

1. Le liberalizzazioni nel nostro ordinamento.

In seguito alla riforma costituzionale del 2001, con il d.l. 4 luglio 2006, n. 223, il legislatore statale è di nuovo intervenuto al fine d'incrementare il livello di tutela della concorrenza anche nel settore del commercio.

È così venuta meno una serie di limiti e prescrizioni nello svolgimento delle attività commerciali: il rispetto di distanze minime obbligatorie tra attività appartenenti alla medesima tipologia di esercizio, le limitazioni quantitative all'assortimento merceologico offerto negli esercizi commerciali, il rispetto di limiti riferiti a quote di mercato predefinite o calcolate sul volume delle vendite a livello territoriale *sub-regionale*; ed è stata disposta l'abrogazione delle norme statali confliggenti con quelle pro-concorrenziali e l'adeguamento di quelle regionali.

In questo contesto normativo si sono poi inseriti ulteriori interventi legislativi volti a perseguire l'obiettivo della liberalizzazione, tenendo però in adeguata considerazione le esigenze connesse alla cura di altri interessi pubblici meritevoli, tra cui, come si passa a dire, quello urbanistico.

Nel recepire la notissima direttiva servizi (2006/123) il legislatore statale ha stabilito che limitazioni o restrizioni all'accesso e all'esercizio di un'attività di servizio (inclusa quella commerciale) sono consentite solo se sussistono "motivi imperativi di interesse generale", cioè "ragioni di pubblico interesse, tra i quali l'ordine pubblico, la sicurezza pubblica, l'incolumità pubblica, la sanità pubblica, la sicurezza stradale, la tutela dei lavoratori compresa la protezione sociale dei lavoratori, il mantenimento dell'equilibrio finanziario del sistema di sicurezza sociale, la tutela dei consumatori, dei destinatari di servizi e dei lavoratori, l'equità delle transazioni commerciali, la lotta alla frode, *la tutela dell'ambiente, incluso l'ambiente urbano*, la salute degli animali, la proprietà intellettuale, la conservazione del patrimonio nazionale storico e artistico, gli obiettivi di politica sociale e di politica culturale".

Con l'emanazione del d.l. n. 223/2006, si ritiene essersi realizzato un ritorno della libertà di mercato come modello basilare di riferimento dei rapporti tra impresa e amministrazione, con arretramento delle spinte regolatorie maturate dopo la riforma del Titolo V della Parte Seconda della Costituzione (in forza delle quali il commercio è ricaduto nella competenza regionale residuale), nonché un rinnovato prevalere dell'interesse pubblico alla concorrenza rispetto agli altri valori eventualmente confliggenti e tradizionalmente tutelati attraverso strumenti di tipo pianificatorio, in un contesto in cui le "bardature" amministrative poste dalla legislazione in materia di attività commerciale sono state sottoposte ad una rivisitazione a tutto campo in nome della concorrenza.

Successivamente è intervenuto, sempre nel medesimo senso, il d.lgs. 26 marzo

2010, n. 59, di recepimento della direttiva comunitaria 2006/123/CE relativa ai servizi nel mercato interno, a proposito dei quali è stato posto il divieto di subordinare il rilascio del titolo autorizzatorio a qualsivoglia verifica di natura economica relativa 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 ancora “alla valutazione dell'adeguatezza dell'attività rispetto agli obiettivi di programmazione economica stabiliti”, salvi solo i requisiti di programmazione che non perseguano obiettivi economici, ma che siano dettati da “motivi imperativi d'interesse generale”, quali, ad esempio, i valori di rilievo sociale, ambientale o quelli relativi all'ordine pubblico o alla salute.

In questo modo, pertanto, risultano affette da vizi di contrasto con l'ordinamento comunitario nonché con quello costituzionale interno i sistemi di programmazione regionale che prevedano vincoli quantitativi all'ingresso delle imprese sul mercato orientati a ricercare “artificialmente” l'equilibrato sviluppo delle diverse tipologie distributive e l'ottimale rapporto tra domanda ed offerta.

Con ciò non viene radicalmente meno la possibilità di programmare il rilascio delle autorizzazioni commerciali (relativamente alla media e grande distribuzione), ma viene preclusa ogni valutazione di politica economica, con la conseguenza che, ancora una volta, viene riaffermato il “primato” dell'urbanistica, nel senso che la pianificazione di tale tipo è richiamata a svolgere con pienezza e in via esclusiva il proprio ruolo di determinazione delle condizioni per un armonico insediamento nel territorio delle imprese commerciali, libere di agire in un quadro di liberalizzazione posto a favore della concorrenza e affrancato dalle ultime incrostrazioni protezionistiche della normativa regionale.

Negli ultimi tempi il Governo, utilizzando ampiamente i propri poteri di decretazione di urgenza, si è espresso più volte sul tema della liberalizzazione delle attività economiche.

In un primo momento, sulla scia della proposta di modifica dell'art. 41 della Costituzione in una chiave di (ulteriore) liberalizzazione, è stato emanato il d.l. 13 agosto 2011, n. 138, convertito nella legge 14 settembre 2011, n. 148, il cui titolo II è dedicato alle “liberalizzazioni, privatizzazioni ed altre misure per favorire lo sviluppo”. In particolare, l'art. 3, recante “Abrogazione delle indebite restrizioni all'accesso e all'esercizio delle professioni e delle attività economiche”, al comma 1, ha espressamente imposto alle Regioni e agli enti locali di adeguare i rispettivi ordinamenti al principio per cui “è permesso tutto ciò che non è espressamente vietato dalla legge”, il cui campo di intervento viene circoscritto alla tutela dei vincoli comunitari o degli obblighi internazionali, dei principi fondamentali della Costituzione, della sicurezza, libertà, dignità umana e dell'utilità sociale, delle disposizioni indispensabili per la protezione della salute umana e per la conservazione delle specie animali e vegetali, dell'ambiente, del paesaggio

e del patrimonio culturale, delle disposizioni che comportano effetti sulle finanze pubbliche.

La disposizione appena segnalata viene espressamente considerata, ai sensi del successivo comma 2, come “principio fondamentale per lo sviluppo economico” in attuazione della “piena tutela della concorrenza tra le imprese”. Peraltro, l'introduzione di tale principio non pare di poco conto in quanto in precedenza, pur in presenza della solenne dichiarazione costituzionale per cui l'iniziativa economica privata è libera, si poteva ritenere che alcuni limiti potessero essere ricavati implicitamente dall'ordinamento attraverso l'attività interpretativa.

Sulla base di tali premesse, si giunge, al comma 6, a ribadire con forza che l'accesso alle attività economiche e il loro esercizio si basano sul principio di libertà di impresa e che le relative restrizioni sono abrogate o comunque devono essere fatte oggetto di interpretazione restrittiva (commi 7 e 8).

Successivamente, l'art. 34 del d.l. 6 dicembre 2011, n. 201, convertito nella l. 22 dicembre 2011, n. 214, ha disposto l'eliminazione dei controlli *ex ante* sulle attività economiche, riconoscendo, però, la possibilità di prevedere autorizzazioni preventive in considerazione di “esigenze imperative di interesse generale, costituzionalmente rilevanti e compatibili con l'ordinamento comunitario” nonché “nel rispetto del principio di proporzionalità”.

Inoltre, il seguente d.l. 24 gennaio 2012, n. 1, convertito nella l. 24 marzo 2012, n. 27, ha affidato a regolamenti governativi il compito di determinare le attività per le quali permane l'atto preventivo di assenso dell'amministrazione, e di disciplinare i requisiti per l'esercizio delle attività economiche, nonché i termini e le modalità per l'esercizio dei poteri di controllo dell'amministrazione, tenuto conto del principio per cui vanno considerate abrogate le norme che impongono limiti o atti preventivi di assenso non giustificati da un interesse generale costituzionalmente rilevante e compatibile con l'ordinamento comunitario o che, comunque, pongono limiti non adeguati o non proporzionati alle finalità pubbliche perseguite, così da impedire o limitare: a) l'avvio di nuove attività economiche o l'ingresso di nuovi operatori economici; b) l'offerta di prodotti e servizi al consumatore; c) la sussistenza di condizioni di piena concorrenza fra gli operatori economici; d) le tutele dei consumatori nei loro confronti.

Infine, con il d.l. 9 febbraio 2012, n. 5, convertito nella l. 4 aprile 2012 n. 35, il Governo è stato abilitato ad emanare uno o più regolamenti volti a “razionalizzare, semplificare e coordinare i controlli sulle imprese” così da assicurare, la proporzionalità dei controlli, e dei connessi adempimenti amministrativi, al rischio inerente all'attività controllata nonché alle esigenze di tutela degli interessi pubblici, evitando attività di controllo non necessarie rispetto alle predette esigenze nonché duplicazioni e

sovrapposizioni che, in quanto tali, sono suscettibili di creare intralcio al normale esercizio delle attività dell'impresa.

In definitiva, occorre segnalare che a seguito dell'approccio orientato alla liberalizzazione e alla promozione della concorrenza assunto dal legislatore statale, il cui titolo di legittimazione ad intervenire, come detto, è stato giudicato positivamente dalla Corte costituzionale, quest'ultima, nell'esercizio delle proprie attribuzioni, è stata chiamata a garantire l'attuazione concreta della suddetta impostazione attraverso un'opera di censura delle leggi regionali ancora restie ad adeguarsi al rinnovato quadro di riferimento.

2. Le liberalizzazioni tra legislazione statale e regionale.

La Consulta ha più volte ribadito il principio per cui è da ritenersi costituzionalmente illegittima una normativa regionale che, se pure in astratto riconducibile al titolo di competenza residuale inerente il commercio, “produca, in concreto, effetti che ostacolino la concorrenza, attraverso l'introduzione di nuovi o ulteriori limiti o barriere all'accesso al mercato e alla libera esplicazione della capacità imprenditoriale”.

L'art.117, 3° comma, della Costituzione indicando le materie che rientrano nella competenza concorrente Stato-Regioni, fa espresso riferimento al commercio e alla disciplina di alcuni mercati regolamentati. Nella prassi le Regioni hanno inteso esercitare le potestà di regolazione agendo da un lato sui *limiti all'esercizio* dell'attività economica, dall'altro agendo sui *limiti al riconoscimento delle attività lecitamente esercitabili* da specifiche categorie di operatori economici. Oppure, ancora, implementando *misure funzionali al congelamento di determinati mercati*, in grado di impedire od ostacolare la libera entrata di nuovi operatori economici in competizione. Fra le prime le discipline sulle distanze minime fra esercizi commerciali della stessa categoria merceologica, fra le seconde si rammentino le potestà autorizzatorie riservate – e di sovente non esercitate - agli enti e alle burocrazie regionali ogni qual volta un operatore economico intende poter realizzare o ampliare la propria attività. Fra le ultime, le misure di proroga di concessioni o titoli autorizzatori già rilasciati nei mercati a bassa contendibilità fra operatori economici.

Tuttavia le ultime sentenze della Corte costituzionale sembrano svicolare dalle rigidità di una ripartizione che intenda preservare le competenze, al di là del concreto apprezzamento degli esiti nei mercati delle misure di liberalizzazione dell'economia. Forti sono i timori di un concreto appesantimento delle regolazioni, finalizzate a soddisfare il riempimento delle aree di competenze statali e regionali più che ad incidere i tessuti normativi liberando l'economia, ignorando dunque le tensioni precettive della norma costituzionale a presidio del principio

generale di liberalizzazione. La Corte costituzionale intende promuovere, in ogni caso, una articolazione fra fonti legislative in grado di apportare, in concreto, esiti di superamento delle rigidità regolamentari e di promozione di un pieno contesto concorrenziale fra gli operatori economici, senza cura del tipo di fonte, nazionale o regionale, che disciplina un determinato settore economico. Si assiste allo scivolamento dalle *esigenze di bilanciamento delle competenze* – governate da criteri di proporzionalità e completamento - ad *esigenze di funzionalità e di utilità dell'intervento regolatore* – stagliate sull'esito dei processi di liberalizzazione -, per l'avanzamento di piattaforme di mercato realmente concorrenziali. Si tratta di un approdo necessitato e naturale, nel momento in cui viene riconosciuto al principio di concorrenza un certo valore costituzionale – art. 41, primo comma, della Costituzione – limitato dall'utilità sociale e dunque dal rispetto di beni costituzionali parimenti individuabili, ex secondo comma della medesima previsione costituzionale. Il respiro dell'analisi proposta è dunque di tipo programmatico e valoriale – dunque dinamico, nel senso prima precisato – piuttosto che di tipo procedurale e statico – teso a salvare il reticolato delle competenze attribuibili agli enti coinvolti -.

Soccorre la trasversalità dei valori della concorrenza in ogni specifico mercato e per ogni materia nella quale sia insediabile un contesto concorrenziale fra imprese, a prescindere dal riparto di competenze – se concorrente, come nel caso del commercio, o se esclusivo per lo Stato o per la regione - fissato dalla norma costituzionale. La costituzionalità del principio di liberalizzazione travolge la natura nazionale o locale degli attori della produzione normativa purché gli esiti siano di concreta liberazione di un mercato pienamente concorrenziale ed impegna in ogni caso l'ente regionale.

Il principio dispiega efficacia qualunque sia la fonte cui è demandata la piena attuazione e pare condannare alla recessività quei criteri formali di proporzionalità e di attribuzione delle competenze che pur posseggono una marchiatura costituzionale ed i quali tuttavia, se ritenuti ancora prevalenti, concentrerebbero l'attenzione sul *quomodo* anziché sull'utilità dell'azione regolatoria alla liberalizzazione dei mercati. Il messaggio veicolato dalla Corte possiede allora dei profondi tratti di novità, siccome *de-alfabetizza e muta il registro* con cui si dispiega il principio di liberalizzazione e la promozione della concorrenza. Nel paradosso, non occorre più vigilare sulle invadenze che l'ente regionale (e viceversa) potrebbe realizzare nei confronti di quello statale – tanto in caso di competenze concorrenti che esclusive -, purché gli esiti di promozione della concorrenza siano effettivamente realizzati. Prende allora quota il principio di sussidiarietà, che pure possiede una consacrazione costituzionale – nei limiti dello svolgimento di attività di interesse generale ex art. 118 della Costituzione -, e che dispone di una maggiore funzionalità rispetto all'obiettivo

prefisso – la liberalizzazione dei mercati – in confronto alle severe rigidità dei criteri di proporzionalità e di adeguatezza. Si tratta di un passaggio decisivo, tuttavia non indolore.

La Corte costituzionale è infatti il Giudice delle leggi, non un presidio delle politiche di macroeconomia nazionale e di liberalizzazione dei mercati, della cui verifica non possiede né l'armamentario analitico né la disposizione culturale. Probabilmente la Corte costituzionale vuole troppo, ha costituzionalizzato il principio di liberalizzazione ex art. 41 della Costituzione, non ha tuttavia abbandonato l'idea di Stato (o di Regione) regolatore. Ha mantenuto la preferenza di una idea di razionalizzazione della produzione legislativa – funzionale alla concorrenza dei mercati – anziché di de-regolazione e di conseguente superamento di un profilo interventista del pubblico nell'economia (v. la parte motiva della sentenza n. 200 del 2012). Il prezzo da pagare – di un mercatismo negato - è tuttavia altissimo, il sindacato costituzionale, come poco prima accennato, non possiede lo strumentario analitico per misurare sul campo l'efficacia delle politiche nazionali o regionali di liberalizzazione nell'economia, la Corte costituzionale rischia di alzare la voce senza avere i giusti toni, con l'effetto di depotenziare la novità costituzionale del principio di liberalizzazione.

3. Il recepimento della Bolkestein e la giurisprudenza del Consiglio di Stato.

Il recepimento dei principi della « Bolkestein » non ha comportato un'opera armonica e sistematica di rilettura delle autorizzazioni esistenti, al fine di eliminare quelle non necessarie alla tutela degli interessi pubblici in relazione alla dimensione dell'impresa, ovvero alle attività esercitate; né si è verificato un coordinamento delle diverse attività di controllo previste in diverse fonti normative. Sul piano autorizzatorio, in senso lato, la S.C.I.A.: ossia la D.I.A., ultima maniera, punto di arrivo (momentaneo?) del nostro legislatore nell'ambito della disciplina delle cosiddette liberalizzazioni, contribuisce a marginalizzare ulteriormente istituti quali il silenzio-diniego, valorizzato invece dalla sentenza del Consiglio di Stato, A.P., n. 15 del 2011.

Tuttavia neppure la S.C.I.A. è riuscita a rispondere in modo univoco a quelle questioni fondamentali relative alla natura della D.I.A. e al conseguente regime processuale, che già erano sorte per la D.I.A. e che hanno richiesto l'intervento del Consiglio di Stato, A.P..

Spiace constatare che il recepimento della « Direttiva servizi » non sia risultato uno stimolo sufficiente per addivenire ad un quadro sistematico razionale e coerente dei regimi autorizzatori, soprattutto quanto ai presupposti applicativi, che rimangono ancora confusi, con indubbio pregiudizio per l'esercizio dell'attività di impresa. Il recepimento dell'art. 13 c.1 della « Direttiva servizi » laddove stabilisce che «le procedure e le formalità di autorizzazione

devono essere chiare» dovrebbe far dubitare della conformità dell'art. 20 della l. n. 241 del 1990, inteso come modello generale, ai principi europei, in quanto non risultano ad oggi chiari i suoi presupposti applicativi rispetto all'art. 19 della stessa legge. Peraltro, non si può più ignorare che l'art. 117, comma 1 della Costituzione obbliga il legislatore a rispettare i «vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali» e dunque ad interpretare il principio di buon andamento di cui all'art. 97 della Costituzione anche alla luce della libertà di impresa e della tutela della concorrenza.

L'intervento legislativo ex art. 6 l. 148 del 2011, non è andato proprio in linea con l'A.P. n. 15 del 2011, viceversa è apparso del tutto estemporaneo, disorganico e incapace di fondare un nuovo assetto del regime autorizzatorio e delle liberalizzazioni alla luce della Direttiva «Bolkestein».

Purtroppo le continue riscritture delle disposizioni senza interventi chiarificatori sulle questioni di fondo, quali i presupposti di applicazione delle une e delle altre, non possono che rendere ancora più confuso un sistema normativo contraddittorio, approssimativo che impedisce quel rilancio economico che invece intendeva promuovere.

La spaccatura che si è creata tra legislatore e giudice amministrativo denota, a mio parere, che figure giuridiche quali la D.I.A. e la S.C.I.A., che vogliono essere alternative rispetto al modello tradizionale autorizzatorio e dunque porsi esclusivamente come atti privati, stentano a trovare una stabile collocazione nel nostro attuale sistema, soprattutto nell'ambito della giustizia amministrativa, la quale, nel garantire l'effettività della tutela finisce col dipendere in modo quasi esclusivo dalla «vis praetoria» del giudice amministrativo, forza e al tempo stesso limite del sistema.

La stessa A.P. del Consiglio di Stato riconosce nella D.I.A. una forma di liberalizzazione temperata in quanto le attività liberalizzate sono pur sempre da ricondurre a forme di controllo amministrativo in quanto destinate inevitabilmente ad incidere sull'interesse pubblico. In materia di governo del territorio, ad es., non potrebbe non essere così, visto che una gestione «sostenibile» del territorio interessa lo sviluppo delle generazioni future.

Questa persistenza del regime amministrativo, che giustifica la presenza del giudice amministrativo, senza dubbio crea una nota distonica in una ricostruzione puramente privatistica, peraltro necessaria se si vogliono introdurre figure di autentica liberalizzazione, realmente alternative a quelle autorizzatorie. Probabilmente allora l'interrogativo è un altro, ossia quello di valutare se nel nostro attuale sistema giuridico le

attività in settori strettamente connessi allo sviluppo della collettività, soprattutto delle generazioni future, quali il governo del territorio, possano ragionevolmente essere sottoposte ad attività di liberalizzazione.

Il quadro di tutela, non del tutto immune da qualche perplessità, che si era raggiunto con la pronuncia n. 15 del 2011, pertanto, è al momento compromesso dal legislatore che ha fornito una sorta di interpretazione autentica dell'art. 19, che, come tale, dovrebbe addirittura essere considerata retroattiva.

Tra l'altro gli stessi giudici amministrativi di Palazzo Spada hanno recentemente confermato che *“le prescrizioni dei piani urbanistici possono porre limiti agli insediamenti degli esercizi commerciali, e dunque anche alla libertà di iniziativa economica, non già per considerazioni di politica economica, ormai estranee al contesto di liberalizzazione di cui il settore in esame risulta pervaso, bensì nell'esercizio della funzione cui i suddetti piani sono preordinati, che è quella di assicurare un ordinato assetto del territorio, con la conseguenza che, proprio la diversità degli interessi pubblici tutelati, consente di attribuire prevalenza al piano urbanistico rispetto a quello commerciale”* (cfr. C.d.S n.2060, 10 aprile 2012, sez. VI).

In particolare, la citata sentenza è stata resa con riferimento ad una situazione caratterizzata dalla divergenza tra le previsioni del piano urbanistico che, nella fattispecie, imprimeva alla zona interessata una destinazione d'uso di tipo produttivo, e quelle di cui al piano del commercio, che, nel medesimo comparto, consentiva, invece, l'attività di vendita al dettaglio. Più precisamente, i giudici hanno ribadito come sia da considerare ormai superato l'orientamento che considerava illegittimo il diniego di licenza commerciale per sole ragioni urbanistico-edilizie, ritenendo che l'interesse pubblico in materia di commercio sia di natura diversa da quello edilizio così da implicare valutazioni differenti o, comunque, tali da non esser applicabili al di fuori dello specifico contesto giuridico in cui sono effettuate. Da questo punto di vista, la soluzione individuata nel caso concreto ha doverosamente tenuto conto del modello vigente di procedimento in cui, in ossequio ai principi di semplicità, economicità ed efficacia dell'azione amministrativa, sono concentrati l'esame, il coordinamento e la gestione di una pluralità di interessi pubblici di per sé distinti, ma collegati, secondo il canone costituzionalmente rilevante della ragionevolezza e nell'ottica del perseguimento di uno scopo unitario.

Così, proprio perché il Comune non può autorizzare una situazione che poi dovrebbe per altri versi reprimere (l'allocazione di un esercizio commerciale in un edificio con destinazione urbanistica diversa e incompatibile), senza con ciò pervenire ad un

risultato in aperto contrasto con il principio di buona amministrazione — soprattutto se si tiene conto che le materie commerciale e urbanistica sono coordinate *ex lege* — è stato considerato legittimo il diniego della licenza per un locale privo della relativa destinazione d'uso.

In definitiva occorre fornire un quadro chiaro a livello normativo e giurisprudenziale di quale sia il grado di avanzamento della disciplina delle liberalizzazioni soprattutto alla luce dei molteplici interessi in gioco, che come abbiamo visto nella citata sentenza, spaziano dal commercio al governo del territorio, dalla libertà d'impresa al principio di buona amministrazione, senza perdere di vista il necessario coordinamento che vi deve essere tra la legislazione nazionale e regionale.