza e di tipicità degli interessi curati. Aggiunge, infine, che anche volendo qualificare i piani come atti

Il PRG, dal canto suo, dovrà essere rivisto e contenere disposizioni sull'insediamento delle attività commerciali e le quantità minime di spazi per parcheggi in funzione delle caratteristiche dei punti di vendita⁴. Questa previsione della legge n. 426/1971 è stata particolarmente importante perché il PRG fissava lo standard dello spazio per i parcheggi solo a fronte di nuovi insediamenti edilizi e nulla prevedeva nel caso di modifiche di destinazioni d'uso: non prevedeva cioè un incremento di spazio per parcheggi se il locale mutava destinazione d'uso. Tuttavia l'importanza di questa disposizione, che prevede nel PRG uno standard di parcheggi per attività commerciali, era fortemente compromessa perché la sua inosservanza non era sanzionata. Le modifiche di destinazione d'uso funzionale, cioè senza interventi edilizi, in contrasto con il PRG non erano sanzionate poiché mancava fino alla L. n. 47/1985, art. 25, ult. comma, uno strumento idoneo a reprimerne la violazione.

Infine, il legame tra disciplina del commercio e disciplina urbanistica è costituito dall'autorizzazione commerciale⁵. Questa viene rilasciata solo dopo che è stata verificata la sua conformità ai regolamenti locali di polizia urbana, annonaria, igienico-sanitaria e alle norme relative alla destinazione e all'uso dei vari edifici nelle zone urbane (queste ultime norme sono contenute nel PRG)⁶.

amministrativi generali e non come atti normativi secondari, la conclusione non cambia. L'atto amministrativo può essere abrogato solo osservando il principio del *contrarius actus* e quindi il piano del commercio non può essere inciso da un PRG sopravvenuto, così come il PRG sopravvenuto non ha la capacità di incidere sul piano del commercio già in vigore. Morbidelli definisce il rapporto tra i piani come un "rapporto di indirizzo" analogo a quello che riscontriamo in tutti quei casi in cui l'attività di un ente è a sua volta soggetta a direttive da parte di un'autorità sovraordinata".

⁴ Art. 13

⁵ Art. 24

⁶ È sempre GIUSEPPE MORBIDELLI in *Riv. Giur.di Urbanistica*, 1990, III, pp. 193-194, che spiega i tre ordini di pensiero giurisprudenziale sull'eventuale obbligo di rispetto

Il compito del piano del commercio è quello di rendere al consumatore il migliore servizio possibile, determinando il punto di equilibrio tra installazioni commerciali a posto fisso e la presumibile capacità di domanda della popolazione residente e fluttuante. Questo equilibrio si raggiunge andando ad incidere sul numero di esercizi commerciali, cosa possibile subordinando l'apertura dell'esercizio al preventivo rilascio di un provvedimento amministrativo -

della destinazione d'uso da parte dell'autorizzazione commerciale. 1. È illegittimo negare l'autorizzazione commerciale adducendo esclusivamente il non rispetto dei vincoli di destinazione d'uso. Questa tesi era sostenuta attraverso il principio di separazione delle funzioni amministrative in forza del quale gli interessi urbanistici dovevano essere tutelati solo nel procedimento di rilascio della concessione edilizia e non in quello di rilascio dell'autorizzazione commerciale. 2. È legittimo il diniego fondato solo sul contrasto con le previsioni urbanistiche di zona. 3. La valutazione sull'eventuale incompatibilità dell'autorizzazione commerciale con le disposizioni urbanistiche va accertata in concreto. L'opinione dell'Autore è che il rilascio dell'autorizzazione deve avvenire nel rispetto sia del piano di commercio sia delle previsioni urbanistiche di zona, secondo il principio di coordinamento. Questa tesi era prevalente in dottrina ed era sostenuta anche da P. Morea. Questa dottrina è ripresa nel commento a sentenza di Saul Monzani, in Foro amm. CDS, fasc. 9, 2012, pag. 2397. Nel caso sottoposto al vaglio del giudice, secondo lo strumento urbanistico la destinazione d'uso della zona era di tipo produttivo, mentre il piano del commercio consentiva lo svolgimento di attività di vendita al dettaglio. Il Consiglio di Stato ha confermato la sentenza di primo grado sostenendo che è legittimo il diniego di licenza commerciale per sole ragioni urbanistico-edilizie. È vero che le funzioni comunali sono distinte e che il loro esercizio avviene attraverso procedimenti e provvedimenti distinti (permesso di costruire ed autorizzazione commerciale), ma bisogna doverosamente tener conto, in ossequio ai principi di semplicità, economicità ed efficacia dell'azione amministrativa, che gli interessi pubblici - seppur distinti - sono collegati e che non sarebbe ragionevole prenderli in considerazione separatamente. Bisogna, invece, ragionare in un'ottica di sistema, nel perseguimento di uno scopo unitario. Il Comune non può autorizzare una situazione che poi dovrebbe per altri versi reprimere, in aperto contrasto con il principio di buona amministrazione e di non contraddizione.

l'autorizzazione commerciale - dopo aver stimato attraverso presunzioni la domanda di beni e servizi.

Ciò detto, anche se esistevano dei legami tra le due discipline, è chiaro che il piano del commercio era volto ad assicurare un equilibrio al sistema distributivo e a calmierare il numero di esercizi commerciali sul territorio. I suoi effetti erano esclusivamente economici andando a realizzare un mercato chiuso non concorrenziale, mentre le disposizioni del PRG miravano a realizzare il miglior tessuto urbano possibile intorno all'attività commerciale e quindi erano volte ad assicurare un'adeguata presenza di infrastrutture, di parcheggi, di illuminazione, ecc.

1.2 Decreto Bersani 1

Si è parlato di protezionismo e del piano del commercio quale strumento di regolazione strutturale dell'offerta (Duccio Traina) e di un suo successivo smantellamento attraverso il decreto leg.vo n. 114/1998, attuativo della legge delega n. 59/1997. Tuttavia le aspettative di destrutturazione della legge del 1971 riposte nel primo decreto Bersani sono state in parte tradite. Il decreto legislativo 114/1998 è intitolato "riforma della disciplina relativa al settore del commercio" ed è quindi chiaro che il suo fine è stravolgere il regime introdotto dalla legge del 1971. Sicuramente nelle finalità perseguite ed elencate all'art. 1 si percepisce un netto cambio di rotta. Trasparenza del mercato, concorrenza, libertà di impresa e libera circolazione delle merci sono i nuovi punti cardine, così come è nuova la sostituzione-semplificazione dell'autorizzazione commerciale con la comunicazione per l'apertura degli esercizi di vicinato (aventi superficie di vendita non superiore a 250 mq) prevista all'art. 7. Il quadro però, rientra in una dimensione meno rivoluzionaria quando si osserva che per le medie strutture di vendita esiste ancora la preventiva autorizzazione e per le grandi strutture di vendita il provvedimento autorizzatorio comunale che viene rilasciato in seguito alla conferenza di servizi indetta dal Comune, composta da tre

membri rappresentanti la Regione, la Provincia e il Comune e il rilascio dell'autorizzazione subordinato al parere favorevole del rappresentante della Regione. Il mercato delle attività commerciali, quindi, non è aperto alla concorrenza e ciò emerge ancor più vividamente dalla lettura dell'art. 6 che attribuisce alle Regioni un potere di programmazione della rete distributiva che informa i poteri comunali. Tale potere regionale si esplica attraverso la fissazione di indirizzi generali e di criteri, poi recepiti dal PRG. Nel dettare gli indirizzi generali per gli insediamenti delle attività commerciali le Regioni dovranno tenere in considerazione varie componenti. L'impatto territoriale e ambientale: traffico e inquinamento; la salvaguardia dei centri storici mediante il mantenimento delle caratteristiche morfologiche degli insediamenti e il rispetto dei vincoli relativi alla tutela del patrimonio artistico e ambientale; la salvaguardia della rete distributiva nelle zone di montagna, rurali ed insulari; la salvaguardia dei livelli occupazionali reali con la facoltà di prevedere, a tal fine, forme di incentivazione. Nel fissare i criteri di programmazione urbanistica le Regioni individuano le aree da destinare agli insediamenti di medie e grandi strutture di vendita al dettaglio, i limiti a cui sottoporre gli insediamenti commerciali a tutela dei beni artistici, culturali, ambientali, dell'arredo urbano nel centro storico e nelle località di particolare interesse artistico e naturale, i vincoli urbanistici per gli spazi minimi dei parcheggi, la correlazione tra autorizzazione commerciale e concessione edilizia. In tal modo il legislatore statale ha eliminato i piani del commercio ma ha dato alle regioni un potere di programmazione della rete distributiva che queste hanno consolidato in leggi regionali poi recepite dai Comuni nei loro piani regolatori. Si è quindi avuta una sostituzione del piano del commercio con il PRG, il quale ha assorbito il compito della pianificazione commerciale unendolo a quello suo proprio di pianificazione urbanistica⁷.

⁷ S. CIERVO, *Rapporti tra disciplina commerciale e urbanistica alla luce della liberalizzazione del commercio*, in *Riv. Giur. dell'edilizia*, 4/2013, p.167.

Ulteriori limiti alla libera iniziativa economica si trovano all'art. 11 che regola gli orari di apertura e chiusura.

Una vera liberalizzazione si è avuta nel settore degli esercizi di vicinato, tanto che l'art. 25, comma 7, attribuisce ai soggetti titolari della vecchia autorizzazione commerciale ai sensi della legge del 1971 la facoltà di restituire il titolo e di usufruire di un indennizzo.

Bisogna, tuttavia, riconoscere che la chiusura alla concorrenza è disposta non in nome di un controllo o di una protezione del mercato attraverso distorsioni del naturale equilibrio economico, ma in nome di altri interessi rivendicati e tutelati dal PRG in quanto sede dell'unitaria tutela degli interessi generali che ruotano intorno al territorio. Infatti, il PRG non persegue finalità economiche e non può spingersi sino a conformare l'attività d'impresa ingerendosi nelle scelte organizzative e gestionali. Lo strumento principe dell'urbanistica incide sulle attività commerciali in via mediata e incidentale nel disciplinare le ricadute territoriali di queste, la loro localizzazione e stabilendo le necessarie dotazioni di parcheggi, spazi pubblici, infrastrutture di corredo e tipologie edilizie e architettoniche.

Subito dopo la legge statale l'AGCOM ha espresso alcune importanti raccomandazioni. In particolare ha auspicato che le Regioni a tutela della concorrenza non continuassero l'impostazione protezionistica a sostegno delle piccole imprese e non adottassero norme volte al perseguimento di obiettivi di programmazione commerciale, ma avviassero un processo di modernizzazione del commercio allo scopo di rendere le imprese più competitive, in linea con gli standard europei e in grado di adattarsi nel tempo alle mutevoli condizioni del mercato⁸.

⁸ Estratto da Bollettino dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato 26.04.1999 *"Misure regionali attuative del D.Lgs.114/1998 in materia di distribuzione commerciale (AS170)"*: "In sintesi: a) bisognerebbe evitare l'adozione, nei provvedimenti regionali, di un modello di valutazione delle domande di autorizzazione per le medie e grandi superfici rigidamente impostato in termini di regolamentazione strutturale del mercato, cioè sulla predeterminazione quantitativa dei limiti alle possibilità di entrata sul mercato. In questa prospettiva, in particolare, andrebbe evitato il riferimento a unità territoriali predefinite come contesto rispetto al

1.3 Leggi regionali

Ciò nonostante le Regioni hanno dato altra lettura al decreto legislativo del 1998 e lo sforzo del legislatore di liberalizzare il mercato fortemente imbrigliato dalle disposizioni dello strumento di settore è stato frustrato dagli interventi regionali. In attuazione del decreto Bersani, infatti, la Regioni hanno emanato leggi regionali di programmazione della rete distributiva senza abbandonare l'impronta dirigistica della legge del 1971 e il controllo all'accesso al mercato⁹. Le leggi regionali hanno

quale determinare, in modo sostanzialmente meccanico, criteri quantitativi per la valutazione delle singole domande di autorizzazione; b) il sistema preposto all'esame delle domande di autorizzazione relative alle medie e alle grandi superfici di vendita dovrebbe essere configurato in modo tale per cui l'ipotesi di non accettazione della domanda sia limitata ai casi in cui dall'accoglimento della stessa deriverebbero specifici effetti pregiudizievoli per l'interesse generale, con riferimento all'adeguata articolazione dell'offerta, alla disponibilità di servizi per la popolazione (compresi gli esercizi di vicinato) e in generale alle esigenze di tutela e riqualificazione dell'assetto urbanistico-territoriale. Le decisioni di diniego dell'autorizzazione dovrebbero essere dettagliatamente e sostanzialmente motivate; c) andrebbe evitato il reinserimento, a livello regionale, di misure equivalenti alle tabelle merceologiche; d) le ipotesi nelle quali i Comuni potrebbero bloccare per due anni l'entrata di esercizi di vicinato, ai sensi dell'articolo 10, comma 1, lettera c, del decreto legislativo, andrebbero strettamente limitate ai casi in cui il blocco dell'entrata è strettamente necessario per il perseguimento di esigenze di tutela degli assetti urbanistici e dei consumatori; e) nella formulazione dei criteri per la programmazione urbanistica bisognerebbe evitare l'inserimento di norme volte al perseguimento di obiettivi di programmazione commerciale.”

⁹ Molte leggi regionali, nell'esercitare il potere di programmazione della rete distributiva nei centri storici, hanno previsto l'esclusione di determinate tipologie merceologiche (art. 1, comma 67, L.R. Abruzzo 16 luglio 2008, n. 11; art. 9, L.R. Basilicata 20 luglio 1999, n. 19; art. 13, L.R. Calabria 11 giugno 1999, n. 17; art. 9, L.R. Valle d'Aosta 7 agosto 1999, n. 12; art. 8, delibera Consiglio regionale Lazio, 6 novembre 2002, n. 131- “documento programmatico per l'insediamento delle attività commerciali sulle aree private”). La sopravvivenza di queste disposizioni, già contenute nel D.L. n. 832/1986, convertito in L. 6 febbraio 1987, n. 15, e assai opportune per tutelare le aree di valore culturale continuamente aggredite da negozi di chincaglierie, cineserie, *jeanserie*, ecc., è assai dubbia dopo che l'art. 3 del D.L. n. 223/2006, convertito in L. 4 agosto 2006, n. 248, ha vietato tutte le limitazioni quantitative all'assortimento merceologico offerto negli esercizi commerciali, fatta salva la distinzione tra settore alimentare e non alimentare (Duccio Traina).

“mantenuto in vita”¹⁰, magari con sembianze diverse, il piano del commercio abolito dal D. Lgs. 114/1998 e sono rimaste in vigore, tradendo l’impostazione della legge statale perché con la riforma dell’art. 117 della Costituzione (legge cost. n. 3 del 2001) il potere legislativo in materia di commercio viene attribuito alle Regioni in via residuale-esclusiva e non è, come in precedenza, espressione della potestà integrativa-attuativa. La legge statale non possiede più *vis abrogans* nei confronti delle leggi regionali, perché il rapporto tra le fonti non è più quello tra legge quadro e disciplina di dettaglio, ma è un rapporto segnato dall’art. 117 e improntato al principio di competenza. E quindi il risultato finale è stato un forte ridimensionamento dell’obiettivo di promozione della libera iniziativa economica, perseguito dalla riforma, posto in essere per mezzo di piani regolatori generali che hanno assorbito al loro interno la disciplina del piano commerciale, superando la concezione separatista della legge del 1971 e realizzando ciò che è stato definito come un “rapporto di immedesimazione” tra disciplina del commercio e disciplina urbanistica¹¹. Si è anche affermato che “taluni dei profili dirigitici propri della soppressa programmazione economica del commercio sono stati recuperati e riproposti sub specie di prescrizioni da inserire negli strumenti urbanistici”¹².

1.4 Decreto Bersani 2

Successivamente è intervenuto il secondo decreto Bersani (D.L. n. 223/2006, convertito in legge n. 248/2006). Esso ha continuato a incidere sulla materia del commercio, attraverso l’esercizio del potere legislativo nelle materie di competenza legislativa statale esclusiva

¹⁰ Espressione di P.L. PORTALURI, *Primauté della pianificazione urbanistica e regolazione delle attività commerciali*, in *Riv. Giur. dell’edilizia*, 2012, p. 233.

¹¹ E.M. MARENGHI, *Nuove tendenze dei rapporti tra urbanistica e commercio*, in *Riv. Giur. di urbanistica*, 3/1999, p. 227.

¹² G. CAIA, *Governo del territorio e attività economiche*, in *Dir. Amm.*, 4/2003, p.707.

relative alla tutela della concorrenza e alla determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali, che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale. Più precisamente, l'intervento legislativo statale è stato disposto "ai sensi dell'ordinamento comunitario in materia di tutela della concorrenza e libera circolazione delle merci e dei servizi e al fine di garantire la libertà di concorrenza secondo condizioni di pari opportunità e di corretto e uniforme funzionamento del mercato, nonché di assicurare ai consumatori finali un livello minimo e uniforme di condizioni di accessibilità all'acquisto di prodotti e servizi sul territorio nazionale e ai sensi dell'articolo 117, comma secondo, lettere e) ed m), della Costituzione".

Il secondo decreto Bersani si pone da subito, con l'art. 3, sulla scia di quanto era previsto con il D. Lgs. n. 114/1998 in quanto prescrive che le attività commerciali, come individuate da quest'ultimo, e di somministrazione di alimenti e bevande sono svolte senza tutta una serie di limiti e prescrizioni¹³ tra cui: l'obbligo di iscrizione ai registri abilitanti

¹³ Art. 3 "Regole di tutela della concorrenza nel settore della distribuzione commerciale"
1. Ai sensi delle disposizioni dell'ordinamento comunitario in materia di tutela della concorrenza e libera circolazione delle merci e dei servizi ed al fine di garantire la libertà di concorrenza secondo condizioni di pari opportunità ed il corretto ed uniforme funzionamento del mercato, nonché di assicurare ai consumatori finali un livello minimo ed uniforme di condizioni di accessibilità all'acquisto di prodotti e servizi sul territorio nazionale, ai sensi dell'articolo 117, comma secondo, lettere e) ed m), della Costituzione, le attività commerciali, come individuate dal decreto legislativo 31 marzo 1998, n. 114, e di somministrazione di alimenti e bevande sono svolte senza i seguenti limiti e prescrizioni: a) l'iscrizione a registri abilitanti ovvero possesso di requisiti professionali soggettivi per l'esercizio di attività commerciali, fatti salvi quelli riguardanti il settore alimentare e della somministrazione degli alimenti e delle bevande; b) il rispetto di distanze minime obbligatorie tra attività commerciali appartenenti alla medesima tipologia di esercizio; c) le limitazioni quantitative all'assortimento merceologico offerto negli esercizi commerciali, fatta salva la distinzione tra settore alimentare e non alimentare; d) il rispetto di limiti riferiti a quote di mercato predefinite o calcolate sul volume delle vendite a livello territoriale sub regionale; e) la fissazione di divieti ad effettuare vendite promozionali, a meno che non siano prescritti dal diritto comunitario; f) l'ottenimento di autorizzazioni preventive e le limitazioni di ordine temporale o quantitativo allo svolgimento di vendite promozionali di prodotti, effettuate all'interno degli esercizi commerciali, tranne che nei periodi immediatamente precedenti i saldi di fine stagione per i medesimi prodotti; f-bis) il divieto o l'ottenimento di autorizzazioni preventive per il consumo immediato dei prodotti di gastronomia presso

ovvero possesso di requisiti professionali soggettivi per l'esercizio di attività commerciali; il rispetto di distanze minime obbligatorie tra attività commerciali appartenenti alla medesima tipologia di esercizio; le limitazioni quantitative all'assortimento merceologico offerto negli esercizi commerciali, fatta salva la distinzione tra settore alimentare e non alimentare; il rispetto di limiti riferiti a quote di mercato predefinite o calcolate sul volume delle vendite a livello territoriale sub regionale. L'intervento legislativo ha comportato una notevole riduzione della competenza legislativa residuale delle Regioni in materia di commercio e distribuzione¹⁴, tuttavia la Corte Costituzionale con la sentenza n. 430, del 14.12.2007, ha dichiarato conforme all'art. 117 Cost. gli artt. 3 e 5 della legge statale; quindi, il legislatore statale ha legiferato nel rispetto del principio di competenza¹⁵.

Unico commento negativo che si può muovere all'articolo 3 consiste nel non aver eliminato il rispetto di determinati orari di apertura e chiusura al pubblico degli esercizi di vendita al dettaglio e aver mantenuto alcune limitazioni per gli esercizi di somministrazione di bevande e alimenti.

La liberalizzazione della rete distributiva delle attività commerciali ha, come manifesto, questo articolo. È indubbio che dopo questa disposizione non sia più possibile limitare l'apertura di nuovi

l'esercizio di vicinato, utilizzando i locali e gli arredi dell'azienda con l'esclusione del servizio assistito di somministrazione e con l'osservanza delle prescrizioni igienico-sanitarie. 2. Sono fatte salve le disposizioni che disciplinano le vendite sottocosto e i saldi di fine stagione. 3. A decorrere dalla data di entrata in vigore del presente decreto sono abrogate le disposizioni legislative e regolamentari statali di disciplina del settore della distribuzione commerciale incompatibili con le disposizioni di cui al comma 1.

4. Le regioni e gli enti locali adeguano le proprie disposizioni legislative e regolamentari ai principi e alle disposizioni di cui al comma 1 entro il 1° gennaio 2007.

¹⁴ S. CIERVO, *Rapporti tra disciplina commerciale e urbanistica alla luce della liberalizzazione del commercio*, opera citata.

¹⁵ A. MORBIDELLI, *Commercio e distribuzione*, in *Tratt. dir. amm. europeo, parte speciale, II*, M.P. CHITI E G. GRECO (a cura di), Milano, Giuffrè, 2007, commentando il secondo decreto Bersani ha osservato come la legge non ponga la tutela della concorrenza in bilanciamento con altri principi inerenti al settore commerciale, ma ad un livello superiore, tanto che essa "si sovrappone con *vis* abrogativa a tutte le disposizioni previgenti ad essa antitetiche".

esercizi commerciali sulla base di previsioni fondate sull'esistenza di quote di mercato predefinite o calcolate sul volume delle vendite cioè sull'apprezzamento autoritativo dell'adeguatezza dell'offerta alla presunta entità della domanda. Il rapporto tra domanda e offerta deve essere governato dalle sole regole del mercato. Le leggi regionali che avevano ad oggetto la programmazione della rete distributiva sono state ritenute abrogate da molti giudici amministrativi per contrasto con sopravvenuta legge statale. L'interpretazione abrogativa si basa sull'espressa previsione della legge statale: "Le regioni e gli enti locali adeguano le proprie disposizioni legislative e regolamentari ai principi e alle disposizioni di cui al comma 1 entro il 1° gennaio 2007"¹⁶.

1^ finestra informativa

La Società Panet chiede al Comune di Milano il rilascio dell'autorizzazione all'attività di somministrazione di alimenti e bevande, nel locale di via Broletto 43, il 7.08.2006. L'Amministrazione emana un provvedimento di diniego il 12.09.2006. La Società Panet chiede il riesame della decisione negativa il 19.10.2006, ma l'Amministrazione risponde confermando il provvedimento di diniego il 25.10.2006 aggiungendo anche che la L. n. 248/2006, di conversione del decreto legge n. 223/2006, non incide sulla legislazione vigente. A questo punto la Società Panet propone ricorso al T.A.R. per l'annullamento dei provvedimenti emananti dall'Amministrazione nonché per il risarcimento danni derivanti dai provvedimenti illegittimi e nel contempo notifica all'Amministrazione la diffida e la messa in mora. Il Direttore del Settore Commercio risponde alla notifica con provvedimento confermativo dei pregressi atti di diniego del 30.01.2007 e anche questo provvedimento è impugnato davanti al Tar con motivi aggiunti.

Il T.A.R. Lombardia-Milano, sez. IV, n. 6259/2007, in sentenza riepiloga l'evoluzione della disciplina della somministrazione di alimenti e bevande nella regione Lombardia.

¹⁶ Testo dell'art. 3, comma 4, del D.L. n. 223/2006, convertito in L. n. 248/2006; sia sul fenomeno abrogativo delle leggi regionali, sia sulla forte apertura alla concorrenza del secondo decreto Bersani confronta sentenza del Cons. Stato, Sez. V, 5 maggio 2009 n. 2808, con commento di LUIGI CAMERIERO, in *Urbanistica e appalti*, 8/2009, p. 962.

Legge regionale lombarda sulla somministrazione di alimenti e bevande n. 30/2003 sancisce che la Regione dà indirizzi generali e che successivamente, entro 180 giorni, il Comune, recependo tali indirizzi, detta criteri per il rilascio di nuove autorizzazioni. Segue la delibera della Giunta regionale del 17.05.2004 e, successivamente, la delibera del Consiglio comunale del 19.04.2005.

La materia è disciplinata anche dalle leggi dello Stato n. 287/1991 e n. 25/1996 che prescrivono che le autorizzazioni siano rilasciate dai Sindaci, previa fissazione, da parte degli stessi, di un parametro numerico per ciascuna tipologia di esercizio, al fine di assicurare la migliore funzionalità e produttività del servizio. Quindi il Sindaco fissa i parametri numerici con ordinanza del 12.11.2003. Il tutto è anteriore alla legge regionale 30/2003.

L'ultimo atto dell'Amministrazione del 19.04.2005 è l'atto presupposto, cioè è l'atto in base al quale sono stati adottati i provvedimenti di diniego impugnati davanti al T.A.R. L'atto del 19.04.2005 è legittimo perché conforme a tutte le fonti normative sopra elencate (cfr. sentenze T.A.R. Lombardia: 2078/2006, 3674/2005, 1805/2007) ma bisogna esaminare la sua conformità anche alla luce della legge n. 248/2006, che ha convertito il decreto legge n. 223/2006.

Per evitare un simile scrutinio, il Comune eccepisce che l'art. 3 della legge statale n. 248/2006 è incostituzionale poiché viola l'art. 117.4 Cost., perché disciplina la materia del commercio che è di competenza legislativa regionale residuale.

Il T.A.R. afferma che la legge statale è stata emanata in conformità all'art. 117.2 lettera E (tutela della concorrenza) ed M (determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale), quindi ha ad oggetto materie la cui trasversalità è stata più volte ribadita dalla Corte Costituzionale (cfr., per tutte, Corte Cost. n. 303/2003, ma anche n. 14/2004) e “bisogna riconoscere nella locuzione “tutela della concorrenza”, non solo l'aspetto statico di garanzia e salvaguardia dei principi antitrust, ma anche quello dinamico che autorizza misure pubbliche volte a ridurre squilibri, a favorire le condizioni di un sufficiente sviluppo del mercato o ad instaurare assetti concorrenziali”¹⁷. Non solo la legge è costituzionale, ma è confortata anche dall'interpretazione dell'art. 3 della Consulta, espressa nella sentenza 430/2007, sentenza che si colloca nel solco di una giurisprudenza più volte confermata (sentenza n. 80/2006, sentenza n. 242/2005). “La disposizione, essendo diretta a rimuovere

¹⁷ Così LUIGI CAMERIERO nella nota a sentenza “*La concorrenza ha un solo padrone: il mercato*”.

limiti all'accesso al mercato, sia soggettivi, sia riferiti all'astratta predeterminazione del numero degli esercizi, sia concernenti le modalità di esercizio dell'attività nella parte influente sulla competitività delle imprese, anche allo scopo di ampliare la tipologia di esercizi in concorrenza, si inserisce nel quadro del processo di modernizzazione del commercio, all'evidente scopo di rimuovere i residui profili di contrasto della disciplina di settore con i principi della libera concorrenza. Alla stregua di tali proposizioni, che convalidano la previsione normativa di principio qui in discussione, limitazioni all'apertura di nuovi esercizi commerciali sono astrattamente possibili, purché tali limitazioni non si fondino su quote di mercato predefinite o calcolate sul volume delle vendite, ossia, in altri termini, sull'apprezzamento autoritativo dell'adeguatezza dell'offerta alla presunta entità della domanda. Sono i principi europei del Trattato e quelli del nostro ordinamento costituzionale che impongono ai poteri pubblici di non interferire sul libero gioco della concorrenza, di astenersi dallo stabilire inderogabilmente il numero massimo degli esercenti da autorizzare in una determinata area." (Consiglio di Stato n. 2008/2009, paragrafo 7). Di conseguenza le amministrazioni locali non possono adottare misure regolatorie che incidono sul rapporto tra domanda e offerta, posto che tale rapporto deve essere l'espressione delle sole regole del mercato, in attuazione del principio di libera concorrenza.

Sempre per evitare lo scrutinio sull'atto del 19.04.2005, in relazione all'art. 3 L. n. 248/2006, il Comune eccepisce che quest'ultimo articolo non incide sulle disposizioni vigenti ed emanate antecedentemente alla legislazione statale e invoca il principio del *tempus regit actum*. Quindi, a detta del Comune, i principi di liberalizzazione della legge statale sono inapplicabili agli strumenti urbanistici approvati in precedenza e il dovere del Comune di adeguarsi alla normativa sopravvenuta deve ancora nascere perché ancora deve essere emanata la legge regionale di attuazione della legge statale liberalizzatrice.

L'applicazione temporale della L. n. 248/2006 è regolata sia dal comma 4 dello stesso art. 3 che dispone: "Le regioni e gli enti locali adeguano le proprie disposizioni legislative e regolamentari ai principi e alle disposizioni di cui al comma 1 entro il 1° gennaio 2007", sia dalla L. n. 131/2003 - recante Disposizioni per l'adeguamento dell'ordinamento della Repubblica alla legge costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3 - che all'art. 1.2 dispone: "Le disposizioni normative regionali vigenti alla data di entrata in vigore della presente legge nelle materie appartenenti alla legislazione esclusiva statale continuano ad applicarsi fino alla data di entrata in vigore delle disposizioni statali in materia, fatti salvi gli effetti di eventuali pronunce della Corte Costituzionale". Questa

legge del 2003 individua il rapporto tra legge statale e legge regionale. (Tale disposizione normativa è richiamata sia in Tar Toscana n. 6400/2010, sia in Tar Sicilia, Palermo, n. 6884/2010, sia in Tar Friuli Venezia Giulia n. 145/2011, sia nella sentenza che ha regolato il caso che qui si rappresenta, Cons. Stato n. 2808/2009, sia in T.A.R. Lombardia, Milano n. 227/2013).

Stabilito, quindi, che la legge n. 248/2006 è stata emanata ed è vigente, il T.A.R. afferma che l'atto 19.04.2005 è in contrasto con la lettera D dell'art. 3 L. n. 248/2006, in forza della quale è illegittimo imporre il rispetto di "limiti riferiti a quote di mercato predefinite o calcolate sul volume delle vendite a livello territoriale sub regionale".

Il Comune sostiene, invece, che non sussiste contrasto perché gli atti di indirizzo regionali e gli atti applicativi del Sindaco non prevedono distanze minime o quote di mercato garantite, e tendono al contemperamento del diritto di libera iniziativa economica privata con la tutela di altri diritti di pari rango e degli interessi generali, una funzione che non può privarsi del potere di emettere atti di programmazione dello sviluppo del commercio. Tuttavia, il T.A.R. è di tutt'altro avviso, e afferma che il risultato degli atti regionali e comunali consiste nella delimitazione di zone territoriali e nell'abbinamento a ciascuna zona territoriale di un numero massimo di esercizi commerciali autorizzabili. Il numero è fissato in base ai residenti di quella certa zona territoriale: più sono i residenti e più è alto il numero massimo di autorizzazioni rilasciabili. Si fissa in questo modo un tasso di concentrazione. Tutto ciò si traduce nell'indicare, per ogni esercizio esistente, il numero ottimale di residenti (cioè la quota di mercato predefinita) ad esso relativo, dato che il mercato di riferimento risulta dalla zona territoriale. (vedi pag. 12 della sentenza appellata). La decisione sul numero di autorizzazioni rilasciabili è ovviamente il frutto di un apprezzamento autoritativo volto ad una rimodulazione dell'offerta in base alla prevedibile domanda affinché l'offerta non risulti insufficiente, e ciò è un intervento pubblico-dirigistico nell'economia, non conforme al principio della libera concorrenza.

Il T.A.R. annulla i provvedimenti impugnati, rigetta la domanda risarcitoria poiché non ravvisa la colpa dell'Amministrazione in considerazione della complessità del quadro normativo di riferimento, e compensa tra le parti le spese di lite.

Davanti al Consiglio di Stato, il Comune impugna, con appello principale, la sentenza T.A.R., nella parte in cui annulla i provvedimenti, invece, la Società Panet impugna, con appello incidentale, la stessa sentenza nella parte in cui rigetta la domanda risarcitoria.

Entrambi i motivi di gravame vengono rigettati. La sentenza T.A.R. passa in giudicato.

1.5 D. Lgs. n. 59 del 2010

Un ulteriore mutamento dell'assetto normativo si è avuto con il D.Lgs. n. 59/2010, di attuazione della Direttiva 2006/123/CE, cd. direttiva servizi o direttiva Bolkestein¹⁸. La Direttiva servizi si applica a qualsiasi prestazione anche a carattere intellettuale svolta in forma imprenditoriale o professionale, fornita senza vincolo di subordinazione e dietro retribuzione. È evidente quindi che le attività commerciali a posto fisso di vendita al pubblico rientrano nel termine “servizi” della direttiva. L'articolo 10 della legge di attuazione sancisce che l'accesso e l'esercizio delle attività di servizi costituiscono espressione della libertà di iniziativa economica e non possono essere sottoposti a limitazioni non giustificate o discriminatorie. Il successivo articolo espressamente elenca alcune di queste limitazioni vietate¹⁹. Sicuramente il divieto più incisivo nello

¹⁸ Dal nome del Commissario europeo della concorrenza e del mercato interno, Fritz Bolkestein, membro della Commissione Prodi.

¹⁹ Art. 11 “Requisiti vietati” 1. L'accesso ad un'attività di servizi o il suo esercizio non possono essere subordinati al rispetto dei seguenti requisiti: a) requisiti discriminatori fondati direttamente o indirettamente sulla cittadinanza o, per quanto riguarda le società, sull'ubicazione della sede legale [...]; b) il divieto di avere stabilimenti in più di uno Stato membro o di essere iscritti nei registri o ruoli di organismi, ordini o associazioni professionali di altri Stati membri; c) restrizioni della libertà, per il prestatore, di scegliere tra essere stabilito a titolo principale o secondario, in particolare l'obbligo per il prestatore, di avere lo stabilimento principale in Italia o restrizioni alla libertà di scegliere tra essere stabilito in forma di rappresentanza, succursale o filiale; d) condizioni di reciprocità con lo Stato membro nel quale il prestatore ha già uno stabilimento, salvo quelle previste in atti comunitari riguardanti l'energia; e) l'applicazione caso per caso di una verifica di natura economica che subordina il rilascio del titolo autorizzatorio alla prova dell'esistenza di un bisogno economico o di una domanda di mercato, o alla valutazione degli effetti economici potenziali o effettivi dell'attività o alla valutazione dell'adeguatezza dell'attività rispetto agli obiettivi di programmazione economica stabiliti; tale divieto non concerne i requisiti di programmazione che non perseguono obiettivi economici, ma che sono dettati da motivi imperativi d'interesse generale; f) l'obbligo di presentare, individualmente o con altri, una garanzia finanziaria o di sottoscrivere

scenario italiano è rappresentato dalla lettera e). Non è possibile subordinare l'attività commerciale al rilascio di un titolo autorizzatorio che avviene solo se, a seguito dell'istruttoria, emerge l'esistenza di un bisogno economico o di una domanda di mercato o una valutazione positiva circa gli effetti economici potenziali o effettivi dell'attività o l'adeguatezza dell'attività rispetto agli obiettivi di programmazione economica stabiliti. Sussiste un unico limite all'accesso e all'esercizio di un'attività commerciale: requisiti di programmazione con obiettivi non economici ma fondati su motivi imperativi di interesse generale. Tuttavia questo unico limite ha margini ben stretti, come disposto dall'articolo 12²⁰. Le misure limitative dell'attività commerciale giustificate sulla base di motivi imperativi di interesse generale sono *numerus clausus* e devono comunque rispettare i principi di proporzionalità e di non discriminazione.

un'assicurazione presso un prestatore o presso un organismo stabilito in Italia; g) l'obbligo di essere già stato iscritto per un determinato periodo nei registri italiani o di avere in precedenza esercitato l'attività in Italia per un determinato periodo.

²⁰ Art. 12 “Requisiti subordinati alla sussistenza di un motivo imperativo di interesse generale” 1. Nei casi in cui sussistono motivi imperativi di interesse generale, l'accesso e l'esercizio di una attività' di servizio possono, nel rispetto dei principi di proporzionalità e non discriminazione, essere subordinati al rispetto dei seguenti requisiti: a) restrizioni quantitative o territoriali sotto forma, in particolare, di restrizioni fissate in funzione della popolazione o di una distanza geografica minima tra prestatori; b) requisiti che impongono al prestatore di avere un determinato statuto giuridico; c) obblighi relativi alla detenzione del capitale di una società; d) requisiti diversi da quelli relativi alle questioni disciplinate dal decreto legislativo 9 novembre 2007, n. 206, o da quelli previsti in altre norme attuative di disposizioni comunitarie, che riservano l'accesso alle attività di servizi in questione a prestatori particolari a motivo della natura specifica dell'attività esercitata; e) il divieto di disporre di più stabilimenti sul territorio nazionale; f) requisiti che stabiliscono un numero minimo di dipendenti; g) tariffe obbligatorie minime o massime che il prestatore deve rispettare; h) l'obbligo per il prestatore di fornire, insieme al suo servizio, altri servizi specifici. 2. Fermo restando quanto previsto dall'articolo 11, le disposizioni di cui al comma 1 si applicano alla legislazione riguardante i servizi di interesse economico generale per i quali non sono previsti regimi di esclusiva, nella misura in cui ciò non sia di ostacolo alla specifica missione di interesse pubblico. 3. Sono fatti salvi i requisiti relativi alle questioni disciplinate dal decreto legislativo 9 novembre 2007, n. 206, e quelli previsti in altre norme attuative di disposizioni comunitarie, che riservano l'accesso alle attività di servizi in questione a prestatori particolari a motivo della natura specifica dell'attività esercitata.

Amnesso che alcuni limiti sono possibili, se giustificati da motivi imperativi di interesse generale, il cuore del discorso è tutto nell'individuazione di questi motivi. E poiché stiamo parlando di limiti al principio costituzionale della libera iniziativa economica – articolo 41 Cost. – anche detti limiti devono trovare fondamento in altrettanti principi costituzionali.

Questi sono enunciati agli articoli 9, secondo comma, 32, 42, 44 e 47. Non è di certo principio costituzionale la salvaguardia di una quota di mercato in favore degli esercizi esistenti. Dopo la direttiva e dopo il suo recepimento qualsiasi legge, regolamento, provvedimento che pone limiti alle nuove aperture è anticostituzionale e anticomunitario, se si fonda su considerazioni di politica economica. Ci si riferisce più specificamente ai sistemi di programmazione regionale della rete distributiva previsti nelle leggi regionali e recepiti dagli enti territoriali negli strumenti urbanistici.

Sull'argomento Duccio Traina, in un suo articolo sulla Rivista giuridica dell'edilizia, del 2011, dopo aver esaminato il D. Lgs. n. 59/2010, rivolge lo sguardo al futuro e sottopone ai lettori alcune considerazioni di evidente attualità. In primo luogo, avverte che la pianificazione urbanistica sarà oggetto di fortissime pressioni tendenti a reintrodurre surrettiziamente negli strumenti di governo del territorio quei vincoli di programmazione economica del commercio che gli interventi normativi statali hanno inteso eliminare. Tuttavia con l'urbanistica non possono essere perseguiti obiettivi politici, quali modificazioni sociologiche o strategie di governo dell'economia, ma il governo del territorio affinché gli interessi ritenuti meritevoli di tutela dalle norme giuridiche possano convivere in un quadro di sviluppo che non penalizzi il territorio. L'autore ci chiarisce il concetto con un'immagine. La pianificazione urbanistica disegna la scacchiera le cui pedine (le imprese) debbono muoversi liberamente secondo la logica di mercato, con l'auspicio che quest'ultima faccia meglio di qualunque pianificazione pubblica dell'economia.

In secondo luogo, si impone necessariamente un sindacato del giudice amministrativo sull'eccesso di potere più stringente e più penetrante, diverso da quello adottato in passato, che si arrestava davanti alla discrezionalità del potere pianificatorio. Il nuovo sindacato giurisdizionale dovrà svolgersi verificando se effettivamente la misura urbanistica è prevista sulla base di un motivo imperativo di interesse generale e se sono rispettati i principi di proporzionalità e non discriminazione.

Le considerazioni del giurista non si sono, purtroppo, trasformate in realtà neanche dopo il D. Lgs. 59/2010, che rappresenta il secondo intervento legislativo statale emanato ai sensi dell'art. 117, comma 2, lettera e) (tutela della concorrenza), della Cost. che appunto demanda alla competenza della legislazione statale la tutela della concorrenza. Le incrostazioni protezionistiche della normativa regionale hanno necessitato ulteriori interventi.

1.6 D.L. n. 138 del 2011

Il D. L. n. 138/2011, convertito con modificazioni in L. n. 148/2011, conosciuto come “decreto stabilizzazione e sviluppo” contiene ai fini di questo studio un'importante disposizione, l'art. 3. La rubrica dell'articolo è “abrogazione delle indebite restrizioni all'accesso e all'esercizio delle professioni e delle attività economiche” ed infatti subito si dispone l'abrogazione di quelle previsioni comunali, provinciali, regionali e statali che, entro un anno dalla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto²¹, non si siano conformate a quanto di seguito disposto. L'iniziativa e l'attività economica privata sono libere ed è permesso tutto ciò che non è espressamente vietato dalla

²¹ Oggi il testo, in seguito alle modificazioni (L. di conversione n. 148/2011, L. n. 183/2011, D.L. n. 201/2011, convertito in L. n. 214/2011, D.L. n. 1/2012, convertito in L. n. 27/2012, D.L. n. 89/2012, convertito in L. n. 132/2012, sentenza n. 200/2012 della Corte Costituzionale, D.L. n. 69/2013, convertito in L. n. 98/2013) prevede una data diversa: il 30 settembre 2012.

legge. Per legge in realtà bisogna intendere l'ordinamento comunitario, gli obblighi internazionali e i valori costituzionali. Si delinea così il limite del potere autorizzatorio comunale all'apertura delle attività economiche. Il regime autorizzatorio è legittimo solo se previsto come precauzione verso danni alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana, all'utilità sociale, alla salute umana, alle specie animali e vegetali, all'ambiente, al paesaggio, al patrimonio culturale, alla finanza pubblica. Il principio sopra esposto viene proclamato, al secondo comma, fondamentale per lo sviluppo economico e la concorrenza tra le imprese. Anche il comma 7 conferma che le disposizioni vigenti, che regolano l'accesso e l'esercizio delle attività economiche, devono garantire il principio di libertà di impresa e di garanzia della concorrenza.

Eventuali limiti all'accesso e all'esercizio delle attività economiche devono essere interpretati restrittivamente e ciò significa che non è consentita l'analogia. I valori in virtù dei quali si può derogare all'articolo 41 Cost. sono esclusivamente altrettanti valori costituzionali, enumerati dalla legge dopo che è stato operato in astratto il bilanciamento. Quando in seguito la pubblica amministrazione emana un provvedimento limitativo della libertà d'impresa questo deve essere opportunamente motivato in relazione alla sussistenza in concreto del valore costituzionale previsto dalla legge. Questo basterebbe a incanalare l'attività amministrativa discrezionale entro un percorso segnato. E invece l'articolo fa qualcosa in più²², elenca quale contenuto può avere la disposizione restrittiva.

²² Articolo 3, comma 9 "Il termine "restrizione", ai sensi del comma 8, comprende: a) la limitazione, in forza di una disposizione di legge, del numero di persone che sono titolate ad esercitare una attività economica in tutto il territorio dello Stato o in una certa area geografica attraverso la concessione di licenze o autorizzazioni amministrative per l'esercizio, senza che tale numero sia determinato, direttamente o indirettamente sulla base della popolazione o di altri criteri di fabbisogno; b) l'attribuzione di licenze o autorizzazioni all'esercizio di una attività economica solo dove ce ne sia bisogno secondo l'autorità amministrativa; si considera che questo avvenga quando l'offerta di servizi da parte di persone che hanno già licenze o autorizzazioni per l'esercizio di una attività economica non soddisfa la domanda da parte di tutta la società con riferimento all'intero territorio nazionale o ad una certa

Il fine è quello dello sviluppo economico che si realizza incentivando le imprese ad operare nel mercato nazionale, mercato nel quale l'agire amministrativo seppur ancora discrezionale, si muove all'interno di binari tracciati.

1.7 D. L. n. 201 del 2011

Successivamente interviene il D. L. n. 201/2011, convertito con modificazioni in L. n. 214/2011, più conosciuto come “decreto salva Italia” o “decreto Monti”²³. Il testo legislativo reca disposizioni urgenti per la crescita, l'equità e il consolidamento dei conti pubblici e, articolato in quattro titoli e numerosi capi, affronta temi alquanto delicati che spaziano dal sistema finanziario nazionale e internazionale, alle pensioni, alle imposte, alla trasparenza fiscale e tracciabilità dei pagamenti, alla promozione e tutela della concorrenza. Sicuramente ai nostri fini il titolo più rilevante è l'ultimo nei suoi due capi: uno dedicato alla liberalizzazione (artt. 31-33) e uno dedicato alla concorrenza (artt. 34-37).

area geografica; c) il divieto di esercizio di una attività economica al di fuori di una certa area geografica e l'abilitazione a esercitarla solo all'interno di una determinata area; d) l'imposizione di distanze minime tra le localizzazioni delle sedi deputate all'esercizio di una attività economica; e) il divieto di esercizio di una attività economica in più sedi oppure in una o più aree geografiche; f) la limitazione dell'esercizio di una attività economica ad alcune categorie o divieto, nei confronti di alcune categorie, di commercializzazione di taluni prodotti; g) la limitazione dell'esercizio di una attività economica attraverso l'indicazione tassativa della forma giuridica richiesta all'operatore; h) l'imposizione di prezzi minimi o commissioni per la fornitura di beni o servizi, indipendentemente dalla determinazione, diretta o indiretta, mediante l'applicazione di un coefficiente di profitto o di altro calcolo su base percentuale; i) l'obbligo di fornitura di specifici servizi complementari all'attività svolta”.

²³ Questo D.L. è così chiamato perché reca la firma di Mario Monti in qualità di Presidente del Consiglio dei Ministri e di Ministro dell'Economia e delle finanze ed è stato pubblicato a solo un mese dal suo insediamento. L'economista era stato, prima di assumere l'incarico politico in Italia, Commissario europeo per il mercato interno e Commissario europeo per la concorrenza e ben conosceva il fenomeno della liberalizzazione che sin dal 1998 (decreto Bersani) si cercava di introdurre nel nostro Paese.

Il legislatore con ferma chiarezza ha espresso principi generali che già erano contenuti nei provvedimenti legislativi precedenti. Probabilmente il governo Monti, in particolare su suggerimento del sottosegretario alla Presidenza del Consiglio Catricalà, già presidente dell'Autorità Antitrust, ha ritenuto che la precedente normativa fosse generica e suscettibile di interpretazioni discordanti rispetto alla ratio legis e, quindi, ha proceduto ad una riscrittura e ad una puntualizzazione di alcuni principi. L'art. 31 ("regole di tutela della concorrenza nel settore della distribuzione commerciale") al 1° comma afferma che le attività commerciali non possono più incontrare restrizioni relative agli orari di apertura e chiusura e obblighi di giornate di chiusura. Al 2° comma sancisce quale principio generale dell'ordinamento nazionale la libertà di apertura di nuovi esercizi commerciali sul territorio, senza contingenti, limiti territoriali o altri vincoli di qualsiasi altra natura, esclusi quelli connessi alla tutela della salute, dei lavoratori, dell'ambiente, ivi incluso l'ambiente urbano e dei beni culturali. Entro il termine indicato (90 giorni dalla data di entrata in vigore della legge di conversione del decreto) le Regioni e gli enti locali dovevano adeguare i propri ordinamenti altrimenti segue l'immediata abrogazione. La disposizione originaria, così come riportata sopra, era alquanto vincolante per gli enti territoriali substatali, e comprimeva molto i loro poteri in materia di disciplina del commercio. Infatti, l'art. 31, 2° comma, è stato più volte modificato²⁴ ed ora prevede che le Regioni e gli enti locali, adeguandosi alla legge statale entro il 30 settembre 2012, possono prevedere, senza discriminazioni tra gli operatori, anche aree interdette agli esercizi commerciali, ovvero limitazioni ad aree dove possano insediarsi attività produttive e commerciali solo qualora vi sia la necessità di garantire la tutela della salute, dei lavoratori, dell'ambiente, ivi incluso l'ambiente urbano, e dei beni culturali.

²⁴ Legge di conversione n. 214/2011, D. L. n. 1/2012, convertito in L. n. 27/2012, D. L. n. 69/2013, convertito in L. n. 98/2013, D. L. n. 91/2014, convertito in L. n. 116/2014.

Altro articolo importante è il 34 perché afferma che la libertà del privato che svolge un'attività economica consiste nella libertà di accesso, di organizzazione e di svolgimento della stessa ed elimina i controlli *ex-ante*²⁵. Eventuali controlli amministrativi rimangono comunque possibili. La disposizione impiega un'espressione terminologica diversa dal D.L. n. 138/2011 ma sostanzialmente identica. L'amministrazione è titolare di un potere di controllo se sussistono "esigenze imperative di interesse generale, costituzionalmente rilevanti e compatibili con l'ordinamento comunitario". Ciò che innova, invece, è l'introduzione del principio di proporzionalità.

L'eventuale provvedimento autorizzatorio non solo deve essere motivato con riguardo alla sussunzione del caso di specie nella fattispecie legale di tutela dell'interesse costituzionalmente rilevante ma la motivazione deve riguardare anche la proporzionalità e l'adeguatezza della misura adottata. Questa deve essere la più idonea alla salvaguardia dell'interesse pubblico e allo stesso tempo comportare la minor compressione possibile del valore costituzionale sacrificato.

²⁵ Art. 34 "Liberalizzazione delle attività economiche ed eliminazione dei controlli *ex-ante*" comma 4. L'introduzione di un regime amministrativo volto a sottoporre a previa autorizzazione l'esercizio di un'attività economica deve essere giustificato sulla base dell'esistenza di un interesse generale, costituzionalmente rilevante e compatibile con l'ordinamento comunitario, nel rispetto del principio di proporzionalità. 5. L'Autorità garante della concorrenza e del mercato è tenuta a rendere parere obbligatorio, da rendere nel termine di trenta giorni decorrenti dalla ricezione del provvedimento, in merito al rispetto del principio di proporzionalità sui disegni di legge governativi e i regolamenti che introducono restrizioni all'accesso e all'esercizio di attività economiche. 6. Quando è stabilita, ai sensi del comma 4, la necessità di alcuni requisiti per l'esercizio di attività economiche, la loro comunicazione all'amministrazione competente deve poter essere data sempre tramite autocertificazione e l'attività può subito iniziare, salvo il successivo controllo amministrativo, da svolgere in un termine definito; restano salve le responsabilità per i danni eventualmente arrecati a terzi nell'esercizio dell'attività stessa. 7. Le Regioni adeguano la legislazione di loro competenza ai principi e alle regole di cui ai commi 2, 4 e 6. 8. Sono escluse dall'ambito di applicazione del presente articolo le professioni, il trasporto di persone mediante autoservizi pubblici non di linea, i servizi finanziari, come definiti dall'art. 4 del decreto legislativo 59 del 2010, e i servizi di comunicazione, come definiti dall'art. 5 del decreto legislativo 59 del 2012.

1.8 D. L. n. 1 del 2012

Con il D. L. n. 1/2012, convertito con modificazioni in L. n. 27/2012 e conosciuto come “decreto cresci Italia”, si rincarava la dose²⁶ e si afferma che, in conformità con l’art. 41 della Costituzione e con il principio di concorrenza del trattato europeo, sono abrogate a) le norme che prevedono limiti numerici, autorizzazioni, licenze, nulla osta o preventivi atti di assenso dell'amministrazione comunque denominati per l'avvio di un'attività economica non giustificati da un interesse generale costituzionalmente rilevante e compatibile con l'ordinamento comunitario nel rispetto del principio di proporzionalità; b) le norme che pongono divieti e restrizioni alle attività economiche non adeguati o non proporzionati alle finalità pubbliche perseguite nonché le disposizioni di pianificazione e programmazione territoriale o temporale autoritativa con prevalente finalità economica o prevalente contenuto economico, che pongono limiti, programmi e controlli non ragionevoli, ovvero non adeguati ovvero non proporzionati rispetto alle finalità pubbliche dichiarate e che in particolare impediscono, condizionano o ritardano l'avvio di nuove attività economiche o l'ingresso di nuovi operatori economici ponendo un trattamento differenziato rispetto agli operatori già presenti sul mercato, operanti in contesti e condizioni analoghi, ovvero impediscono, limitano o condizionano l'offerta di prodotti e servizi al consumatore, nel tempo nello spazio o nelle modalità, ovvero alterano le condizioni di piena concorrenza fra gli operatori economici oppure limitano o condizionano le tutele dei consumatori nei loro confronti.

Il 2° comma del medesimo art. 1 prevede che le disposizioni recanti divieti, restrizioni, oneri o condizioni all'accesso ed all'esercizio delle attività economiche sono in ogni caso interpretate ed applicate in

²⁶ Espressione usata da PAOLO URBANI, *Governo del territorio e delle attività produttive. Tra regole, libertà di iniziativa economica e disciplina della proprietà*, in *Urbanistica e appalti*, 12/2016, p. 1309.

senso tassativo, restrittivo e ragionevolmente proporzionato alle perseguite finalità di interesse pubblico generale, alla stregua dei principi costituzionali per i quali l'iniziativa economica privata è libera secondo condizioni di piena concorrenza e pari opportunità tra tutti i soggetti, presenti e futuri, ed ammette solo i limiti, i programmi e i controlli necessari ad evitare possibili danni alla salute, all'ambiente, al paesaggio, al patrimonio artistico e culturale, alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana e possibili contrasti con l'utilità sociale, con l'ordine pubblico, con il sistema tributario e con gli obblighi comunitari ed internazionali della Repubblica. Una interessante lettura della normativa è contenuta nella seguente considerazione: "le bardature amministrative poste dalla legislazione in materia di attività commerciale sono sottoposte a una rivisitazione a tutto campo in nome della concorrenza: intanto sono da ritenersi legittime, in quanto abbiano giustificazione nella tutela di valori costituzionali, che come tali fungono da controlimite al principio di derivazione comunitaria"²⁷.

2. Riflessione. Il non recepimento dei principi di liberalizzazione dei mercati e l'automatica abrogazione

Tutti gli interventi legislativi statali su richiamati successivi alla riforma costituzionale dell'articolo 117 sono stati emanati invocando la competenza legislativa statale in materia della tutela della concorrenza. Tuttavia la tutela della concorrenza non è materia di settore. È stata infatti definita un valore o materia trasversale, proprio per descrivere la sua capacità di incidere in altre materie, nella specie, nel commercio.

Questi interventi legislativi sono accomunati oltre che dall'oggetto – la tutela della concorrenza - anche da una disposizione che è sempre presente e che prevede l'adeguamento degli ordinamenti sub

²⁷ A. MORBIDELLI, *Commercio e distribuzione*, in *Tratt. dir. amm. europeo, parte speciale II*, M.P. CHITTE G. GRECO (a cura di) Milano, Giuffrè, 2007, p. 770.

statali a quanto disposto dalla legge statale. Il non adeguamento delle disposizioni legislative e regolamentari comporta la loro abrogazione.

Ma è veramente possibile che la legge statale in materia di concorrenza abroghi la legge regionale precedente in materia di commercio? Il rapporto tra queste due leggi è regolato - e quindi l'eventuale contrasto è risolto - dal criterio cronologico?

Si ritiene in dottrina che ciò non sia possibile, poiché seguendo il criterio della competenza le norme incompetenti dovrebbero essere annullate. Tuttavia la giurisprudenza ha utilizzato il criterio cronologico di risoluzione delle antinomie. Più propriamente si è fatto ricorso al principio di elasticità dei poteri espresso dall'art. 1, comma 2, della legge n. 131/2003 "Disposizioni per l'adeguamento dell'ordinamento della Repubblica alla legge costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3" (Le disposizioni normative regionali vigenti alla data di entrata in vigore della presente legge nelle materie appartenenti alla legislazione esclusiva statale continuano ad applicarsi fino alla data di entrata in vigore delle disposizioni statali in materia, fatti salvi gli effetti di eventuali pronunce della Corte costituzionale). Si è sostenuto, infatti, che le disposizioni regionali precedenti o successive in contrasto con le norme statali, emanate in materia di competenza legislativa esclusiva, sono cedevoli rispetto a queste ultime.

2^ finestra informativa

Conforme alla giurisprudenza su richiamata si analizza una vicenda processuale iniziata con Tar Lombardia, sez. 1, 14 febbraio 2013, n. 411 e conclusasi con Cons. Stato, sez. V, 27 maggio 2014, n. 2746.

La disposizione legislativa statale prevedeva che le attività commerciali si svolgessero in orari e giorni liberamente determinati dall'esercente. Tale disposizione si poneva in contrasto con la legge regionale che limitava l'orario e i giorni di apertura. Un Comune italiano, ritenendo la legge regionale abrogata dalla legge statale, revocava il proprio precedente provvedimento di disciplina degli orari e dei giorni di apertura. Un piccolo commerciante sostenendo che la legge regionale non era abrogabile dalla legge statale, poiché quest'ultima invadeva la

competenza legislativa regionale residuale in materia di commercio, impugnava il provvedimento di revoca del Comune davanti al T.A.R.

Condividendo il ragionamento del Comune, sia il giudice di prima istanza sia quello di seconda, rigettavano il ricorso, entrambi in considerazione dell'avvenuta abrogazione della legge regionale per mano della legge statale successiva.

Volendo articolare in più punti il ragionamento seguito dai giudici bisogna partire dalla legge statale. Seguendo l'orientamento più volte ribadito dalla Consulta, le due sentenze chiariscono che la concorrenza è una materia trasversale che svolge i suoi effetti in innumerevoli campi, quali il commercio, l'industria, le professioni, l'artigianato, etc. e, quindi, dichiarano la perfetta competenza della legge statale in materia di concorrenza ad incidere anche nella materia del commercio. Poi, in considerazione della "manifesta" competenza della norma statale sulla base di numerosi precedenti di giurisprudenza costituzionale, si costata il contrasto tra le disposizioni della legge regionale e quelle della legge statale e, quindi, si dichiara l'intervenuta abrogazione della norma regionale per sopravvenuta incompatibilità con quella statale.

(conformi: Cons. Stato, Sez. V, 5 maggio 2009, n. 2808; T.A.R. Toscana, Sez. II, 21 settembre 2010, n. 6400; T.A.R. Lazio, Roma, Sez. II, 6 giugno 2010, n. 32688; T.A.R. Friuli Venezia Giulia, Sez. I, 11 marzo 2011, n. 145 secondo il quale una volta entrata in vigore una norma nazionale in materie riservate alla competenza esclusiva dello Stato, specie se applicativa di principi e norme comunitarie, essa è destinata a prevalere immediatamente, oppure dopo l'infruttuosa scadenza del termine di adeguamento, per "espansione" sulle disposizioni regionali contrastanti).

La giurisprudenza ha dunque utilizzato l'istituto preposto alla risoluzione delle antinomie che si creano nell'ordinamento per il succedersi delle fonti nel tempo: l'abrogazione, applicando il criterio cronologico. La fonte successiva, però, affinché operi opportunamente questo istituto, deve essere di pari rango e omogenea alla precedente. Cioè devono essere atti legislativi primari e devono insistere sulla stessa materia demandata alla competenza di quella stessa autorità. È importante sottolineare queste due condizioni all'operatività del criterio cronologico, perché questo è recessivo se opera il criterio gerarchico o il criterio di competenza.

Evidenziamo le differenze tra il criterio cronologico e quello di competenza.

Il primo consente a qualsiasi giudice comune di ritenere l'atto-fonte precedente, abrogato da quello successivo, l'efficacia dell'abrogazione produce effetto dal momento dell'entrata in vigore della legge successiva ed è limitato alle parti nei confronti delle quali è stata pronunciata la sentenza.

Il secondo, invece, consente solo alla Corte Costituzionale di verificare il rispetto del riparto delle competenze legislative indicato al 117 Cost. da parte della legge in questione, ha efficacia *ex tunc*, cioè la Corte annulla la legge sin dal momento in cui è stata emanata e la sentenza è vincolante *erga omnes*.

La giurisprudenza utilizza il criterio cronologico per risolvere l'antinomia tra fonti non omogenee che insistono su materie demandate ciascuna alla specifica competenza della fonte (concorrenza – legge statale; commercio – legge regionale).

Inoltre, riportando il tutto al criterio cronologico, è il giudice stesso a risolvere l'antinomia quando, invece, l'eventuale incompetenza della fonte, che comporta l'invalidità della fonte stessa per contrasto con l'art. 117 Cost., dovrebbe essere dichiarata – in un ordinamento a controllo costituzionale accentrato – dalla Corte Costituzionale.

Infine, si possono creare situazioni in cui un giudice ritiene la legge regionale abrogata ed un altro non fa intervenire l'abrogazione. Vicende simili verrebbero regolate in modi diversi, poiché l'efficacia della legge regionale sarebbe rimessa al giudizio di ciascun organo giudicante. Si potrebbero produrre situazioni anomale che non si verificherebbero se il giudice *a quo* investisse della questione la Corte Costituzionale, la quale annullerebbe la legge regionale una volta per tutte.

Ciò posto, resta da chiedersi che cosa accadrebbe se qualche Regione approvasse, dopo l'emanazione della legge statale sulla

liberalizzazione, una norma regionale con essa incompatibile. Se si segue il ragionamento della giurisprudenza che regola il rapporto legge statale - legge regionale con il criterio cronologico, la conclusione è che la legge regionale abroga quella statale ad essa precedente.

In tal caso, l'amministrazione sarebbe vincolata nei suoi provvedimenti dalla legge regionale posteriore. Il provvedimento poi – una volta emesso – sarebbe oggetto di impugnativa davanti al giudice amministrativo. Per poter annullare il provvedimento il giudice dovrebbe richiedere comunque un giudizio di legittimità costituzionale da parte della Corte, perché il giudice non può annullare la norma regionale, né dichiararla abrogata da una norma statale ... “antecedente”. Nel migliore dei casi, si potrebbe immaginare un giudizio di legittimità costituzionale in via principale: lo Stato impugna davanti alla Corte Costituzionale, nei 60 giorni successivi all’emanazione, la legge regionale lamentando un’illegittimità di questa in relazione all’art.117 della Cost. e la Corte annulla.

Per questa via comunque si dimostra che l’abrogazione dichiarata dalla giurisprudenza in numerose vicende processuali non convince poi molto. Probabilmente, se i giudici amministrativi avessero portato allo scrutinio della Consulta le leggi regionali che, dopo il secondo decreto Bersani risultavano affette da dubbi di incostituzionalità, il processo di liberalizzazione si sarebbe potuto dispiegare in modo più omogeneo. Basti considerare il fatto che quando è intervenuto il secondo decreto Bersani nel 2006, la regione Veneto e la regione Sicilia hanno proposto ricorso di legittimità costituzionale in via principale (deciso con sentenza n. 430 del 14 dicembre 2007) lamentando il non rispetto del riparto della competenza per materie, e facendo quindi capire che non erano disposte a rinunciare alle loro prerogative e alle conseguenti normative più gradite al loro elettorato.

La legge statale ha però resistito all’asserita incostituzionalità per non rispetto della competenza. Ma in altri casi in cui sono state le leggi regionali l’oggetto dello scrutinio del Giudice delle Leggi, la

decisione è stata di diversa natura: annullamento delle leggi regionali per incostituzionalità derivante dalla violazione dell'articolo 117, primo e secondo comma, lettera e). Queste sentenze sono: Corte Cost. n. 38 del 2013 che annulla la legge provinciale Bolzano n. 7/2012; n. 104 del 2014 che annulla la legge regionale Valle d'Aosta n. 5/2013; n. 165 del 2014 che annulla le leggi regionali Toscana nn. 52/2012 e 13/2013. Le disposizioni censurate dalla Corte Costituzionale si ponevano in contrasto con le leggi di liberalizzazione (D.L. 201/2011 e D.L. 1/2012) vanificando la finalità perseguita dal legislatore statale e dalla Direttiva servizi (123/2006) con conseguente illegittima limitazione della libertà di concorrenza, in violazione dell'articolo 117.1 Cost. e invasione della relativa competenza esclusiva dello Stato, ex articolo 117.2, lettera e) Cost.

Nel sostenere che il ricorso al principio cronologico e all'efficacia abrogativa automatica di disposizione delle leggi statali non convincono, si ricorda che un'altra possibile soluzione adottata dai giudici amministrativi è la disapplicazione. Infatti, se si considerano le normative nazionali come meramente ricognitive e direttamente attuative del principio, costituzionale ed europeo, di libertà della persona e, in particolare, di libertà di iniziativa economica in condizioni di piena concorrenza fra tutti gli operatori, presente e futura, sancita dagli articoli 2, 3, 4 e 41 della Costituzione e del Trattato dell'Unione Europea, tale forza ed efficacia giuridica di diretta e immediata attuazione impone, in caso di contrasto, la disapplicazione degli atti incompatibili perché vige l'obbligo di conformazione ai principi europei e quello di una lettura costituzionalmente orientata delle disposizioni incompatibili con il principio di libertà di iniziativa economica alla stregua del principio di legalità e certezza del diritto.

Pertanto, l'eventuale contrasto tra norme sarebbe stato meglio risolverlo secondo i principi della competenza e non con il criterio cronologico (ma probabilmente alcuni giudici – ispirandosi al principio in base al quale il trascorrere del tempo non deve nuocere alla parte che

ha ragione - hanno ottenuto lo stesso risultato in maniera più efficiente, in relazione ai tempi del processo, evitando così di instaurare un giudizio costituzionale).

In conclusione e per completezza di argomento, va segnalato che è stato proposto²⁸ di adottare – in sede di riforma costituzionale – una forma di controllo diffuso della competenza delle leggi regionali e statali, affidandolo sia all'amministrazione, sia al giudice comune, in modo che entrambi possano disapplicare la norma incompetente, sia precedente, sia successiva.

Il che non significherebbe precludere il sindacato della Corte Costituzionale sulle questioni di legittimità costituzionale relative al riparto di competenze tra legislazione statale e regionale, ma solo di limitarlo in relazione ai giudizi di competenza sollevati in via principale.

3. Considerazioni. La via delle liberalizzazioni in Italia è una via accidentata

Dopo un attento studio della normativa mi pare di poter tracciare alcune considerazioni.

1. L'urbanistica commerciale non ha mai avuto il compito di regolare l'attività economica in quanto tale. Tuttavia, si sono introdotte disposizioni a carattere economico negli strumenti urbanistici dopo che il primo decreto Bersani-1998 ha eliminato i piani del commercio, perché le Regioni hanno dettato indirizzi generali di sviluppo per la rete commerciale che dovevano essere attuati con il contributo degli enti locali.

2. Gli interventi legislativi in materia di concorrenza sono stati tanti, e in alcuni casi ripetitivi, perché ai principi così introdotti non si sono conformate le norme regionali e conseguentemente le disposizioni comunali. Il tutto è stato assecondato dalla giurisprudenza che, non

²⁸ STEFANO BATTINI, *L'abrogazione nei rapporti fra leggi statali e regionali – Il commento*, in *Giornale Dir. Amm.*, 2014, 10, p. 939.

ricorrendo al giudizio di legittimità costituzionale in via incidentale, bensì non applicando le singole disposizioni ritenute abrogate, ha permesso di fatto che queste - seppur in contrasto con la liberalizzazione - continuassero a produrre effetti.

3. La disciplina sulla libertà d'impresa si è via via complicata perché gli interventi legislativi sono stati numerosi ma, a fronte di questa copiosa produzione legislativa, i risultati non sono stati soddisfacenti. I principi che regolano la materia sono stati posti a livello centrale ma la loro operatività è rimessa agli enti locali, i quali non sempre recepiscono pienamente gli indirizzi oppure non ne danno un'interpretazione corretta. La libertà d'impresa risulta quindi modulata in relazione al comportamento dell'ente territoriale di riferimento (la Regione e il Comune) e il cittadino è quindi obbligato ad agire in giudizio per veder rispettata la sua libertà d'impresa. E anche in questo caso, non sempre il giudice ha ritenuto abrogata la normativa regionale e i regolamenti comunali. Per la verità, oggi il panorama giurisprudenziale abbonda di sentenze a favore della liberalizzazione che censurano l'azione restrittiva della libertà d'impresa esercitata dai Comuni, tuttavia il necessario ricorso alla giustizia amministrativa fa emergere un cattivo rapporto tra P.A. e cittadini, un'incompetenza degli enti regolatori ed un danno all'economia causato dal costo economico e temporale dei processi.

4. Per incompetenza degli enti regolatori si intende il fatto che questi sono rimasti inerti, senza comprendere che i principi della legislazione statale erano innovativi e che, quindi, avrebbero dovuto modificare le loro leggi, i loro regolamenti, i loro provvedimenti. Sui Comuni vigeva e vige un obbligo giuridico di ri-esercizio del potere amministrativo pianificatorio, volto a eliminare quelle norme dei piani che non sono ispirate a esigenze imperative di interesse generale costituzionalmente rilevante e che per questo si traducono in un ingiustificato ostacolo all'esercizio della libera iniziativa economica - art. 41 Cost. In breve, la pianificazione deve fare i conti con i nuovi parametri imposti dalla concorrenza, perché tutte le destinazioni di zona

prescritte dal PRG che indicano a priori le attività e gli interventi edilizi compatibili ed incompatibili, senza fare i conti con esigenze concrete, devono essere considerati illegittimi.

5. La funzione amministrativa comunale nella materia governo del territorio si estrinseca attraverso la conformazione dei suoli e la loro destinazione ad attività edificatoria, d'impresa, agricola, ecc. L'esercizio di tale potere normalmente comporta dei limiti al diritto di proprietà in funzione dell'interesse pubblico. Il contenuto di tali limiti deve essere proporzionato al fine, cioè deve essere adeguato a garantire la tutela di un particolare interesse pubblico. Il rispetto di ciò è oggetto del sindacato sull'eccesso di potere operato dal G.A. e, per prassi, la giurisprudenza non effettua uno scrutinio molto stringente in rapporto al potere pianificatorio del Comune considerato ampiamente discrezionale, alla stregua di un potere politico. Con la liberalizzazione, invece, questo sistema è destinato a cambiare. L'azione amministrativa sarà soggetta ad un sindacato più rigoroso sul *quomodo* dei provvedimenti di attuazione del piano (per comprendere i limiti del sindacato giurisprudenziale si riporta, a titolo di esempio, la massima del Consiglio di Stato, sez. V, n. 4319/2010: “in materia di commercio la programmazione della rete distributiva, compreso il dimensionamento e la limitazione della superficie di vendita, rientra nella discrezionalità propria dell'amministrazione competente in materia di pianificazione che può essere sottoposta al vaglio della giustizia amministrativa solo per palese arbitrarietà, illogicità, manifesta irragionevolezza ed errori di fatto”).

Capitolo 2

La liberalizzazione amministrativa

1. Il concetto di liberalizzazione amministrativa

La c.d. «liberalizzazione amministrativa» è stata ampiamente definita: rendere libera un'attività economica significa abolirne i limiti di quantità, territoriali e merceologici che impediscono all'impresa di investire e operare in un particolare campo economico²⁹. Sostanzialmente si tratta di eliminare gli «ostacoli di ordine amministrativo che si frappongono allo svolgimento di attività private»³⁰.

Pur liberalizzando, però, l'autorità amministrativa deve evitare che l'esercizio di un'attività privata produca un pregiudizio per la collettività, perciò le autorità pubbliche conservano i loro poteri di controllo. Come precisa A. Travi³¹, con la liberalizzazione si persegue il superamento, in sede di accesso al mercato o di espletamento di una particolare attività, delle regole amministrative che prevedono il preliminare ottenimento di un provvedimento autorizzatorio. La liberalizzazione non significa affatto la totale scomparsa di norme pubblicistiche che prevedono il sussistere di presupposti e di regole che disciplinano l'attività, né esclude il mantenimento di un controllo pubblico che condizioni il diritto di intraprenderla, ma tali norme pubblicistiche entrano in gioco in un momento successivo prevedendo poteri di controllo e di repressione. La liberalizzazione può significare eliminazione piena dell'intervento pubblico (c.d. deregulation), oppure la sua sostituzione con un sistema più rispettoso della libertà d'impresa (liberalizzazione c.d. temperata)³².

²⁹ In questi termini F. SATTA, *Liberalizzare e semplificare*, in *Dir. Amm.*, n. 1, 2012, p.183.

³⁰ Così G. CORSO, *Liberalizzazione amministrativa ed economica*, in S. CASSESE, *Dizionario di Diritto pubblico*, IV, Milano, 2006, p. 3492.

³¹ A. TRAVI, *La liberalizzazione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1998, p. 645.

³² Su questi temi si rinvia a G. CORSO, *Attività economica privata e deregulation*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1998, p. 629.

Dalle liberalizzazioni giuridiche si distinguono le liberalizzazioni economiche che realizzano l'apertura di un mercato in cui non vi sia concorrenza. Queste possono intervenire su mercati contingentati che prevedono limiti all'ingresso di nuovi operatori, oppure su mercati monopolistici o oligopolistici³³.

Dunque, le liberalizzazioni giuridiche di vari settori economici, pur riducendo o eliminando le misure incidenti sull'avvio delle attività imprenditoriali, non comportano affatto la fine della regolazione pubblicistica³⁴.

Il concetto si trova affermato con chiarezza dalla sentenza della Corte Costituzionale 20 luglio 2012, n. 200: la «liberalizzazione da intendersi come razionalizzazione della regolazione, costituisce uno degli strumenti di promozione della concorrenza capace di produrre effetti virtuosi per il circuito economico. Una politica di “ri-regolazione” tende ad aumentare il livello di concorrenzialità dei mercati e permette a un maggior numero di operatori economici di competere, valorizzando le proprie risorse e competenze. D'altra parte, l'efficienza e la competitività del sistema economico risentono della qualità della regolazione, la quale condiziona l'agire degli operatori sul mercato: una regolazione delle attività economiche ingiustificatamente intrusiva — cioè non necessaria e sproporzionata rispetto alla tutela di beni costituzionalmente protetti (sentenze n. 247 e n. 152 del 2010, n. 167 del 2009) — genera inutili ostacoli alle dinamiche economiche, a detrimento degli interessi degli operatori economici, dei consumatori e degli stessi lavoratori e, dunque, in definitiva reca danno alla stessa utilità sociale. L'eliminazione degli inutili oneri regolamentari, mantenendo però quelli necessari alla tutela di superiori beni costituzionali, è funzionale alla tutela della concorrenza». Il “principio di liberalizzazione” prelude perciò a una

³³ In tema S. CASSESE, *Quattro paradossi sui rapporti tra poteri pubblici ed autonomie private*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2000, p. 389.

³⁴ Così M. D'ALBERTI, *Lezioni di diritto amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2012, p. 25. Sul significato della regolazione pubblica si veda S. CASSESE, *La nuova costituzione economica*, Bari, Laterza, 2012, p. 64.

«razionalizzazione della regolazione, che elimini, da un lato, gli ostacoli al libero esercizio dell'attività economica che si rivelino inutili o sproporzionati e, dall'altro, mantenga le normative necessarie a garantire che le dinamiche economiche non si svolgano in contrasto con l'utilità sociale»³⁵.

Tali affermazioni della Corte ci fanno comprendere la logica dell'art. 34, comma 2, del D.L. n. 201/2011 laddove afferma che «la disciplina delle attività economiche è improntata al principio di libertà di accesso, di organizzazione e di svolgimento, fatte salve le esigenze imperative di interesse generale, costituzionalmente rilevanti e compatibili con l'ordinamento comunitario, che possono giustificare l'introduzione di previ atti amministrativi di assenso o autorizzazione o di controllo, nel rispetto del principio di proporzionalità».

La disposizione, dunque, appare di notevole interesse poiché stabilisce i limiti del residuo potere autorizzatorio che permane in capo all'amministrazione pur in presenza della tanto pubblicizzata liberalizzazione delle attività produttive.

La liberalizzazione delle attività produttive - lo si ripete per chiarezza - non ha significato negare completamente un potere autorizzatorio in capo alla pubblica amministrazione. Ciò che è accaduto è un intervento volto a disciplinare l'esercizio di questo potere e a giustificarne la portata conformativa di diritti e libertà, solo in presenza di motivi imperativi di interesse generale costituzionalmente rilevante e compatibili con l'ordinamento europeo³⁶.

Come infatti osserva il Cons. Stato, sez. V, nella sentenza n. 3271/2014, il potere amministrativo di intervento è stato ridimensionato nei suoi contenuti dall'art. 31 del decreto legge 201/2011 tuttavia ciò non

³⁵ Cioè con motivi imperativi di interesse generale definiti dal D. Lgs. 26 marzo 2010, n. 59 come «ragioni di pubblico interesse» che attengono all'ordine pubblico, alla pubblica sicurezza, all'incolumità pubblica, alla protezione dell'ambiente urbano, alla quiete pubblica, compreso l'assetto territoriale nell'ambito urbano, e che giustificano restrizioni alle attività economiche liberalizzate.

³⁶ In questo senso si veda Filippo D'Angelo, *Considerazioni in tema di liberalizzazione delle attività produttive e potere amministrativo*, in *Dir. Amm.*, 4/2014, p. 807.

preclude all'Amministrazione comunale la possibilità di esercitare il proprio potere di inibizione dell'attività, ma ne consente l'esercizio nel rispetto dei parametri imposti dal legislatore.

L'accertata lesione di interessi pubblici tassativamente individuati restringe il potere amministrativo che è ancor più vincolato nella misura in cui questa lesione dei tassativi interessi pubblici non può considerarsi tale sulla base di aprioristiche considerazioni. Il pericolo di un tale evento va dimostrato, va data prova delle concrete circostanze di fatto che causerebbero una lesione agli interessi della collettività.

La valutazione circa l'effettiva esistenza del tassativo interesse pubblico e circa la prova di una sua probabile lesione è rimessa all'amministrazione. E alla P.A. la legge affida anche la valutazione, attività discrezionale per eccellenza, del se quell'attività economica che incide su interessi particolarmente sensibili può essere esercitata liberamente o meno.

Esercizio del potere discrezionale amministrativo è ovviamente assoggettato al rispetto dei principi di ragionevolezza e proporzionalità che informano tutta l'attività amministrativa.

Esprime chiaramente il significato di questi principi M.S. Giannini³⁷: «in questi procedimenti vige una particolare regola di giudizio, secondo la quale il sacrificio dell'interesse privato è da contenere nel minimo indispensabile che comporta un'adeguata tutela degli interessi pubblici. Questa è una regola di giudizio che ha valore di criterio generale per l'uso delle potestà discrezionali del decidente». Anche la magistratura³⁸ si esprime nel senso che il principio di proporzionalità consiste appunto nel «rispetto dell'equilibrio tra gli obiettivi perseguiti e i mezzi utilizzati. Il principio limita nella misura più ridotta possibile gli effetti che possono prodursi sulla sfera giuridica dei destinatari di un provvedimento amministrativo». Questi orientamenti sono conformi alla giurisprudenza dell'ECJ che ha affermato che la

³⁷ M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo, II*, Milano, Giuffrè, 1993, p. 614.

³⁸ TAR Lombardia - sede di Milano, Sez. IV, 8 aprile 2014, n. 928.

presenza dei tassativi interessi pubblici non è *ex se* sufficiente a giustificare vincoli e controlli alle attività economiche poiché misure di questa matrice dovranno comunque essere sottoposte ad un rigoroso test di proporzionalità. Dovranno essere scrutinate e risultare legittime solo se idonee a perseguire il fine loro preordinato, necessarie a questo e non eccedenti di tal che la compressione della libera attività economica realizzata sia quella minima indispensabile per assicurare la tutela dell'interesse pubblico di riferimento³⁹.

Il quadro della liberalizzazione amministrativa e del residuo potere autorizzatorio appare quindi chiaro. Sicuramente la sentenza della Corte Costituzionale è stata decisiva.

Tuttavia è indiscutibile che liberalizzare non è mai stata sinonimo di assenza di regole. Gli interventi legislativi statali denominati “di liberalizzazione” sono stati, infatti, emanati a tutela della concorrenza e tutelare la concorrenza non comporta un assoluto non intervento dello Stato nei confronti del mercato. Tutt'altro. Lo Stato deve porre delle regole e disciplinare il comportamento degli operatori nel mercato proprio per evitare che questi pongano in essere delle azioni volte a falsare la concorrenza, o ad alterarne il funzionamento e gli effetti. Proprio la tutela della concorrenza impone, quindi, delle regole e l'esercizio di un potere di controllo. E ciò era ampiamente chiaro già trent'anni fa quando con legge n. 287 del 10 ottobre 1990, recante “Norme per la tutela della concorrenza e del mercato”⁴⁰ è stata istituita –

³⁹ Corte Giustizia CE, sez. Grande, 20 aprile 2010, n. 265, in *Foro Amm. CdS*, 2011, 787, con nota di C. FELIZIANI, *Il rapporto tra liberalizzazione e regolazione al vaglio della Corte di Giustizia*, citata da E. BOSCOLO.

⁴⁰ L'Autorità è organo collegiale e le sue decisioni vengono assunte a maggioranza. Il Presidente e i componenti dell'Autorità sono nominati dai Presidenti di Camera e Senato, durano in carica 7 anni, e non sono rinnovabili. Il collegio è composto dal Presidente Giovanni Pitruzzella (dal 29 novembre 2011) e da due componenti, Gabriella Muscolo (dal 16 maggio 2014) e Michele Ainis (dall' 8 marzo 2016). Il Segretario Generale, che ha il compito di sovrintendere al funzionamento degli uffici ed è il responsabile della struttura, viene nominato dal Ministro dello Sviluppo Economico su proposta del Presidente dell'Autorità. L'attuale Segretario Generale, Roberto Chieppa, è stato nominato il 19 dicembre 2011. Il personale dell'Autorità è

e le sono stati attribuiti poteri – l’Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato che è un’importante autorità amministrativa indipendente (indipendente da qualsiasi organo dello Stato, in primis dal potere esecutivo).

Quindi, se la libera iniziativa economica subisce limiti a tutela del suo buon funzionamento, tanto più non ci si sorprende se ulteriori limiti possano derivare dalla tutela di ulteriori concorrenti interessi pubblici.

2. Decisioni politiche all’insegna della ripresa economica del Paese

La strategia governativa liberalizzante che è stata perseguita dal legislatore statale ha un obiettivo solo: il rilancio economico del Paese. E ciò senza alcun tipo di ideologia economica a monte perché sicuramente porre le basi affinché in un mercato operino più operatori significa maggior occupazione, più offerta di beni e servizi, prezzi più bassi a beneficio dei consumatori.

La strategia messa in campo ha voluto l’affrancamento dell’economia da barriere, la soppressione di limiti all’avvio di nuove attività, l’alleggerimento degli oneri amministrativi e dei tempi procedurali, in sintesi la compressione dei condizionamenti amministrativi allo svolgimento di attività economiche⁴¹.

Il legislatore ha voluto reperire tutte le risorse necessarie per avviare un’effettiva ripresa economica e quindi ha liberato le amministrazioni dai costi per il mantenimento di uffici di controllo e gli operatori economici dai *compliance cost* ossia dai costi monetari e

composto attualmente da 262 unità (al 31 dicembre 2015). La sede unica dell’Autorità garante della concorrenza e del mercato è a Roma: Piazza G. Verdi n. 6/A.

⁴¹ E. BOSCOLO, *La liberalizzazione delle attività economiche e la riduzione dei compliance cost: la difficile strada verso la giusta misura delle procedure di controllo*, in *Urbanistica e appalti*, 5/2012, p 506.

temporali necessari per effettuare le incombenze amministrative a cui l'attività economica si doveva conformare.

Deregolazione, liberalizzazione e semplificazione sono le correnti seguite ed infatti non si può che registrare un cambio di passo nell'approccio politico italiano all'economia.

Tuttavia un'autentica deregolazione - intesa come soppressione di ogni regola in quanto l'attività privata è libera ed immune dal potere amministrativo di controllo - non si è avuta.

Si è, però, ripudiata la programmazione pubblica dell'economia, qualsiasi sistema volto al contingentamento di beni e servizi e tutte le barriere all'ingresso del mercato che si ponevano come requisiti soggettivi dell'operatore economico e oggettivi dell'attività da esercitare. E sicuramente si è ancor di più evidenziata l'importanza dell'istituto delineato all'art. 19 L. 241/1990⁴². Da un sistema di controlli ex ante si passa ad un sistema di verifiche ex post e si rafforza il modello dichiarativo che non subordina l'avvio dell'attività ad un controllo e non comporta alcun tipo di *compliance cost*. Come notato da A. Travi, si tratta di un modello capace di garantire la coesistenza tra un diritto soggettivo e i controlli posti a tutela degli interessi pubblici della collettività⁴³. Il diritto soggettivo in questione è, ex art. 41 Cost., la libera iniziativa economica privata che riacquista pienezza dopo che in

⁴² Art. 19 “Segnalazione certificata di inizio attività – Scia” 1. Ogni atto di autorizzazione, licenza, concessione non costitutiva, permesso o nulla osta comunque denominato, comprese le domande per le iscrizioni in albi o ruoli richieste per l'esercizio di attività imprenditoriale, commerciale o artigianale il cui rilascio dipenda esclusivamente dall'accertamento di requisiti e presupposti richiesti dalla legge o da atti amministrativi a contenuto generale, e non sia previsto alcun limite o contingente complessivo o specifici strumenti di programmazione settoriale per il rilascio degli atti stessi, è sostituito da una segnalazione dell'interessato, con la sola esclusione dei casi in cui sussistano vincoli ambientali, paesaggistici o culturali e degli atti rilasciati dalle amministrazioni preposte alla difesa nazionale, alla pubblica sicurezza, all'immigrazione, all'asilo, alla cittadinanza, all'amministrazione della giustizia, all'amministrazione delle finanze [...].

⁴³ A. TRAVI, *Dichiarazione di inizio attività (diritto amministrativo)*, in *Enciclopedia del Diritto*, Ann. II, t. 2, Milano, 2008, p. 343, citato da E. BOSCOLO, *La liberalizzazione delle attività economiche e la riduzione dei compliance cost: la difficile strada verso la giusta misura delle procedure di controllo*, in *Urbanistica e appalti*, 5/2012, p. 506.

precedenza era stata degradata a mero interesse legittimo di colui che richiedeva l'autorizzazione.

Poi, nel caso in cui il legislatore non ha posto in essere una completa liberalizzazione, egli ha compensato facendo ricorso alla semplificazione, cioè all'istituto del silenzio-assenso previsto dall'art. 20 della L. 241/1990⁴⁴.

In sintesi, il legislatore ha rinunciato alla regolazione dell'economia e ha lasciato in capo all'amministrazione solo un potere di mera verifica di compatibilità tra l'attività economica e interessi costituzionali non recessivi di fronte a questa. La realtà è ancora lontana da quanto stabilito dalle norme. Il traguardo è rilevante: un'amministrazione pubblica che assicura tutela effettiva a valori costituzionali esercitando una mera attività di controllo riconoscendo quello "spazio giuridico vuoto"⁴⁵ ai singoli per l'esercizio di diritti e libertà.

⁴⁴ Art. 20 "Silenzio assenso" 1. Fatta salva l'applicazione dell'articolo 19, nei procedimenti ad istanza di parte per il rilascio di provvedimenti amministrativi il silenzio dell'amministrazione competente equivale a provvedimento di accoglimento della domanda, senza necessità di ulteriori istanze o diffide, se la medesima amministrazione non comunica all'interessato, nel termine di cui all'articolo 2, commi 2 o 3, il provvedimento di diniego, ovvero non procede ai sensi del comma 2 [...].

⁴⁵ "Rechtsleerer Raum" espressione di K. BERGBOHM, *Jurisprudenz und Rechtsphilosophie*, Leipzig, 1892; G. GUASTINI, *L'interpretazione dei documenti normativi*, Milano, Giuffrè, 2004.

Capitolo 3

La liberalizzazione riduce la discrezionalità della funzione pianificatoria o la lascia inalterata?

1. Libera iniziativa economica e potere pianificatorio

“Poiché è stata proclamata la libertà d’impresa ed è stato posto il divieto di qualsiasi atto di programmazione economica, è evidente che i piani commerciali, che espressamente sanciscono il contingentamento numerico delle attività economiche, ricadono nell’ambito delle limitazioni vietate ex artt. 31, comma 1, e 34, comma 3, del D.L. 201/211”⁴⁶.

È legittimo, quindi, chiedersi se la liberalizzazione incida anche sugli atti di programmazione non economica, quali quelli di programmazione territoriale. La loro applicazione non è esclusa dalla portata applicativa dei principi europei (direttiva servizi) e, meno che mai, dalle norme statali dettate dalla liberalizzazione per il solo fatto di essere adottati nell’esercizio del potere di pianificazione urbanistica.

Il giudice amministrativo è, però, chiamato a sindacare “la legittimità degli atti di pianificazione urbanistica che dispongono limiti o restrizioni all’insediamento di nuove attività economiche in determinati ambiti territoriali ed è chiamato a verificare, attraverso un’analisi degli atti preparatori e delle concrete circostanze di fatto che a tali atti fanno da sfondo, se effettivamente i divieti imposti possono ritenersi correlati e proporzionati a effettive esigenze di tutela dell’ambiente urbano o afferenti all’ordinato assetto del territorio sotto il profilo della viabilità, della necessaria dotazione di standard o di altre opere pubbliche”⁴⁷. In caso contrario, il giudice amministrativo deve reputare le limitazioni in parola non riconducibili a motivi imperativi di interesse generale e quindi deve dichiararle illegittime, pronunciando una sentenza di annullamento delle stesse. La verifica che deve effettuare il giudice è molto importante perché consente di evitare che alcune prescrizioni, contenenti divieti ormai non più conformi alla

⁴⁶ Cons. Stato, sez. IV, n. 5494/2014

⁴⁷ Cons. Stato, sez. IV, n. 5494/2014

legge, chiuse dal legislatore fuori dalla porta dell'ordinamento giuridico, rientrano in questo dalla finestra. Se le disposizioni urbanistiche perseguono fini diversi da quelli loro propri, non riconducibili alla tutela dei vari interessi che insistono sul territorio, ma perseguono fini di regolazione autoritativa dell'offerta sul mercato dei servizi attraverso restrizioni territoriali alla libertà di insediamento delle imprese, si configura un'elusione dei divieti legali che non può essere consentita dal giudice.

“Con ciò non vuol negarsi il potere dei Comuni di tutelare ambiti particolari come i centri storici (...) o di porre particolari limitazioni in presenza di situazioni di viabilità particolarmente critiche o di assenza di infrastrutture. Ma ciò presupporrebbe delle specifiche analisi relative all'impatto dei flussi di traffico in relazione all'assetto della rete viaria che, per esempio, secondo il T.A.R. Lombardia, Milano (sez. I, 10 ottobre 2013, n. 2271) il Comune di S. Giuliano Milanese non risulta aver effettuato”.

Il fenomeno è ormai chiaro e si colloca all'interno dell'evoluzione del diritto amministrativo in quanto sistema di regole dei rapporti tra autorità pubblica e privato. Il rapporto che si crea tra P.A. e cittadino non ha più quei tratti originari che lo ponevano in antitesi rispetto al rapporto tra privati che è da sempre improntato al principio di parità delle parti.

Nel periodo delle grandi monarchie, si aveva, da un lato, l'esercizio del potere e dall'altro, una posizione di soggezione al potere stesso. Il cittadino veniva visto come suddito e non come il titolare di diritti e libertà. Col tempo, si è riconosciuta una pretesa in capo al cittadino e si è definita la sua posizione giuridica creando la categoria dell'interesse legittimo.

Oggi, la tendenza a riequilibrare questo rapporto sta apportando ulteriori limature all'esercizio del potere discrezionale dell'amministrazione, anche sotto la pressione del diritto europeo. Infatti, l'Unione Europea riconosce allo Stato-apparato e, quindi, ai

Comuni, in quanto enti territoriali che lo compongono, prerogative riconducibili a funzioni istituzionali loro proprie, ma l'UE condiziona l'esercizio del potere ai soli casi in cui ciò appaia assolutamente necessario per la cura di interessi generali. "L'affermazione autoritativa è uno spazio essenziale del vivere in società, ma pur sempre un sacrificio della libertà, come tale da imporre nei limiti dello stretto necessario"⁴⁸.

Tutto ciò trova espressione nella normativa in tema di liberalizzazione perché questa riafferma il concetto secondo cui "l'esercizio del potere amministrativo è indispensabile solo se diretto a tutelare interessi di matrice collettiva, cioè esigenze imperative di interesse generale costituzionalmente rilevante, se tale interesse è compatibile con l'ordinamento comunitario"⁴⁹.

Alcuni giuristi guardano a questa riconfigurazione del potere discrezionale con sguardo positivo ritenendo che il fenomeno abbia una matrice benevola perché il potere torna a sedersi sulla sedia che gli è propria, quella di tutti gli ordinamenti democratici e pluralisti, in cui il potere è esercitato da rappresentanti eletti dal popolo, in nome del popolo e a beneficio del popolo. E ciò significa che il potere amministrativo discrezionale è attribuito - e l'attività autoritativa è esercitata - in quanto tutto ciò è funzionale al perseguimento di interessi che, a livello positivo, sono ritenuti di eminente rilievo collettivo.

Il potere discrezionale, quindi, va inteso nel senso dell'art. 98 Cost. come un potere posto al servizio della Nazione. Infatti, il Consiglio di Stato⁵⁰ ricorda che nell'applicazione della normativa sulla liberalizzazione non si può arrecare un *vulnus* ad altri beni e valori costituzionali diversi dalla libertà d'impresa. È vero che la concorrenza

⁴⁸ P. STELLA RICHTER, *Urbanistica e libertà*, in *Dir. Amm.*, 1997, p. 374.

⁴⁹ Espressione di F. D'ANGELO, *Considerazioni in tema di liberalizzazione delle attività produttive e potere amministrativo*, in *Dir. Amm.*, 4/2014. Sulla stretta connessione che intercorre tra potere amministrativo e cura degli interessi della collettività si veda V. CERULLI IRELLI, *Amministrazione pubblica e diritto privato*, Torino, Giappichelli, 2011.

⁵⁰ Sez. V, sentenza n. 2746/2014.

e la libera iniziativa economica devono essere garantite al singolo cittadino, ma è anche vero che il quadro complessivo consiste nell'assicurare il corretto e ordinato sviluppo economico e sociale dei cittadini in generale. Quindi, la funzione amministrativa consiste proprio nel riuscire a integrare le prerogative individuali con gli interessi collettivi e, ancora una volta, si constata la genialità dell'intuizione gianniniana nell'aver definito la discrezionalità come "ponderazione di interessi". Nella specie, abbiamo, da un lato, gli interessi dell'imprenditore e, dall'altro, quelli collettivi di rilievo costituzionale.

La recente legislazione confina l'esercizio del potere autorizzatorio ai soli casi in cui, essendo in presenza di interessi collettivi costituzionalmente rilevanti, è legittimo porre dei controlli *ex ante* alle attività private. Il potere amministrativo deve, però, tassativamente rispettare i principi di ragionevolezza, proporzionalità e adeguatezza. Così il T.A.R. Lombardia, Brescia (sez. II, n. 480/2014) ha affermato che "l'amministrazione è tenuta a compiere un accurato bilanciamento tra le esigenze di liberalizzazione e di tutela della concorrenza - da una parte - e le esigenze di tutela di valori quali la salute, l'ambiente ed i beni culturali - dall'altra - potendo in teoria concludere per l'introduzione di vincoli e divieti per zone territoriali solo laddove nessun'altra misura meno restrittiva ed invasiva della libertà di iniziativa economica privata consente di tutelare efficacemente gli anzidetti valori". E ancora il T.A.R. Lombardia, Milano (sez. I, n. 3000/2013) ha ribadito che "il principio europeo dell'economia di mercato aperta e in libera concorrenza, che impone all'ordinamento interno di predisporre quanto necessario affinché il principio non rimanga sulla carta, non ha valore assoluto. Molti valori costituzionali possono giustificare interventi conformativi dell'attività economica a patto che ciò avvenga nel rispetto del principio di proporzionalità. Il che impone una scelta: tra i mezzi astrattamente

possibili per realizzare il medesimo fine, la pubblica amministrazione deve scegliere quello meno invasivo della libertà d'impresa”.

Queste affermazioni della giurisprudenza all'indomani degli interventi legislativi statali di liberalizzazione delle attività private (alleggerimento delle misure pubblicistiche per l'accesso al mercato, valorizzazione della responsabilità dei privati salvo un successivo controllo amministrativo, limitare il potere autorizzatorio e la discrezionalità ai soli casi in cui ciò è strettamente necessario e proporzionale alla tutela di interessi collettivi costituzionalmente rilevanti) hanno infervorato gli animi di quelli studiosi che, al seguito di F. Benvenuti, hanno da sempre auspicato un approdo del diritto urbanistico a una dimensione paritaria.

Analizziamo ora quali prescrizioni del PRG, strumento principe dell'urbanistica, sono legittime e quali invece non lo sono.

Posto che normalmente l'urbanistica si interessa alle attività il cui esercizio implica necessariamente trasformazioni del territorio, esaminiamo quali prescrizioni, dirette a disciplinare le attività economiche, possono essere emanate.

2. II PRG

Il PRG risulta composto di due parti: le tavole di piano, che sono sostanzialmente delle mappe, e le norme tecniche di attuazione – NTA -. Entrambe queste parti, sia quella grafica che quella lessicale hanno valore prescrittivo e la loro contemporanea lettura è fondamentale per colui che vuole comprendere il contenuto del PRG.

Il contenuto tipico del PRG è la divisione in zone dell'intero territorio comunale e imprimere delle destinazioni alle zone stesse sulla base delle loro naturali caratteristiche (zona A – centro storico; zona B – limitrofa al centro storico; zona C – di espansione; zona D – industriale; zona E – agricola; zona F – attrezzature e impianti di

interesse generale). Più comunemente ci si riferisce a questo contenuto del piano con il termine zoonizzazione. Le prescrizioni di zona con il tempo si sono evolute, poiché si è capito che attribuire esclusivamente una sola funzione per zona creava più problemi di quanti ne risolvesse e, quindi, si è passati da un modello rigido di zoonizzazione territoriale, a un sistema conosciuto come la *mixité*, più elastico e in grado di far coesistere i diversi usi all'interno della stessa zona.

2.1. Il PRG non può contenere previsioni che incidono sull'organizzazione, la gestione e la direzione dell'attività commerciale

Secondo Giuseppe Caia⁵¹ alcuni aspetti concernenti l'insediamento delle attività economiche sul territorio non possono essere oggetto di disposizioni urbanistiche.

Se ciò si verifica, sarebbe configurabile un vizio nell'esercizio del potere: lo sviamento di potere. Il potere comunale non può esorbitare dalla collocazione spaziale delle attività produttive sul territorio, non può compiere scelte organizzative, direzionali e occupazionali.

Il Comune disciplina i possibili usi del territorio attraverso il potere conformativo del diritto di proprietà sugli immobili. Questo potere è ampiamente discrezionale. Tuttavia è escluso che possa conseguire finalità economiche, obiettivi di politica economica.

È stata dichiarata illegittima⁵² la previsione di un PRG che subordinava l'insediamento di un'impresa estrattiva di materie prime alla vendita del bene estratto a uno stabilimento di lavorazione ad essa adiacente. Il limite non era di tipo conformativo della capacità del proprietario di disporre del bene, ma era di tipo conformativo della

⁵¹ *Governo del territorio e attività economiche*, in *Dir. Amm.*, 4/2003, p. 707 ss.

⁵² Cons. Stato, sez. VI, 31 gennaio 1984, n. 25.

libertà dell'imprenditore di gestire la sua attività. Il PRG compiva cioè una scelta manageriale di organizzazione di fattori produttivi, scelta completamente avulsa dal potere di pianificazione del territorio.

In altra giurisprudenza⁵³ si è affermato che impedire il mutamento d'uso dei soli immobili destinati ad attività alberghiera in una zona in cui le destinazioni d'uso degli immobili sono eterogenee, equivale a imporre la decisione sul tipo di attività commerciale da intraprendere in quell'immobile.

In conclusione, il piano urbanistico può individuare le zone del territorio comunale e decidere per macrocategorie quali attività saranno esercitabili in esse, ma non può imporre decisioni che inficiano la libertà dell'imprenditore.

Tuttavia, altri strumenti comunali come i piani per gli insediamenti produttivi PIP (disciplinati dalla legge 22 ottobre 1971 n. 865, sono piani particolareggiati d'esecuzione finalizzati allo sviluppo produttivo e all'espansione industriale di aree non ricche e non sviluppate), i piani commerciali (disciplinati dalla legge 11 giugno 1971 n. 426, sono piani di settore volti a funzionalizzare l'iniziativa economica privata a una più razionale evoluzione della rete distributiva), e gli istituti di programmazione negoziata (le amministrazioni comunali cercano il consenso dell'imprenditore e si accordano per perseguire finalità economiche) possono perseguire finalità di politica economica, come, ad esempio la tutela dei livelli occupazionali, lo sviluppo del tessuto produttivo e la promozione delle peculiari specificità del territorio.

2.2 Il PRG non può incidere sulle localizzazioni delle attività commerciali, ma può vietare le attività incompatibili con le caratteristiche di alcune zone. Il caso dei mutamenti d'uso

⁵³ Cons. Stato, sez. IV, 16 giugno 1987, n. 365; conforme Cons. Stato, sez. V, 2 maggio 1996, n. 497.

Giuseppe Morbidelli⁵⁴ afferma che il PRG per sua natura contiene disposizioni che limitano le attività commerciali. Infatti il PRG nel determinare le destinazioni d'uso non ammissibili in quella zona⁵⁵, limita l'attività commerciale.

Oggi diremmo - con le parole del legislatore - che il PRG pone un limite all'iniziativa e all'attività economica privata che sono libere, salvo necessarie e proporzionate eccezioni. Diremmo che il PRG pone un argine a quel principio fondamentale per lo sviluppo economico che è la libertà d'impresa, impedendo che determinate attività possano essere svolte in quella zona.

La limitazione non è arbitraria e si giustifica in base a una valutazione di compatibilità tra le attività non permesse e la vocazione che il Comune ha deciso di imprimere alla zona. Sia la decisione del Comune presa a monte, sia la valutazione circa l'incompatibilità di un'attività in una determinata zona, rientrano nell'esercizio del potere amministrativo discrezionale.

Occorre però stabilire se quanto effettuato dal pianificatore comunale sia oggi in linea con il nuovo spirito del legislatore che persegue la realizzazione di mercati aperti e concorrenziali.

Qualora il vincolo di destinazione e la conseguente incompatibilità con esso circa l'apertura di un dato esercizio commerciale non siano giustificati da esigenze concrete di rango costituzionale, oppure queste non siano misure proporzionate, alcuni giuristi⁵⁶ non esitano nell'affermare che si realizza un contrasto con i principi posti a livello statale. Secondo altri⁵⁷, invece, il contrasto non si realizza perché la vendita al minuto è sempre ammissibile. Questa,

⁵⁴ GIUSEPPE MORBIDELLI, in *Riv. Giur. di urbanistica*, 1990, III.

⁵⁵ Sulla compatibilità degli usi in una determinata zona si veda G. MENGOLI, *Manuale di diritto urbanistico*, VI edizione, Milano, Giuffrè, 2009, p.187 ss.

⁵⁶ S. CIERVO, *Rapporti tra disciplina commerciale e urbanistica alla luce della liberalizzazione del commercio*, in *Riv. Giur. dell'edilizia*, 4/2013, p. 167.

⁵⁷ A. FIALE ED E. FIALE, *Diritto urbanistico*, XII edizione, 2006, Napoli, p.150.

infatti, dà luogo a usi complementari della zona che possono pacificamente coesistere con ogni tipo d'uso impresso all'area zoonizzata.

Ciò che risulta è un panorama eterogeneo che impone, quindi, di effettuare una valutazione caso per caso e di decidere se il vincolo di destinazione d'uso e la conseguente esclusione di certe attività con questo incompatibili, siano manifestazione del corretto esercizio del potere pianificatorio che ha ragionevolmente e proporzionalmente imposto un sacrificio per tutelare un valore di rilevanza costituzionale.

Qualsiasi persona potrebbe pensare di aggirare il vincolo di non ammissibilità attraverso un doppio passaggio: adibire i luoghi di sua proprietà, dapprima ad un'attività ammissibile e, successivamente, mutare l'uso dei locali verso un'attività non ammissibile.

È quindi chiaro che è fortemente regolata anche la situazione di specie e cioè il mutamento di destinazione d'uso.

Limitare la facoltà del proprietario di cambiare l'uso dei suoi locali significa, infatti, limitare la possibilità che l'immobile venga trasformato in esercizio commerciale da locale ad uso abitativo, oppure che venga riconvertito da esercizio commerciale di un tipo, ad esercizio commerciale di tipo diverso.

Questo limite deve essere, quindi, assoggettato alle verifiche del G.A. sul corretto esercizio del potere amministrativo. Potere amministrativo che prevede, in caso di mutamenti d'uso, un controllo sull'attività del privato e il possibile eventuale rilascio di un provvedimento - concessione edilizia o autorizzazione - se all'esito dell'istruttoria emerge che l'intervento può essere effettuato.

Oggi, a seguito di lunghe vicende normative e giurisprudenziali, si ritiene che il controllo dell'amministrazione e il provvedimento di assenso di questa sono necessario esercizio di potere quando il mutamento di destinazione d'uso comporti una trasformazione urbanistica ed edilizia.

Di contro, si ritiene che tale controllo e il conseguente provvedimento non si giustificano quando il mutamento è, come si usa dire, meramente funzionale, cioè quando il locale rimane esattamente identico a se stesso ma cambia funzione in rapporto alla diversa attività che nello stesso sarà svolta.

Precisazione non di poco conto è quella che impone di chiarire il significato dell'espressione "trasformazione urbanistica ed edilizia" perché è questo il caso in cui il privato è sottoposto al potere del Comune.

La trasformazione edilizia significa apportare variazioni essenziali al progetto, modifiche strutturali all'immobile e ciò comporta la richiesta di una concessione edilizia.

Trasformazione urbanistica significa, invece, apportare cambiamenti che richiedono una variazione in aumento degli standard di cui al d.m. del 1968 e ciò comporta la richiesta di un'autorizzazione.

Tuttavia su quest'ultimo punto non esiste coincidenza di vedute⁵⁸, né in dottrina, né in giurisprudenza e neanche a livello normativo, poiché la disciplina in tema di mutamenti di destinazione d'uso è stata lasciata dal legislatore statale a quello regionale con legge 47 del 1985. Il panorama è quindi modulato dalle Regioni⁵⁹.

Occorre stabilire se tale regime dei casi dei mutamenti d'uso sia conforme alla liberalizzazione.

Alla luce di questi nuovi principi si ritiene che eventuali limitazioni al mutamento d'uso funzionale di un immobile non possono più considerarsi legittime a priori, senza un'attenta analisi del caso concreto. Come non possono più sussistere barriere all'accesso al mercato per l'apertura di un'attività di commercio al dettaglio di piccola dimensione (definita di vicinato, cioè con una superficie massima

⁵⁸ Alcuni ritengono infatti che nell'ipotesi di mutamento funzionale in assenza di opere non vada richiesto alcun atto di assenso all'amministrazione. Neanche se il mutamento comportasse variazione degli *standard*.

⁵⁹ Per approfondire si rinvia a S. VILLAMENA, *La liberalizzazione dei mutamenti d'uso* (indicazioni metodologiche), in *Riv. Giur. dell'urbanistica*, 2012, p.117 ss.

inferiore a 250 mq). Così neanche i controlli amministrativi *ex ante* ai mutamenti d'uso si ritengono possibili.

Tuttavia se il Comune ritiene che il mutamento è incompatibile con la destinazione impressa alla zona e ritiene necessario impedire il mutamento, può farlo. La limitazione all'attività d'impresa dovrà però essere sorretta da valide motivazioni riguardanti il caso di specie e contenere l'indicazione delle caratteristiche della zona che si intendono tutelare. In più il Comune dovrà rendere inattaccabile sotto il profilo della proporzionalità il suo convincimento e illustrare che la tutela posta in essere non poteva essere perseguita in altro modo se non attraverso il divieto all'esercizio delle attività stesse.

Conclusivamente, il potere del Comune di determinare le destinazioni d'uso non ammissibili in quella zona è stato limitato dalla liberalizzazione. Limiti al mutamento di destinazione d'uso in assenza di opere diretto all'apertura di un esercizio di vendita al dettaglio non sono possibili, così come quelli all'avvio dell'attività commerciale.

2.3 *Segue.* Il PRG può vietare le attività incompatibili con le caratteristiche di alcune zone e il caso dei mutamenti d'uso

Secondo S. Ciervo, essendo evidente che l'urbanistica incontra gli interessi economici, è necessario che i vincoli di destinazione debbano tenerne conto e, comportandone una compressione, debbano essere opportunamente motivati in ordine alla loro ragionevolezza e proporzionalità rispetto al fine pubblico perseguito. La pianificazione urbanistica, infatti, costituisce “uno spazio privilegiato di contenimento di interessi finalizzato alla realizzazione di valori

costituzionali”⁶⁰. Il pensiero del giurista sopra richiamato è condiviso da parte della giurisprudenza che ritiene necessario procedere a un esame della situazione realmente esistente, tenendo conto dell’effettiva destinazione della zona, e valutare in concreto l’impatto urbanistico evitato con la restrizione all’attività commerciale, prima di pronunciarsi sulla legittimità di un vincolo di destinazione.

Nella realtà può accadere che il vincolo di destinazione di zona sia di un tipo diverso rispetto a come il passare del tempo ha di fatto configurato l’area. Ciò è accaduto nel caso oggetto della sentenza Cons. Stato (sez. VI, n. 2060/2012) in cui si denunciava una presenza massiccia di edifici residenziali non coerente con la destinazione di zona a insediamenti produttivi. Lo scrutinio del giudice deve prestare attenzione all’evoluzione dell’uso del territorio nel decidere se il vincolo di destinazione dato, sia attuale, idoneo e ragionevole alle esigenze del caso e sia giustificata in tal senso la compressione della libertà di iniziativa economica.

Tale considerazione su ciò che “il giudice amministrativo dovrebbe fare” è portata avanti da giuristi, tra cui S. Ciervo, che sottolineano l’importanza degli interventi legislativi di liberalizzazione e, quindi, collocano lo scrutinio del giudice, in coerenza con i fini posti dal legislatore statale, su un tracciato diverso rispetto a quello pregresso. Il nuovo tipo di rapporto tra urbanistica e commercio non permette più che si possa considerare - a priori e in modo assoluto - la prevalenza della prima sul secondo. Non permette più di considerare legittima una disposizione che esclude *tout-court* l’esercizio della vendita al dettaglio in un’intera zona del PRG. Il contemperamento tra esigenza urbanistica e libertà di iniziativa economica deve essere effettuato in concreto, senza valutazioni aprioristiche.

Questo orientamento intende la pianificazione urbanistica come strumento volto a determinare il miglior utilizzo del territorio e

⁶⁰ S. CIERVO, *Rapporti tra disciplina commerciale e urbanistica alla luce della liberalizzazione del commercio*, in *Riv. Giur. dell’edilizia*, 4/2013, p. 167.

gli interessi economici rilevano solo in quanto, incidendo sullo stesso, possono essere oggetto di disciplina⁶¹.

Altro orientamento, che si contrappone a quest'ultimo, considera la pianificazione urbanistica come strumento con un fine economico-sociale funzionalmente rivolto alla realizzazione temperata di una pluralità di interessi pubblici. L'interesse economico rileva, ma in modo minore. È solo uno dei tanti interessi pubblici che rientrano nella valutazione del pianificatore⁶². Questa lettura può essere definita come una "primazia della pianificazione urbanistica"⁶³. Si valorizza il ruolo dell'Urbanistica in quanto essa è deputata alla realizzazione di un impianto organico e integrato dei processi di regolazione degli assetti territoriali.

Con la lettura delle sentenze si individuano le due correnti di pensiero sopra richiamate.

Alcune sentenze inquadrano le disposizioni urbanistiche alla luce delle nuove tendenze normative e quindi operano un controllo sulla proporzionalità dei vincoli in relazione agli interessi pubblici in gioco. Tuttavia dopo aver effettuato un controllo sul bilanciamento tra interesse urbanistico e principio di libera concorrenza, tali sentenze hanno ritenuto legittimi e proporzionali i vincoli posti dalla disciplina urbanistica (T.A.R. Friuli Venezia-Giulia, sez. I, n. 145/2012; T.A.R. Lombardia, Milano, n. 1148/2011; T.A.R. Lombardia, Brescia, n. 769/2006).

Altre sentenze invece, hanno affermato come la disciplina degli esercizi commerciali e i suoi principi siano recessivi rispetto alla pianificazione urbanistica. Nella specie si è detto "che il potere di pianificazione urbanistica si pone su di un piano di prevalenza rispetto

⁶¹ A. LOLLI, *Pianificazione urbanistica, interessi economici e pianificazione commerciale*, in M. CAMMELLI, *Territorialità e delocalizzazione nel governo locale*, Bologna, Il Mulino, 2007, p.569 ss.

⁶² Cons. Stato, sez. IV, n. 2710/2012 e Cons. Stato, sez. IV, n. 6040/2012.

⁶³ P.L. PORTALURI, *Primauté della pianificazione urbanistica e regolazione delle attività commerciali*, in *Riv. Giur. dell'edilizia*, 2012, p. 233 ss.

agli atti di gestione attinenti alla materia commerciale”. (Cons. Stato, sez. IV, n. 5343/2012; Cons. Stato, sez. IV, 1202/2013; Cons. Stato, sez. VI, 2060/2012; Cons. Stato, sez. IV, n. 353/2013; Cons. Stato, sez. IV, N. 488/2013; Cons. Stato, sez. VI, n. 893/2013).

Il difficile rapporto tra pianificazione urbanistica e interessi commerciali viene risolto in modi diversi, ma la causa di ciò appare chiara ad un noto giurista⁶⁴ che, qualche tempo fa, ha affermato: “l’errore prospettico è quello tipicamente italiano di pretendere di imbrigliare comportamenti umani in misura tale da incidere sulla libertà economica e sul diritto di proprietà attraverso leggi, regolamenti e provvedimenti amministrativi. L’errore di pretendere di governare il mercato piegando le dinamiche di questo alle decisioni politico-amministrative”.

3. Il PRG pone obblighi di tutela e conservazione. Le “botteghe storiche”

Nell’esaminare il regime a cui sono assoggettate le attività commerciali, che è ormai un regime senza barriere di accesso e improntato alla libera concorrenza, si riscontrano alcune eccezioni.

Un’eccezione, in particolare, ha attirato una certa curiosità: alcuni negozi, hanno ricevuto la qualifica di ‘bottega storica’.

Esaminiamo il fenomeno partendo dall’analisi delle delibere del Consiglio comunale di Roma.

- D.C.C. n. 139/1997, titolata “misure di tutela per i Negozi storici di Roma”;

- D.C.C. n. 100/2001, titolata “Regolamento per la concessione di contributi rivolti al sostegno ed alla tutela delle Attività commerciali o artigianali riconosciute Negozio storico”;

⁶⁴ S. AMOROSINO, *Le destinazioni d’uso e l’uso delle destinazioni nella disciplina urbanistica*, in *Riv. Giur. dell’urbanistica*, 2000, p. 249 ss.

- D.C.C. n. 130/2005, titolata “Approvazione di misure di tutela dei Negozi storici della città di Roma”;

- D.C.C. n. 10/2010, titolata “Approvazione di misure di tutela e promozione dei Negozi storici di Eccellenza della città di Roma”.

Partendo dalla prima delibera si osserva che la decisione si basa su alcune considerazioni di fatto.

In primo luogo, viene osservato che “i negozi con più di cento anni di attività sono ormai poche decine e che la loro definitiva scomparsa è quanto mai prossima”. Si evidenzia come la presenza di tali negozi contribuisce in modo determinante a definire l’aspetto e la caratterizzazione del tessuto urbano del centro e costituisce un importante elemento di memoria e connotazione storica, oltre a essere una preziosa testimonianza di cultura e tradizione.

Nella premessa alla delibera si insiste sul fatto che un’attività che per cento e più anni si è svolta nello stesso locale e con la stessa specificità merceologica realizza un fortissimo radicamento nel tessuto urbano e nel vissuto quotidiano dei cittadini e della città e diviene parte integrante del patrimonio culturale e dell’identità storica della città e, come tale, è da tutelare. In più sono da tutelare anche gli oggetti che in detti locali risultano presenti, come gli arredi originali dell’epoca o il mobilio di elevato livello qualitativo e di notevole pregio architettonico perché gli interni del locale, così come il servizio svolto dal negozio nel tempo, costituiscono ormai un innegabile elemento di qualificazione del tessuto urbano.

Nello svolgere queste considerazioni, il Consiglio comunale afferma anche di dover far fronte al degrado e allo stravolgimento del centro storico di Roma, fenomeno che è causato da diversi fattori. Tra i più evidenti rileva la pervasiva penetrazione dei grandi gruppi industriali, commerciali e finanziari che, forniti di ingenti capitali, acquistano facilmente i negozi del centro e aprono punti vendita atti a

promuovere e valorizzare il proprio marchio. Questa operazione genera forti pressioni e l'innalzamento dei canoni di locazione pagati dai piccoli commercianti a loro adiacenti. I piccoli commercianti locatari, quindi, non riuscendo più a corrispondere il nuovo canone, significativamente più alto, sono costretti ad abbandonare i locali con buona pace dell'interesse del cittadino che da una vita era cliente di quegli esercizi commerciali.

La dinamica descritta è mossa solo da forze economiche e interessi di mercato e, di fatto, emargina la volontà e i desideri dei cittadini della comunità locale.

Così le peculiari attività della zona, quelle antiche e tradizionali, soccombono, travolte da logiche di massimizzazione del profitto e da un mercato non regolamentato. Ossia, un'azienda che opera a livello internazionale, organizzata e guidata da esperti *manager* è capace di porre in essere strategie vincenti che, volte all'ottimizzazione dei fattori e dei processi produttivi, portano alla riduzione dei costi e alla massimizzazione dei ricavi e dei profitti. È evidente come la progettazione e la realizzazione di siffatte tecniche aziendali maturate in grandi organizzazioni a carattere industriale è oltremodo lontana dalla gestione di esercizi commerciali di vicinato che, invece, operano in un ambito domestico, significativamente ristretto e sono spesso a conduzione familiare.

Non c'è margine di competizione, ad esempio, tra un negozio di passamaneria e un McDonald's; tra una numismatica e un H&M. È quindi compito del Comune sostenere lo sviluppo autoctono del centro storico, difendere e promuovere l'originale identità del territorio e, al contempo, arginarne lo stravolgimento, garantendo alle generazioni future la conservazione della memoria dei luoghi e delle tradizioni che si sostanziano anche nel carattere di quel particolare negozio posto proprio in quell'angolo di Roma.

Il titolare dell'autorizzazione commerciale, anche se diverso dal proprietario dell'immobile, può presentare al Comune la richiesta

con la relativa documentazione per il riconoscimento di “Negozio storico”. Questa viene esaminata da un’apposita Commissione che rilascia un parere. Il procedimento si conclude con determinazione dirigenziale dell’Ufficio Botteghe storiche e negozi storici di eccellenza - Direzione Commercio - del Dipartimento Attività economiche e produttive, formazione e lavoro di Roma Capitale.

I casi in cui l’attestato di “Negozio storico” viene rilasciato sono due:

- il locale è sito nelle zone di tutela - di cui nella delibera n. 94/94 e sue successive modifiche - o in tutta la città e in esso si è svolta ininterrottamente per più di 100 anni un’attività di vendita al dettaglio o di produzione e vendita al dettaglio inerente sempre lo stesso genere merceologico e/o alle stesse tabelle commerciali e gli arredi esterni ed interni sono quelli originali;

- oppure, si tratta di negozi o botteghe di particolare pregio nella struttura architettonica o negli arredi, o di particolare interesse culturale o storico, anche in relazione a merceologie non esistenti un secolo fa, che non hanno compiuto 100 anni di attività, ma 50 anni di attività continua nello stesso locale.

Il regime del “Negozio storico” prevede che sia mantenuta la medesima vocazione merceologica; che sia stabilito un vincolo sugli arredi esterni e interni; che su tali arredi siano possibili solo interventi di restauro conservativo o rinnovo secondo lo stile originario sotto il controllo dell’autorità comunale competente; che il Comune concorra a finanziare i succitati interventi di restauro o di rifacimento conservativo nella misura del 30%, considerando ciò come forma di tutela e auto recupero; che sia concessa una riduzione delle imposte di competenza comunale (riduzione del 75% dell’importo dell’ICIAP, dell’ICI, delle imposte sulla licenza e sulle insegne e sullo smaltimento dei rifiuti solidi urbani).

Successivamente, con D.C.C. 100/2001, è stato emanato il regolamento per la concessione di contributi rivolti al sostegno e alla tutela delle attività commerciali o artigianali riconosciute “Negozio storico”.

La D.C.C. n. 139/1997 è stata poi integrata dalla D.C.C. n. 130/2005 che è titolata “Approvazione di misure di tutela dei Negozi storici della città di Roma”.

Nel prologo di quest’ultima delibera si fa espresso rinvio alle precedenti delibere del Consiglio con cui si è perseguito il medesimo fine: la tutela di attività commerciali e artigianali che costituiscono un elemento significativo di memoria storica. Si ricorda, quindi, che l’Amministrazione comunale di Roma “ha da tempo adottato politiche di salvaguardia e di valorizzazione volte ad evitare, o quantomeno contenere, l’ulteriore scomparsa delle attività commerciali e artigianali di lunga tradizione”. Purtroppo però bisogna prendere coscienza del fatto che il “processo di espulsione di dette attività non si è arrestato, anzi, ha finito per interessare anche quegli esercizi già riconosciuti come “Negozi storici” dall’Amministrazione ai sensi della predetta deliberazione n. 139/97”.

“Nel centro storico di Roma i negozi di lunga tradizione, nell’ambito della stessa caratterizzazione merceologica, rappresentanti un importante elemento di memoria, di connotazione storica e una preziosa testimonianza di cultura e tradizione, rischiano quindi di ridursi ulteriormente.

È necessario, pertanto, individuare nuove forme di tutela e di vincoli merceologici e contestualmente interventi di agevolazione e di incentivazione per i commercianti al fine di evitare nuove espulsioni.

L’obiettivo è quello di considerare le “attività storiche” come un unico bene monumentale, evitandone la manomissione speculativa e ponendo come filosofia guida della pianificazione la “conservazione attiva” intesa come recupero e tutela dell’esistente.

Bisogna evitare con forza la “standardizzazione” e la perdita d’identità tradizionale dei luoghi.

E per far ciò le politiche urbanistiche devono oggi essere sviluppate nell’ambito della pianificazione metropolitana e essere integrate con le discipline ambientali, sociologiche ed economiche.

La valorizzazione commerciale dell’area deve infatti inserirsi in un più ampio processo di rivitalizzazione, nell’ambito di un progetto coerente e in linea con l’assetto urbanistico e ambientale, la presenza di monumenti e memorie storiche, le attività artigianali culturali e così via”.

La delibera C.C. n. 130/2005 ridetermina i presupposti per ottenere l’attestazione di “Negozio storico”.

I casi in cui l’attestato di “Negozio storico” viene rilasciato sono due:

- esercizi commerciali, artigiani, parti di qualità e di particolare pregio nelle strutture alberghiere e pubblici esercizi che sono situati all’interno del territorio di Roma: - che esercitano la medesima attività da almeno 50 anni, nella stessa sede o in una analoga per posizione e significato storico-ambientale; - che svolgono attività di rilevante interesse per il mantenimento e il consolidamento delle tradizioni economiche, culturali e dell’immagine della città;

- oppure, imprese che, seppur operanti da meno di 50 anni oppure operanti con merceologie non esistenti 50 anni fa, esercitino attività commerciale, artigianale, alberghiera e di pubblico esercizio d’interesse rilevante per il mantenimento o consolidamento delle tradizioni economiche e culturali e dell’immagine della città, ivi comprese quelle legate alla peculiare localizzazione dell’attività esercitata.

Questi due casi sono diversi da quelli previsti dalla delibera C.C. n. 139/1997, perché dal 2005 il requisito temporale viene ridotto a cinquanta anni e il requisito sulla collocazione spaziale del negozio non è più così rigido. Si legge chiaramente infatti che la sede può essere la

stessa oppure “una analoga per posizione e significato storico-ambientale”.

Sotto il profilo dei regimi le due delibere risultano sostanzialmente equivalenti. Per entrambe il regime del “Negozio storico” prevede da un lato alcuni obblighi in capo al titolare dell’autorizzazione commerciale, dall’altro alcune disposizioni a sostegno dell’attività.

Questi infatti si impegna a proseguire l’attività nella stessa sede e con le medesime modalità. Viene così imposta ai luoghi una destinazione d’uso a tutela della vocazione merceologica venutasi a determinare storicamente, senza alcuna possibilità che in detti locali subentrino attività diverse.

Si impegna, inoltre, a non modificare mostre, arredi, vetrine e insegne della ditta in essere al momento della domanda, salvo il ripristino di quelle originarie (da accertare tramite idonea documentazione) e salvo le opere di restauro. Viene così stabilito un vincolo di mantenimento delle caratteristiche morfologiche delle vetrine e delle insegne e degli elementi di arredo esterno e interno. Sono tuttavia possibili gli interventi di restauro conservativo o di rinnovo, ma solo se conformi al progetto originale per migliorare o arricchire l’immagine del negozio.

In relazione alle modalità di aiuto da parte del Comune rileva l’accesso a fonti di finanziamento pubblico (considerato quale forma di auto recupero) e a sgravi fiscali sotto forma di agevolazioni sull’ICI e sull’imposta di pubblicità sulle insegne dell’esercizio.

Per completare il quadro delle delibere comunali bisogna riportare anche la D.C.C. n. 10/2010, che introduce una “maggior tutela legata alla particolare visibilità” di alcuni esercizi in ragione del fatto che questi costituiscono “un forte veicolo di promozione dell’immagine della Capitale in ambito nazionale ed internazionale”. Detta delibera introduce uno specifico Albo denominato “Negozzi storici di

Eccellenza” e per accedervi sono richiesti requisiti più selettivi rispetto a quelli richiesti dalla D.C.C. n. 130/2005.

I casi in cui l’attestato di “Negozzi storici di Eccellenza” viene rilasciato sono:

- esercizi commerciali, pubblici esercizi e imprese artigianali che hanno svolto per più di 70 anni e per 3 generazioni consecutive nello stesso locale, un’attività di vendita al dettaglio e produzione inerente lo stesso genere merceologico;

- oppure, esercizi commerciali, artigiani, parti di qualità e di particolare pregio nelle strutture alberghiere nonché i pubblici esercizi che esercitano nella stessa sede all’interno della Città storica, la medesima attività, da almeno 70 anni e per 3 generazioni consecutive e che sono d’interesse rilevante per il mantenimento o il consolidamento delle tradizioni economiche e culturali e dell’immagine della Città;

- oppure, esercizi commerciali, artigiani, parti di qualità e di particolare pregio nelle strutture alberghiere nonché i pubblici esercizi che seppur operanti la medesima attività da meno di 70 anni, nella stessa sede all’interno della Città storica, sono d’interesse rilevante per il mantenimento o il consolidamento delle tradizioni economiche e culturali e dell’immagine della Città.

Il regime conseguente all’iscrizione nell’Albo dei Negozi storici di Eccellenza prevede: il vincolo di destinazione d’uso a che in detti locali venga mantenuta la medesima vocazione merceologica determinatasi storicamente, senza possibilità di subentro di altre diverse attività e la non modificabilità delle parti esterne del negozio (vetrine, insegne, mostre) qualora siano di particolare pregio architettonico o di particolare interesse culturale e storico in essere al momento della domanda, salvo il ripristino di quelle originarie e salvo le opere di restauro. Tali vincoli decadono nel caso in cui i locali siano rimasti inutilizzati da più di 10 o più di 5 anni a seconda del tessuto (T) in cui sono localizzati oppure a seguito di rinuncia volontaria o di

cancellazione d'ufficio dall'Albo per inosservanza degli obblighi previsti nella delibera.

La lettura delle delibere del Consiglio comunale di Roma ci fa comprendere che il riconoscimento della qualifica di “Negozio storico” ricorre quando - presenti le caratteristiche di storicità, continuità dell'attività nel medesimo locale, mantenimento degli arredi e delle vetrine - questo rappresenta un elemento distintivo del tessuto urbano, l'identità storica del quartiere, la testimonianza di cultura e tradizione.

Tuttavia, la categoria immaginata e descritta nelle delibere comunali ha bisogno di essere confortata dall'esame di casi concreti. Pertanto, di seguito si esaminano sentenze del Giudice amministrativo.

3.1 T.A.R. Lazio, Roma, sez. II ter, n. 12714/2016 – Caso di tutela delle vetrine in legno della cartolibreria in Piazza delle Province

La ricorrente è la società proprietaria dei locali e chiede l'annullamento di una Determinazione Dirigenziale del 2012 con cui l'Ufficio preposto di Roma Capitale ha attribuito l'attestato di “Negozio storico” alla Cartolibreria De Biasi Italia, sita in Piazzale delle Province, 7.

La ricorrente lamenta l'illegittima apposizione del vincolo di destinazione merceologica che si configura come un limite al diritto di proprietà e alla libera iniziativa economica privata, costituzionalmente tutelati.

La signora titolare dell'esercizio commerciale e locataria della società ricorrente, opponendosi all'accoglimento del ricorso, invoca le delibere del Consiglio comunale n. 139/1997 e n. 130/2005 (cfr. infra). Ricorda che l'attività di cartolibreria si svolge nei locali in questione sin dagli anni '30 del secolo scorso, è stata gestita in continuità da tre

generazioni e l'arredo sia interno che esterno, che caratterizza l'esercizio, è rimasto il medesimo.

In conclusione, la cartolibreria in questione è testimonianza vivente della memoria storica del quartiere e, quindi, il provvedimento di attestazione di 'Negozio storico' legittimamente è stato rilasciato, in conformità alle su richiamate delibere comunali.

Il ricorrente ravvisa l'illegittimità del provvedimento nella mancanza di un particolare valore storico, culturale e architettonico del negozio.

Il Collegio, invece, non ravvisa nel particolare pregio storico-artistico dell'immobile la *ratio* della disciplina capitolina e spiega quindi che ciò che è tutelato è la continuità merceologica dell'attività commerciale. Essa rappresenta una realtà produttiva che si è svolta in modo duraturo nel tempo.

La storicità, la continuità e il mantenimento degli arredi e vetrine esterne in legno nello stile originario, costituiscono elementi qualificanti del radicamento dell'attività merceologica nel tessuto urbano.

Come afferma il T.A.R. "il fine è quello, non già della tutela dei beni immobili sotto l'aspetto statico, come pregio artistico-storico-culturale bensì, quello della tutela sotto l'aspetto dinamico degli immobili che acquistano un peculiare valore culturale per il tessuto urbano, in ragione del rapporto fra la loro qualità ed ubicazione e l'attività commerciale o artigianale in essi svolta nel corso degli anni".

Con riferimento invece alle censure mosse in ragione della lesività degli articoli 41 (iniziativa economica privata) e 42 (diritto di proprietà) della Costituzione, il T.A.R. afferma che "il vincolo di destinazione merceologica non limita in alcun modo i diritti del proprietario dell'immobile ove questo non coincida con il titolare dell'attività, come nella specie; tale vincolo si estrinseca alla sola destinazione commerciale del bene e alla prosecuzione della specifica attività e non toglie la disponibilità dei locali al proprietario né

impedisce in alcun modo il subentro di nuovi operatori in quell'attività già avviata o l'ingresso di nuovi operatori sul territorio per lo svolgimento di quella stessa attività". E quindi non si configura neanche un limite alla libera iniziativa economica privata.

La vicenda processuale si conclude con il totale rigetto del ricorso e la condanna di parte ricorrente al pagamento delle spese di giudizio nei confronti di Roma Capitale e della signora titolare della cartoleria De Biasi Italia.

3.2 T.A.R. Lazio, Roma, sez. II, n. 4641/2015 – Caso del caro-affitti della libreria Micozzi in via Ferrari

L'esame di questa sentenza è anche opportuno perché la vicenda processuale esaminata in precedenza contiene importanti rimandi alla vicenda *de qua*.

La ricorrente è la società proprietaria del locale e impugna una Determinazione Dirigenziale del 2001 con cui si attribuisce l'attestato di "Negozio storico" alla Libreria A. Micozzi delle sorelle Meucci s.n.c, in via G. Ferrari, 39/41.

La ricorrente lamenta che lo stabile del quartiere Prati, all'interno del quale viene svolta l'attività commerciale, si trova fuori dal perimetro della c.d. "Zona di Tutela" individuata con Delibera del Consiglio comunale n. 94/1994 e, pertanto, non può essere applicato il regime dei negozi storici.

Lamenta inoltre che la tutela, la valorizzazione e la conservazione dei beni culturali spetta unicamente al competente Ministero discendendo quindi l'incompetenza assoluta dell'Amministrazione comunale – con conseguente nullità del provvedimento ex articolo 21 *septies* della L. 241 del 1990 - al riconoscimento della libreria come bene di valenza storico-culturale.

Osserva ancora che il D.Lgs. n. 114/1998 (Decreto Bersani) ha totalmente liberalizzato il commercio al dettaglio degli esercizi di vicinato (esercizi con superficie di vendita non superiore a 250 mq) e, quindi, per “i negozi di vicinato” è escluso qualsiasi potere limitativo delle amministrazioni comunali. Pertanto la società ricorrente è libera di utilizzare il proprio immobile e di poterlo locare a terzi per qualsivoglia uso, senza alcun vincolo di destinazione commerciale alla sola attività di cartoleria. Il vincolo è illegittimo non potendo le deliberazioni amministrative, in alcun caso, derogare alle previsioni di legge.

Da ultimo il provvedimento è gravemente lesivo del diritto di proprietà e quindi illegittimo in quanto in palese violazione dell'articolo 42 della Costituzione.

A giudizio del Collegio il ricorso non è fondato.

La prima censura mossa dal ricorrente non può trovare accoglimento perché la D.C.C. n. 139/1997 ha ammesso al regime di tutela dei ‘Negozi storici’ i locali ovunque collocati nella città.

Per quanto riguarda il profilo della competenza il Collegio rileva che la disciplina del Comune si pone in rapporto di specialità rispetto alla disciplina dettata dal Codice di Beni culturali e del Paesaggio (D.Lgs. n. 42/2004). Il bene non viene tutelato in forza del suo pregio artistico, storico o culturale e quindi del suo *status* di appartenenza al patrimonio della Nazione – tutela che è di esclusiva competenza statale. Esso viene tutelato perché l'attività commerciale svolta negli anni, l'ubicazione del locale nel quartiere e il suo immutato aspetto acquistano un peculiare valore culturale per il tessuto urbano. Tale ruolo culturale nell'ambito del quartiere è testimoniato dal “Premio alla cultura del 2000” della Presidenza del Consiglio dei Ministri e dalla raccolta di circa novemila firme contro la chiusura della libreria. L'esercizio commerciale è quindi protetto dal competente ente locale nell'ambito della propria generale competenza di disciplina del territorio sancita dal Titolo V della Costituzione.

Quanto al paventato profilo di illegittimità del provvedimento per contrasto con il decreto Bersani, il Collegio afferma che non esiste alcun contrasto anzi ravvisa una sinergia. Le delibere comunali non instaurano indebite restrizioni alla concorrenza tra operatori e non pongono distanze minime tra esercizi o contingenti a protezione di chi opera sul mercato, ma tutelano la prosecuzione di specifiche attività commerciali - cosa ben diversa dal proteggere specifici operatori commerciali - nel loro contesto urbano storicamente consolidato. Non si impedisce, invero, l'ingresso di nuovi operatori nella medesima attività commerciale sul territorio, anche contiguo, e neanche il subentro di un nuovo operatore nella gestione dell'attività tutelata.

Con riferimento all'illegittimità del provvedimento in quanto indebitamente vessatorio e restrittivo del diritto di proprietà, il Collegio obietta che il diritto viene solo conformato nel suo esercizio dalla competenza di gestione del territorio attribuita dalla legge al Comune e ciò solo in presenza di particolari interessi pubblici che si estrinsecano nell'aver fissato peculiari requisiti. Risulta del tutto ragionevole e proporzionata anche la permanenza del vincolo alla medesima vocazione merceologica nei cinque anni successivi alla chiusura dell'attività commerciale, poiché la disposizione che prevede lo spirare del quinquennio come requisito di caducazione del vincolo, è logicamente rivolta a non permetterne l'elusione. Si impedisce in tal modo la cessazione dell'attività tutelata surrettiziamente volta al subentro immediato di altre attività più lucrose e non rispettose degli interessi pubblici.

Per i motivi sopra esposti il ricorso viene rigettato.

C'è però da aggiungere qualcosa su questa vicenda processuale. La libreria Micozzi nel 2010 ha cessato la sua attività e il Comune ha eccepito l'improcedibilità del ricorso per sopravvenuta carenza d'interesse. Tuttavia il Collegio non ha accolto l'eccezione in quanto sussiste l'interesse del proprietario dell'immobile all'ottenimento dell'annullamento dello *status* di negozio storico così

da non dover attendere i 5 anni di chiusura dei locali prima di far ivi insediare altra attività commerciale.

Tutta la sentenza è ovviamente rivolta a stabilire se è legittimo o meno il provvedimento amministrativo. Tuttavia ritengo importante soffermarsi su di un passaggio della sentenza (vedi infra) che esprime un concetto sotteso alle delibere comunali n. 139/1997 e n. 130/2005 e che rappresenta, a mio parere, il vero motivo della disciplina a tutela dei 'Negozzi storici'.

Possono scomparire negozi che hanno scritto la storia di un quartiere - nella specie la Libreria Micozzi - per far posto a servizi di ristorazione veloce? Può il proprietario chiedere canoni esorbitanti tali da costringere la Libreria Micozzi a chiudere? È proprio questo il fenomeno che alcuni giornali hanno riportato al tempo dell'accaduto. Repubblica ha pubblicato un articolo dal titolo "Spariscono le antiche botteghe. Prati, chiude la libreria Micozzi". E ancora si legge "Sfratto per una delle botteghe storiche di Prati. Dopo 80 anni di attività, Micozzi, la storica libreria del quartiere Prati rischia lo sfratto. Troppi i 5.000 euro d'affitto mensile richiesti dalla Southern s.r.l."

Merita una riflessione l'esame della dinamica che lega il "caro affitti" alla disciplina dei negozi storici, ripercorrendo i fatti di causa. Il titolare della libreria Micozzi aveva un contratto di locazione che scadeva nel 2000 e ben poteva immaginare che l'importo del canone sarebbe aumentato in vista di un apprezzamento dell'immobile locato e delle attività più lucrose che si sarebbero potute esercitare nello stesso. Quindi nel 1998 chiedeva il rilascio dell'attestato di 'negozio storico', ottenendolo. Nel 2002 veniva proposto il ricorso per l'annullamento di detto attestato. Successivamente alla convalida di sfratto per finita locazione del 2000, nella libreria continuava a essere svolta l'attività tutelata fino al 2010. Dunque, si chiedeva l'annullamento dell'attestato di negozio storico proprio per non incorrere nell'operatività di quella norma che prevede la caducazione del vincolo merceologico in seguito

alla chiusura quinquennale del negozio. Il vincolo merceologico ha degli effetti indiretti sul canone di locazione, ne condiziona il prezzo che non può lievitare a piacimento del proprietario. La dinamica è la seguente. L'unica attività che si può svolgere nel negozio è quella tutelata. E tale attività, da chiunque svolta, produce un profitto, ricompreso in un certo *range*, da cui consegue la possibilità di pagare per l'affitto dei locali un canone limitato. Conseguentemente, apporre un vincolo merceologico al negozio comporta una limitazione indiretta al potere del locatore di imporre canoni d'affitto che risulterebbero insostenibili per qualsiasi imprenditore che svolgesse l'attività tutelata.

Alla luce di tale meccanismo il Collegio afferma che “la libreria ha chiesto il rilascio dell'attestato di negozio storico in costanza di contratto di locazione e si è avvalsa – nel far ciò - di una facoltà consentita dal vigente ordinamento al fine di tutelare la prosecuzione, nei medesimi locali, delle attività economico-imprenditoriali nei confronti dell'insostenibile pressione economica sotto forma di aumento del canone o - come nella fattispecie - di sfratto che deriva probabilmente dalla maggior rendita edilizia ottenibile dal proprietario distogliendo l'immobile verso impieghi commerciali più lucrosi, ma meno rispettosi del valore storico, estetico o culturale dei locali e della loro vocazione merceologica, quale substrato del tessuto culturale cittadino”.

3.3 T.A.R. Lazio Roma, sez. II ter, n. 118/2016 – Caso di sindacato debole del parrucchiere in via Sistina

La ricorrente è la società proprietaria dell'immobile sito in via Sistina, 75, adibito a negozio di parrucchiere per signore “Femme Sistina” che chiede l'annullamento di una D.D. del 2011 con la quale è stata riconosciuta la qualifica di “Negozio storico” alla predetta attività.

Le censure con cui si asserisce l'illegittimità dell'atto impugnato sono identiche a quelle già esaminate nelle precedenti sentenze. Le ricordo.

Violazione degli articoli 41 e 42 della Costituzione; contrasto con il decreto Bersani, norma di liberalizzazione; nullità per incompetenza assoluta del Comune perché materia del Ministero per i Beni culturali; non sussistenza dei requisiti elencati nelle delibere del C.C. per il rilascio dell'attestato di "Negozio storico".

In relazione all'ultima delle censure mosse al provvedimento questa sentenza si presenta innovativa e proprio in ragione di ciò ne viene proposto l'esame.

Il ricorrente affermava che il locatario non aveva comprovato il possesso del requisito della storicità dell'immobile, in quanto difettava in capo al negozio di parrucchiere per signore "Femme Sistina" il requisito temporale del compimento dei cinquant'anni di attività.

A ciò risponde il Collegio premettendo che "il giudizio sulla storicità del negozio impinge l'esercizio di discrezionalità tecnica, sindacabile *ab esterno* con la tecnica dell'eccesso di potere, sotto i profili sintomatici del travisamento dei fatti e della macroscopica irragionevolezza e/o abnormità".

Questo tipo di sindacato è noto come sindacato debole.

La Commissione preposta alla valutazione delle domande esamina e controlla la documentazione allegata alla richiesta del negoziante. Il procedimento si conclude con la redazione di un parere posto alla base della successiva determinazione dirigenziale.

Il Collegio ribadisce che il proprio scrutinio è limitato a verificare solo profili di macroscopica illogicità e irragionevolezza delle argomentazioni del parere della Commissione ed eventuali travisamenti dei fatti che renderebbero qualsiasi conclusione sbagliata.

L'esame delle fotografie, degli articoli di riviste e quotidiani, il *design* degli arredi e l'attuale stato del negozio sono tutti elementi

esaminati dalla Commissione che obiettivamente e ragionevolmente ha concluso per il possesso del requisito della storicità dell'immobile.

Il giudizio valutativo espresso dalla Commissione s'appalesa, pertanto, non affetto da travisamento dei fatti oltre che immune da vizi logici.

3.4 T.A.R. Lazio Roma, sez. II ter, n. 14121/2006 – Caso di 100 anni di attività di negozio di articoli religiosi in via della Conciliazione

Il ricorrente è la Casa Generalizia della Società del Divin Salvatore che chiede l'annullamento di una D.D. del 2002 con cui il Comune di Roma ha attribuito l'attestato di "Negozio storico" al locale di sua proprietà sito in via della Conciliazione, 47/49 e adibito dal locatario alla vendita di *souvenir*, oggetti sacri, articoli religiosi.

Si cita questa sentenza perché è interessante la qualifica soggettiva delle parti e perché la causa viene decisa sulla base della delibera del 1997 che, come noto, contiene dei requisiti più stringenti per il rilascio dell'attestato di "negozio storico". Tuttavia il Collegio attraverso un'interpretazione estensiva della delibera citata riesce a considerare esistenti tutti i requisiti della fattispecie e rigetta il ricorso.

Il motivo di gravame in ordine al quale non sussisterebbe il requisito della continuità dell'attività di vendita nello stesso locale è rappresentato dal fatto che l'esercizio ha subito un trasferimento.

Il fatto esposto dal ricorrente e confermato anche dal Comune attraverso il certificato storico del Municipio XVII è il seguente: l'esercizio di vendita è attualmente ubicato in via della Conciliazione 47/49, tuttavia questa sede non è quella originaria. Nel 1890 l'attività era esercitata in via Borgonuovo 97 e, a causa di interventi urbanistici effettuati per la realizzazione di via della Conciliazione, negli anni '30 veniva traferita negli attuali locali di via della Conciliazione, 47/49.

Attraverso il trasferimento il ricorrente afferma che il requisito del radicamento nel tessuto urbano e nel vissuto quotidiano dei cittadini è disatteso.

Il Collegio ritiene che la caratteristica di tutti i “negozi storici”, che è quella del profondo inserimento di questi nel contesto urbano, non è una qualità irrimediabilmente compromessa e vanificata dall’originaria allocazione dei locali - della presente causa - in ambienti diversi, ma comunque appartenenti a uno stesso peculiare contesto cittadino. Infatti, la modifica strutturale delle preesistenti strade in seguito alla realizzazione di un intervento urbanistico di sistemazione dell’intera zona per la costruzione di una nuova strada, via della Conciliazione, non può non inficiare tutti gli edifici preesistenti. Ne discende che per trovare la possibilità di una loro permanenza nel tessuto urbano, sono stati necessari alcuni adeguamenti. Così, fortunatamente, i valori storico-culturali della zona hanno trovato il modo di conservarsi nonostante la sopravvenienza di variazioni strutturali e infrastrutturali del comprensorio.

Quindi non appare né illogica, né irragionevole la conclusione della competente Commissione comunale che ha attribuito l’attestato di negozio storico nonostante il trasferimento subito dall’esercizio per cause indipendenti dalla volontà dell’ esercente. Si ricorda che tale giudizio della Commissione è l’espressione di esercizio della discrezionalità tecnica che circoscrive il sindacato del giudice amministrativo a un controllo circa l’inesistenza di profili di eccesso di potere. Le figure sintomatiche di eccesso di potere sono: manifesta illogicità; contraddittorietà; disparità di trattamento; macroscopici errori; non proporzionalità; travisamento dei fatti; evidenti omissioni di elementi adottati dal ricorrente. Nessuno di questi vizi è ravvisabile nel caso di specie.

Anzi, il trasferimento del locale è stato oggetto di apposita considerazione da parte della Commissione che non ha ritenuto il semplice dato fattuale come elemento ostativo dell’integrazione della

fattispecie. Il ragionamento della Commissione è persuasivo, non affetto da vizi riscontrabili in questa sede, e pertanto si conclude per la legittimità dell'atto impugnato.

3.5 Botteghe storiche in Toscana

Si segnala in questa sede che anche il Comune di Firenze con diverse delibere del Consiglio comunale succedutesi negli anni ha emanato norme volte a tutelare specifiche aree della città e attività c.d. tradizionali sotto il profilo commerciale. Più precisamente, l'articolo 27 delle N.T.A. del PRG contiene l'elenco dei negozi di particolare interesse storico, artistico, documentario, territoriale.

La vicenda processuale che ha segnalato la presenza della medesima tematica anche in altra regione è quella decisa con sentenza T.A.R. Toscana, Firenze, sez. III, n. 654/2010.

Il ricorrente lamentava l'assenza di presupposti a che l'immobile di sua proprietà fosse iscritto nell'elenco dei negozi di interesse storico. Tale iscrizione comportava l'assoggettamento dei locali a una normativa vincolistica che limitava le facoltà del proprietario ricorrente. Nella specie il Comune aveva emanato una diffida a utilizzare i detti locali per l'espletamento di attività di cambiavalute.

L'illegittimità della qualifica di "bottega storica" era sostenuta dal fatto che l'immobile in questione era del tutto privo di interesse storico essendo di costruzione post-bellica e quindi relativamente recente rispetto al ricorso del 1997.

Il Consiglio comunale accortosi dell'errore, con delibera del 2009, escludeva dall'elenco dei negozi di interesse storico, artistico e documentario il fondo commerciale di proprietà del ricorrente.

A seguito di questa sopravvenuta determinazione comunale il Collegio, nel 2010, dichiarava cessata la materia del contendere.

4. Il PRG vieta destinazioni incompatibili con il particolare interesse dell'area – La città storica e la tutela del commercio e dell'artigianato

La tutela delle attività tradizionali di cui si è trattato finora ha a oggetto un interesse diverso ma concorrente rispetto all'esigenza di tutela del centro storico di Roma. Infatti, la disciplina che viene analizzata in questa sede – la tutela del centro storico – riprende la delibera sulle “botteghe storiche” perché qualora queste fossero situate nel centro storico e non rientrassero nell'elenco delle attività ammesse, comunque sarebbero tutelate.

Infatti, nel caso del regolamento sulla tutela delle attività commerciali nella Città storica, più che disposizioni a protezione o a conservazione del bene, troviamo disposizioni che si sostanziano in divieti e impediscono l'insediamento e l'esercizio di determinate attività, perché incompatibili con la finalità di tutela delle tradizioni locali del centro stesso. Anche se le delibere elencano le attività tutelate all'interno del centro storico, ciò ha la funzione di escludere tutte quelle altre tipologie commerciali non puntualmente ricomprese tra quelle a cui è consentito di avviare l'attività nella zona.

Si rammentano le più importanti delibere comunali di Roma che hanno avuto ad oggetto la Città storica e le attività commerciali ivi svolte.

- D.C.C. n. 41/2002, riguardante “Indirizzi per il programma di tutela e riqualificazione del commercio, dell'artigianato e delle attività di competenza della Città storica”;

- D.C.C. n. 187/2003, che ha dettato la disciplina del “Programma di tutela e riqualificazione del commercio, dell'artigianato e delle altre attività di competenza della Città storica”;

- D.C.C. n. 36/2006, modificativa della precedente, sulla “Disciplina di tutela e riqualificazione delle attività commerciali e artigianali nel perimetro della Città storica”;

- D.C.C. n. 65/2007, anche questa modificativa della D.C.C. 187/2003;

- D.C.C. n. 10/2009, recante all'allegato A il “Piano di intervento per la tutela e la riqualificazione del commercio e dell'artigianato nel Rione Esquilino ed aree adiacenti”;

- D.C.C. n. 86/2009, titolata “Modifiche alla D.C.C. 36/2006”, in cui viene aumentata la tutela delle attività tradizionali all'interno della Città storica per frenare la trasformazione che penalizza la realtà commerciale, il tessuto urbano e le vocazioni originarie. Viene esteso a ulteriori strade e piazze di Roma l'ambito di applicazione del divieto assoluto di aprire attività diverse da quelle tutelate;

- D.C.C. n. 35/2010, contenente all'Allegato A il “Regolamento per l'esercizio delle attività di somministrazione di alimenti e bevande” e all'Allegato B “Studi preliminari, logiche e obiettivi” finalizzati al regolamento dell'esercizio di attività di somministrazione di alimenti e bevande.

Prima di esaminare le delibere, si accenna brevemente alla normativa statale, D.L. n. 832/1986 e legge di conversione n. 15/1987, abrogata dall'articolo 26, D.Lgs. n. 114/1998.

Il fine della legge abrogata era quello di arginare nei centri storici la proliferazione di esercizi commerciali di ristorazione veloce, nonché di negozi di abbigliamento *casual* e di altre tipologie merceologiche ritenute in contraddizione con il decoro e il prestigio delle aree centrali. La legge in questione non era di applicazione generale. Conteneva una disciplina speciale in quanto applicabile solo ad aree di particolare interesse. La natura delle disposizioni in essa contenute non era quella delle leggi sul commercio (razionalizzare la distribuzione, sviluppare la concorrenza, tutelare i consumatori), ma

quella di tutelare i caratteri identitari di specifiche aree di interesse storico perché parte della cultura del luogo. Sulla base della legge citata il Consiglio di Stato⁶⁵ ha risolto la nota vicenda dell'apertura di un *fast-food* in Piazza della Rotonda a Roma, davanti al Pantheon. Il provvedimento che ne vietava l'apertura insieme all'atto presupposto - la delibera dell'Amministrazione comunale di Roma che aveva dichiarato incompatibili in determinate zone del centro storico pizzerie al taglio, friggitorie, negozi di abbigliamento *casual e fast-food* - è stato dichiarato legittimo.

Il fondamento legislativo delle delibere del Consiglio comunale di Roma si ravvisa, essendo stata abrogata la legge statale su citata, nel D.Lgs. n. 114/1998 e, in particolare, negli articoli 6 e 10.

L'articolo 6 è già stato commentato nel primo capitolo e la sua importanza risiede nel fatto che prevede una competenza legislativa regionale, nel primo comma, nel definire "gli indirizzi generali per l'insediamento delle attività commerciali" (alla lettera d prescrive un particolare riguardo all'obiettivo di "salvaguardare e tutelare i centri storici anche attraverso il mantenimento delle caratteristiche morfologiche degli insediamenti") e un'ulteriore competenza legislativa regionale, nel secondo comma, nel fissare "i criteri di programmazione urbanistica riferiti al settore commerciale" (alla lettera b prevede che la programmazione urbanistica individui dei limiti per la tutela "dell'arredo urbano" a cui sono sottoposti "le imprese commerciali nei centri storici e nelle località di particolare interesse artistico e naturale").

L'articolo 10 dispone una competenza regionale nel favorire la "rivitalizzazione del tessuto economico, sociale e culturale nei centri storici" e (alla lettera b) demanda alla Regione di prevedere "per centri storici, aree a edifici aventi valore storico, archeologico, artistico e ambientale, l'attribuzione di maggiori poteri ai Comuni relativamente

⁶⁵ Sez. V, 18 marzo 1989, n. 170.

alla localizzazione e all'apertura degli esercizi di vendita, in particolare al fine di rendere compatibili gli esercizi commerciali con le funzioni territoriali in ordine alla viabilità, alla mobilità dei consumatori e all'arredo urbano utilizzando anche specifiche misure di agevolazione tributaria e di sostegno finanziario”.

Questi articoli sono stati sì modificati, ma sono tuttora vigenti e, negli anni successivi alla loro emanazione, la Regione Lazio ha provveduto ad ottemperare a quanto le veniva richiesto dalla legge statale.

Così è stata emanata la legge regionale n. 33/1999 che racchiude la “Disciplina relativa al settore commercio”. L'articolo 20 – criteri per i centri storici - è quello rilevante ai nostri fini. Si prevede che il Comune può emanare appositi programmi di intervento “al fine di riqualificare e salvaguardare il tessuto urbano di antica origine, eliminando fenomeni di degrado e di abbandono” ed individuando appositi limiti. I programmi di intervento “possono interessare tutta o parte dell'area del centro storico, nonché edifici di interesse storico, archeologico o ambientale”; possono “definire le porzioni di centro storico da considerare immodificabili”; possono imporre la “dotazione di specifici standard per i centri storici ritenuti anche poli di attrazione turistica”; possono determinare le tipologie di attività e di struttura che per la loro qualità sono compatibili con il tessuto del centro storico.

Successivamente, la legge regionale 22/2001 si è focalizzata esclusivamente sulla tematica trattata in questo paragrafo ed infatti è titolata: “Iniziative di riqualificazione del territorio del centro storico di Roma”. La finalità è quella di promuovere “iniziative tese a valorizzare e sviluppare le tradizionali attività commerciali, artigianali, di somministrazione al pubblico di alimenti e bevande, culturali, sociali e di servizi alla persona”. Disposizione interessante è quella prevista al comma 3 dell'art. 2 che afferma: “nel centro storico del Comune di Roma è vietato l'insediamento di singole attività commerciali aventi una superficie di vendita superiore a 150 metri quadrati, fatte salve la più

favorevole disciplina prevista per le attività tutelate nel centro storico con specifico provvedimento del Comune di Roma, nonché la possibilità di trasferire all'interno del centro storico, nel limite di superficie di vendita di 400 metri quadrati, attività precedentemente autorizzate nell'ambito dell'intero territorio comunale, ad esclusione delle attività di cui al 1^ comma”⁶⁶.

In relazione al fatto che nei successivi paragrafi vengono trattati alcuni casi giurisprudenziali che hanno ad oggetto esercizi commerciali adibiti alla somministrazione al pubblico di alimenti e bevande, si menzionano, in questa sede, gli atti normativi regionali che delegano al Comune l’emanazione di una disciplina più dettagliata.

Gli atti normativi regionali sono: la legge regionale n. 21/2006 “Disciplina dello svolgimento delle attività di somministrazione di alimenti e bevande - organizzazione delle funzioni a livello regionale e locale per la realizzazione del decentramento amministrativo – modifiche alla legge n. 33/1999 (Disciplina relativa al settore del commercio)” e il regolamento regionale n. 1/2009 “Disposizioni attuative e integrative della legge regionale n. 21/2006 (Disciplina dello svolgimento delle attività di somministrazione di alimenti e bevande)”.

Si rende necessario esaminare preliminarmente anche i regolamenti comunali che sono atto-fonte di rango secondario,

⁶⁶ Le iniziative che possono ottenere i finanziamenti sono quelle che perseguono uno o più dei seguenti obiettivi: eliminare i fenomeni di degrado ambientale e sociale; salvaguardare le tradizioni ed il tessuto socio-economico tipico dei luoghi; reintegrare e valorizzare il contesto urbano, nel rispetto delle relative peculiarità storiche, migliorando: 1) la qualità architettonica ed ambientale dello spazio pubblico; 2) la qualità architettonica esterna ed interna dei negozi; 3) le condizioni di accessibilità e la dotazione degli spazi di sosta, in conformità alla vigente normativa sulla eliminazione delle barriere architettoniche; 4) le attrattive e la gradevolezza anche mediante soluzioni spaziali che consentano l’integrazione di funzioni e attività di animazione e promozionali; sviluppare e rivitalizzare, anche attraverso l’assortimento merceologico, l’assetto commerciale esistente nelle varie articolazioni che lo caratterizzano, fermi restando i tipi di esercizi e le relative autorizzazioni previsti dalla vigente normativa; agevolare l’acquisto o la trasformazione delle strutture di vendita da parte degli operatori dei mercati regionali e del mercato di Piazza Vittorio Emanuele II ai fini del trasferimento presso le sedi previste dal piano mercati.

emanazione della volontà dell'ente territoriale più vicino al cittadino - il Comune - e che rappresentano indubbiamente lo strumento con cui i privati e gli operatori giuridici interagiscono in via diretta.

Lo scheletro della normativa che si è sostanzialmente mantenuto nel tempo è delineato dalla delibera n. 187/2003. Tuttavia, dato che le modifiche apportate successivamente dalla D.C.C. n. 36 del 2006 sono state consistenti, la stessa Amministrazione capitolina ha allegato a questa il testo della D.C.C. n. 187/2003 come risultante dalle modifiche appena introdotte.

Segue l'esame dell'Allegato A alla D.C.C. n. 36 del 2006 - "Disciplina di tutela e riqualificazione delle attività commerciali e artigianali nel perimetro della città storica".

Le norme di tutela e incentivazione previste dalla delibera si applicano sia ai "Negozi storici" di cui alla D.C.C. n. 130/2005, sia alle "attività tutelate" elencate all'articolo 6.

Le "attività tutelate" sono: alimentari di massimo 150 mq, se collocati in alcune particolari zone e di massimo 250 mq., nelle restanti zone della città storica; attività artigianali (ad esclusione della riparazione auto e motocicli, delle gelaterie artigianali, delle pizzerie a taglio e friggitorie e rosticcerie come Kebab e paninoteche); erboristerie; librerie; negozi di antiquariato; filatelie e numismatiche; cartolibrerie; gioiellerie; attività di vendita di prodotti di alta moda e sartoriali; ...

Le attività che rientrano nelle norme di tutela, site nel perimetro della città storica hanno il seguente regime: qualora venissero a cessare è consentita negli stessi locali esclusivamente una o più delle attività tutelate appartenenti al medesimo settore alimentare o non-alimentare. Tale vincolo di destinazione commerciale decade nel caso in cui i locali siano rimasti inutilizzati per cinque anni, oppure se l'attività tutelata è stata esercitata nei locali per un periodo inferiore ai due anni.

In più, in alcune vie e piazze romane elencate non è ammesso lo svolgimento di attività diverse da quelle tutelate. L'articolo 6, comma 3, riporta famosissimi luoghi tra cui giova ricordare, tra gli altri, via della Croce, Piazza del Popolo, via del Babuino, Piazza di Spagna, Piazza Farnese, Piazza Navona, via Giulia, borgo Pio, via della Conciliazione, Piazza Santa Maria in Trastevere, Piazza Trilussa, Piazza Capo di Ferro, via dei Coronari, Piazza della Rotonda, Piazza di Trevi, via del Gesù, largo di Torre Argentina, Piazza Pasquino.

Procedendo con l'esame del regime di tutela, l'articolo 9 prevede che nell'area della Città storica siano consentite solo alcune tipologie commerciali. Sono sempre consentiti gli esercizi di vicinato cioè quelli con un massimo di 250 mq di superficie di vendita; nei tessuti da T1 a T5 sono ammesse solo medie strutture di vendita con superficie massima di 400 mq, mentre nel T6 fino a un massimo di 600 mq; negli ambiti di valorizzazione (solo di tipo C) sono ammesse anche le grandi strutture di vendita cioè esercizi commerciali con superficie superiore a 2.500 mq.

L'articolo 10 prevede che nei tessuti della Città storica siano escluse determinate attività incompatibili con le esigenze di tutela dei valori ambientali e urbanistici. Tra queste, il commercio all'ingrosso e *show room*; sale per video-giochi; carrozzerie e autofficine; *sexy shop*; *hard e soft discount*.

Da ultimo, per quanto qui interessa, l'articolo 11 istituisce zone di rispetto e zone omogenee; in sostanza sono individuati rioni, quartieri e vie di Roma nei quali è vietata l'apertura di nuove attività di somministrazione di alimenti e bevande.

L'articolo 14 afferma che l'Amministrazione comunale predispone provvedimenti per la riqualificazione della Città storica e il sostegno del settore commerciale, in particolare attraverso l'adozione di piani d'intervento. Questi possono essere presentati sia da soggetti pubblici, sia da soggetti privati e il loro fine è contrastare il degrado migliorando le condizioni delle aree, delle strade, delle piazze e delle

vie mediante il potenziamento dell'illuminazione, il collocamento di insegne e arredi consoni al decoro urbano e il risanamento conservativo dei luoghi stessi. Un esempio di questa politica è il Piano di intervento del rione Esquilino che ha interessato diverse delibere del Consiglio comunale di Roma⁶⁷.

L'analisi della normativa statale n. 114/1998, delle leggi regionali, dei regolamenti regionali e delle delibere comunali non può che concludersi con una lettura di alcune sentenze. Il quadro giuridico delle attività commerciali nel centro storico si delinea nella sua effettività solo attraverso l'interpretazione giurisprudenziale che, non a caso, è detta il "diritto vivente".

4.1 T.A.R. Lazio, sez. II, n. 9605/2011 confermata da Cons. Stato, sez. V, n. 6595/2012 – Caso di gelateria “artigianale” in piazza della Rotonda

Con una Determinazione dirigenziale del 2010 il Comune di Roma ha intimato la cessazione dell'attività di vendita di gelato effettuata da Nice Ice nei locali di Piazza della Rotonda n. 70, in quanto la delibera del Consiglio comunale n. 36/2006 come modificata dalla D.C.C. n. 86/2009, vietava l'apertura di attività non tutelata in alcune zone della città tra cui figurava Piazza della Rotonda (cfr. infra articolo 6, comma 3).

Il provvedimento interdittivo è oggetto del ricorso.

Il ricorrente lamenta la violazione della D.C.C. n. 36 del 2006 in quanto la vendita di gelato sfuso non rientra tra le attività vietate in quanto diverse da quelle tutelate.

Il secondo motivo di gravame riguarda l'illegittimità del provvedimento per violazione di legge in quanto la delibera contrasta con la normativa statale.

⁶⁷ D.C.C. n. 5/2003 e n. 33/2005.

Nell'affrontare il primo motivo di ricorso il Collegio osserva che la vendita di gelato sfuso è stata ritenuta dal Comune come non consentita perché non presente nell'elenco di quelle tutelate. Più in particolare l'attività di specie è riconducibile al significato attribuito dall'Amministrazione capitolina all'espressione "gelateria artigianale" che è considerata, come da articolo 6, lettera b, attività esclusa dall'elenco di quelle tutelate e perciò interdetta. Quindi il Collegio ha esaminato la ragionevolezza e logicità della disposizione della D.C.C. e della conseguente determinazione.

Nello specifico il ricorrente sostiene che il gelato sia sfuso sia confezionato costituisce un prodotto alimentare finito. Nella presente controversia il gelato, pur venduto sfuso nei locali di Piazza della Rotonda, era prodotto in laboratorio sito in altra zona di Roma senza alcuna successiva elaborazione delle componenti. Quindi, l'attività non era da considerare gelateria artigianale ma, piuttosto, in ragione delle forti somiglianze con la vendita di gelato confezionato, assimilabile a quest'ultima.

Quanto sostenuto dal ricorrente non persuade il Collegio che invece ritiene la determinazione di cui si chiede l'annullamento non manifestamente illogica e non affetta da disparità di trattamento.

La delibera è volta a riqualificare il centro storico e consente l'apertura solo di esercizi commerciali in linea con le tradizioni del posto. La vendita di gelati già confezionati è attività consentita non in sé ma in quanto rientrante tra le attività di vendita di prodotti alimentari all'interno degli esercizi commerciali di vicinato. Le gelaterie artigianali, evidentemente, per le modalità di somministrazione del prodotto sono state ritenute non confacenti con le tradizioni del posto e quindi non figuranti tra le attività tutelate.

Con riguardo al secondo motivo di gravame il ricorrente censura il provvedimento per violazione di legge. Intervenuto il D.L. n. 223 del 2006 (decreto Bersani), riguardante la liberalizzazione dell'autorizzazione all'apertura degli esercizi commerciali di vicinato, è

previsto che né leggi regionali né delibere del consiglio possano imporre limitazioni all'apertura di nuovi esercizi commerciali in contrasto con i principi di libera concorrenza e libertà d'impresa.

La delibera, vietando l'attività, impone un vincolo alla libera iniziativa economica.

Il Collegio non condivide la prospettazione della parte ricorrente.

La delibera non è stata emanata allo scopo di introdurre divieti basati sul volume delle vendite o su quote di mercato calcolate con metodi statistici, ma al fine di tutelare e riqualificare le attività commerciali e artigianali nel perimetro della città storica. Come affermato da condivisa giurisprudenza, preservare l'integrità storico-culturale di Roma e dei suoi antichi mestieri non è affatto in contrasto con i principi e le disposizioni del D.L. 223/2006. Tutelare la concorrenza non esclude che esigenze di salvaguardia di valori sociali di rango parimenti primario impongano condizionamenti e temperamenti al diritto individuale della libera iniziativa economica, sicché i limiti in esame non sono incompatibili con la disciplina nazionale, perseguendo la concorrente finalità di protezione di alcuni ambiti territoriali dal depauperamento di attività tradizionali altrimenti a rischio di estinzione.

4.2 T.A.R. Lazio, sez. II ter, n. 6122/2014 confermata da Cons. Stato, sez. V, n. 4856/2015 – Caso Maestri Gelatieri di Calabria in via Marmorata

L'esame di questa vicenda processuale appare significativo perché confermativo dell'orientamento giurisprudenziale riguardante la vendita di gelato nel centro storico esaminato nel precedente paragrafo, di qualche anno antecedente.

Il ricorrente, Maestri Gelatieri di Calabria, chiede l'annullamento del diniego di rilascio dell'autorizzazione all'esercizio

di attività di somministrazione al pubblico di alimenti e bevande nei locali di via Marmorata 111, nel centro storico di Roma.

Il giudice di prime cure respinge il ricorso e il Consiglio di Stato respinge l'appello.

Il principio di diritto che se ne ricava è la preminenza dell'utilità sociale e dell'interesse collettivo alla tutela dell'ambiente, del patrimonio culturale e dei centri storici rispetto alla libera iniziativa economica. È legittimo il divieto di apertura di attività di somministrazione di cibi e bevande al pubblico in coerenza con la valorizzazione dei centri storici; è legittima la compressione di un diritto soggettivo quale quello dell'imprenditore orientato al profitto.

4.3 T.A.R. Lazio, Roma, sez. II ter, n. 11504/2015 confermata da Cons. Stato, sez. V, n. 603/2017 – Caso di somministrazione di alimenti e bevande nel rione Trevi

Il ricorrente impugna il diniego di autorizzazione all'apertura di un esercizio di somministrazione al pubblico di alimenti e bevande a Roma in rione Trevi, via in Arcione, 71⁶⁸.

L'Amministrazione capitolina fonda il diniego di rilascio di autorizzazione su quanto disposto dalla D.C.C. n. 35/2010 che, all'articolo 11 prescrive: “negli ambiti di cui al comma 4 del precedente articolo 10, non è consentito il rilascio di autorizzazioni per nuove attività di somministrazione di alimenti e bevande...”.

⁶⁸ Identico tema *decidendum* è stato oggetto di sentenza T.A.R. Lazio, Roma, sez. II ter, n. 2249/2012. In quella sede si chiedeva l'annullamento del diniego di autorizzazione che era stata richiesta dal titolare dell'attività di somministrazione - La vecchia taverna - esercitata nei locali di via Costaguti 15, angolo Piazza Mattei 10. La doglianza di parte ricorrente interessava anche l'atto presupposto, la D.C.C. del 2010, le cui disposizioni entrate in vigore nelle more del procedimento avevano imposto - sulla base del principio *tempus regit actum* - l'adozione del provvedimento vincolato di diniego. Il T.A.R. rigettava il ricorso e confermava la legittimità della delibera e del conseguente provvedimento amministrativo.

L'articolo 10, comma 4, presenta un elenco di ambiti territoriali tra cui figura il rione Trevi "caratterizzati dalla presenza di particolari condizioni di concentrazione delle attività commerciali e di elevati livelli di pressione antropica così come emerge dagli studi propedeutici alla redazione del presente Regolamento di cui all'Allegato 2, e/o di eventuali vincoli di tutela ai sensi della normativa vigente in materia ambientale, archeologica, monumentale, culturale, paesaggistico-territoriale e storico-artistica".

Il ricorrente deduce l'illegittimità del provvedimento e dell'atto presupposto (D.C.C. n. 35/2010) per contrasto con la normativa primaria liberalizzatrice sopravvenuta (D.Lgs. 59/2010, D.L. 201/2011 e D.L. 1/2012). Inoltre aggiunge che, alla luce dei nuovi interventi legislativi statali, la definizione delle aree interdette (zoonizzazione) e le limitazioni all'attività commerciale, avrebbero necessitato di una revisione. Più nello specifico, la pubblica amministrazione avrebbe dovuto porre in essere un'attività istruttoria preliminare all'esercizio della funzione di pianificazione e, addirittura, con ulteriore censura, il ricorrente sostiene che l'amministrazione ha obbligo di istruttoria specifica su ogni domanda di rilascio di autorizzazione al fine di bilanciare, in concreto e proporzionalmente, la libertà economica con la contrapposta esigenza di valorizzare il centro storico. Quindi, i divieti generalizzati di nuovi insediamenti commerciali per intere zone sono illegittimi in quanto, a seguito dell'introduzione delle nuove norme statali, necessitavano di una revisione e anche il singolo provvedimento, che discende da tale normativa, doveva presupporre un'istruttoria e una motivazione in concreto.

Il Collegio ritiene queste censure infondate. La normativa statale riconosce il diritto di iniziativa economica, ma non in via assoluta. Il D.Lgs. 59/2010 lo bilancia con i motivi imperativi di interesse generale; il D.L. 201/2011 lo contempera con la tutela della salute, dei lavoratori, dell'ambiente ivi incluso l'ambiente urbano e i

beni culturali; il D.L.1/2012 racchiude nell'unica espressione dell'interesse generale costituzionalmente rilevante e compatibile con l'ordinamento comunitario, gli interessi collettivi in grado di giustificare la compressione dell'attività economica privata. Senza dimenticare che già l'articolo 41 della Costituzione individua il limite alla libera iniziativa economica privata nell'utilità sociale.

Atteso che i limiti alla libera attività commerciale sono sempre stati ribaditi da tutte le leggi statali, non si è verificata nessuna abrogazione tacita della delibera per contrasto con la legge statale. Infatti, il regolamento comunale e il divieto in essa sancito appaiono perfettamente giustificati da quanto previsto e riportato dall'articolo 10, comma 4, della D.C.C. n. 35/2010.

L'amministrazione tutela la viabilità, la sostenibilità ambientale, il pregio artistico e culturale inestimabile, la cui presenza nel rione Trevi è incontestabile.

Il divieto apposto in sede di pianificazione è stato preceduto da un'analisi⁶⁹, dalla raccolta di dati statistici e la decisione di istituire il vincolo è ragionevole e proporzionata. Il ricorrente non ha correttamente valutato l'apprezzabile grado di approfondimento tecnico che è stato compiuto da Roma Capitale nella predisposizione del regolamento. Si è tenuto conto infatti, non solo della rete di distribuzione degli esercizi di somministrazione presenti nel rione Trevi, ma anche delle altre tipologie di attività ivi presenti. Inoltre si è stimato il flusso delle persone sia in base alla popolazione residente, sia al movimento di turisti, lavoratori e studenti che attraversano la zona rapportando il tutto all'estensione territoriale del rione.

Le conclusioni sono state che nel rione Trevi gravita normalmente una popolazione circa tre volte superiore a quella residente.

⁶⁹ D.C.C. n. 35/2010 allegato 2 "studi preliminari, logiche e obiettivi per il regolamento per l'esercizio delle attività di somministrazione di alimenti e bevande".

Il divieto assoluto di rilascio di autorizzazioni per l'esercizio di attività di somministrazione in tutto il rione Trevi rappresenta pertanto una restrizione della libera iniziativa economica ragionevole, proporzionata, non indiscriminata e fondata su criteri oggettivi coerenti con il territorio, il tasso demografico, i valori storico-culturali e paesistici-ambientali del rione⁷⁰.

Il provvedimento di diniego appare quindi un atto vincolato che non necessita di ulteriori accertamenti di fatto come sostenuto dalla parte ricorrente.

4.4 T.A.R. Lazio Roma, sez. II ter, n. 6721/2013 annullata da Cons. Stato, sez. V, n. 3802/2014 che accoglie l'appello – Caso di somministrazione di alimenti e bevande nel rione Regola

Si rende necessario esaminare un'altra vicenda processuale, che verte sull'identico tema *decidendum* affrontato in precedenza, perché l'orientamento giurisprudenziale espresso nel precedente paragrafo si è consolidato solo in seguito alla vicenda processuale che si va ad esaminare.

La ricorrente, Loreal srl, adiva il giudice amministrativo chiedendo l'annullamento del provvedimento del 2012 di Roma Capitale che le negava l'apertura, in via di Monserrato 32 - Rione Regola, di un esercizio commerciale per la somministrazione al pubblico di alimenti e bevande. Il T.A.R. pronunciatosi con sentenza 2013, accoglieva il ricorso. Ma, successivamente, il Consiglio di Stato,

⁷⁰ Vedi la Massima della sentenza del Consiglio di Stato, sez. V, 13.02.2017, n. 603 in Foro amm., 2017, 2. "Il divieto assoluto di rilascio di nuove licenze per l'esercizio dell'attività di somministrazione al pubblico di alimenti e bevande nel rione Trevi della città di Roma costituisce una restrizione alla libertà di iniziativa economica ragionevole e proporzionata, poiché fondata su criteri oggettivi e non discriminatori espressi in modo chiaro ed intellegibile da Roma Capitale, che sono incontestabilmente legati alle caratteristiche territoriali, demografiche e paesaggistico-ambientali delle varie zone in cui si divide la città capitale".

riformando la sentenza impugnata, accoglieva l'appello e inaugurava un orientamento interpretativo cui poi si sarebbero conformati tutti i successivi giudicati (cfr., *ex multis*, le sentenze esaminate nel paragrafo precedente).

Nel caso esaminato in questo paragrafo si dà contezza della difformità di giudizio del T.A.R.

Secondo l'opinione del giudice, il legislatore del D.L. n. 201/2011, per dare attuazione ai principi di liberalizzazione così introdotti, impone alle Regioni e agli enti locali di adeguare i propri ordinamenti e di sottoporre i regolamenti a revisione entro una data, quella del 30 settembre 2012.

Nella specie, ciò che il giudice sostiene è che la D.C.C. n. 35/2010, contenente il "Regolamento per l'esercizio di somministrazione di alimenti e bevande" - delibera sul cui contenuto si fonda il provvedimento impugnato - doveva essere rivista entro il termine posto dal legislatore che il giudice considera di natura ordinatoria. L'amministrazione doveva rinnovare, a seguito di un'adeguata istruttoria e in coerenza con i nuovi principi statali, le vecchie prescrizioni del Regolamento n. 35/2010 e compiere *ex novo* il bilanciamento tra gli interessi in gioco. Ciò non è accaduto e il provvedimento vincolato di rigetto della richiesta di autorizzazione è illegittimo per motivazione insufficiente in quanto fondata esclusivamente sul riferimento all'atto presupposto non rivisto (D.C.C. n. 35/2010).

Il provvedimento impugnato viene annullato perché è emanazione di un potere vincolato e conformato dal Regolamento "che non può ritenersi più cogente in assenza dell'adeguamento al D.L. n. 201/2011".

L'amministrazione, ci ricorda la sentenza, nel compiere il bilanciamento tra diverse esigenze, da un lato la tutela della concorrenza e dall'altro la tutela di valori quali la salute, l'ambiente e i beni culturali, ben può decidere di imporre divieti generali di apertura di

nuovi esercizi commerciali, come accaduto in concreto con la D.C.C. n. 35/2010. Ma ciò è legittimo solo qualora nessun'altra misura meno limitativa della libera iniziativa economica privata e della concorrenza sia ravvisabile per salvaguardare con efficacia gli anzidetti valori di salute, ambiente e beni culturali. In poche parole quando il mezzo è necessario e indispensabile per raggiungere il fine, cioè quando lo strumento è proporzionale all'obiettivo, la disposizione comunale è legittima. Queste valutazioni sono compiute in seguito a una delicata fase istruttoria.

Il T.A.R. sostiene che l'istruttoria e il bilanciamento con riferimento al regolamento del 2010 devono essere compiute *ex novo*. Quindi invita l'amministrazione al ri-esercizio del potere e a porre alla base degli studi preliminari dati attuali e aggiornati essendo "il *turn over* degli esercizi molto frequente" ed essendo stato stimato che a livello nazionale ogni anno "all'aumento della domanda di pasti fuori casa corrisponde un incremento dell'offerta con circa 3.500 nuovi esercizi e circa 20.000 cambi di gestione".

Infatti, il T.A.R. rileva come alla base del Regolamento del 2010 siffatte modalità di studio preliminare non sono state adottate e, in aggiunta, afferma che le decisioni prese sono riferite ad ambiti territoriali troppo vasti. Suggerisce, quindi, la raccolta di dati più recenti e attendibili "soprattutto a seguito dell'imponente crisi economico-finanziaria che ha colpito l'Italia, come gli altri paesi dell'Unione, negli ultimissimi anni" e consiglia inoltre, di operare nuove valutazioni con riferimento ad ambiti territoriali più ristretti. Sottoporre alla stessa disciplina il rione Ponte, Regola, Parione, Campo Marzio, Trevi, Campitelli, Sant'Eustachio, Colonna, Pigna, Sant'Angelo, rischia di non essere ragionevole salvo che l'amministrazione dia prova del fatto

che effettivamente si riscontrino identiche esigenze di tutela, a fronte di medesime caratteristiche, in tutti i rioni⁷¹.

Già si è anticipato il prosieguo della vicenda in secondo grado e il suo esito: l'accoglimento dell'appello.

Roma Capitale, appellante, sostiene l'erroneità della sentenza impugnata in quanto fondata sul convincimento che il D.L. n. 201/2011 doveva esser tenuto in debito conto dall'Amministrazione nell'emanazione del provvedimento, perché il D.L. n. 201/2011 era entrato in vigore dopo la D.C.C. n. 35/2010, ma prima del diniego successivamente impugnato. L'innovativa portata del D.L. n. 201/2011 non è condivisa dall'appellante che sostiene, invece, che questo abbia "lo stesso contenuto precettivo dei D.L. n. 223/2006 e n. 59/2010, in virtù dei quali era già stata emanata la D.C.C. n. 35/2010". Quindi, stante la "non innovatività" delle disposizioni introdotte dalla norma, non c'è alcun obbligo del Comune a riesaminare *ex novo* la materia.

Il Collegio, non condividendo la tesi del T.A.R., afferma di non ravvisare "differenze sostanziali di contenuto nella legislazione nazionale". La valenza dei principi di concorrenza e libertà di mercato così come il "rilievo costante" dei valori costituzionalmente garantiti di salvaguardia della sostenibilità ambientale e della tutela del patrimonio storico-artistico e culturale del Paese, non appare scalfito dall'evolversi delle norme in materia. Ne consegue che, diversamente da quanto ritenuto dai giudici di prime cure, il Collegio ritiene che il Comune non doveva compiere nessuna particolare indagine perché era in vigore il Regolamento del 2010. Infatti con tale deliberato l'amministrazione aveva ritenuto necessario "salvaguardare l'assetto di via di Monserrato da trasformazioni connesse ad una commercializzazione esasperata, considerata la rilevanza storica del luogo".

⁷¹ I rioni elencati sono quelli raggruppati dalla D.C.C. n. 35/2010, articolo 10, comma 4, Municipio I. L'ambito è rilevante nel caso di specie perché in esso sono situati i locali del ricorrente - via Monserrato, 33.

4.5 T.A.R. Lazio Roma, sez. II ter, n. 10876/2015 - secondo grado di giudizio in corso – potrebbe vincere l’orientamento difforme secondo Tonnara

La società ricorrente “Di per Di”, sita in una via non indicata in sentenza, ma comunque rientrante nel tessuto T3 del centro storico di Roma, chiede l’annullamento del provvedimento con il quale Roma Capitale comunicava l’impossibilità della SCIA di produrre effetti giuridici.

La SCIA informava la pubblica amministrazione del fatto che nel negozio, di complessivi 140 mq di superficie, veniva iniziata un’attività di vendita di prodotti alimentari su 120 mq e, sui restanti 20, una vendita di prodotti non alimentari.

Tale atto era considerato dall’Amministrazione privo di effetti perché in contrasto con il regime della delibera C.C. n. 36/2006. I locali erano situati in “ambito tutelato - tessuto T3” e in precedenza la superficie totale del negozio era destinata alla vendita di articoli di profumeria e cosmetica, attività tutelata. Quindi era sorto il vincolo a che i locali continuassero a essere adibiti ad attività tutelata dello stesso settore merceologico della precedente.

La disciplina regolamentare è chiara ed esaurisce la discrezionalità amministrativa al livello più alto di esercizio, quale quello regolamentare. “Nei c.d. ambiti tutelati qualora venga a cessare una delle attività tutelate, negli stessi locali è consentita l’attivazione esclusivamente di una o più delle medesime attività appartenenti al medesimo settore, alimentare o non alimentare”.

Il ricorrente tuttavia afferma che “il divieto di modificare anche solo parzialmente la destinazione commerciale dei locali in cui è stata in precedenza esercitata un’attività tutelata” contrasta con la normativa statale di liberalizzazione sopravvenuta e non tiene conto della globale situazione di crisi economica e finanziaria, nonché di quella occupazionale e sociale. Il ricorrente evidenzia inoltre come anche l’attività di vendita di prodotti alimentari nella forma di negozio

di vicinato che intende svolgere nei 120 mq del locale, è anch'essa attività tutelata.

Il Collegio rileva che l'attività avviata nei locali in questione non appartiene allo stesso genere merceologico (non alimentare) dell'attività esercitata in precedenza (profumeria e cosmetica). Ne consegue la non osservanza del vincolo di destinazione, il contrasto con la norma regolamentare e l'inibizione alla prosecuzione dell'attività che appare, pertanto, un automatismo o - con l'espressione del Collegio - "l'esito scontato" della vicenda.

Sostenere la tesi secondo cui l'attività tutelata rimane comunque esercitata benché ridotta ad appena 20 mq sui 140 originari, equivarrebbe ad avallare modalità di aggiramento del divieto cioè pratiche elusive, e a permettere una deroga illegittima al divieto.

Con riguardo al profilo di incompatibilità tra regolamento comunale e normativa primaria il Collegio esamina preliminarmente i D.L. n. 223/2006, D.L. n. 138/2011, il D.L. n. 201/2011 e il D.L. n. 1/2012 e anche pronunce del Consiglio di Stato. Esclude la presenza di "profili di inconciliabilità della regolamentazione comunale con il quadro normativo di rango primario evocato". Afferma che la normazione statale non ha introdotto misure ostative alla tutela delle attività tradizionali nei centri storici e ribadisce "la piena esercitabilità di un potere regolamentare volto alla tutela delle attività commerciali nell'ambito del centro storico" anche a fronte della liberalizzazione del settore commerciale. Non appare superfluo, infatti, riportare integralmente quanto osservato dal Giudice delle leggi con sentenza 200/2012. "Il principio della liberalizzazione prelude a una razionalizzazione della regolazione, che elimini, da un lato, gli ostacoli al libero esercizio dell'attività economica che si rivelino inutili o sproporzionati e, dall'altro, mantenga le normative necessarie a garantire che le dinamiche economiche non si svolgano in contrasto con l'utilità sociale".

Inoltre, il Collegio constata la piena congruità e logicità della delibera che è perfettamente legittima in quanto le disposizioni in essa contenute non vietano in assoluto l'esercizio di attività commerciali nel centro storico, ma riservano alle attività tradizionali, ponendo un vincolo di 5 anni dalla cessazione, i locali in cui queste si sono svolte da almeno due anni. Tale scelta è "commisurata a fronte della più volte ripetuta esigenza di salvaguardia delle attività tradizionali già insediate nel Centro storico di Roma".

Dichiarando la ragionevolezza e la proporzionalità della delibera e del conseguente provvedimento, il Collegio respinge il ricorso.

Questa sentenza è stata oggetto di commento da parte di Pierluigi Tonnara⁷². Il giurista riscontra il fatto che - nell'attualissimo conflitto tra libera iniziativa economica, tanto invocata come ultimo rimedio per superare la perdurante crisi economica e le esigenze di conservazione del tessuto urbano, di quello commerciale caratteristico della città e in particolare del centro storico di Roma – il giudice ha assegnato un posto di preminenza alla tutela dell'identità storica e alla conservazione di cultura e tradizioni.

Così facendo si evita al cittadino-consumatore di subire un danno dovuto al depauperamento e alla trasformazione del caratteristico ambiente del centro storico. La decisione è la diretta conseguenza di quella visione prospettica secondo cui il benessere del cittadino è dato dal mantenimento del tessuto commerciale tradizionale.

Obiezione. Il benessere del cittadino-consumatore potrebbe esser ravvisato da altri in ciò che gli economisti chiamano il punto di ottimo: cioè una quantità "x" di beni venduta a un prezzo "y", quantità e prezzo dati dall'incontro tra la curva della domanda e quella dell'offerta in un modello di mercato perfettamente concorrenziale. Secondo la

⁷² P. TONNARA, *Liberalizzazioni e tutela di concorrenti interessi pubblici: il caso delle limitazioni al commercio nel centro storico di Roma Capitale*, in *Urbanistica e appalti*, 11/2016, p. 1203.

filosofia liberista attraverso tale astrazione si rappresenta un mercato ideale e si individua un punto di equilibrio tra due interessi contrapposti, quello dei venditori e quello dei compratori, raggiunto il quale entrambi i protagonisti si trovano in una posizione di benessere. Sebbene sia vero che il modello è uno strumento semplificativo della realtà, in questo caso la presenza esclusiva di due agenti – i produttori e i consumatori o, se si vuole, i venditori e i compratori – è l'elemento fondante della teoria economica e non l'effetto dell'impiego del diagramma cartesiano a due variabili. Lo Stato e le associazioni sindacali non devono interferire nelle dinamiche del mercato, non devono intervenire a protezione delle imprese e/o dei lavoratori, ma solo organizzare quella solidarietà sociale pubblica che permette il minor sacrificio possibile. La responsabilità dell'eventuale chiusura o dello straordinario successo di un'impresa è addebitabile unicamente ai due agenti: da un lato i *manager* dell'impresa, dall'altro i consumatori che, in via autonoma, scelgono di comprare i prodotti da questa offerti.

Tale cultura economica replica alle decisioni protezionistiche con la distruzione creativa⁷³ che è un tutt'uno con la concorrenza. Il concetto può essere impiegato anche nella vita stessa, come afferma Goethe in un suo verso, "*Stirb und werde*", muori e diventa. L'avvio del nuovo difficilmente comincia senza che se ne senta il bisogno perché è la necessità che aguzza l'ingegno e nell'economia italiana è prova di ciò la vertiginosa crescita industriale, ad esempio, della regione emiliana di oltre 50 anni fa, in seguito alla chiusura delle officine meccaniche. Ciò a conferma del fatto che forse, per un grande sviluppo, vale la pena della distruzione. Serve a poco, dunque, proteggere quello che sta per venire meno.

Nel continuare il ragionamento che si stava sviluppando prima di esporre l'"obiezione" che precede, bisogna notare che, se l'attività commerciale chiude i battenti per un periodo di tempo pari o superiore a

⁷³ T. PADOA SCHIOPPA, *La distruzione creativa. I vecchi posti di lavoro e le nuove imprese*, in *Corriere della sera*, 13 dicembre 2005.

cinque anni il benessere del cittadino non è più quello di avere la medesima attività commerciale in quegli stessi locali: la “tutela dell’identità socio-culturale può essere accantonata in favore di una riespansione della libertà di iniziativa economica”. Ciò accade perché la tutela dell’identità culturale dei luoghi non è un valore assoluto, ma è uno degli interessi coinvolti nella materia in esame. La prevalenza dell’uno comporta un ridimensionamento degli altri ma con dei limiti. In questo caso il limite individuato è la cessazione dell’attività per un lustro, oppure il fatto che l’attività tutelata non si svolge da almeno 2 anni. Il tempo è quindi un fattore importante. Innanzi tutto perché dà contezza di cosa può essere ritenuto fattore identitario e cosa no e, in via speculare, ci dice dopo quanto quel legame culturale si è invece perduto.

L’orientamento giurisprudenziale seguito dalla sentenza in commento è stato poi successivamente confermato dal Consiglio di Stato. Ne sono un esempio le due vicende processuali sopra commentate che hanno riguardato due gelaterie.

Tuttavia, sono presenti anche due sentenze che contengono un’argomentazione interpretativa diversa:

- 1) T.A.R. Lazio Roma, sez. II ter, n. 8107/2014;
- 2) T.A.R. Lazio Roma, sez. II ter, n.13992/2015.

La prima sentenza riguarda il caso di SCIA di apertura di esercizio di vicinato in via Carlo Alberto, 37B, per la vendita di bigiotteria; la seconda sentenza riguarda il caso di SCIA di apertura di un punto vendita di una nota *maison* italiana di abbigliamento femminile. Entrambi gli atti presentati a Roma Capitale sono stati dichiarati privi di effetti e l’amministrazione ha, quindi, intimato di sospendere lo svolgimento delle attività. Entrambi i provvedimenti comunali sono stati portati all’attenzione del T.A.R. per l’annullamento. L’amministrazione si è difesa deducendo la conformità di detti atti a quanto disposto con D.C.C. n. 10/2009 recante, all’allegato A, il “Piano di intervento per la tutela e la riqualificazione del commercio e

dell'artigianato nel Rione Esquilino ed aree adiacenti". Infatti, con tale delibera si è vietata l'apertura di nuove attività nei generi merceologici elencati. Nell'elenco si legge "produzione e/o vendita di ogni genere di abbigliamento" e anche "produzione e/o vendita di bigiotteria, compresa la vendita di pietre dure non preziose".

Quindi ci si aspettava dal T.A.R., sulla base degli indirizzi giurisprudenziali finora esaminati, un rigetto dei ricorsi in quanto sia la delibera del 2009, sia i discendenti provvedimenti sono legittimo esercizio di potere.

Ci si aspettava infatti, il non accoglimento di quelle censure fondate sul contrasto tra disposizioni regolamentari e normativa statale liberalizzatrice, di altre doglianze fondate sulla non proporzionalità tra limiti posti alla libera iniziativa economica e la salvaguardia delle attività tradizionali nel centro storico e anche il rigetto dell'annullamento del provvedimento per carenza di motivazione.

E invece non è stato così. I ricorsi sono stati sì respinti, ma il giudice amministrativo ha svolto importanti considerazioni. Segue una disamina delle due sentenze che presenta fortissime analogie con la sentenza T.A.R. Lazio Roma, sez. II ter, n. 6721/2013. Anche se, in quest'ultimo caso già trattato, si esamina la Delibera n. 35/2010.

In primo luogo queste sentenze, che costituiscono dei difforni, esaminano l'art. 19 della legge n. 241/1990. Tale articolo afferma che "ogni atto di autorizzazione, licenza, concessione non costitutiva, permesso o nulla osta comunque denominato, comprese le domande per le iscrizioni in albi o ruoli richieste per l'esercizio di attività imprenditoriale, commerciale o artigianale il cui rilascio dipenda esclusivamente dall'accertamento di requisiti e presupposti richiesti dalla legge o da atti amministrativi a contenuto generale, e non sia previsto alcun limite o contingente complessivo o specifici strumenti di programmazione settoriale per il rilascio degli atti stessi, è sostituito da una segnalazione dell'interessato, con la sola esclusione dei casi in cui sussistano vincoli ambientali, paesaggistici o culturali e degli atti

rilasciati dalle amministrazioni preposte alla difesa nazionale, alla pubblica sicurezza, all'immigrazione, all'asilo, alla cittadinanza, all'amministrazione della giustizia, all'amministrazione delle finanze, ivi compresi gli atti concernenti le reti di acquisizione del gettito, anche derivante dal gioco, nonché di quelli imposti dalla normativa comunitaria. [...]". Il Collegio dichiara che non è subordinato a SCIA l'esercizio di qualsiasi attività ma solo l'esercizio di quelle attività soggette a un controllo amministrativo che si sostanzia in mero potere vincolato alla verifica circa l'esistenza di tutti i requisiti previsti dalla legge e dai regolamenti e dagli atti amministrativi a contenuto generale. Quindi, nel caso di specie, l'attività non rientra tra quelle per il cui esercizio possa essere effettuata la SCIA, in ragione del particolare regime esistente per gli esercizi commerciali dell'Esquilino.

Per questo motivo il ricorso viene respinto.

Proseguendo nell'affrontare il tema della conformità della delibera (D.C.C. n. 10/2009) alle norme statali di liberalizzazione, la parte motiva della sentenza è difforme rispetto all'orientamento giurisprudenziale maggioritario. Il Collegio esamina analiticamente gli articoli 31 e 34 del D.L. n. 201/2011; fa riferimento all'articolo 64 del D.Lgs. n. 59/2010; prosegue con l'analisi dell'articolo del D.L. n. 1/2012; conclude affermando che il legislatore "proprio per rendere effettive le norme sulle liberalizzazioni e sulla tutela della concorrenza, ha previsto che le Regioni e gli enti locali adeguino i propri ordinamenti alle riportate prescrizioni entro il 30 settembre 2012". Ritenendo che il termine sia ordinatorio, il giudice afferma che l'amministrazione ha l'obbligo di revisionare *ex novo*, in ragione dello *ius superveniens*, i previgenti regolamenti rendendoli così conformi ai principi che ispirano la normativa statale. L'amministrazione ha l'obbligo di compiere nuovamente un bilanciamento tra interessi sulla base di analisi aggiornate, di operare una scelta e di imporre congrue regole - ed eventualmente anche vincoli e divieti per intere zone territoriali - ragionevoli e proporzionate.

Così si concludono le due sentenze (T.A.R. Lazio Roma, sez. II ter, n. 8107/2014 e T.A.R. Lazio Roma, sez. II ter, n. 13992/2015) sulla D.C.C. n. 10/2009. Pur se Roma Capitale è inadempiente perché non ha effettuato entro il termine la revisione richiestale, la delibera rimane in piedi in quanto il termine per adempiere è ordinatorio e il provvedimento impugnato – l’inefficacia della SCIA – resiste all’annullamento non perché corretto esercizio di potere, ma in quanto il ricorrente avrebbe dovuto chiedere l’autorizzazione e non applicare l’articolo 19 della legge 241/1990.

Per quanto riguarda il precedente difforme di cui ci siamo già occupati - T.A.R. Lazio, Roma, sez. II ter, n. 6721/2013 – è da sottolineare che, sulla base dello stesso ragionamento che vede nella norma statale un obbligo del Comune al ri-esercizio del potere, l’annullamento del provvedimento impugnato in quella sede è stato deliberato perché fondato esclusivamente su una delibera non più cogente, non essendo stata rivista alla luce dello *ius superveniens*. Ma tali argomentazioni non sono state condivise dal Consiglio di Stato che ha annullato la sentenza e ha ribadito la legittimità della delibera e del conseguente provvedimento.

Le considerazioni sopra richiamate mettono in discussione l’orientamento giurisprudenziale maggioritario⁷⁴ (espresso, da ultimo, da T.A.R. Lazio, Roma, 08.03.2017, n. 3232) e “fanno emergere la problematicità della disciplina capitolina”⁷⁵. Questa potrebbe risultare illegittima in considerazione del fatto che i divieti generali posti su interi rioni o su vie e piazze indicate segnatamente nelle delibere

⁷⁴ T.A.R. Lazio, Roma, sez. II ter, n. 6571/2009; Cons. Stato, sez. V, n. 2758/2010; T.A.R. Lazio, Roma, sez. II ter, n. 2249/2012; Cons. Stato, sez. V, n. 3802/2014; T.A.R. Lazio, Roma, sez. II ter, n.10176/2014; T.A.R. Lazio, Roma, sez. II ter, n. 10860/2015; T.A.R. Lazio, Roma, sez. II ter, n. 10876/2015; T.A.R. Lazio, Roma, sez. II ter, n. 5293/2016; Cons. Stato, sez. V, n. 603/2017; T.A.R. Lazio, Roma, sez. II ter, n. 6122/2014; Cons. Stato, sez. V, n. 4856/2015; T.A.R. Lazio, Roma, sez. II, n. 9605/2011; Cons. Stato, sez. V, n. 6595/2012.

⁷⁵ P. TONNARA, *Liberalizzazioni e tutela di concorrenti interessi pubblici: il caso delle limitazioni al commercio nel centro storico di Roma Capitale*, in *Urbanistica e appalti*, 11/2016, p. 1203.

comunali si basano su un assetto di interessi grandemente mutevole. Il tessuto commerciale è quanto esiste di più vario e quindi, rilievi e stime e statistiche fatte qualche anno prima in sede di istruttoria per emanare regolamenti comunali possono facilmente non corrispondere più alla realtà dei luoghi.

L'osservazione vale per Roma ma anche per altre realtà nelle quali si restringe il libero gioco della concorrenza con strumenti che col passare del tempo rischiano di divenire irragionevoli e sproporzionati.

Si fa strada, quindi, la soluzione europea proposta dalla Commissione il 19 maggio 2015 con il “*Better regulation package*”. L'istituzione Ue propone di effettuare dei *fitness checks* ovvero dei controlli sistematici che consentono all'amministrazione di operare periodicamente una valutazione circa l'opportunità di mantenere le scelte fatte o di modificare alcune disposizioni dei propri regolamenti.

Pierluigi Tonnara avanza una proposta. Quella di stabilire che la “regolamentazione delle attività sia sottoposta periodicamente ad analisi di mercato per verificarne adeguatezza e necessarietà, come peraltro accade *ex lege* con riguardo ad altre ipotesi regolatorie. Si pensi, a scopo esemplificativo, alle analisi di mercato periodiche da parte di AGCOM per l'imposizione degli obblighi asimmetrici nei mercati di prodotti e servizi del settore delle comunicazioni elettroniche (cfr. art. 19 del Codice delle comunicazioni elettroniche)”.

5. Occupazione di suolo pubblico

Per completezza di argomento credo sia opportuno trattare per grandi linee il tema dell'occupazione di suolo pubblico (OSP).

Una ragione risiede nel fatto che per la quasi totalità dei negozi di somministrazione al pubblico di alimenti e bevande è naturale confrontarsi con questo argomento. È un dato di fatto che il marciapiede prospiciente tali esercizi è occupato da sedie e tavolini, così come è

frequente vedere in alcune piazze del centro storico, bancarelle e artisti di strada.

Altra ragione risiede nel fatto che nel procedimento per il rilascio della concessione di OSP in aree di pregio sono coinvolti più interessi pubblici portati avanti da differenti enti territoriali, il Ministero per i Beni e le attività culturali e Turismo, il Comune e la Regione.

5.1 T.A.R. Lazio, Roma, sez. II ter, n. 9542/2016 – Caso di OSP in via Bocca di Leone

La società Attivi srl gestiva un'attività commerciale di somministrazione di alimenti e bevande con insegna "ENOTECA ANTICA" in zona "Tridente storico" nella città di Roma Capitale. Era anche titolare di una concessione di occupazione di suolo pubblico prospiciente al locale dal 2003. Con determinazione dirigenziale del 2015 veniva emanato provvedimento di revoca della concessione demaniale. Quindi la società adiva il T.A.R. chiedendo l'annullamento della suddetta revoca, della Direttiva Ornaghi del 2012 (emanata dal Ministero per i Beni e le attività Culturali e Turismo concernente l'esercizio di attività commerciali e artigianali su aree pubbliche nonché di qualsiasi altra attività non compatibile con le esigenze di tutela del patrimonio culturale) e del Decreto Mibac del 17.9.2013 (emanato dalla Direzione Regionale per i Beni culturali e paesaggistici del Lazio del Ministero per i Beni e le attività Culturali e Turismo) che imponeva un vincolo culturale ai sensi dell'articolo 10, comma 4, lett. g) del D.Lgs. n. 42/2004 (Codice dei beni culturali) e che prescriveva il divieto di tutte le forme di uso del suolo pubblico a fini commerciali con il posizionamento di strutture stabili e/o precarie di varia natura e tipologia.

Il decreto legislativo n. 42 del 2004 contiene l'articolo 52, che è stato emendato dalla Corte Costituzionale (con sentenza n. 140 del 2015) nella parte in cui non prevedeva l'intesa tra Autorità statale e

Autorità territoriali, Comuni e Regioni, per l’emanazione di misure di valorizzazione culturale, consistenti nella previsione di divieto di usi non compatibili con il decoro dei complessi monumentali dei centri storici. L’intesa deve coinvolgere le autonomie territoriali, perché la valorizzazione dei beni culturali è materia di competenza concorrente Stato-Regioni e dette misure incidono sul commercio che è materia residuale esclusiva delle Regioni.

L’obbligo di preventiva intesa stabilito dalla Corte Costituzionale e recepito dal legislatore (art. 52, comma 1 *ter*) riguarda sia la previsione di divieto di usi incompatibili con le specifiche esigenze di tutela e di valorizzazione del demanio culturale, sia gli eventuali procedimenti di riesame delle autorizzazioni e concessioni di suolo pubblico, già rilasciate.

Il T.A.R. affermava che detta intesa non risultava raggiunta. La Regione non era stata coinvolta in alcun modo e il Comune aveva di fatto agito in mera esecuzione del Decreto Mibac, emanando revoche delle concessioni demaniali senza apportare un proprio contributo valutativo o decisionale (si segnalano due diverse pronunce in cui *a contrariis* il concerto tra le pubbliche amministrazioni si è raggiunto, a seguito di specifica istruttoria, nel c.d. “tavolo tecnico del decoro”. T.A.R. Lazio, Roma, sez. II *ter*, n. 13652/2015 e n. 3536/2016). La decisione di disporre il generale divieto di usi a fini commerciali del suolo pubblico nell’area del cosiddetto “Tridente storico” è stata assunta esclusivamente dal Mibac.

Probabilmente il Mibac ha confuso l’articolo 45 e l’articolo 52 del decreto legislativo 42 del 2004. L’articolo 45 è norma generale e attiene al potere di emanare misure di tutela c.d. indiretta del bene culturale la cui individuazione - è di esclusiva facoltà del Mibac - e la cui portata precettiva è immediata. Agli Enti pubblici territoriali interessati non rimane che recepire tali determinazioni nei regolamenti edilizi e negli strumenti urbanistici. Quando, invece, le misure di tutela indiretta implicano restrizioni al commercio su area pubblica, la relativa

disciplina comporta la competenza regionale perché si incide in materia di commercio. Si impone un necessario coordinamento tra il Mibac, la Regione e il Comune, onde salvaguardare i rispettivi ambiti da reciproche indebite interferenze. Quindi si tratta di una disciplina speciale che trova applicazione solo nel caso in cui si pone un vincolo a protezione delle aree pubbliche di pregio che comporta una limitazione o una totale soppressione di qualsiasi uso individuale a fini commerciali.

Per concludere, il T.A.R. annullava il provvedimento di revoca e il Decreto Mibac, quest'ultimo solo nella parte in cui poneva il divieto di concessione di suolo pubblico nell'area interessata dal ricorrente, e quindi si riconosceva l'efficacia del decreto nella parte in cui dichiarava valore culturale all'area stessa. Il T.A.R. richiamava la giurisprudenza sulla natura di discrezionalità tecnica delle valutazioni del Mibac, sindacabili solo *ab extrinseco*. Le ragioni storiche, urbanistiche, artistiche erano state ampiamente motivate nella relazione al Decreto e quindi il riconoscimento delle vie del Tridente come patrimonio culturale della nazione era immune da censure. Gli altri motivi di doglianza venivano assorbiti dal T.A.R., compresa la direttiva Ornaghi. Il giudice affermava, poi, che le amministrazioni possono rinnovare il procedimento e verificare le ulteriori ragioni del ricorrente, in particolare, verificare l'esistenza della concreta necessità di un divieto assoluto di occupare il suolo pubblico sull'intera zona del Tridente, valutare il rispetto dei principi di ragionevolezza e proporzionalità e quindi affermare eventualmente che qualsiasi occupazione di suolo pubblico è in contrasto con il decoro urbano e il carattere storico della zona oppure decretare che alcune forme di occupazione di suolo pubblico sono possibili perché non sono confliggenti con il decoro dei luoghi.

In questa sede va notato che il ricorrente aveva anche lamentato con un motivo di ricorso che mancava proporzionalità e ragionevolezza al provvedimento di revoca in quanto la tutela del c.d.

“cono visivo” non poteva prevalere sull’interesse privato e non poteva essere equiparata alla tutela di un monumento o di una piazza. Nella specie, l’occupazione di suolo pubblico in via Bocca di Leone (strada non rientrante nel novero degli assi stradali per i quali sarebbe prescritta l’esclusione dell’utilizzo per fini commerciali del suolo pubblico) ledeva la visione prospettica di piazza di Spagna e ciò, secondo il ricorrente, non era in grado di prevalere nel bilanciamento sull’interesse privato non essendo espressione di alcun principio costituzionale.

5.2 T.A.R. Lazio, Roma, sez. II ter, n. 3412/2016 – Caso degli Urtisti

In questa vicenda processuale i ricorrenti erano tutti “Urtisti”, che impugnavano davanti al giudice un provvedimento di rilocalizzazione della loro attività commerciale in altra zona di Roma (una Determinazione Dirigenziale del 2014 - DD).

Impugnavano anche l’atto presupposto, una Delibera della Giunta Capitolina del 2014 (DGC), con cui si avviavano i procedimenti di rilocalizzazione temporanea delle attività degli Urtisti ritenute incompatibili con la tutela dei beni culturali e paesaggistici delle aree del Tridente⁷⁶, Trinità dei Monti, Colosseo, Fori Imperiali, Piazza Venezia.

La DGC del 2014 è frutto di un protocollo d’intesa tra Mibac, Regione Lazio e Roma Capitale nel cd. “Tavolo tecnico per il decoro”, indetto ai sensi dell’articolo 52 del D.Lgs. n. 42/2004 – Codice dei beni culturali. L’accordo di collaborazione raggiunto individuava le aree

⁷⁶ Tale area fu oggetto di un importante intervento urbanistico, incidente sulla storica viabilità di Roma, che individuò tre corsi principali, tutti originanti da Piazza del Popolo, al fine di indirizzare i pellegrini che entravano a Roma dalla Flaminia verso le tre principali basiliche: attraverso via di Ripetta a San Pietro; attraverso via del Corso a San Giovanni in Laterano passando da piazza Venezia; attraverso via del Babuino a Santa Maria Maggiore).

pubbliche di particolare pregio archeologico, storico, artistico e paesaggistico da assoggettare a limitazioni o restrizioni per l'esercizio di attività commerciali e definiva gli indirizzi per la tutela del patrimonio culturale e del decoro urbano. Nelle postazioni degli Urtisti si individuava un'incompatibilità con i luoghi oggetto di tutela.

Con i motivi aggiunti si impugnavano anche altri atti.

Quindi si costituivano i controricorrenti: Roma Capitale, Mibac, Regione Lazio.

I ricorrenti lamentavano una certa ambiguità nel comportamento dell'Amministrazione che con la precedente delibera del Consiglio n. 35/2006 fissava le dimensioni del banco di vendita degli Urtisti in metri 1x2, in sintonia con l'arredo urbano della città e riconosceva la legittimità della concessione di occupazione di suolo pubblico di valenza decennale e aveva poi delegato i singoli Municipi all'individuazione dei posteggi da assegnare. I ricorrenti contestavano anche la legittimità dei provvedimenti di rilocalizzazione sia nell'*an*, in quanto affermavano la compatibilità della loro attività con i luoghi oggetto di protezione, sia nella scelta dei luoghi dove insediare nuovamente la loro attività. A sostegno della tesi della compatibilità, i ricorrenti sottolineavano la natura e la genesi del mestiere di Urtista risalente a tempi antichissimi, svolto da cittadini di origine ebraica che nel tempo si sono tramandati le licenze regolamentate, in principio, da una Bolla papale del 1848. Per questi motivi non può ritenersi esistente il contrasto tra il mestiere di Urtista e la tutela dei luoghi pubblici.

Sotto il profilo procedurale gli Urtisti lamentavano altresì una mancata comunicazione dell'avvio del procedimento e l'assenza della loro partecipazione dal procedimento stesso. In sostanza lamentavano violazioni della legge n. 241/1990.

Il T.A.R. affermava che le doglianze sulla correttezza del procedimento amministrativo seguito erano infondate. Il provvedimento amministrativo individuale e immediatamente lesivo per i ricorrenti era una Determinazione dirigenziale del 2015 affissa all'Albo Pretorio e

titolata “Rilocalizzazione temporanea dei posteggi commerciali ascrivibili alla tipologia Urtisti, siti nelle aree individuate dalla DGC 2014 a conclusione del procedimento avviato con DD del 2014”. Quindi, l’atto lesivo era stato comunicato e gli altri atti impugnati avevano valore generale e istruttorio. Infine, le doglianze relative alla mancata partecipazione erano infondate perché risultava che gli Urtisti avevano utilmente proposto proprie memorie, seppur successivamente all’intesa raggiunta dalle Pubbliche Amministrazioni.

Le risultanze del tavolo costituivano, infatti, solo una base istruttoria, una determinazione interna alla PA su cui si avvierà un confronto partecipativo in vista della definitiva stesura dei “Piani di riordino del commercio su aree pubbliche”. Nell’ambito di questa procedura di completamento gli Urtisti avranno titolo e legittimazione ad avanzare proposte collaborative e potranno svolgere un efficace ruolo propositivo.

Il T.A.R. pertanto, in tale fase, sottolineava la natura provvisoria e temporanea della rilocalizzazione dell’attività degli Urtisti. La temporaneità consisteva in un termine di 18 mesi e i ricorrenti non erano privi di garanzie. L’effettivo rispetto di tale termine da parte dell’amministrazione alla pianificazione è coercibile dagli interessati poiché avverso l’eventuale inerzia della PA le parti interessate potranno attivare i consueti rimedi processuali a propria tutela.

Dopo tutto il T.A.R. rammentava inoltre che la concessione di occupazione di suolo pubblico per l’esercizio di attività commerciale non implicava un diritto soggettivo in quanto la concessione può sempre essere revocata ex articolo 21 *quinquies* Legge n. 241/1990 per ragioni d’interesse generale.

Non si riconosce in ciò un indiscriminato potere della PA, dovendosi sempre valutare adeguatamente gli interessi pubblici sopravvenuti in relazione a quelli in passato riconosciuti e in relazione alla situazione di fatto consolidatasi.

Il quadro normativo di riferimento aveva previsto ulteriori limiti all'esercizio del potere della PA in quanto aveva disposto l'adozione di "Piani" e aveva strutturato l'esercizio di tale potere attraverso un modello partecipativo che vedeva la presenza di Mibac, Regione e Comune, la partecipazione degli interessati attraverso le relative associazioni rappresentative e un'importante garanzia nei confronti delle attività commerciali coinvolte poiché il trasferimento di un'attività commerciale in una collocazione alternativa doveva essere equivalente in termini di potenziale remuneratività e, in caso ciò non fosse possibile, doveva essere corrisposto un indennizzo al titolare.

Il T.A.R. richiamava anche la copiosa giurisprudenza che si era occupata del rapporto tra protezione dell'ambiente cittadino con particolare rilevanza storica, artistica, culturale e ambientale e la disciplina della libera iniziativa economica e affermava che, nonostante la normativa sulla liberalizzazione avesse ristretto la facoltà di apposizione di limiti amministrativi al libero esercizio di attività commerciali, residuava ancora uno specifico potere in capo alla PA finalizzato all'adozione di una disciplina quali-quantitativa dello svolgimento di attività commerciali a protezione dell'ambiente urbano (Cons. Stato, n. 3802/2014 e T.A.R. Lazio, Roma, II ter., n. 10802/2015).

I ricorrenti rivendicavano la compatibilità della propria attività con l'identità storica della zona e la tutela dei monumenti, affermavano il minimo impatto sull'ambiente urbano e sostenevano, inoltre, che la natura della loro attività – in quanto risalente nel tempo - comportava una condizione di inamovibilità e, in capo alla PA, un obbligo di mantenimento dell'attività in quei luoghi, con quei termini e quelle condizioni di origine configurandosi, nella specie, un'esigenza sostanziale di tutela storica. Quindi eccepivano l'illegittimità del provvedimento che prevedeva il loro allontanamento dall'area monumentale.

Il T.A.R. affermava che non era censurabile in termini di legittimità la scelta amministrativa con doglianze inerenti valutazioni di piena opportunità e merito amministrativo e sottolineava che la dislocazione aveva natura temporanea, coerente e ragionevole, anche in relazione al fatto che era mancata una specifica proposta da parte dei ricorrenti di una collocazione provvisoria alternativa. Inoltre, l'eventuale tutela di attività tradizionale, sostenuta dai ricorrenti, doveva essere il frutto di un'esplicita qualificazione (come nel caso delle botteghe storiche), che non esisteva.

In conclusione il T.A.R. respingeva il ricorso e annullava il provvedimento di rilocalizzazione dell'attività degli Urtisti nella parte in cui si imponeva una dimensione al banchetto, un orario di chiusura, distanze minime tra gli stalli e la possibilità di utilizzare il gruppo elettrogeno.

6. Considerazioni

Ad oggi lo stato della giurisprudenza è caratterizzato da molte pronunce che evitano di operare uno stringente test di proporzionalità, così come non prendono in considerazione un'importante norma antielusiva del diritto europeo che è quella dell'“effetto equivalente”.

Si riporta una sentenza del T.A.R. Marche, sez. I, n. 788/2012 che delinea con chiarezza la verifica del test di proporzionalità che si articola, come noto, in idoneità, necessarietà, adeguatezza.

“Per idoneità va inteso il rapporto tra il mezzo adoperato e l'obiettivo perseguito (l'esercizio del potere è legittimo solo se la soluzione adottata consente di raggiungere l'obiettivo); per necessarietà va intesa l'assenza di qualsiasi altro mezzo idoneo ma tale da incidere in misura minore sulla sfera del singolo (tra tutti i mezzi astrattamente idonei si deve scegliere quello che comporta il minor sacrificio); per adeguatezza va intesa la tollerabilità della restrizione che comporta per il privato (l'esercizio del potere, pur se idoneo e necessario, è legittimo

solo se rispecchia una ponderazione armonizzata e bilanciata degli interessi)”.

Il punto fermo consiste nella capacità, mai contraddetta, del bene giuridico - identità storico culturale del contesto urbano - di comportare un sacrificio alla libera iniziativa economica.

Costantemente infatti, non solo la giurisprudenza amministrativa ma anche la Corte Costituzionale⁷⁷ hanno ribadito il carattere preminente dei valori costituzionalmente garantiti quali la salvaguardia del patrimonio storico-artistico nel contesto del territorio di riferimento e l’esigenza di contemperare la libertà di esercizio delle attività commerciali con la sostenibilità ambientale.

Quindi, in virtù di questa “forza” riconosciuta al mantenimento del tradizionale tessuto commerciale si può immaginare che, in futuro, lo scrutinio del giudice potrà sì divenire più stringente, ma i regolamenti e i provvedimenti comunali potranno ben resistere a tale sindacato se posti in essere a seguito di un’adeguata istruttoria e se sorretti da una solida motivazione.

⁷⁷ Sentenze n. 430 del 19 dicembre 2007, n. 299 del 19 dicembre 2012, n. 27 del 22 febbraio 2013, n. 38 del 15 marzo 2013 e n. 65 del 12 aprile 2013.

Conclusioni

In questo lavoro si è cercato di mettere a fuoco, così come regolato dal diritto positivo, il rapporto tra la liberalizzazione del mercato e gli altri beni e valori costituzionali diversi dalla libertà d'impresa ma egualmente tutelati (tutela del paesaggio e del patrimonio storico e artistico, della salute, della proprietà privata, etc.).

Se la libera iniziativa economica va garantita al singolo imprenditore, ciò non deve essere di ostacolo al corretto e ordinato sviluppo economico e sociale del Paese e dei cittadini. Conseguentemente nell'esercizio della funzione amministrativa si deve tener conto sia degli interessi imprenditoriali, sia dell'inevitabile bilanciamento di questi con gli interessi collettivi e individuali di rilievo costituzionale.

In relazione alla vastità del campo d'indagine ho scelto di rivolgermi al "particolare" per giungere a considerazioni "general". Ho indagato la disciplina che si applica agli esercizi commerciali "di vicinato", a quelli che svolgono la loro attività nella città di Roma, fra le più ricche città italiane per storia, arte, cultura. Ho esaminato quale ruolo possa giocare il PRG sotto la spinta di un'azione legislativa che esclude, per certi ambiti, forme di pianificazione economica.

Naturalmente una tale scelta non ha inciso sull'analisi normativa, compiuta nel primo capitolo, che ha portato alle seguenti considerazioni.

Con la riforma del 2001 del titolo V della Costituzione e la riscrittura dell'art. 117, si è affermato che la competenza legislativa in materia di tutela della concorrenza è dello Stato e che tale tutela incide, nella specie che ci riguarda, sulla materia del commercio che è di competenza regionale.

Gli interventi legislativi statali dell'ultimo ventennio, volti alla tutela della concorrenza, sono caratterizzati dalla previsione di adeguamento successivo degli ordinamenti sub statali a tale principio. Non vi è previsione esplicita per il mancato adeguamento. La giurisprudenza ha sostenuto - con un tentativo di semplificazione - l'abrogazione delle disposizioni legislative e regolamentari non rivisitate che non sono compatibili con la legge statale.

Sostengo che non sia corretto che la legge statale in materia di concorrenza abroghi la legge regionale precedente in materia di commercio con essa contrastante, perché il criterio cronologico di risoluzione delle antinomie tra norme si applica tra fonti gerarchicamente pari ordinate che regolano la stessa materia. Se la competenza è diversa il contrasto si risolve dichiarando competente una norma e annullando quella in contrasto. La giurisprudenza invece, ha fatto ricorso al principio di elasticità dei poteri sostenendo che le disposizioni regionali precedenti in contrasto con le norme statali, emanate in materia di competenza legislativa esclusiva, sono cedevoli rispetto a queste ultime.

Ma non può non costatarsi che l'adozione del criterio cronologico in luogo di quello di competenza ha comportato disomogeneità nelle decisioni dei giudici e maggiori difficoltà per il cittadino nel far valere le proprie ragioni.

Il criterio cronologico, di applicazione diffusa, consente al giudice della controversia di ritenere l'atto-fonte precedente abrogato da quello successivo; tale efficacia va dichiarata caso per caso di fronte a applicazioni illegittime della legge tacitamente abrogata da parte dell'amministrazione ed è limitato alle parti nei confronti delle quali è stata pronunciata la sentenza.

Il criterio della competenza, invece, consente solo alla Corte Costituzionale di verificare il rispetto, da parte della legge in questione, del riparto delle competenze legislative indicato dall'art. 117 Cost. La pronuncia di annullamento fa giustizia della legge illegittima una volta

per tutte, rimuovendola dall'ordinamento dal suo nascere o dal momento in cui la legge statale è entrata in vigore ed essendo vincolante *erga omnes* non lascia spazio all'amministrazione di seguire i precetti della legge regionale protezionista.

Probabilmente, se i giudici amministrativi avessero portato allo scrutinio della Consulta le leggi regionali che, dopo il secondo decreto Bersani, risultavano affette da dubbi di incostituzionalità, il processo di liberalizzazione si sarebbe potuto dispiegare in modo più omogeneo. Ciò è confermato dal fatto che, impugnate le leggi regionali dal Governo davanti al Giudice delle Leggi, questi le abbia annullate per violazione dell'articolo 117, primo e secondo comma, lettera e.

Si è anche avuto modo di individuare un'altra soluzione adottata dai giudici amministrativi in casi di palmare evidenza di incostituzionalità⁷⁸: la disapplicazione. Infatti, se si considerano le normative nazionali come meramente ricognitive e direttamente attuative del principio, costituzionale ed europeo, di libertà di iniziativa economica sancita dagli articoli 2, 3, 4 e 41 della Costituzione e dal Trattato dell'Unione Europea, tale forza ed efficacia giuridica di diretta e immediata attuazione impone, in caso di contrasto, la disapplicazione degli atti incompatibili, perché vige l'obbligo di conformazione ai principi europei e quello di una lettura costituzionalmente orientata delle disposizioni incompatibili con il principio di libertà di iniziativa economica alla stregua del principio di legalità e certezza del diritto.

Purtuttavia, in via generale si ribadisce la maggiore uniformità ed equità che si sarebbe raggiunta nell'ordinamento se un più scrupoloso scrutinio delle leggi regionali anteriori alla riforma costituzionale - o successive in caso di omissio ricorso in via principale - avesse comportato il rinvio incidentale di legittimità costituzionale. Ciò avrebbe avuto come immediato effetto la caducazione della legislazione regionale difforme.

⁷⁸ T.A.R. Lazio, Roma, 14.1.2014, n. 455

Probabilmente i giudici non hanno attivato tale scrutinio perché hanno ottenuto lo stesso risultato sancendo l'abrogazione/disapplicazione ed evitando così le lungaggini di un giudizio costituzionale (nel rispetto del principio chiovendiano che il trascorrere del tempo non deve nuocere alla parte che ha ragione).

Nel secondo capitolo si è precisato che la liberalizzazione persegue il superamento, in sede di accesso al mercato o di espletamento di una particolare attività, delle regole amministrative che prevedono il preliminare ottenimento di un provvedimento autorizzatorio. Ma liberalizzazione amministrativa non significa affatto totale scomparsa di norme pubblicistiche che prevedono il sussistere di presupposti e di regole che disciplinano l'attività, né esclude il mantenimento di un controllo pubblico che condizioni il diritto di intraprenderla. Tali norme pubblicistiche entrano in gioco in un momento successivo prevedendo poteri di controllo e di repressione.

È questo il motivo per cui mi sono concentrata sulla disciplina degli "esercizi di vicinato". Solo per essi è stata abolita l'autorizzazione amministrativa all'inizio dell'attività: per le medie strutture di vendita esiste ancora la preventiva autorizzazione e per le grandi strutture di vendita il provvedimento autorizzatorio comunale viene rilasciato a seguito alla Conferenza di servizi indetta dal Comune, composta da tre membri rappresentanti la Regione, la Provincia e il Comune e il rilascio dell'autorizzazione è subordinato al parere favorevole del rappresentante della Regione.

L'iter autorizzatorio complesso è sintomo della presenza di un intento di conformazione del mercato che è mascherato dal generale scopo precauzionale insito in tutte le autorizzazioni.

Il terzo capitolo è dedicato ai rapporti tra i principi di concorrenza imprenditoriale e la funzione pianificatoria territoriale che certamente non è esclusa dalla portata applicativa dei principi europei

(direttiva servizi) né dalle norme statali di liberalizzazione. L'analisi compiuta è sintetizzata nelle seguenti considerazioni.

1. Le norme urbanistiche non perseguono finalità economiche, ma devono tener conto di interessi differenziati, nel senso di maggiormente protetti. La liberalizzazione non può produrre un *vulnus* ad altri beni e valori costituzionali, né a interessi che abbiano già ricevuto specifica protezione da piani di diverso settore. Valori che possono prevalere su di essa per assicurare il corretto e ordinato sviluppo economico e sociale della collettività. Tale bilanciamento di interessi deve essere compiuto applicando il principio della proporzionalità, di matrice tedesca, strutturato in tre elementi: l'idoneità, la necessità e la proporzionalità in senso stretto; intesa, quest'ultima, come tollerabilità per il destinatario dell'azione⁷⁹.

⁷⁹ M. PETRACHI, *Il principio di proporzionalità nel governo urbanistico degli insediamenti commerciali*, P. STELLA RICHTER (a cura di) in *Pianificazione urbanistica e attività economiche*, Milano, Giuffrè, 2016. Vedi anche Corte Cost., sentenza n. 200/2012, par. 7.3 del considerato in diritto: “Con la normativa censurata, il legislatore ha inteso stabilire alcuni principi in materia economica orientati allo sviluppo della concorrenza, mantenendosi all'interno della cornice delineata dai principi costituzionali. Così, dopo l'affermazione di principio secondo cui in ambito economico «è permesso tutto ciò che non è espressamente vietato dalla legge», segue l'indicazione che il legislatore statale o regionale può e deve mantenere forme di regolazione dell'attività economica volte a garantire, tra l'altro – oltre che il rispetto degli obblighi internazionali e comunitari e la piena osservanza dei principi costituzionali legati alla tutela della salute, dell'ambiente, del patrimonio culturale e della finanza pubblica – in particolare la tutela della sicurezza, della libertà, della dignità umana, a presidio dell'utilità sociale di ogni attività economica, come l'art. 41 Cost. richiede. La disposizione impugnata afferma il principio generale della liberalizzazione delle attività economiche, richiedendo che eventuali restrizioni e limitazioni alla libera iniziativa economica debbano trovare puntuale giustificazione in interessi di rango costituzionale o negli ulteriori interessi che il legislatore statale ha elencato all'art. 3, comma 1. Complessivamente considerata, essa non rivela elementi di incoerenza con il quadro costituzionale, in quanto il principio della liberalizzazione prelude a una razionalizzazione della regolazione, che elimini, da un lato, gli ostacoli al libero esercizio dell'attività economica che si

2. Il PRG non può contenere previsioni relative all'organizzazione, alla gestione e alla direzione delle attività commerciali, che rimangono compiti propri dell'imprenditore.

3. Né può incidere sulla localizzazione delle imprese, ma può vietare le attività incompatibili con alcune zone. Infatti, il PRG, nel determinare le destinazioni d'uso non ammissibili in una determinata zona, limita l'attività commerciale. Il PRG non può porre limiti all'iniziativa e all'attività economica privata che sono libere, salvo necessarie e proporzionate eccezioni che consistono nell'impedire che determinate attività possano essere svolte in quella zona. La limitazione non è arbitraria e si giustifica in base a una valutazione di compatibilità tra le attività non permesse e la vocazione di quella zona, determinata dalle sue specifiche caratteristiche, di particolare interesse storico, artistico, culturale, etc. La valutazione circa l'incompatibilità di un'attività in una determinata zona rientra nell'esercizio del potere amministrativo discrezionale (è il caso delle misure di protezione della Città storica di Roma). Qualora il vincolo di destinazione e la conseguente incompatibilità con l'apertura di un esercizio commerciale non siano giustificati da esigenze concrete di rango costituzionale, oppure non costituiscano misure proporzionate, si realizza un contrasto con i principi posti a livello statale.

4. Norme urbanistiche possono far prevalere l'interesse culturale (purché proporzionato) sulla stessa libertà di concorrenza (l'esempio è costituito dalle "botteghe storiche" di Roma), giungendo a svolgere una indiretta funzione calmieratrice dei canoni di locazione dei locali in cui si esercitano particolari attività tutelate, con annessi arredi e architetture di particolare pregio.

5. Infine, da alcuni è stata sostenuta la lesione della libera iniziativa economica in particolari casi di revoca di occupazione

rivelino inutili o sproporzionati e, dall'altro, mantenga le normative necessarie a garantire che le dinamiche economiche non si svolgano in contrasto con l'utilità sociale (sentenze n. 247 e n. 152 del 2010, n. 167 del 2009 e n. 388 del 1992)".

di suolo pubblico (per esempio, nei confronti degli Urtisti romani, oppure per tutelare il c.d. “cono visivo”).

Chiude il capitolo una rassegna di giurisprudenza relativa alle funzioni inibitorie e di protezione che caratterizzano il potere urbanistico.

* * *

Le liberalizzazioni introdotte nell'ultimo ventennio in Italia non hanno trovato un terreno fertile per il loro recepimento, in relazione alle caratteristiche socio-economiche della nostra società.

La funzione legislativa ha visto un proliferare di fonti primarie statali che si sono parzialmente infrante sulle trincee di resistenza costituite dalle leggi regionali emanate a seguito della novella dell'art. 117 della Costituzione; la difesa della competenza regionale sulla materia del commercio è stata animata soprattutto da spirito protezionistico nei confronti dell'imprenditoria locale.

I benefici della liberalizzazione si sono perciò prodotti in massima parte nei confronti di chi ha fatto valere i propri diritti in giudizio, il cui peso certamente non può essere definito come uno snellimento procedurale.

La legislazione regionale, i regolamenti regionali e i provvedimenti comunali hanno scontato un'impreparazione di fondo della politica e della burocrazia locale proprio nel momento in cui veniva chiesto loro un cambio di passo nella gestione delle competenze e nella motivazione dei provvedimenti amministrativi connessi all'urbanistica commerciale.

La giurisprudenza - pur non raggiungendo risultati univoci - ha dato un notevole contributo all'interpretazione delle leggi e per la risoluzione dei casi portati alla sua attenzione, senza poter incidere sull'esito della riforma, varata per spingere la crescita economica che -

lo si è compreso anche in Italia - dipende in larga misura dall'efficienza dei mercati e della burocrazia.

I Governi più avveduti d'Europa e del mondo industrializzato hanno già provveduto a strutturare ordinamenti giuridici nazionali in modo da offrire all'imprenditoria nazionale e internazionale le condizioni migliori per lo svolgimento delle attività economiche. È un fatto acclarato che crescono maggiormente le economie di Stati in grado di predisporre una regolamentazione pubblicistica facilitatrice dello sviluppo dell'imprenditoria, che non crei barriere all'entrata per tutelare particolarismi. Non credo che in Italia ci si sia ancora riusciti. Purtroppo, almeno il cammino è tracciato e non c'è altra soluzione che insistere lungo questo percorso.

Un'ultima considerazione: sebbene abbia valutato con simpatia i regolamenti comunali che proteggono le "botteghe storiche" e la "città storica", nel tentativo di salvaguardare l'arte, la cultura identitaria e le tradizioni della città, oltre che la qualità della vita dei propri abitanti, sono pessimista sul complessivo esito del tentativo di sottrarre allo straripante potere delle forze economiche presenti sul mercato globale le vestigia della nostra civiltà.

Le piccole attività scompaiono sotto il peso economico dei colossi della grande distribuzione. Botteghe storiche molto amate, depositarie di storia e tradizione hanno già chiuso. Dalla suggestiva clinica delle bambole di via Magnanapoli, alla libreria Micozzi di via Giuseppe Ferrari, al laboratorio di falegnameria "Picchio" di vicolo del Moro dove da oltre 50 anni si realizzavano a mano giocattoli e oggetti di legno; dall'antica camiceria Bazzocchi a via del Tritone, all'ultimo impagliatore di sedie in via dei Cestari, all'antica libreria antiquaria Cascianelli di largo Febo, e ancora tante altre.

Non credo sia solamente un problema che riguarda il mantenimento di negozi tradizionali o la garanzia che le attività commerciali siano conformi al decoro urbano. Ritengo che la questione sia anche conseguenza di un fenomeno culturale e sociale. Proliferano

infatti *minimarket*, friggitorie, rosticcerie, kebabberie, paninerie, pizzerie al taglio, attività commerciali relative ai generi della grande distribuzione e dell'abbigliamento *casual*, *drug-store*, *jeanserie*. Espressione della vittoria della ristorazione selvaggia su librerie, laboratori sartoriali, negozi di artigiani che impagliavano sedie, restauravano mobili, su quel mondo in cui l'attenzione era rivolta alla persona del cliente, alla qualità del prodotto venduto, alla ricerca ragionata e raffinata dell'acquisto e non improntata a una mentalità "usa e getta".

Questo non si legge a chiare lettere nelle delibere. Ma credo che l'insistenza con cui si afferma che le restrizioni alla concorrenza e al libero mercato sono poste a salvaguardia dell'identità storico-culturale, altro non significhi che questo: un tentativo strenuo a difesa delle caratteristiche che differenziano e identificano la persona contro logiche industriali volte invece a massificare i consumatori, rendendo i loro bisogni e le loro scelte il più possibile sempre uguali, in modo da imporre sul mercato i loro prodotti, quelli che più di altri massimizzano il profitto.

Poiché si è riconosciuto a questi regolamenti del Comune un obiettivo di difficile realizzazione, non si può che prendere atto della realtà e, addirittura, riuscirne anche a vedere un aspetto positivo.

Come ho letto in un articolo del noto economista T. Padoa-Schioppa, è nelle cose che alcune imprese e alcuni settori declinino e scompaiano, e che altri nascano e prosperino.

Le industrie dello stesso settore merceologico soccombono in alcune regioni e crescono in altre. L'impresa più capace di intuire il prodotto che incontrerà maggiore domanda, di contenerne il costo, di organizzarne la vendita, riuscirà a sottrarre clienti all'impresa meno capace.

È quasi impossibile che la crescita economica sia tanto forte da sorreggere imprese senza mercato; esse chiuderanno e i posti di lavoro andranno perduti. "L'avvio del nuovo difficilmente comincia prima che morda il bisogno, la necessità aguzzi l'ingegno".

Probabilmente la soluzione del problema (quale crescita da perseguire per la nostra società) sta nella risposta al quesito: ma chi stabilisce che cosa distruggere e che cosa costruire? Naturalmente i consumatori, che scelgono tra un bene e un altro, tra un esercizio di vicinato e una multinazionale della distribuzione o dell'abbigliamento.

Tutto dipende dall'educazione e dalla civiltà delle generazioni che raccoglieranno il testimone nella corsa verso il futuro.

Bibliografia

- AGCOM, *Misure regionali attuative del D.Lgs. 114/1998 in materia di distribuzione commerciale (AS170)*, in *BOLLETTINO AGCOM*, 1999.
- AMOROSINO S., *Le destinazioni d'uso e l'uso delle destinazioni nella disciplina urbanistica*, in *Riv. Giur. dell'urbanistica*, 2000.
- AMOROSINO S., *Sviluppo economico e governo del territorio*, in *Pianificazione urbanistica e attività economiche*, Milano, Giuffrè, 2016.
- BATTINI S., *L'abrogazione nei rapporti fra leggi statali e regionali*, in *Giornale Dir. Amm.*, 2014.
- BERGBOHM K., *Jurisprudenz und Rechtsphilosophie*, Leipzig, 1892.
- BOSCOLO E., *La liberalizzazione delle attività economiche e la riduzione dei compliance cost: la difficile strada verso la giusta misura delle procedure di controllo*, in *Urbanistica e appalti*, 5/2012.
- CAIA G., *Governo del territorio e attività economiche*, in *Dir Amm.*, 4/2003.
- CAMERIERO L., *La concorrenza ha un solo padrone: il mercato*, in *Urbanistica e appalti*, 8/2009.
- CASSESE S., *Quattro paradossi sui rapporti tra poteri pubblici ed autonomie private* in *Rivista trim. diritto pubblico*, 2000.
- CASSESE S., *La nuova costituzione economica*, Bari, Laterza, 2012.
- CERULLI IRELLI V., *Amministrazione pubblica e diritto privato*, Torino, Giappichelli Editore, 2011.
- CIERVO S., *Rapporti tra disciplina commerciale e urbanistica alla luce della liberalizzazione del commercio*, in *Riv. Giu. dell'edilizia*, 4/2013.
- CORSO G., *Attività economica privata e deregulation*, in *Riv.trim. di diritto pubblico*, 1998, p. 629 ss.
- CORSO G., *Liberalizzazione amministrativa ed economica*, in S. CASSESE, *Dizionario di Diritto Pubblico*, Milano, Giuffrè, 2016.
- D'ALBERTI M., *Lezioni di diritto amministrativo*, Torino, Giappichelli Editore, 2012.

- D'ANGELO F., *Considerazioni in tema di liberalizzazione delle attività produttive e potere amministrativo*, in *Dir. Amm.*, 4/2014.
- FELIZIANI C., *Il rapporto tra liberalizzazione e regolazione al vaglio della Corte di Giustizia*, in *Foro amm.. CDS*, 2011, p.787.
- FIALE, A. e FIALE, E., *Diritto urbanistico*, Napoli, 2006.
- GIANNINI M. S., *Diritto Amministrativo, II*, Milano, Giuffrè, 1993.
- GUASTINI G., *L'interpretazione dei documenti normativi*, Milano, Giuffrè, 2004.
- LOLLI A., *Pianificazione urbanistica, interessi economici e pianificazione commerciale*, in M. CAMMELLI, *Territorialità e delocalizzazione nel governo locale*, Bologna, Il Mulino, 2007.
- MARENGHI E., *Nuove tendenze dei rapporti tra urbanistica e commercio*, in *Riv. Giur. di urbanistica*, 3/1999.
- MENGOLI G., *Manuale di diritto urbanistico*, Milano, Giuffrè, 2009.
- MONZANI S., in *Foro Amm*, 2012, *CDS, fasc. 9*, 2397.
- MORBIDELLI A., *Commercio e distribuzione in Trattato di diritto amministrativo europeo*, Vol. parte speciale II., CHITI M.P. E GRECO C. (a cura di), Milano, Giuffrè, 2007.
- MORBIDELLI G., in *Riv. Giur. di urbanistica*, 3/1990.
- PADOA-SCHIOPPA T., *La distruzione creativa. I vecchi posti di lavoro e le nuove imprese*, *Corriere della sera*, 13 dicembre 2005.
- PETRACHI M., *Il principio di proporzionalità nel governo urbanistico degli insediamenti commerciali*, in *Pianificazione urbanistica e attività economiche*, STELLA RICHTER P. (a cura di), Milano, Giuffrè, 2016.
- PORTALURI P. L., *Primauté della pianificazione urbanistica e regolazione delle attività commerciali* in *Riv. Giur. dell'edilizia*, 2012, p. 233 ss.
- STELLA RICHTER P., *Urbanistica e libertà*, in *Dir. Amm.*, 1997.
- STELLA RICHTER P., *L'evoluzione della dottrina in materia urbanistica ed edilizia*, in *Riv. Giur. dell'edilizia*, 2009.
- STELLA RICHTER P., *Manuale di diritto urbanistico*, Padova, CEDAM, 2016.
- SATTA F., *Liberalizzare e semplificare*, in *Dir. Amm.*, 1/2012.

- TONNARA P., *Liberalizzazioni e tutela di concorrenti interessi pubblici: il caso delle limitazioni al commercio nel centro storico di Roma Capitale*, in *Urbanistica e appalti*, 11/2016.
- TRAVI A., *La liberalizzazione*, in *Riv. trim. di diritto pubblico*, 1998, p. 645 ss.
- TRAVI A., *Dichiarazione di inizio attività*, in *Enciclopedia del Diritto, Ann. II*, Milano, Giuffrè, 2008, p. 343 ss.
- TRIMARCHI BANFI F., *Lezioni di diritto pubblico dell'economia*, Torino, Giappichelli Editore, 2014.
- URBANI P. e CIVITARESE MATTEUCCI S., *Diritto urbanistico: organizzazione e rapporti*, quinta edizione, Torino, Giappichelli Editore.
- URBANI P., *Governo del territorio e delle attività produttive. Tra regole, libertà di iniziativa e disciplina della proprietà*, in *Urbanistica e appalti*, 12/2016.
- VILLAMENA S., *La liberalizzazione dei mutamenti d'uso*, in *Riv. Giur. dell'urbanistica*, 2012.