

Capitolo I

Autorizzazione amministrativa e libertà del commercio.

Sommario: **1.** La libertà commerciale dal liberismo all'ordinamento costituzionale. **2.** La liberalizzazione delle attività economiche **3.** Le recenti riforme del settore: il D. Lgs. 26 marzo 2010 n. 59 e la legge 30 luglio 2010 n. 122. **4.** Considerazioni conclusive.

1. La libertà commerciale dal liberismo all'ordinamento costituzionale.

Negli ordinamenti giuridici liberali, l'attività commerciale è considerata tradizionalmente libera e pertanto, sottratta all'intervento dei pubblici poteri. Tale libertà, tuttavia, non si è mai tradotta in un'assenza di regolamentazione da parte delle norme del diritto pubblico sulle attività private; già nel secolo scorso, infatti, si rinvenivano nell'ordinamento norme volte a disciplinare attività giudicate potenzialmente pericolose mediante la previsione di specifiche "autorizzazioni di polizia" (es. la vendita di alcolici, la somministrazione di alimenti e bevande, etc.) a tutela della sanità pubblica o della sicurezza pubblica¹.

La disciplina sul commercio si è caratterizzata per la generale previsione di un atto di assenso preventivo per l'esercizio della relativa attività.

Come è noto, l'autorizzazione costituisce lo strumento tipico mediante il quale il legislatore attua l'intervento pubblico nelle attività private: infatti, l'Amministrazione valuta che l'attività economica risponda alle finalità di interesse pubblico e persegua utilità sociali. Essa è idonea ad instaurare una relazione (tra l'autorità amministrativa e il privato), in virtù della quale alla prima è riconosciuto un potere di vigilanza e di controllo anche attraverso l'adozione di misure sanzionatorie sull'attività svolta dal secondo, il quale è tenuto a conformarsi alle prescrizioni imposte dalla P. A.

Con l'avvento della Costituzione repubblicana, che all'art. 41 enuncia la libertà dell'iniziativa economica privata², intesa anche come libertà d'impresa, si è

¹ Per uno studio più completo sulla disciplina del commercio, si rinvia a M. T. P. CAPUTI JAMBRENGHI, *Studi sulla disciplina giuridica dell'insediamento commerciale*, Milano, 2000, 13 e ss., C. CARDONI, *I profili della recente legislazione regionale in materia di commercio* in *Giornale di diritto amministrativo*, n. 4/2008, 395 e ss.

² La libertà di iniziativa economica privata è da taluni ascritta nel novero dei diritti fondamentali, al pari della libertà di manifestazione del pensiero, alla libertà di associazione, alla libertà religiosa, etc. (cfr. V. SPAGNUOLO - VIGORITA, *L'iniziativa economica privata nel diritto pubblico*, Napoli, 1959, 228 e ss.). Essa costituirebbe un aspetto del diritto fondamentale allo sviluppo della propria personalità. A questa tesi si obietta che l'art. 41 Cost. è collocato nel titolo III della parte I della Costituzione dedicata ai rapporti economici; inoltre, la libertà in oggetto è sottoposta a limiti e controlli: si veda il 2° e il 3° comma dello stesso art. 41 Cost. (Da qui la proposta fatta nel corso della XVI legislatura di modificare l'art. 41 Cost. per rendere l'iniziativa economica meno ingessata in un'ottica di promozione dell'impresa). Alla luce del dato costituzionale, è necessario, un bilanciamento tra la libertà d'iniziativa economica e altri valori di pari rango; ciò vale ad escludere in radice l'assolutezza della libertà in oggetto. Controversa è anche l'individuazione del contenuto della libertà in oggetto. Secondo alcuni, la libertà d'iniziativa economica si identificerebbe con l'impresa; tuttavia, la Costituzione non impiega questo termine. La formula utilizzata sarebbe idonea a ricomprendere l'attività produttiva in genere.

affermato un orientamento che considera la libertà nell'esercizio del commercio un vero e proprio diritto, con la conseguenza che il diniego di autorizzazione costituisce un'eccezione a tale diritto e il relativo provvedimento deve essere adeguatamente motivato con riguardo alla lesione dell'interesse pubblico.³

La norma costituzionale non è priva di equivoci: infatti, se da un lato riconosce il diritto di iniziativa privata del singolo (1° comma), da un altro lato, condiziona l'esercizio del diritto al rispetto di programmi e controlli statali (3° comma).

Ciò posto, l'intervento dei pubblici poteri nel governo delle attività economiche è stato da sempre consentito nella misura in cui risulti strettamente necessario alla difesa di beni di pari rango costituzionale, prevalenti rispetto alla stessa libertà di iniziativa privata, quali l'utilità sociale, richiamata dallo stesso art. 41 Cost.

L'evoluzione dottrinale in tema di assenso preventivo all'esercizio di un'attività economica è giunta a considerare il regime autorizzatorio compatibile con il principio della libertà dell'iniziativa economica privata, in quanto strumento volto ad assicurare il rispetto di interessi della collettività da parte del privato, costituendo il provvedimento il mezzo attraverso il quale rimuovere ostacoli all'esercizio di un diritto preesistente⁴.

Con la legge 11 giugno 1971 n. 426 che ha introdotto una disciplina della programmazione degli insediamenti commerciali, la previsione normativa che subordinava l'autorizzazione commerciale alla compatibilità con le previsioni di piano aveva creato una rigida regolamentazione dell'offerta a danno della concorrenza e del libero mercato. La pianificazione prevista infatti realizzava un equilibrio statico del mercato, protezionistico e preclusivo all'ingresso di nuovi operatori economici.

³ Cons. St., Sez. IV, 15 aprile 2002 n. 1999 in *Foro amm. CDS*, 2002, 926, "la libertà di commercio, espressione del principio di libera iniziativa economica, può subire limitazioni quando la sua applicazione arrechi pregiudizio all'utilità sociale e, per gravi e preminenti motivi d'interesse pubblico, individuabili non nella tutela di posizioni corporative dei commercianti, ma nelle specifiche esigenze dei consumatori e nella stabilità di equilibrio dell'apparato distributivo". Della stessa portata, Cons. St., Sez. V, 6 nov. 1992 n. 1212 in *Cons. St.*, 1992, I, 1582 e Cons. St., Sez. V, 20 dic. 2001 n. 6309 in *Riv. Giur. Polizia*, 2002, 378.

⁴ G. ZUCCHERETTI, *Il regime autorizzatorio nell'ordinamento costituzionale e comunitario*, in *Foro amm. TAR*, 1/2004, in particolare, pag. 51.

L'esigenza di aprire il sistema della distribuzione al mercato e alla libera concorrenza ha portato a considerare negli ultimi anni l'autorizzazione un ostacolo alla libera iniziativa privata.

Agli inizi degli anni '90, contemporaneamente alle politiche di liberalizzazione, è stata approvata la legge generale sul procedimento amministrativo che dedica un titolo proprio alla semplificazione amministrativa⁵, disciplinando gli istituti del silenzio assenso e della dichiarazione di inizio dell'attività⁶. Tali istituti, alternativi al regime autorizzatorio tradizionale hanno dato un impulso decisivo all'iniziativa privata rendendola più libera dal "regime amministrativo".

2. La liberalizzazione delle attività economiche.

Nell'ultimo decennio del secolo scorso nell'ordinamento si è sviluppata una tendenza che ha visto la progressiva attenuazione del controllo pubblico sulle attività economiche a vantaggio di politiche di liberalizzazione attuate, sia attraverso il passaggio da regimi concessori a regimi autorizzatori, sia attraverso la drastica riduzione dell'ambito d'applicazione dello stesso istituto autorizzatorio. In altri termini, dopo anni di "invasione dell'autorità" sul campo dell'iniziativa privata, si è giunti, (complice anche la situazione economica), ad una riduzione dell'affermazione autoritativa statale chiamata a svolgere non più un ruolo di intervento diretto nell'economia (come è invece avvenuto nell'immediato dopoguerra con la creazione dello Stato sociale), ma un diverso ruolo di controllo e di equilibrio degli assetti economici.

Le cause sono riconducibili a vari fenomeni: l'affermazione dei principi di concorrenza, di matrice comunitaria e la loro applicazione anche alle attività

⁵ Sulla semplificazione dell'azione amministrativa si rimanda per un'esauriente trattazione a L. VANDELLI, *La semplificazione nel quadro delle riforme amministrative* in L. VANDELLI - G. GARDINI, *La semplificazione amministrativa*, Maggioli, Bologna, 1999, 11 e ss; V. CERULLI IRELLI - F. LUCIANI, *La semplificazione dell'azione amministrativa* in *Dir. Amm.*, 2000, 3 - 4, 617 e ss. Sulla semplificazione alla luce della direttiva servizi, cfr., N. LONGOBARDI, *Attività economiche e semplificazione amministrativa. La "direttiva Bolkestein" modello di semplificazione* in *Dir. e proc. Amm.*, 3/2009, 95 e ss.

⁶ Sulla dichiarazione di inizio attività si rinvia a G. ACQUARONE, *La denuncia di inizio attività. Profili teorici*, Milano, 2000, E BOSCOLO, *I diritti soggettivi a regime amministrativo. L'art. 19 della L. 19n. 241/1990 altri modelli di liberalizzazione*, Padova, 2001. Sulla tutela del terzo nella DIA, si rinvia a S. VALAGUZZA, *La DIA, l'inversione della natura degli interessi legittimi e l'azione di accertamento come strumento di tutela del terzo*, nota a sentenza a Cons. St., Sez. VI, 2 febbraio 2009 n. 717 in *Dir. Proc. Amm.*, 4/2009, 1260- 1318.

svolte dalle Pubbliche Amministrazioni, la necessità di ridurre i tempi dell'azione amministrativa attraverso un'istruttoria semplificata, quante volte non risponda ad un apprezzabile interesse pubblico lo svolgimento del procedimento nella sua dimensione tradizionale, la necessità di pervenire ad una decisione in tempi brevi. Sul piano dell'esercizio della funzione amministrativa, si è assistito alla sostituzione del provvedimento, espressione di una concezione ormai superata dell'attività amministrativa dello Stato con istituti di semplificazione come il silenzio - assenso o di liberalizzazione come la dia. Ciò ha comportato l'attribuzione in capo alla P.A. di una nuova funzione di accertamento circa la conformità dell'attività alle prescrizioni di legge.

Emerge, dunque, un nuovo ruolo dell'attività amministrativa, non più nella tradizionale accezione connotata dell'autoritatività, ma come esercizio di una funzione o meglio di un *"servizio a vantaggio della collettività"* e che non trova nel potere la sua esclusiva legittimazione⁷.

Anche la disciplina del commercio ha risentito di queste profonde trasformazioni : con la legge 31 marzo 1998 n. 114 (cd. decreto Bersani), il legislatore ha liberalizzato le attività commerciali, in particolare quelle di piccola dimensione e ha inserito tra i principi fondamentali della normativa la libertà commerciale (art. 2) che *"deve essere esercitata nel rispetto dei principi contenuti nella legge 10 ottobre 1990 n. 287, recante norme per la tutela della concorrenza e del mercato"*.

Il primo decreto Bersani ha attuato in tal modo una liberalizzazione parziale eliminando le autorizzazioni amministrative per l'apertura e il trasferimento dell'attività e innovando l'offerta dei servizi commerciali.

⁷ F. LIGUORI, *Attività liberalizzate e compiti della Amministrazione*, E.S.I. pag. 59. A favore di una concezione dell'attività amministrativa come funzione e non solo come potere, BENVENUTI, *Eccesso di potere amministrativo per vizio della funzione* in *Rass. Dir. Pubbl.*, 1950, ORSI BATTAGLINI, *Fonti normative regime giuridico del rapporto di impiego con enti pubblici* in *Giur. dir. lav.*, 1993, 461.

3. Le recenti riforme del settore: il D. Lgs 26 marzo 2010 n. 59 e la legge 30 luglio 2010 n. 122 .

Le riforme Bersani⁸ di questi anni hanno realizzato la modernizzazione del sistema distributivo aprendolo alla concorrenza e al libero mercato. Nonostante la portata degli interventi riformatori, l'attuale normativa è apparsa ancora inadeguata rispetto all'esigenza non più rinunciabile, a fronte di impulsi comunitari, di realizzare un mercato in grado di garantire condizioni di effettiva parità fra gli operatori economici .

La legislazione volta a prescrivere un atto di assenso preventivo da parte dell'Amministrazione per l'esercizio di un'attività economica ha di fatto creato un contingentamento a discapito della libera iniziativa privata.

In ambito comunitario, invece, i regimi autorizzatori sono considerati di ostacolo al libero mercato e alla concorrenza: per queste ragioni, l'ordinamento comunitario ha elaborato una nozione di *autorizzazione conforme al diritto comunitario*, caratterizzata dalla riduzione dell'ambito della discrezionalità amministrativa e fondata su criteri oggettivi, trasparenti e non discriminatori. Tali principi sono stati recentemente recepiti dal nostro ordinamento, che con il D. Lgs. 26 marzo 2010 n. 59 ha dato attuazione alla direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio del 12 dicembre 2006 n. 123 (cd. *direttiva servizi o Bolkeinstein*)⁹. La direttiva, infatti, circoscrive il regime autorizzatorio a attività per le quali il vincolo risponde esclusivamente a preminenti motivi di interesse generale, quali l'ordine pubblico, la pubblica sicurezza, la sanità pubblica, la

⁸ Ci si riferisce al D. Lgs 31 marzo 1998 n. 114 e al decreto legge 4 luglio 2006 n. 223 convertito in legge convertito nella legge 4 agosto 2006 n. 248.

⁹ Con la direttiva Bolkeinstein, l'Unione europea ha voluto favorire lo sviluppo e del mercato comunitario dei servizi, mediante la eliminazione di tutti quegli ostacoli di ordine giuridico che si frappongono in tutti gli Stati membri alla libera circolazione dei servizi e alla libertà di stabilimento. L'obiettivo perseguito a livello comunitario non è stato solo una semplificazione amministrativa delle procedure, ma una vera e propria liberalizzazione del settore dei servizi in nome del principio della libera concorrenza attraverso la riduzione delle ipotesi di autorizzazione preliminare alle attività di prestazione dei servizi e la limitazione dei requisiti per l'accesso giustificato solo per motivi di ordine pubblico, pubblica sicurezza, sanità pubblica. Per un approfondimento, C. APPONI, B. FUOCO, R. SESTINI, *La direttiva servizi fra liberalizzazione e nuovi procedimenti autorizzatori*, in *Comuni D'Italia*, 3/2010, 51 e ss. e M. A. CERIZZA, *Cadono le barriere per stabilimento e attività* in *Guida al dir.*, n. 21/2010, 50 e ss.

tutela del consumatore e la concorrenza, la tutela dell'ambiente, il mantenimento dell'equilibrio finanziario del sistema di sicurezza sociale, etc.

Innovativa è in tal senso la disposizione contenuta nell'art. 14 del D. Lgs. 59/2010, secondo la quale, *“fatte salve le disposizioni istitutive e relative ad ordini, collegi e albi professionali, regimi autorizzatori possono essere istituiti o mantenuti solo se giustificati da motivi imperativi di interesse generale, nel rispetto dei principi di non discriminazione, di proporzionalità, nonché delle disposizioni di cui al presente titolo”*.

Precisa la direttiva - l'atto di assenso preventivo potrà essere mantenuto se non è discriminatorio, se giustificato da un motivo di interesse generale e infine se proporzionato (nel senso che l'obiettivo perseguito non potrebbe essere conseguito tramite una misura meno restrittiva).

La procedura volta al rilascio dell'autorizzazione, in conformità ai principi comunitari dovrà essere oggettiva, pubblica, trasparente e accessibile.¹⁰

La Corte di Giustizia¹¹, recentemente, ha ritenuto conforme al diritto dei Trattati, una normativa nazionale (nel caso esaminato, quella spagnola) che contingentava l'apertura di nuove farmacie sulla base del numero della popolazione e di specifici requisiti geografici. Secondo la Corte, la misura del contingentamento era funzionale a garantire un'equilibrata distribuzione delle farmacie tutelando l'accesso della collettività a tali esercizi. Una tale restrizione trovava fondamento nella tutela di un interesse generale quale la salute; se infatti fosse rimesso ogni cosa al libero mercato, vi sarebbe il rischio che alcune zone di un territorio potrebbero non avere una farmacia, altre invece con un numero superiore alle reali esigenze.

E' questa una eccezionale ipotesi nella quale la permanenza del regime autorizzatorio e il contingentamento dell'attività trova una sua *ratio*; al di fuori di queste ipotesi, le attività economiche non possono essere più contingentate.

¹⁰ L'art. 15 del D.Lgs. 26 marzo 2010 n. 59 recita testualmente che: (comma 1) *“ove sia previsto un regime autorizzatorio, le condizioni alle quali è subordinato l'accesso e l'esercizio alle attività di servizi sono: a) non discriminatorie; b) giustificate da un motivo imperativo di interesse generale; c) commisurate all'obiettivo di interesse generale; d) chiare ed inequivocabili; e) oggettive; f) rese pubbliche preventivamente; g) trasparenti e accessibili.*

¹¹ Corte di Giustizia dell'Unione europea - Grande Sezione, sentenza 1° giugno 2010 cause C-570/07 e C 571/07 in *Guida al diritto*, n. 24/2010, 103 e ss con commento di M. Castellaneta.

Un contributo decisivo al processo di semplificazione procedimentale per lo svolgimento delle attività commerciali è dato dalla recente legge 30 luglio 2010 n. 122, di conversione del decreto - legge 31 maggio 2010 n. 78.

L'art. 49 comma 4 *bis* L. 122/2010, nel riformulare integralmente l'art. 19 L.241/1990 ha sostituito alla dichiarazione di inizio attività la segnalazione certificata di inizio attività¹² (SCIA).

L'intervento di riforma, che risponde ad una logica di riduzione degli oneri burocratici e di promozione della libertà d'impresa risolve anche il problema di coordinamento tra la DIA ad effetto immediato introdotta dal D. Lgs 26 marzo 2010 n. 59 (che aveva modificato anche l'art. 19 L.241/1990) e la DIA ordinaria mantenuta dal legislatore per quelle attività esclusa dal campo di applicazione della direttiva servizi, attività dove invece permaneva il termine di trenta giorni prima di iniziare l'attività. Il rischio ormai superato è stato la sovrapposizione degli ambiti di applicazione dei due istituti.

In base alla nuova disposizione, ogni atto di autorizzazione, licenza, concessione non costitutiva, permesso e nulla osta corredato da dichiarazioni sostitutive dell'interessato e non sia previsto un limite o un contingente complessivo o non vi siano specifici strumenti di programmazione, è sostituito da una segnalazione dell'interessato.

Rilevanti sono le differenze rispetto alla DIA: l'attività economica potrà essere intrapresa immediatamente, all'atto di presentazione della segnalazione certificata e non più, come nella vecchia DIA, dopo il termine di trenta giorni dalla comunicazione.

L'Amministrazione ha un termine perentorio di sessanta giorni per procedere alla verifica dell'attività economica intrapresa su segnalazione certificata di inizio attività e per inibire eventualmente la medesima, decorso il quale il provvedimento consolidatosi per *silentium* è definitivo.

Eventuali provvedimenti repressivi potranno essere emessi, se a) siano state rese in sede di SCIA dichiarazioni sostitutive di certificazione e dell'atto di notorietà false e mendaci; b) in presenza di un danno per il patrimonio artistico e

¹² Per un commento sulla SCIA si rimanda al recente contributo di F. LISENA, *Dalla DIA alla SCIA: storia di una metamorfosi* in www.giustamm.it, n. 9/2010.

culturale, per l'ambiente, per la salute, per la sicurezza pubblica o la difesa nazionale e previo accertamento dell'impossibilità di conformare l'attività posta in essere alla normativa vigente; c) in via di autotutela, nel rispetto dei presupposti di cui agli artt. 21 *quinquies* e 21 *nonies* L. 241/1990.

Ulteriore peculiarità dell'istituto è la tendenziale applicabilità, non solo alle attività imprenditoriali o commerciali, ma anche alla materia edilizia e ad ogni settore non sottoposto ad un contingente complessivo o a specifici strumenti di programmazione. Ne consegue l'esclusione dell'istituto per quelle attività ad alto contenuto discrezionale e che richiedono notoriamente un ponderamento degli interessi pubblici.

Alla luce del quadro delineato, l'autorizzazione permane per le attività relative alla somministrazione di alimenti e bevande in virtù di una programmazione settoriale basata su criteri individuati dalle regioni e dai comuni (l'autorizzazione in parola ha natura di licenza di polizia), per l'attività commerciale esercitata su aree pubbliche, in funzione della tutela dei consumatori - utenti e per le esigenze di pianificazione del settore e, infine, per le attività di commercio relative alle medie e alle grandi strutture.

Con riguardo quest'ultime, la permanenza del regime autorizzatorio, sia pure attraverso la procedura del silenzio - assenso prevista dal D. Lgs 114/1998 trova una sua ratio in considerazione dell'impatto che una media o grande struttura commerciale determina sul territorio. Una indiscriminata liberalizzazione, difatti, lederebbe la salubrità dell'ambiente (bene costituzionalmente rilevante) a causa dell'eccessivo incremento del traffico urbano e a discapito della vivibilità degli spazi urbani e della corretta distribuzione dei prodotti e dei servizi.

Discorso diverso riguarda gli esercizi di vicinato: il D. Lgs n 59/2010 aveva introdotto la dia immediata (art. 65, 1° comma D.Lgs 59/2010) in luogo di quella differita.

L'art. 49 comma 4 bis L. 122/2010, nel ricondurre alla SCIA la disciplina degli esercizi di vicinato conferma l'analoga previsione contenuta nel D.Lgs n 59/2010 con la conseguenza di consentire l'avvio immediato dell'attività economica dei

prodotti appartenenti al settore merceologico alimentare e alle attività effettuate mediante forme speciali di vendita (spacci interni, apparecchi automatici).

4.Considerazioni conclusive.

I recenti interventi di riforma hanno impresso una svolta decisiva nella disciplina sul commercio che, dopo la riforma costituzionale 18 ottobre 2001 n. 3 sul titolo V, rientra tra le materie di competenza residuale delle regioni, ai sensi del novellato art. 117, 4° comma Cost.

Come è noto, l'intervento legislativo statale è consentito nella misura in cui, nella disciplina di un dato settore assumi i caratteri di una riforma economico - sociale, in grado di incidere sull'ordinamento¹³. In ogni caso, le nuove norme in materia di SCIA, in quanto attinenti alla concorrenza ai sensi dell'art. 117, comma 2 lett. e) Cost., investono una materia di competenza statale e costituiscono livello essenziale delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali.

Le regioni dovranno pertanto legiferare dando attuazione con una nuova normativa, sia ai principi della direttiva servizi trasfusi nel D. Lgs n 59/2010, sia alle nuove disposizioni in materia di SCIA previste nella L. 122/ 201 .Non vi è dubbio che i principi contenuti nei provvedimenti in oggetto siano prevalenti rispetto ad analoghe disposizioni regionali senz'altro cedevoli.

Basti considerare quanto già previsto dall'art. 84 del D Lgs.59/2010 secondo cui, " .. le disposizioni del presente decreto si applicano fino alla data di entrata in vigore della normativa di attuazione della direttiva 2006/123/Ce, adottata da ciascuna regione e provincia autonoma nel rispetto dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario ed ei principi fondamentali desumibili dal presente decreto".

L'introduzione della SCIA, insieme alle recenti riforme economiche in atto volte a semplificare le condizioni per lo svolgimento di attività economiche ha come conseguenza l'assunzione di nuovi compiti della P.A. Si profila così un

¹³ Si veda sull'argomento M. CLARICH - A. PISANESCHI, *La legge costituzionale n. 3/2001, la competenza esclusiva delle regioni in materia di commercio e il limite "delle grandi riforme economico- sociali"* in *Disciplina del commercio e dei servizi*, n°2/2002, 255 e ss., in particolare 256.

nuovo ruolo dell'Amministrazione, non più connotata nel suo agire dalla autoritatività, ma come esercizio di una funzione o di servizio a vantaggio degli amministrati. Nello stesso tempo, tali riforme rendono non solo l'iniziativa economica più agevole, ma eliminano i ritardi, i costi legati a procedure burocratiche inutili e dissuasivi.

Qualche considerazione va fatta con riguardo alle medie e alle grandi strutture commerciali, per le quali, pur giustificando la vigenza dell'attuale regime autorizzatorio, dovrebbe essere ridotta la sfera discrezionale delle Amministrazioni coinvolte attraverso un procedimento fondato su regole oggettive e trasparenti.

Diverse regioni prevedono ancora limiti quantitativi all'insediamento di medie e grandi strutture; in alcuni casi l'insediamento è stato contingentato oppure è stato previsto l'obbligo di destinare almeno il 30% della superficie totale di vendita ad esercizi commerciali di più ridotte dimensioni.

Tali disposizioni volte a realizzare una pianificazione quantitativa dell'offerta commerciale appaiono configgenti con i principi contenuti nel D.lgs. 59/2010 e con le stesse esigenze del libero mercato per cui non dovrebbero considerarsi più operanti.

Soddisfatte queste condizioni, si potrà realizzare una distribuzione commerciale coerente con il panorama comunitario ove la limitazione dell'intervento pubblico nel governo delle attività economiche si giustifica in un'ottica di promozione della libera iniziativa privata.

CAPITOLO II

La disciplina del commercio nel D.Lgs. 114/1998 e nell'evoluzione successiva.

Sommario. **1.** La nozione di commercio. **2.** Percorso storico della legislazione di settore. **3.** La riforma del commercio : il D. Lgs. 31 marzo 1998 n. 114 .

4. La liberalizzazione del commercio negli ultimi interventi legislativi. **5.** L'organizzazione amministrativa del commercio. **6.** Il commercio al dettaglio in sede fissa. Tipologie di esercizi commerciali. **7.** Autorizzazioni commerciali e tutela del terzo. **8.** Autorizzazione commerciale e condono edilizio. **9.** L'autorizzazione sanitaria per gli esercizi commerciali. **10.** Il commercio su aree pubbliche. **11.** La legge regionale 7 gennaio 2000 n. 1 della Campania sul commercio. **12.** Il commercio nei centri storici. **13.** Considerazioni conclusive.

1. La nozione di commercio.

Zanobini¹⁴ definiva il commercio come “*quel complesso di operazioni poste in essere da intermediari allo scopo di far pervenire le merci ai consumatori*”.

Originariamente inteso come “baratto”, ossia scambio di bene in cambio di altro bene, in una economia sviluppata alla nozione di commercio è stata attribuita lo scambio di bene dietro danaro.

Nell’ambito del commercio, *la summa divisio* è tra : commercio all’ingrosso e al dettaglio o al minuto.

Nella prima ipotesi, il commerciante all’ingrosso acquista le merci per rivenderle ad altri commercianti; nella seconda ipotesi, invece, destinatario finale del prodotto è il consumatore.

Come parte della dottrina¹⁵ ha osservato, ciò che differenzia i due tipi di attività, all’ingrosso e al dettaglio, non è la quantità di merce esitata, ma il destinatario della merce, che per il commercio all’ingrosso è altro commerciante o un utilizzatore, professionale o in grande, mentre per il commercio al dettaglio è il consumatore.

Il commercio al dettaglio o al minuto a sua volta si distingue in sede fissa o su aree pubbliche. Quest’ultima distinzione rileva non solo dal punto di vista economico ed organizzativo degli scambi, ma anche dal punto di vista normativo, in quanto diversa è la regolamentazione delle due attività.

2. Percorso storico della disciplina di settore.

Come già anticipato nel capitolo precedente, l’attività commerciale, in una concezione di impronta tipicamente liberale è considerata “libera” e pertanto non sottoposta ad alcuna regolamentazione¹⁶.

¹⁴ G. ZANOBINI, *Corso di diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1958 .

¹⁵ RAGONESI, *La disciplina dell’attività commerciale*, Milano, 1981, 78; E. MAGGIORA, *La disciplina del commercio*, Giuffrè, Milano, 2008, 39.

¹⁶ Per un breve excursus sull’evoluzione della disciplina del commercio al dettaglio, si veda R. O. DI STILO, *Evoluzione storica della disciplina commerciale al dettaglio. Dal sistema distributivo libero al sistema distributivo vincolato; dal sistema distributivo programmato alla quasi abrogazione della programmazione in Disciplina del commercio e dei servizi*, 2009, fasc. 4, pp.43- 51.

In omaggio a tale proclamata libertà, l'intervento del legislatore non potrebbe che essere circoscritto a quelle attività commerciali potenzialmente pericolose nelle quali vengano in rilievo interessi pubblici prevalenti rispetto a quelli del privato e sottoposte ad autorizzazioni di polizia, come la vendita di armi, munizioni ed esplosivi, la somministrazione di bevande, etc.

Con il R.D.L. 16 dicembre 1926 n. 2174 convertito in legge 18 dicembre 1927 n. 2501, il legislatore introdusse nell'ordinamento la *licenza commerciale* rilasciata dal podestà, (successivamente sindaco), previo parere di un'apposita commissione comunale per l'esercizio del commercio, sia all'ingrosso, sia al dettaglio.

Attraverso la previsione della licenza commerciale, il legislatore perseguiva lo scopo di "sorvegliare" le attività commerciali.

Con l'avvento della Costituzione repubblicana e il riconoscimento della libertà di iniziativa economica privata all'art. 41, l'attività commerciale, quale espressione di tale libertà fu garantita nel rispetto della disciplina programmatica dettata dal potere pubblico.

Infatti l'art. 41 Cost. consente che l'attività d'impresa possa essere sottoposta anche a controlli e a programmi al fine di indirizzarla a fini sociali. In tale prospettiva, il diritto di iniziativa economica coesiste con l'interesse pubblico al fine di garantire il benessere di tutti i consociati.

Con la legge 11 giugno 1971 n. 426 è stato introdotto un sistema distributivo commerciale al dettaglio programmato: infatti gli art. 11 e 12 hanno previsto l'obbligo in capo ai comuni di elaborare piani di sviluppo e di adeguamento della rete di vendita. Scopo di tali piani era quello 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, tenuto conto anche delle funzioni svolte dall'ambulante e da altre forme di distribuzioni in uso"*.

Il piano di sviluppo e di adeguamento della rete di vendita poteva determinare, anche con riferimento a singole zone, il limite massimo in termini di superficie globale, separatamente per settori merceologici, della rete di vendita per generi di largo e generale consumo, in modo da promuovere lo

sviluppo e la produttività del sistema e assicurare l'adeguato sviluppo delle varie forme distributive.

I criteri e le prescrizioni del piano avevano portata vincolante nei confronti del sindaco in sede di rilascio delle autorizzazioni commerciali¹⁷ (previste dall'art. 24 della L. 426/1971) che, fermo restando il rispetto dei regolamenti di polizia urbana, annonaria, igienico - sanitaria, poteva negarle qualora l'ampliamento dell'esercizio, il nuovo esercizio risultasse in contrasto con le disposizioni del piano e con la stessa legge.

In assenza del piano di sviluppo e di adeguamento della rete di vendita, le limitazioni all'esercizio del commercio potevano essere ammesse solo in presenza di gravi e preminenti interessi pubblici, individuati nelle specifiche esigenze della generalità dei consumatori e nella stabilità d'equilibrio dell'apparato distributivo¹⁸.

In definitiva, nella vigenza della normativa del 1971, l'autorizzazione commerciale era rilasciata nel rispetto delle linee programmatiche elaborate a livello comunale.

La legge del 1971 è stata oggetto di modifiche e interventi normativi che hanno come avuto come obiettivo una maggiore liberalizzazione dei trasferimenti, degli ampliamenti e delle concentrazioni di esercizi già esistenti e l'applicazione di un regime di maggiore flessibilità sugli orari di apertura (ci si riferisce alle leggi 29 novembre 1982 n. 887 e 121 del 1987)).

Altri interventi hanno riguardato settori specifici come la disciplina del commercio su aree pubbliche (L. 28 marzo 1991 n. 112), le vendite straordinarie e di liquidazione (L.19 marzo 1980 n.80), la disciplina sull'orario dei negozi e degli

¹⁷ Sulle autorizzazioni commerciali, si rinvia a M. A. SANDULLI, *L'autorizzazione al commercio di vendita a posto fisso*, Milano, Giuffrè, 1990; R. VILLATA, *Autorizzazione amministrativa ed iniziativa economica privata*, Milano, Giuffrè, 1974.

¹⁸ Osserva TAR PUGLIA, Sez. II, 7 giugno 1999 n. 389 in *Foro Amm.*, 2000, 621, "in assenza del piano di sviluppo e di adeguamento della rete commerciale, che i comuni sono tenuti ad adottare ai sensi degli artt. 11 e 12 L. 11 giugno 1971 n. 426, l'ente locale deve curare, in occasione dell'esame delle domande di autorizzazione commerciale, quegli stessi obiettivi che il legislatore ha voluto siano conseguiti attraverso la predisposizione di piani, garantendo la libertà di commercio fino al punto in cui l'esplicazione della medesima arrechi pregiudizio all'utilità generale; ne consegue che, qualora il comune non abbia adempiuto all'obbligo della redazione del piano, limitazioni all'esercizio del commercio possono essere concepite solo in presenza di gravi e preminenti motivi di pubblico interesse, individuandoli nelle specifiche esigenze delle generalità dei consumatori e nella stabilità d'equilibrio dell'apparato distributivo".

esercizi di vendita al dettaglio (l.28 luglio 1971 n. 558); altri invece, come il D.P.R. 616/1977 hanno inciso sull'assetto delle competenze amministrative.

Con tale provvedimento sono state trasferite ai comuni funzioni amministrative prima di spettanza statale in materia di commercio, realizzando in tal modo un primo decentramento amministrativo.

Nonostante gli interventi normativi degli anni '80 che avevano in un certo qual modo limitato la possibilità d'intervento delle commissioni comunali, la disciplina del commercio appariva, a confronto con quella degli altri Paesi europei restrittiva all'accesso di nuovi operatori e poco concorrenziale.

3. La riforma del commercio : il D. Lgs. 31 marzo 1998 n. 114.

L'ordinamento del commercio definito dalla legge 11 giugno 1971 n. 426 era caratterizzato da molteplici vincoli e barriere che impedivano l'accesso al libero mercato e alla concorrenza; basti considerare a titolo esemplificativo, la programmazione dell'apertura degli esercizi commerciali, la necessità dell'autorizzazione preventiva per l'esercizio della relativa attività, i limiti quantitativi all'assortimento merceologico. La normativa presentava profili fortemente protezionistici, benché una delle finalità della legge fosse stata quella di assicurare la libera concorrenza.

L'Autorità Garante della concorrenza e del mercato aveva sottolineato¹⁹ la presenza di una regolamentazione autoritativa dell'offerta e della domanda di esercizi commerciali del tutto incompatibile con i principi di libera concorrenza.

Ad avviso della stessa Autorità, il tipo di pianificazione ideato con la legge 426 del 1971 tendeva alla creazione di un equilibrio statico dando luogo alla protezione delle imprese già operanti nel settore, le quali non avevano alcun interesse di ricercare soluzioni innovative e moderne, che invece l'entrata di nuovi soggetti poteva stimolare.

Agli inizi degli anni '90, pertanto, era avvertita l'esigenza di riformare il settore al fine di realizzare una maggiore "eguaglianza di opportunità" per tutti gli operatori economici.

¹⁹ Cfr. Autorità Garante, *Regolamentazione della distribuzione commerciale e concorrenza. Relazione al Presidente del Consiglio dei Ministri*, Roma, gennaio 1993, pubblicato in Suppl. a Boll. n. 1/1993.

Con il D. Lgs 114/1998 il legislatore ha dato attuazione a tali esigenze riformando completamente l'intera materia.

La normativa costituisce una vera e propria "legge quadro" sul commercio,²⁰ delineando i principi generali e gli istituti fondamentali, come lo si desume dall'art. 1 comma 1 a tenore del quale, "*Il presente decreto stabilisce i principi e le norme generali sull'esercizio dell'attività amministrativa*".

La novella del '98, in quanto antecedente alla riforma costituzionale 18 ottobre 2001 n. 3 sul titolo V non tiene conto del mutato sistema di riparto della competenza legislativa, ma non per questo è invasiva di ambiti di competenza regionali.

La *ratio* della riforma va senz'altro individuata nella necessità, non solo di adeguare la disciplina sul commercio ai principi comunitari in tema di concorrenza, libertà di impresa e circolazione delle merci, ma anche di tutela del consumatore e di modernizzazione della rete distributiva. Sotto quest'ultimo aspetto, se da un lato viene meno l'obbligo in capo ai comuni di predisporre il piano di commercio, dall'altro lato si favorisce la possibilità di realizzare una moderna rete distributiva sulla base degli indirizzi elaborati a livello di pianificazione regionale.

Il legislatore abroga il REC (registro degli esercenti il commercio), requisito professionale prima necessario per l'esercizio dell'attività commerciale, considerando sufficiente per il solo settore alimentare la frequenza di un corso di qualificazione professionale o l'aver esercitato in proprio l'attività commerciale e accorpa in due macro - categorie le tabelle merceologiche: alimentare e non alimentare.

Il D. Lgs. 114/1998 liberalizza la disciplina sugli orari commerciali, conferisce ampia autonomia normativa ai comuni e alle regioni e individua quattro diversi livelli di strutture di vendita: a) gli esercizi di vicinato, b) le medio strutture di vendita, c) le grandi strutture di vendita, d) i centri commerciali.

Tale previsione, certamente innovativa, mira a creare un equilibrio tra lo sviluppo della grande distribuzione e i piccoli esercizi commerciali che ancora

²⁰ Per approfondimenti si rimanda a E. MAGGIORA, *La disciplina sul commercio*, Giuffrè, 2008.

oggi costituiscono gran parte del tessuto produttivo italiano. Il legislatore, con riguardo agli esercizi di vicinato, sostituisce l'autorizzazione con una comunicazione al comune (art. 7 Dlgs 114/1998), riconducibile alla dichiarazione di inizio di attività ex art. 19 L. 241/1990, in cui l'interessato dichiara di essere in possesso dei requisiti soggettivi e la conformità dei locali ai regolamenti edilizi, di igiene e di sanità e realizza in tal modo una liberalizzazione dell'attività commerciale. L'autorizzazione permane invece per le altre strutture distributive, sia pure nella forma del silenzio - assenso.

Una delle maggiori novità introdotte dalla riforma del commercio è la sostituzione dello strumento della pianificazione commerciale con la elaborazione degli indirizzi generali di programmazione da parte delle regioni. L'art. 6 del D. Lgs 114/1998 conferisce infatti alle regioni la potestà di disciplinare la programmazione degli insediamenti delle attività commerciali e l'adozione delle norme urbanistiche riferite al settore commerciale.

Sulla base di tali principi, i comuni dovranno adeguare gli strumenti urbanistici agli indirizzi di programmazione regionale: individuare le aree da destinare ad insediamenti commerciali, (con riguardo alle medie e alle grandi strutture di vendita), limitare la possibilità di realizzazione dei medesimi in relazione alla tutela dei beni artistici, culturali, ambientali. Infine, assicurare "la correlazione dei procedimenti di rilascio della concessione o autorizzazione edilizia inerenti l'immobile o il complesso di immobili e l'autorizzazione all'apertura di una media o grande struttura di vendita, eventualmente prevedendone la contestualità (art. 6 comma 2 lett. d D.Lgs. 114/1998).

Dopo la riforma costituzionale sul titolo V, la disciplina sul commercio è divenuta materia devoluta alla potestà legislativa residuale o esclusiva delle regioni, le quali ben potranno dettare una propria normativa nel rispetto dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario sanciti dall'art. 117, 1° comma Cost.

La disciplina del commercio, così come al pari di altre materie devolute alla potestà legislative residuale delle regioni incide su ambiti di competenza della

legislazione statale²¹. Tra questi viene di primaria evidenza la tutela della concorrenza, intesa come disciplina della regolazione amministrativa dei mercati. Ne discende che, la disciplina regionale non può adottare provvedimenti che si pongano in contrasto con quella statale prevedendo, ad esempio una regolamentazione degli esercizi di piccole dimensioni, oggi notoriamente liberalizzati, né sono concepibili vistose differenze di disciplina tra le varie regioni .

4. La liberalizzazione del commercio negli ultimi interventi legislativi.

Il processo di liberalizzazione delle attività commerciali iniziato nel '98 è proseguito a distanza di alcuni anni con il decreto - legge 4 luglio 2006 n. 223, convertito nella Legge 4 agosto 2006 n. 248 (cd. decreto Bersani - Visco)"; ha subito un'accelerazione non priva di rilevanti novità dapprima con il D. Lgs. 26 marzo 2010 n. 59, di recepimento della direttiva 2006/123/CE (cd. direttiva *Bolkeinstein*) e, infine, con la legge 30 luglio 2010 n. 122 di conversione del decreto legge 31 maggio 2010 n. 78 recante " *misure urgenti in materia di stabilizzazione finanziaria e di competitività economica*".

E' necessario soffermarsi su tali provvedimenti normativi per capirne la portata e l'impatto sulla disciplina di settore.

Il decreto Bersani - Visco ²² ha costituito un tassello molto importante nel processo di modernizzazione del commercio ed ha avuto come finalità la rimozione di quei residui limiti di contrasto dell'attuale normativa con il principio comunitario della libera concorrenza. La riforma ha a tal fine, abrogato prescrizioni quali: a) l'iscrizione nei registri abilitanti o i requisiti professionali soggettivi per l'esercizio dell'attività commerciale, fatti salvi *quelli* riguardanti il settore alimentare e della somministrazione di alimenti e bevande; b) il rispetto di distanze minime obbligatorie tra attività commerciali appartenenti alla medesima tipologia di esercizio; c) le limitazioni quantitative all'assortimento

²¹ A. ARGENTATI, *La disciplina giuridica del commercio tra diritto interno e influssi comunitari* in *Il diritto dell'economia*, I, 2004, 141 e ss, in particolare pag. 165.

²² Per un commento alla novella legislativa del 2006, si rinvia a E. MAGGIORA, *La disciplina del commercio*, Giuffrè, 2008, 35, 36 e ss.

merceologico offerto negli esercizi commerciali, fatta salva la distinzione tra settore alimentare e non alimentare; d) i limiti riferiti a quote di mercato predefinite o calcolate sul volume delle vendite a livello territoriale sub regionale; e) la fissazione di divieti nell'effettuare vendite promozionali, salvo che siano prescritte 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 precedenti di saldi di fine stagione per i medesimi prodotti; f- bis) le autorizzazioni preventive per il consumo immediato dei prodotti di gastronomia presso l'esercizio di vicinato nel rispetto delle prescrizioni igienico - sanitarie.

La *ratio* della riforma, alla luce di un autorevole pronuncia della Corte Costituzionale²³ va individuata nell'esigenza di realizzare nel settore della distribuzione commerciale un equilibrio di mercato fondato sulla effettiva concorrenza, eliminando ogni forma di programmazione dell'offerta, sia normativa, sia amministrativa in piena coerenza con gli obiettivi di liberalizzazione e di apertura alla competizione.

Le disposizioni della L. 248/2006 hanno trovato applicazione non solo alle attività commerciali individuate nel D. Lgs. 114/1998 e di somministrazione di alimenti e bevande, ma anche a tutte quelle attività economiche non sottoposta a una specifica regolamentazione da parte di una norma legislativa statale o regionale²⁴.

Alla luce della normativa Bersani, sembra potersi ricavare che limitazioni all'apertura di esercizi commerciali che siano fondate esclusivamente su quote di mercato predefinite ossia su parametri numerici sono in contrasto con la *ratio* perseguita dal decreto Bersani e con lo stesso principio della libera concorrenza.

²³ Corte Costituzionale, sentenza 14 dicembre 2007 n. 430 in *Foro it.*, 2008, 2, 369, che in merito ha così statuito: "La disposizione censurata (art. 3 del d.l. 223 /2006) si inserisce nel quadro di questo processo di modernizzazione, all'evidente scopo di rimuovere i residui profili di contrasto della disciplina di settore con il principio della libera concorrenza. E il presupposto logico su cui la stessa normativa si fonda è che il conseguimento degli equilibri del mercato non può essere predeterminato normativamente o amministrativamente, mediante la programmazione della struttura dell'offerta, occorrendo invece, al fine di promuovere la concorrenza, eliminare i limiti ed i vincoli sui quali ha appunto inciso la norma, che ha quindi fissato le condizioni ritenute essenziali ed imprescindibili per garantire l'assetto concorrenziale nel mercato della distribuzione commerciale".

²⁴ Cfr., Cons. St., Sez. V, 9 dicembre 2008 n. 6060 in *Pubblica* .2008

Infatti, i principi del Trattato UE e del nostro ordinamento vietano che i poteri pubblici possano imporre, ad esempio, un numero predeterminato di esercenti da autorizzare su una determinata area²⁵, laddove non vengano in rilievo altri interessi pubblici di pari rango.

Il D.lgs. 26 marzo 2010 n. 59, con il quale è stata data attuazione alla direttiva 2006/123 CEE (cd. servizi), non ha avuto come unica finalità la modernizzazione e la semplificazione della disciplina sul commercio, ma ha realizzato una vera e propria liberalizzazione del mercato comunitario dei servizi eliminando gli attuali rilevanti ostacoli alla concorrenza.

In quest'ottica va letta la limitazione dei regimi fondati su atti di assenso preventivi come l'autorizzazione amministrativa per lo svolgimento di un'attività di carattere imprenditoriale o professionale, la cui permanenza si giustifica oggi solo per motivi di ordine pubblico, pubblica sicurezza, sanità pubblica e la sostituzione con istituti di semplificazione dell'azione amministrativa quali la dia o il silenzio assenso.

La direttiva pone agli Stati membri un articolato quadro di rimedi volti ad armonizzare i regimi normativi nazionali di accesso e di esercizio delle attività economiche e l'eliminazione agli ostacoli alla prestazione di servizi nel mercato interno.

La necessità di rimuovere i limiti alla realizzazione di un mercato unico è confermata da una recente elaborazione della Confartigianato dei dati 2010 di "Doing Business" relativa alla libertà economica. Tale indagine colloca l'Italia al 143° posto su 189 Paesi presi in considerazione con una media di ben 257 giorni per poter esser autorizzati a costruire un capannone industriale contro i 40 giorni necessari negli Stati Uniti.

Le finalità perseguite dalla riforma sono dunque individuate nell'esigenza di garantire la libertà di concorrenza, secondo condizioni di pari opportunità e il corretto funzionamento del mercato, nonché di assicurare ai consumatori finali un livello minimo ed uniforme di condizioni di accessibilità sul territorio nazionale.

²⁵Cfr. Cons. St., Sez. V, 5 maggio 2009 n.2808 in *Red. Amm.* CDS,2009, 05.

Da ultimo, per completare il quadro normativo degli interventi di riforma, con l'art. 49, comma 4 *bis* della legge 30 luglio 2010 n. 122 il legislatore, nell'ambito di un disegno più ampio di rilancio dell'economia in periodo di crisi, ha modificato l'art. 19 L. 241/1990 sostituendo alla dichiarazione di inizio attività, la segnalazione certificata di inizio attività (cd. SCIA).

La SCIA, che sostituisce ogni atto di autorizzazione, licenza, concessione non costitutiva, permesso o nulla osta, corredata dalle dichiarazioni sostitutive di certificazioni e dell'atto di notorietà, consente dalla data della presentazione della segnalazione l'esercizio immediato dell'attività commerciale.

5. L'organizzazione amministrativa del commercio.

La disciplina del commercio ha visto da sempre incrociare diversi livelli di competenze, sia della regione, sia del comune, in relazione alla diversa dimensione degli interessi pubblici coinvolti.

L'art. 117 della Costituzione, nella sua previgente formulazione, attribuiva alle regioni a statuto speciale una competenza legislativa esclusiva in materia, mentre analoga attribuzione non era riconosciuta alle regioni a statuto ordinario. Ciò nonostante, il vecchio art. 118, 2° comma Cost. prevedeva che lo Stato potesse delegare con legge l'esercizio di "*altre funzioni amministrative*", tra le quali si può annoverare anche il commercio. Infatti con il D.P.R. 616 del 1977 il legislatore statale aveva trasferito ai comuni una serie di funzioni amministrative relative al settore commerciale come l'autorizzazione alla rivendite di giornali e riviste, quelle relative ai pubblici esercizi di vendita e di consumo di alimenti e bevande, nonché le funzioni di polizia amministrativa (art. 9 D.P.R. 616/1977).

L'ente comunale, invece, già prima della riforma costituzionale, aveva provveduto a disciplinare, nell'ambito della limitata potestà regolamentare riconosciutale dall'art. 5 Cost., le norme elementari di igiene e sanità per l'esercizio dell'attività commerciale, le modalità di svolgimento dei mercati e delle fiere, così attuando quella cura degli interessi "locali" che sono stati poi alla base del riconoscimento del principio di sussidiarietà.

Il D. Lgs. 114/1998 ha incentrato in capo alle regioni una serie di funzioni amministrative relative al settore commerciale : la definizione degli indirizzi generali di programmazione urbanistica riferiti al commercio, che i comuni dovranno attenersi nella redazione degli strumenti urbanistici (art. 6 comma 2), la elaborazione di criteri per l'insediamento delle attività commerciali, con particolare riguardo alle medie e alle grandi strutture di vendita, e nell'ambito di quest'ultime, (art. 6 comma 1 lett. f), l'adozione delle norme sul procedimento amministrativo (presentazione delle domande, formazione del silenzio - assenso se entro un termine non superiore a 120 giorni dalla data della convocazione della conferenza dei servizi, l'Amministrazione competente non emana il provvedimento di diniego, i criteri per la priorità delle domande di rilascio per l'apertura dell'esercizio commerciale).

Gli strumenti urbanistici comunali dovranno prevedere la necessaria correlazione dei procedimenti di rilascio della concessione edilizia inerenti l'immobile o il complesso di immobili e l'autorizzazione all'apertura di una media o grande struttura di vendita (art. 6 comma 2 lett. d) e uniformarsi ai principi della legislazione regionale.

La legge di riforma del commercio devolve ai comuni una serie di funzioni amministrative inerenti al rilascio dell'autorizzazione per l'esercizio di vendita; l'indizione della conferenza dei servizi per l'apertura, il trasferimento, l'ampliamento di una grande struttura di vendita, l'adeguamento degli strumenti urbanistici agli indirizzi della pianificazione elaborati dalla regione.

Con riguardo al commercio su aree pubbliche, il Dlgs 114/1998 opera una netta separazione tra competenze della regione di tipo programmatico e quelle del comune di carattere attuativo.

Alle regioni compete definire le modalità di esercizio, i criteri, le procedure cui dovranno attenersi i comuni per l'autorizzazione all'esercizio dell'attività (art. 28, comma 13); i criteri per l'assegnazione dei posteggi, nonché i criteri cui dovranno attenersi i comuni per il rilascio, la revoca, la sospensione e la reintestazione dell'autorizzazione in caso di cessione dell'attività.

Il D. Lgs 114/1998, quantunque anteriore al mutato assetto costituzionale, ha realizzato una anticipata forma di “federalismo amministrativo”, attribuendo alla regione un ruolo fondamentale nella definizione degli indirizzi relativi al commercio.

La riforma del titolo V della Costituzione ha trasferito la disciplina del commercio alla potestà legislativa residuale delle regioni, in quanto materia non espressamente contemplata nell’elenco tassativo previsto dall’art. 117, 2° comma Cost. nel quale sono ricomprese le materie di esclusiva competenza statale.

In forza di tale attribuzione, le regioni potranno dettare una propria normativa nel rispetto dei principi delineati dal D. Lgs 114/1998²⁶.

Corre obbligo di precisare che la competenza del legislatore statale su molti settori afferenti al commercio ha come conseguenza la possibilità di poter disciplinare su aspetti fondamentali della materia, laddove vengano in rilievo interessi statali, ragion per cui i principi del decreto Bersani restano prevalenti sulle diverse legislazioni regionali.²⁷ L’intervento del legislatore statale è giustificato, come precisato anche dalla Corte Costituzionale²⁸, solo ove dalla Costituzione trovi un preciso titolo di legittimazione, come ad esempio nella tutela della concorrenza, materia di competenza statale ai sensi dell’art. 117 comma 2 lett. e Cost. In questo caso, la disciplina statale volta ad assicurare la tutela dell’equilibrio macroeconomico generale prevale anche su eventuali disposizioni regionali contrarie.

²⁶ Osserva TAR LAZIO - Roma, Sez. II, 21 aprile 2005 n. 2989 in *Foro amm. TAR*, 2005, 4, 1066, “dopo la riforma del titolo V della Carta Costituzionale, la materia del “commercio” non figura nell’elenco relativo alla competenza concorrente delle regioni (salvo che per quanto riguarda il commercio con l’estero), e deve pertanto farsi rientrare nella potestà legislativa residuale di cui al comma 4 dell’art. 117 Cost., secondo il quale spetta alle regioni la potestà legislativa in riferimento ad ogni materia non espressamente riservata alla legislazione dello Stato. Peraltro, lo Stato conserva la competenza ad intervenire anche nella suddetta materia ove ricorra un diverso titolo di legittimazione, nella fattispecie rappresentato dall’art. 117, comma 2, lett. e) medesima Carta Costituzionale, il quale riserva allo Stato, tra le altre, la materia della “tutela della concorrenza”. Si veda anche Corte Costituzionale, sentenza 9 marzo 2007 n. 64 in *LexItalia.it*, n. 3/2007.

²⁷ E’ quanto sostenuto da A. LOLLI, *Pianificazione urbanistica, interessi economici e pianificazione commerciale in Territorialità e delocalizzazione nel governo locale*, Bologna, 2007, 569 e ss, in particolare pag. 575.

²⁸ Corte Costituzionale, sentenza 21 gennaio 2004 n. 1

6. Il commercio al dettaglio in sede fissa. Tipologie di esercizi commerciali.

L'art. 4 del D. Lgs 114/1998 definisce il commercio al dettaglio come *“l'attività da chiunque professionalmente acquista merci in nome e per conto proprio e le rivende su aree private in sede fissa o mediante altre forme di distribuzione, direttamente al consumatore finale”*.

La nuova normativa, innovando profondamente la disciplina preesistente che operava una distinzione tra la piccola e la grande distribuzione, classifica gli esercizi commerciali in riferimento, sia alla superficie di vendita, sia alla popolazione residente in quattro gruppi:

- a) esercizi di vicinato;
- b) medie strutture di vendite;
- c) grandi strutture di vendite;
- d) centri commerciali.

a) La previsione degli **esercizi di vicinato**, ossia strutture commerciali di piccole dimensioni costituisce la vera novità della riforma del '98. Il legislatore ha in tal modo operato una liberalizzazione dell'attività commerciale; permane, invece, una regolamentazione a livello regionale²⁹ per le medie e le grandi strutture di vendite .

In conseguenza dell'avvenuta liberalizzazione non sono più ammesse restrizioni o limitazioni tra esercizi di vicinato congeneri anche se tra loro confinanti. Infatti, eventuali restrizioni o limitazioni si porrebbero in contrasto con il principio della libera concorrenza³⁰.

Gli esercizi di vicinato hanno una superficie di vendita non superiore a 150 mq nei comuni con popolazione residente inferiore a 10.000 abitanti e a 250 mq

²⁹ A. RAGAZZINI, *La disciplina dell'attività commerciale dal dopoguerra alla legge Bersani: considerazioni circa la normativa introdotta dal suddetto testo e circa i limiti entro cui le regioni potranno modificarla* in *Foro amm.*, 2003, 5, 1747, che osserva come la liberalizzazione dell'attività commerciale non si è avuta completamente, ma limitatamente agli esercizi di vicinato.

³⁰ TAR LIGURIA - Genova, Sez. II, 7 giugno 2007 n. 1046 in *Foro amm. TAR*, 2007, 6, 1985 osserva: *“in tema di esercizio dell'attività commerciale, la recente liberalizzazione dell'attività commerciale (art. 7 D.Lgs n. 114 del 1998) in ossequio al principio dell'art. 41 Cost., non consente più restrizioni o vincoli per la vicinanza di esercizi commerciali congeneri, restrizioni che si porrebbero in contrasto con il principio della libera concorrenza”* .

nei comuni con popolazione residente superiore ai 10.000 abitanti (art. 4, 1° comma lett. d D. Lgs 114/1998).

La relativa disciplina ha costituito di recente oggetto di modifica da parte del D. Lgs. 26 marzo 2010 n. 59, (di recepimento della direttiva 2006/123/Ce relativa ai servizi nel mercato interno) e dell'art. 49 comma 4 bis legge 30 luglio 2010 n. 122, di conversione del decreto legge 31 maggio 2010 n. 78.

Occorre partire dalle origini.

L'art. 7, 1° comma del D. Lgs 114/1998³¹ disponeva testualmente che: *“l'apertura, il trasferimento di sede e l'ampliamento della superficie di un esercizio di vicinato sono soggetti a previa comunicazione al comune competente per territorio”*.

La comunicazione in parola veniva pacificamente ricondotta all'istituto della dichiarazione di inizio attività di cui all'art. 19 L. 241/1990; l'esercizio dell'attività, tuttavia, non poteva avvenire immediatamente, ma decorsi trenta giorni dalla ricezione della relativa domanda, ragion per cui, qualora l'Amministrazione non si fosse pronunciata si formava il silenzio - assenso, salvo, la sussistenza di tutti i presupposti di procedere in autotutela qualora l'attività non rispondesse alle prescrizioni legali³².

L'art. 65 del D. Lgs. 26 marzo 2010 n. 59 ha parzialmente modificato la disciplina degli esercizi di vicinato; infatti, il legislatore ha abrogato l'art. 7, 1° comma D. Lgs. 114/1998 con la conseguenza che la dichiarazione di inizio attività è ora immediatamente operativa e l'operatore economico non dovrà più attendere trenta giorni prima di intraprendere l'attività commerciale.

La novella ha ricondotto la comunicazione ex art. 7 del D. Lgs. 114/1998 alla dichiarazione di inizio attività (tesi questa già sostenuta da pacifica giurisprudenza e dottrina).

A pochi mesi dal recepimento della direttiva servizi, il legislatore è di nuovo intervenuto sulla disciplina *de qua* : con l'art. 49, comma 4 bis della legge 30 luglio 2010 n. 122, il legislatore, nel riscrivere l'art. 19 L. 241/1990 ha sostituito alla DIA, la segnalazione certificata di inizio attività (SCIA). Pertanto oggi sono riconducibili alla disciplina della SCIA le attività di vendita appartenenti al

³¹ L'art. 7, 1° comma D. Lgs. 114/1998 è stato abrogato dall'art. 65, 3° comma del D.Lgs 59/2010.

³²Cfr. TAR LOMBARDIA – Milano, Sez. IV, 13 aprile 2005 n. 814 in *Foro amm. TAR*, 2005 , 4, 964 .

settore merceologico alimentare e non alimentare nelle strutture denominate come esercizi di vicinato.

Sembra allora potersi sostenere, alla luce dell'ultimo intervento normativo, che la posizione soggettiva del privato non sia più di interesse legittimo, ma abbia la consistenza di diritto soggettivo, trattandosi di attività vincolata, dovendo l'Amministrazione constatare la sussistenza dei presupposti soggettivi e oggettivi del privato.

Nel silenzio del legislatore conserverebbero la loro vigenza, i requisiti d'efficacia della denuncia di inizio attività, quali il possesso dei requisiti morali (art. 7, 2° comma lett. a), il rispetto dei regolamenti locali di polizia urbana, annonaria e igienico sanitaria (art. 7 2° comma lett. b), e la conformità dello svolgimento dell'attività commerciale alla destinazione d'uso d'immobile, per cui l'assenza di tale requisito determina l'inefficacia della denuncia³³.

Pur nella consapevolezza che nella materia dell'urbanistica e del commercio vengano in rilievo poteri diversi in funzione della tutela di interessi di varia natura, il legislatore ha previsto una correlazione tra i due procedimenti, prevedendo a tal fine un rapporto di sovraordinazione della disciplina urbanistica rispetto a quella commerciale, con la conseguenza che tutti gli esercizi commerciali, anche quelli di piccole dimensioni come quelli di vicinato dovranno rispettare le previsioni del piano urbanistico e delle norme che lo integrano.³⁴

Nonostante la norma non faccia espressamente riferimento ad un provvedimento di diniego o di inibizione all'apertura dell'attività commerciale,

³³ TAR CAMPANIA – Salerno, Sez. II, sentenza 31 maggio 2004 n. 665 in *Foro amm. TAR*, 2004, 1535, osserva: “L'art. 7 d. lgs 31 marzo 1998 n. 114, in base al quale il soggetto interessato comunica al comune l'apertura dell'esercizio commerciale di vicinato (art. 4 comma 1 lett. d) indica tassativamente, tra l'altro, come requisito d'efficacia della denuncia la conformità dello svolgimento della stessa alla destinazione d'uso impressa all'immobile, per cui, in assenza di tale requisito, la denuncia è priva di effetti: ne consegue che, in tali ipotesi, pur affermandosi in generale l'obbligo di comunicazione d'avvio del procedimento previsto dall'art. 7 l. 7 agosto 1990 n. 241 anche a riguardo della adozione di atti vincolati – non sussiste il detto obbligo allorché il comune inibisce l'apertura di un esercizio di vicinato per accertata non conformità del locale alla destinazione d'uso, siccome il procedimento riguarda la emanazione di un atto amministrativo interamente vincolato in base ad un quadro normativo di riferimento che non presenta margini d'incertezza sufficientemente apprezzabili e l'eventuale annullamento giurisdizionale dell'atto, per omessa comunicazione dell'avvio del procedimento, non priverebbe la P.A. del potere dovere di riemanarlo con identico contenuto”.

³⁴ Cons. St., Sez. IV, 27 aprile 2004 n. 2521 in *Foro amm. CDS*, 2004, 1091 che sul punto così si esprime: “gli esercizi commerciali devono rispettare le previsioni del piano urbanistico e delle norme che lo integrano, di talché non può non scaturirne l'obbligo di conformarsi ad esse anche nell'adozione degli atti applicativi del piano di commercio e cioè dei singoli atti autorizzatori”.

deve ritenersi possibile l'adozione di tali provvedimenti nell'ipotesi in cui il comune accerti la mancanza dei prescritti requisiti, soggettivi ed oggettivi. Tale provvedimento dovrebbe costituire però l'eccezione, non solo in ragione della affermata liberalizzazione, ma anche alla luce del principio di libertà dell'iniziativa economica privata sancito dall'art. 41 Cost.³⁵

Ciò posto, l'apertura di un esercizio di vicinato incontrerebbe un ulteriore limite nella prescrizione contenuta nell'art.10, 1° comma lett. "c" del D. Lgs. 114/1998, a mente del quale, *"per le aree di cui alle lettere a, b, c dell'art. 6 comma 3 (aree metropolitane omogenee, aree sovra comunali configurabili come un unico bacino d'utenza, centri storici), i comuni per un periodo non superiore ai due anni possono sospendere o inibire gli effetti della comunicazione all'apertura degli esercizi di vicinato sulla base di specifica valutazione circa l'impatto del nuovo esercizio sull'apparato distributivo e sul tessuto urbano ed in relazione a programmi di qualificazione della rete commerciale finalizzati alla realizzazione di infrastrutture e servizi adeguati alle esigenze dei consumatori"*.

La norma andrebbe interpretata restrittivamente in quanto deroga al principio della liberalizzazione degli esercizi di vicinato; in ogni caso essa non sarebbe più applicabile essendo già abbondantemente decorsi i due anni dall'entrata in vigore della novella del '98.

Nelle ipotesi di inadempienze da parte del titolare o del venir meno dei requisiti morali non sembrerebbe configurabile l'adozione di formali provvedimenti di revoca o di decadenza da parte dell'autorità comunale, e ciò in ragione del fatto che a monte non è prevista alcuna autorizzazione per l'apertura di un esercizio di vicinato.

³⁵ Cons. St. Sez. V, 20 dicembre 2001 n. 6309 in *Riv. Giur. Polizia*, 2002, 378, "la libertà di svolgere un'attività commerciale può subire delle limitazioni solo per specifiche esigenze di utilità sociale, individuabili nelle esigenze dei consumatori e nell'equilibrio del sistema distributivo, dovendosi al contrario considerare irrilevanti gli eventuali danni che potrebbero subire i titolari di esercizi preesistenti a seguito di una maggiore concorrenza. La vicinanza di esercizi commerciali congeneri non costituisce un elemento idoneo a giustificare il diniego di autorizzazione all'apertura di un nuovo esercizio, purchè l'equilibrio del mercato non venga turbato da un aumento disordinato. In base al principio di libertà dell'iniziativa economica privata sancito dall'art. 41 Cost., le norme comportanti restrizioni e vincoli allo svolgimento dell'attività commerciale privata devono essere interpretate, in caso di dubbio, in modo da consentire il più ampio svolgimento dell'iniziativa economica".

Qualora dovessero ricorrere tali condizioni, l'autorità comunale potrebbe unicamente disporre la immediata chiusura dell'esercizio ai sensi dell'art. 22 comma 6 D. Lgs. 114/1998.

Nonostante l'art. 22 D. Lgs. 114/1998 affidi la competenza all'adozione di provvedimenti sanzionatori in capo al sindaco, alla luce del riparto di competenza tra funzioni di indirizzo e di controllo politico amministrativo e funzioni di gestione, la competenza è oggi attribuita in capo al dirigente in forza dell'art. 107 del D.lgs. 267/2000.³⁶

Altre ipotesi di chiusura dell'esercizio di vicinato sono menzionate nell'art. 22, 5° comma qualora il titolare: a) sospende l'attività per un periodo superiore ad un anno; b) non risulti più provvisto dei requisiti di cui all'art. 5, comma 2 (requisiti morali); c) nel caso di ulteriore violazione delle prescrizioni in materia igienico-sanitaria avvenuta dopo la sospensione dell'attività disposta ai sensi del comma. La norma contempla tipologie di decadenza³⁷ a contenuto vincolato e a carattere sanzionatorio, giustificate in relazione al venir meno delle condizioni che avevano legittimato l'esercizio dell'attività commerciale.

b) A differenza degli esercizi di vicinato, **le medie**, così come le grandi strutture di vendite sono sottoposte a una pianificazione regionale (art. 6 del D. Lgs. 114/1998).

Il legislatore conferisce infatti alle regioni il potere di definire gli indirizzi generali per l'insediamento delle attività commerciali (art. 6 comma1), nonché la fissazione dei criteri di programmazione urbanistica riferiti al settore commerciale (comma 2) al fine di consentire tra l'altro l'individuazione, a mezzo

³⁶ Cass. Civ., Sez. II, 6 ottobre 2006 n. 21631 in *Foro amm. CDS*, 2007,1, 65, secondo cui: "dopo l'entrata in vigore del D.lgs. 18 agosto 2000 n. 267 (TU delle leggi sull'ordinamento degli enti locali), la competenza ad irrogare sanzioni amministrative deve ritenersi appartenere ai dirigenti degli enti locali in virtù dell'art. 107 del D.lg citato, la cui disciplina ha carattere innovativo anche rispetto al riparto di attribuzioni in precedenza regolato dal d.lg 31 marzo 1998 n. 114 (con attribuzione al sindaco, ai sensi dell'art. 22 dell'ora menzionato testo normativo, dell'emanazione dei provvedimenti di irrogazione di sanzioni), e dispone al comma 1, che i poteri di indirizzo e di controllo politico amministrativo spettano agli organi di governo dell'ente (nella specie al sindaco del comune), e, al comma 2, che sono attribuiti ai dirigenti "tutti i compiti, compresa l'adozione degli atti e provvedimenti amministrativi che impegnano l'amministrazione verso l'esterno" non ricompresi espressamente dalla legge o dallo statuto tra le funzioni degli organi di governo o non rientranti tra quelle del segretario o del direttore generale.

³⁷ Cons. St., Sez. V, 12 marzo 2009 n. 1444 in *Foro Amm. CDS*, 2009, 3, 734.

della pianificazione urbanistica, delle aree destinate all'insediamento delle grandi e medie strutture di vendita.

I comuni adeguano gli strumenti urbanistici agli indirizzi regionali; individuano le aree da destinare a insediamenti commerciali e in particolare, quelle nelle quali è consentito l'insediamento delle medie strutture di vendita al dettaglio.

Dunque, compete, all'ente comunale individuare specificamente le aree ritenute per dimensione, ubicazione, numero di abitanti idonee all'installazione di medie strutture di vendita, nonché determinare i criteri per il rilascio delle autorizzazioni commerciali nel rigoroso rispetto degli indirizzi regionali.

Il regolamento comunale in materia commerciale può prevedere limiti, sia nella programmazione commerciale, sia nella pianificazione urbanistica all'insediamento delle strutture commerciale di media dimensione, ma non può discostarsi dalle previsioni contenute nella normativa regionale e statale³⁸.

Qualora il regolamento comunale non contenga criteri per il rilascio delle autorizzazioni oppure in assenza di norme regolamentari ad hoc, non dovrebbero operare limitazioni all'apertura di nuove medie strutture di vendita, in considerazione, sia della più volte proclamata libertà dell'iniziativa economica privata³⁹, sia del venir meno dei limiti e delle prescrizioni allo svolgimento dell'attività commerciale alla luce della normativa dettata dalla L. 248/2006.

La media struttura di vendita si caratterizza per una superficie di vendita compresa tra 151 e 1.500 mq nei comuni con popolazione residente inferiore ai 10.000 abitanti e 251 e 2.500 mq nei comuni con popolazione residente superiore ai 10.000 abitanti.

Il legislatore assoggetta ad autorizzazione, sia pure nella forma semplificata del silenzio - assenso, l'apertura, il trasferimento di sede e l'ampliamento di una media struttura di vendita (art. 8 comma 1 D. Lgs. 114/1998).

³⁸Cfr. TAR VENETO - Venezia, Sez. III, 10 giugno 2009 n. 1707 in *Foro Amm. TAR*, 2009, 6,1716.

³⁹ TAR LOMBARDIA, Sez. III, 31 marzo 2000 n. 1032 in *Disciplina del commercio*, 2000, 1114, che così statuisce: "in mancanza dell'adozione dei criteri comunali per il rilascio delle autorizzazioni all'apertura di nuove medie strutture di vendita trova piena espansione il principio di libertà di iniziativa economica privata".

In giurisprudenza è sorta una *querelle* in ordine all'operare del silenzio assenso previsto dalla norma.

Secondo una parte della giurisprudenza (orientamento minoritario)⁴⁰, l'art. 8, comma 4 del D. Lgs. 114/1998 avrebbe portata precettiva e dunque immediatamente operativa: il comune potrebbe, per la formazione del silenzio assenso, stabilire un termine inferiore a quello previsto dalla legge (90giorni). Qualora a ciò non provveda, si formerebbe il silenzio - assenso decorso il termine dei novanta giorni. Ciò sarebbe coerente con i principi di celerità, efficienza e di trasparenza dell'azione amministrativa, espressamente sanciti dalla L. 241/1990, la quale ha previsto che le domande di autorizzazione all'apertura, il trasferimento di sede e l'ampliamento delle medie strutture di vendita devono ritenersi accolte qualora non venga comunicato il provvedimento espresso di diniego entro il termine stabilito dal comune e comunque non superiore ai novanta giorni.

Secondo altro orientamento maggioritario⁴¹, l'art. 8, comma 4 avrebbe invece natura programmatica, con la conseguenza che, in assenza di adozione di norme procedurali da parte del comune e di carenza di pianificazione regionale e comunale, l'istituto del silenzio - assenso non potrebbe operare.

La giurisprudenza recentemente ha accolto il primo orientamento⁴²: il Consiglio di Stato, in una fattispecie relativa alla impugnazione di un diniego di apertura di una media struttura di vendita in un comune nel quale lo strumento

⁴⁰ TAR ABRUZZO - L'Aquila, 8 febbraio 2003 n. 27 in *Foro amm. TAR*, 2003, 644, secondo cui, "in base all'art. 8 comma 4 d.lgs 31 marzo 1998 n. 114 - disposizione avente carattere immediatamente precettivo e coerente con i principi di celerità, efficienza e trasparenza dell'azione amministrativa, espressamente sanciti dalla L. 7 agosto 1990 n. 241 - le domande di autorizzazione per l'apertura, il trasferimento di sede e l'ampliamento delle medie strutture di vendita devono ritenersi accolte qualora non venga comunicato il provvedimento di diniego entro il termine stabilito dal comune comunque non superiore ai novanta giorni dalla data del ricevimento: ciò comporta che il comune può stabilire per la formazione del cd. silenzio assenso un termine inferiore a quello previsto dalla legge, ma qualora ciò non faccia ovvero ometta una qualsiasi determinazione, la norma non è inoperante e non consente al comune di sottrarsi alla sua imperatività - ma il silenzio- assenso si forma regolarmente decorso il termine indicato dalla legge".

⁴¹ TAR LAZIO, Sez. II, 3 novembre 2003 n. 9397 in *Disciplina del commercio*, 2004, 85, secondo cui, "in tema di autorizzazione amministrativa all'esercizio del commercio in medie strutture di vendita, l'art. 8 comma 4 d.lgs 31 marzo 1998 n. 114 prevede che, per la configurabilità del silenzio assenso il comune debba emanare apposite norme procedurali nell'ambito delle quali inserire, quindi, anche tale istituto; pertanto, attesa la natura programmatica della norma, in assenza di tali regole procedurali, non è configurabile il silenzio assenso". Conformemente a tale indirizzo, anche TAR Lazio - Roma, Sez. II, 5 settembre 2003 n. 7446 e TAR Lombardia, Sez. III, 14 maggio 2003 n. 1781.

⁴² Cons. St., Sez. V, sentenza 29 marzo 2010 n. 1785 in *Urbanistica ed appalti*, 10/2010 con commento di M. ANDREIS, 1151 e ss

urbanistico non si era adeguato ai criteri regionali per il rilascio dell'autorizzazione, ha ritenuto formatosi il silenzio - assenso decorsi i 90 giorni dalla presentazione della domanda da parte del privato.

L'art. 8 del D.Lgs 114/1998, ad avviso del Supremo Consesso di Giustizia amministrativa, ha demandato ai comuni la facoltà di stabilire, ai fini dell'assenso all'apertura delle medie strutture di vendita un termine comunque non superiore ai novanta giorni per la maturazione del silenzio assenso. Laddove non ci sia stata adozione di una specifica disciplina comunale, trova applicazione la normativa speciale e si formerebbe pertanto il silenzio assenso al decorso dei novanta giorni. Oltretutto, osserva il Consiglio di Stato, a fronte di una generalizzazione del silenzio - assenso sarebbe anacronistica e inadeguata rispetto alle esigenze di una moderna economia, un'impostazione volta a ritenere meramente programmatica la norma dell'art. 8 del D. Lgs 114/1998 che va considerata antesignana rispetto alle riforme di liberalizzazione dell'anno 2005 e, quindi, da interpretare in modo coerente rispetto al sistema giuridico complessivamente considerato.

L'autorizzazione comunale è infine subordinata, oltre al rispetto delle condizioni di cui all'art. 8, 2° comma⁴³ anche alla preventiva acquisizione del parere reso dalle organizzazioni di tutela dei consumatori e dalle organizzazioni imprenditoriali del commercio.

Tale parere, pur obbligatorio, non è vincolante; tuttavia, l'omessa acquisizione del parere renderebbe illegittima l'autorizzazione rilasciata.

Anche il trasferimento di sede è sottoposto ad autorizzazione del comune. Al regolamento comunale compete determinare i criteri relativi al rilascio della relativa autorizzazione, nel rispetto delle disposizioni regionali e degli obiettivi indicati dall'art. 6 D. Lgs. 114/1998.

L'art. 10, 2° comma del D.Lgs. 114/1998 prevede come criterio preferenziale⁴⁴ per l'apertura di una media struttura di vendita, la domanda volta a concentrare

⁴⁴ Altro criterio che deroga al criterio cronologico nella valutazione delle domande per l'apertura di una media struttura di vendita è previsto dall'art. 10, 2° comma del D. Lgs. 114/1998 è per gli esercizi non appartenenti al settore alimentare ove la norma privilegia le domande presentate da chi abbia frequentato appositi corsi regionali di formazione professionale per il commercio, conseguendo la relativa attestazione.

preesistenti medie o grandi strutture di vendita e che miri a conservare i livelli occupazionali in esercizi da accorpate.

La norma tende a dar vita a esercizi commerciali di dimensioni ancora maggiori con rilevante impatto urbanistico quanto al fabbisogno di standard e servizi a rete (viabilità, parcheggi, etc) e nello stesso tempo avvenuta la concentrazione di esercizi preesistenti consentirà una nuova valutazione degli assetti urbanistici in quelle aree.

Con riguardo, infine, alla individuazione delle aree del territorio comunale da destinare a insediamenti commerciali, nelle zone omogenee di tipo A e B del D.M. 2 aprile 1968 dotate di sufficienti livelli di urbanizzazione sono consentite insediamenti per le medie strutture di vendita, nonché per esercizi di vicinato.

Nelle zone omogenee di tipo C e D e in quelle zone nelle quali sono previste interventi di ristrutturazione per la riqualificazione di parti del territorio attraverso modificazione dei lotti, degli isolati e della rete stradale sono consentiti insediamenti commerciali sia per le medie, sia per le grandi strutture di vendita.

c) La disciplina delle **grandi strutture** di vendita si caratterizza per il ruolo decisivo della regione, chiamata in sede di conferenza dei servizi ad esprimere il proprio parere favorevole. Infatti, il rilascio dell'autorizzazione è subordinato, ai sensi dell'art. 9, 3° comma D.Lgs 114/1998, al parere del rappresentante della regione.

Il legislatore attribuisce in capo alla regione un vero e proprio potere di *veto*: l'emanazione di un parere negativo è idoneo ad impedire l'apertura della struttura commerciale a discapito degli interessi locali.

Il procedimento per il rilascio dell'autorizzazione ha inizio con la presentazione della domanda presso l'ufficio comunale competente, e in caso di esito positivo con l'indizione di una conferenza di servizi. Alla conferenza partecipano : un rappresentante della regione, della provincia, del comune. A titolo consultivo i rappresentanti dei comuni contermini, le organizzazioni dei consumatori e delle imprese del commercio più rappresentative.

Il termine di conclusione dei lavori della conferenza dei servizi non deve essere superiore ai centoventi giorni e le domande s'intendono accolte se non viene comunicato il provvedimento di diniego entro tale termine.

Nella programmazione per l'insediamento delle attività commerciali, alla regione compete altresì indicare, gli obiettivi di presenza e di sviluppo delle grandi strutture di vendita, assicurando il rispetto del principio di libera concorrenza e favorendo l'equilibrato sviluppo delle diverse tipologie distributive (art. 6, 1° comma lett. b D. Lgs. 114/1998) e le aree da destinare agli insediamenti commerciali.

La grande struttura di vendita necessita di una specifica destinazione urbanistica prevista dallo strumento comunale, dal momento che la qualificazione dell'area investe l'assetto dell'intero assetto del territorio e non il singolo edificio. Così ad esempio, la giurisprudenza ha ritenuto che la mera destinazione a zona "D" non sia sufficiente per consentire l'esercizio dell'attività commerciale sulla base del rilascio della concessione edilizia, essendo necessaria l'adozione di una variante per verificare la compatibilità con la zona D.⁴⁵

Altra questione è quella relativa alla possibilità di ricorrere alla variante semplificata ex art. 5 D.P.R. n. 447/1998 al fine di conseguire l'approvazione di un progetto relativo all'insediamento di una grande struttura di vendita.

La giurisprudenza lo esclude⁴⁶: infatti il progetto relativo alla realizzazione di un insediamento commerciale esula dalle competenze del singolo comune. La procedura semplificata di cui al D.P.R. n. 447/1998 riguarda solo le previsioni urbanistiche dei singoli comuni nell'ambito dei territori medesimi e non può riguardare la gestione di interessi per definizione sovra comunali.

La stretta interdipendenza tra pianificazione urbanistica e pianificazione commerciale trova concreta espressione proprio nel procedimento di rilascio di una grande struttura di vendita⁴⁷. Infatti, l'autorizzazione commerciale per l'apertura di una grande struttura di vendita, intanto potrà essere assentita in

⁴⁵ Cfr. TAR Veneto - Venezia, Sez. III, 24 luglio 2002 n. 3674 in *Foro amm. TAR*, 2002, 2392.

⁴⁶ Cfr. Cons. St., Sez. IV, 12 settembre 2007 n. 4821 in *Riv. Giur. edilizia*, 2008, 1, 359.

⁴⁷ Cfr., TAR Lombardia - Milano, Sez. II, 5 giugno 2007 n. 4751 in *Foro amm. TAR*, 2007, 6, 1888; TAR Lombardia - Milano, Sez. II, 25 luglio 2008 n. 2994 in *giustizia - amministrativa .it*; Cons. St., Sez. V, 8 luglio 2008 n. 3398 in *Foro amm. CDS*, 7-8, 2007.

quanto vi sia una concessione edilizia che abbia rispettato i criteri stabiliti dalla conferenza dei servizi. Il legislatore ha voluto infatti per gli insediamenti di grande respiro che implicano l'uso del territorio con inevitabili conseguenze sull'impatto territoriale assicurare il coordinamento tra aspetto urbanistico e commerciale, e ciò è svolto proprio dalla conferenza dei servizi nella fase della pianificazione e della programmazione. Tale contestualità è peraltro una tendenza recepita da molte legislazioni regionali⁴⁸, le quali subordinano l'autorizzazione commerciale alla conformità urbanistica.

Sia per le medie, sia per le grandi strutture di vendita permane il regime di programmazione, anche dopo l'introduzione della SCIA per l'esercizio delle attività commerciali.

e) Il **centro commerciale** rappresenta una peculiare modalità di esercizio dell'attività commerciale. Esso è caratterizzato da strutture di vendita di media o di grande dimensione e dalla presenza contestuale di una pluralità di esercizi commerciali; infine dalla condivisione di infrastrutture, spazi e servizi comuni gestiti unitariamente⁴⁹.

Si è in presenza, quindi, di una struttura connotata dalla unitarietà per la specifica destinazione di tutto e di ciascuno dei suoi elementi strutturali e funzionali.

La definizione legislativa non richiede affatto la integrale utilizzazione di un immobile a centro commerciale, ben potendo questo convivere con altre destinazioni, purchè l'immobile o parte di esso in cui il centro è ubicato presenti le caratteristiche stabilite.

L'autorizzazione, il trasferimento di sede e l'ampliamento di un centro commerciale è soggetto ad autorizzazione del comune competente per territorio.

⁴⁸ La legge regionale 23.7.1999 n. 14 della Lombardia sul commercio prevede all'art. 4 la correlazione tra procedimento urbanistico edilizio per la realizzazione delle medie strutture di vendita e procedimento di rilascio dell'autorizzazione commerciale. Le norme regionali pongono in risalto l'esigenza di integrare la pianificazione territoriale e la programmazione commerciale, al fine di garantire un equilibrato ed armonico assetto del territorio e delle diverse tipologie di vendita al dettaglio. Cfr., TAR Lombardia - Milano, Sez. III, 14 maggio 2003 n. 1781 in *Foro amm. TAR*, 2003, 1493.

⁴⁹ Cfr. Cons. St., Sez. V, 28 giugno 2004 n. 4790 in *Foro amm. CDS*, 1773.

Il previo ottenimento dell'autorizzazione generale per il centro commerciale costituisce il presupposto per il rilascio dei provvedimenti che abilitano all'apertura dei singoli esercizi, di vicinato o di medie strutture di vendita allocati nel suo interno⁵⁰. La comunicazione di inizio attività sarà sufficiente per quelle attività qualificabili come esercizi di vicinato, mentre sarà necessaria l'autorizzazione commerciale per le medie strutture presenti all'interno del centro commerciale.

7. Autorizzazione commerciali e tutela del terzo.

L'atto di assenso allo svolgimento di un'attività commerciale è idoneo di per sé ad arrecare un potenziale pregiudizio economico agli operatori economici presenti nel territorio interessato dalla realizzazione del nuovo insediamento commerciale⁵¹.

Per queste ragioni, la giurisprudenza⁵² riconosce in capo ai titolari di imprese commerciali posizioni giuridiche meritevoli di tutela riguardo ad atti suscettibili di restringere i loro margini di profitto con la connessa legittimazione ad impugnare l'autorizzazione rilasciati a terzi.

è In via di principio la legittimazione ad agire è astrattamente riconosciuta rispetto a provvedimenti di carattere generale, cioè prodromici al rilascio delle singole autorizzazioni ma idonei ad individuare a monte le zone del territorio comunale reputate urbanisticamente vocate per l'insediamento di una grande o di una media strutture di vendita, determinando ad esempio il numero, la tipologia, l'ubicazione ai fini dell'insediamento delle stesse⁵³.

La tematica relativa alla tutela del terzo leso dal rilascio di un'autorizzazione commerciale è stata affrontata dalla giurisprudenza nella materia edilizia.

Le soluzioni elaborate dalla giurisprudenza per tale materia possono, a buona ragione, essere estese anche a quella del commercio.

⁵⁰ Cfr. Cons. St., Sez. V, 15 febbraio 2007 n. 638 in *Foro amm. CDS*, 2007,2, 537.

⁵¹ Sulla legittimazione ad impugnare gli atti di autorizzazioni all'apertura di esercizi commerciali da parte di terzi, si rinvia a O.M. CAPUTO, "Urbanistica commerciale, legittimazione attiva all'impugnazione", nota di commento a Cons. St., Sez. V, 20 febbraio 2009 n. 1032 in *Urbanistica e appalti*, 6/2009, 727-733.

⁵² Cfr. Cons. St., Sez. IV, 27 maggio 2002 n. 2921 in *Foro amm. CDS*, 2002, 1197.

⁵³ Cfr. TAR PUGLIA, Lecce, Sez. I, 6 nov. 2008 n. 3172 in *Foro amm. TAR*, 2008, 11, 3131.

Come è noto, l'art. 31, comma 9 L. n. 1150 del 17 agosto 1942 prevede che: *"chiunque può ricorrere contro il rilascio della licenza edilizia in quanto in contrasto con le disposizioni di leggi o dei regolamenti o con le prescrizioni di piano regolatore generale ed ei piani particolareggiati"*.

La giurisprudenza, facendo ricorso al criterio della *vicinitas*, lungi dal riconoscere un' indiscriminata azione popolare "a chiunque" e diretta a tutelare l'interesse generale ad un corretto ed ordinato utilizzo del territorio, ha riconosciuto la legittimazione ad agire esclusivamente in capo ai proprietari frontisti interessati dalla costruzione. In altri termini, ciò che concretamente rilevava, per l'esercizio dell'azione era lo stabile collegamento (cd. *vicinitas*) con la zona interessata dalla costruzione, senza che fosse necessario dimostrare l'esistenza di un interesse qualificato alla tutela giurisdizionale⁵⁴.

Analoghe considerazioni sono state applicate anche per le autorizzazioni commerciali. La giurisprudenza ha riconosciuto, in un primo momento, la legittimazione a ricorrere ai soli esercenti la medesima attività nello stesso territorio o addirittura nella stessa zona interessata dall'insediamento commerciale. La *vicinitas*, intesa in ambito commerciale come il necessario collegamento tra il titolare della struttura di vendita leso dal nuovo insediamento commerciale e la zona interessata dall'intervento in oggetto, è stata successivamente interpretata avendo come riferimento territoriale un'area molto vasta anche di decine di chilometri e in alcune pronunce si fa riferimento allo *"stesso bacino d'utenza della concorrente"*.

Con riguardo in particolare alle grandi strutture di vendita, il concetto di *vicinitas* si è identificato nella nozione di *stesso bacino d'utenza della concorrente*, tale potendo essere ritenuto anche un raggio di azione di decine di chilometri⁵⁵.

Si pensi, ad esempio, all'apertura di un centro commerciale; è innegabile che esso sia in grado di esercitare una innegabile forza attrattiva sul territorio delle

⁵⁴ Cons. St., Sez. V, 13 luglio 2000 n. 3904 in *Foro amm.*, 2000, 2654, secondo cui "l'art. 31 comma 9 L. 17 agosto 1942 n. 1150 (cd. Legge urbanistica), come novellato dall'art. 10 L. 6 agosto 1967 n. 765 e che consente "a chiunque" d'impugnare le concessioni edilizie ritenute illegittime, va inteso nel senso che, con l'ovvia esclusione di ogni azione popolare al riguardo, è legittimato all'azione il proprietario di un immobile sito nella zona interessata dalla costruzione o chi si trovi in una situazione di stabile collegamento con tale zona, senz'uopo d'ulteriore dimostrazione della sussistenza di altra posizione legittimante alla tutela giurisdizionale".

⁵⁵ Cfr. Cons. St., Sez. IV, sentenza 12 settembre 2007 n. 4821 in *Foro amm.*, CDS, 2007, 9, 2446.

popolazione comunale, con la conseguenza che la legittimazione ad impugnare andrebbe riconosciuta a coloro che, in quanto titolari di autorizzazioni commerciali nell'ambito dello stesso comune, indipendentemente dalla dimensione dell'esercizio o dalla sua ubicazione, risentirebbero comunque della presenza di una nuova struttura di vendita.

Tali circostanze vanno in ogni caso valutate alla luce di una serie di elementi, quali la natura e le dimensioni dell'insediamento commerciale, la sua destinazione, le sue implicazioni urbanistiche, e infine, tenendo conto delle conseguenze prodotte da nuovo insediamento sulla qualità della vita di coloro che, per attività lavorativa, residenza sono comunque in contatto con la zona in cui dovrà sorgere la nuova struttura commerciale.⁵⁶

L'elemento della *vicinitas* è ritenuto dalla giurisprudenza amministrativa sufficiente a conferire la legittimazione al ricorso, tenuto conto che quest'ultimo costituisce lo strumento di difesa della tipologia di zona e, dunque, di tutela delle attività imprenditoriali di fronte ad opere in grado di turbare l'ordinato sviluppo del territorio.⁵⁷

Accanto all'elemento della *vicinitas*, il giudice deve valutare anche l'*attualità* e la *concretezza* della lesione arrecata dal rilascio dell'autorizzazione commerciale o dal permesso a costruire, nel senso che dalla loro esecuzione deve discendere in via immediata un danno certo alla sfera giuridica del ricorrente o anche potenziale, nel senso che il danno potrebbe verificarsi anche per il futuro⁵⁸. Tale non potrebbe essere, ad esempio, la realizzazione di un insediamento commerciale a notevoli chilometri da quello del ricorrente.

Altro aspetto riguarda quello relativo alla legittimazione in capo alle associazioni di categoria. In via di principio la legittimazione è astrattamente riconosciuta nella misura in cui l'interesse perseguito dall'associazione abbia

⁵⁶ Cons. St., Sez. IV, 22 dicembre 2007 n. 6613 in *Foro amm. CDS*, 12, 3413, "nelle controversie aventi ad oggetto l'autorizzazione alla realizzazione di grandi strutture commerciali, il concetto di vicinitas, che legittima alla proposizione del ricorso dei titolari di altre strutture di vendita, si identifica nello "stesso bacino d'utenza della concorrente", che va verificato sulla base di una verifica che tenga conto di tutti gli elementi che caratterizzano la vicenda contenziosa, e cioè, la natura e le dimensioni dell'opera realizzata, la sua destinazione, le implicazioni urbanistiche in termini di luci, vedute, distanze e viabilità e sotto il profilo della qualità della vita per coloro che non solo per residenza, ma anche per attività lavorativa sono in durevole rapporto con la zona in cui è destinata a sorgere la nuova opera".

⁵⁷ Cfr., Cons. St., Sez. IV, 12 settembre 2007 n. 4821 in *Foro amm. CDS*, 2007,9, 2446.

⁵⁸ Cfr. Cons. St., Sez. IV, 22 giugno 2006 n. 3947 in *Foro amm. CDS*, 6, 1788.

carattere “collettivo”, sia cioè riferito all’intera categoria considerata in modo complessivo e unitario. Ciò premesso, tale condizione non ricorrerebbe qualora, ad esempio, risulti pregiudicato l’interesse solo di alcuni esercenti il commercio, (ad esempio dalla realizzazione di un centro commerciale concorrenziale) e non di altri della categoria, i quali, di contro, potrebbero trarne un qualche vantaggio. In queste ipotesi, l’associazione si troverebbe in una situazione di conflitto d’interessi, con la conseguenza che non potrebbe essere legittimata ad agire.

Le stesse considerazioni fatte sono estensibili anche per gli esercizi di vicinato, con la differenza che l’apertura avviene con un atto a formazione tacita (dichiarazione di inizio attività, ora SCIA ex art. 19 L.241/90). Senza esaminare le vicende relative alla sua natura giuridica della dichiarazione di inizio attività, alla luce dei recenti orientamenti giurisprudenziali, il terzo pregiudicato dal rilascio della dia potrebbe agire con un’azione di mero accertamento, la quale, non essendo diretta alla tutela di un diritto soggettivo, ma di interesse legittimo, sarà sottoposta all’ordinario termine di decadenza⁵⁹.

Connesso a tale tematica è quello relativo alla possibilità o meno per un operatore commerciale di accedere agli atti relativi all’apertura di un esercizio commerciale nelle vicinanze⁶⁰.

Al quesito la giurisprudenza ha dato risposta positiva: l’impresa operante nel settore commerciale è senz’altro titolare di un interesse conoscitivo qualificato in ordine ad autorizzazioni rilasciate ad altre imprese di settore nell’ambito locale con la conseguenza di poter accedere ai relativi atti autorizzatori a fronte di possibili lesioni ancorchè non attuali della sua posizione, qualificata di contro interesse all’illegittimo allargamento della concorrenza.

⁵⁹ Cfr. Cons. St., Sez. VI, 9 febbraio 2009 n. 717 in *Guida al diritto*, 2009, 13, 96 con nota di Forlenza.

⁶⁰ Si veda a tal proposito TAR Lazio Roma, Sez. II, 26 novembre 2009 n. 11753 in *Redazione Giuffrè*, 2009. TAR Lombardia - Brescia, sentenza 13 gennaio 2003 n. 24 in *Foro amm. TAR*, 2003, 19.

8. Autorizzazione commerciale e condono edilizio.

Una delle questioni più dibattute in dottrina e giurisprudenza attiene alla legittimità o meno del rilascio di un'autorizzazione commerciale su immobili per i quali penda una domanda di condono edilizio non ancora esitata dall'Amministrazione⁶¹.

Come è noto, l'esercizio dell'attività commerciale è subordinata al possesso dei requisiti oggettivi, come il rispetto dei regolamenti locali e delle leggi in materia edilizia, urbanistica ed igienico - sanitaria, nonché delle norme relative alla destinazione d'uso dell'immobile (art. 7, 2° comma del D. Lgs 114/1998; art. 65 D. Lgs. 59/2010).

Tali prescrizioni sono comuni anche agli esercizi pubblici adibiti ad attività di somministrazione di alimenti e bevande: infatti, l'art. 3, comma 7 L. n. 287/1991 prescrive il rispetto delle *“vigenti norme, prescrizioni e autorizzazioni in materia edilizia, urbanistica e igienico - sanitaria, nonché di quelle sulla destinazione d'uso dei locali e degli edifici, previsione questa ribadita di recente anche dall'art. 64, 6° comma del D.lgs. n. 59/2010 a tenore del quale, “l'avvio e l'esercizio dell'attività di somministrazione di alimenti e bevande è soggetto al rispetto delle norme urbanistiche, edilizie, igienico - sanitarie e di sicurezza nei luoghi di lavoro”.*

Alla luce delle disposizioni citate, l'autorizzazione commerciale potrà essere rilasciata solo se l'immobile sia conforme alle prescrizioni in materia edilizia, urbanistica ed igienico- sanitaria.

In altri termini, appare evidente che l'esistenza di un valido titolo edilizio sull'immobile costituisca presupposto indefettibile per il rilascio dell'autorizzazione commerciale. L'Amministrazione dovrà poi verificare anche la conformità della destinazione d'uso dell'immobile da adibire a attività commerciale.

La giurisprudenza sul punto è univoca: *“Alla stregua della normativa vigente, l'indagine sulla conformità dell'immobile alla disciplina urbanistico - edilizia rappresenta un momento istruttorio necessario ai fini del rilascio dell'autorizzazione commerciale, in quanto diretto ad accertare l'esistenza di un presupposto previsto dalla*

⁶¹Per un approfondimento sull'argomento, si rimanda al contributo di A. BARBIERI, *Autorizzazione commerciale e condono edilizio* in Lexitalia, n. 7-8/2010.

legge, già sotto il vigore della l. n. 426 del 1971⁶².” Ed ancora: “in sede di rilascio dell’autorizzazione per l’apertura di un esercizio di somministrazione al pubblico di alimenti e bevande, l’autorità deve verificare la presenza di tutti i parametri indicati dalla legge ed in particolare la conformità della destinazione d’uso dell’immobile da adibire all’attività commerciale ed il rispetto delle norme, prescrizioni ed autorizzazioni in materia edilizia ed urbanistica⁶³”.

Con la riforma del commercio, il legislatore ha previsto una correlazione tra i procedimenti di rilascio della concessione edilizia inerenti l’immobile e i procedimenti relativi all’autorizzazione per l’apertura di un esercizio commerciale anche attraverso la contestualità (art. 6, 2° comma lett. d).

Tale correlazione tra programmazione commerciale e pianificazione urbanistica ha costituito una delle principali novità della riforma del ’98, che ha sostituito al principio dell’autonomia degli interessi pubblici perseguiti tra commercio e urbanistica, (sul presupposto che l’interesse pubblico in materia di commercio fosse di natura diversa da quello edilizio, trattandosi di criteri valutativi diversi), quello del coordinamento imposto dai principi di economicità e buon andamento dell’azione amministrativa.

Il Consiglio di Stato⁶⁴ osserva infatti: *“sebbene in passato sia stato ritenuto illegittimo il diniego di licenza commerciale per sole ragioni urbanistico – edilizio, perché l’interesse pubblico in materia di commercio è di natura diversa da quello edilizio ed implica valutazioni differenti o, comunque, tali da non esser applicabili al di fuori dello specifico contesto giuridico in cui sono effettuate – tale orientamento muove dalle considerazioni per cui ogni singolo potere è attribuito alla P.A. per la cura d’uno specifico interesse pubblico e per cui l’esercizio di ciascun singolo potere, pur appartenenti ad un’unica PA resta circoscritto al relativo settore e dà luogo a procedimenti amministrativi destinati ad operare singolarmente e senza possibilità di coordinamento – tale orientamento risulta ormai superato dai principi di semplicità, economicità ed efficacia dell’azione amministrativa stabiliti dalla L. 7 agosto 1990 n. 241, che disegna un modello di procedimento in cui sono concentrati l’esame, il coordinamento e la gestione di una pluralità d’interessi pubblici di per sé distinti, ma*

⁶² Cons. St., Sez. V, 17 ottobre 2002 n. 5656 in *Foro amm.* CDS, 2002, 2452.

⁶³ TAR Lombardia, Milano, Sez. III, 20 febbraio 2008 n. 358 in *Foro amm.* TAR, 2008, 2, 392.

⁶⁴ Cons. St., Sez. V, 28 giugno 2000 n. 3639 in *Foro amm.*, 2000, 2189.

collegati, secondo il canone costituzionalmente rilevante della ragionevolezza verso uno scopo unitario. Pertanto – poiché 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 legittimo il diniego di licenza per un locale privo della relativa destinazione d'uso".

Fatta questa doverosa premessa occorre esaminare la specifica questione.

Orbene, la mera presentazione di un'istanza di condono non costituirebbe di per sé un valido titolo autorizzatorio, dal momento che, da un lato, ad essa non potrebbe essere attribuita alcun effetto sanante, da un altro lato, l'immobile resta abusivo fino all'adozione di un formale provvedimento di sanatoria⁶⁵.

La preclusione al rilascio dell'autorizzazione commerciale, in pendenza della domanda di condono, rileva anche sotto altro profilo. L'art. 24 del D.P.R. 380/2001 richiede il rilascio, da parte dei competenti uffici comunali, del certificato di agibilità, il quale attesta la sussistenza delle condizioni di sicurezza, salubrità ed igienico – sanitarie dell'immobile. Quest'ultimo, tuttavia, potrà essere rilasciato solo se l'immobile sia conforme alle prescrizioni urbanistico – edilizie, con la conseguenza che, come osserva la giurisprudenza, *"il certificato di agibilità non può essere rilasciato per fabbricati abusivi e non condonati, essendo presupposto indefettibile per detto rilascio la conformità dei manufatti alle norme urbanistico – edilizie vigenti"*⁶⁶.

Né l'Amministrazione potrebbe rilasciare alcuna certificazione provvisoria di agibilità peraltro non prevista dall'ordinamento e che comunque presupporrebbe la conformità dei locali alla disciplina urbanistico – edilizia.

In conclusione, l'Amministrazione non potrebbe, in pendenza della domanda di condono, rilasciare alcuna autorizzazione commerciale, sia per l'eventuale contrasto del manufatto realizzato con le prescrizioni urbanistiche, sia per l'assenza della certificazione di agibilità sull'immobile, con la conseguenza che l'eventuale rilascio del titolo sarà illegittimo.

⁶⁵ Cfr. TAR CAMPANIA, Napoli, Sez. III, 30 maggio 2005 n. 7324 in www.giustizia-amministrativa.it.

⁶⁶ Cons. St., Sez. V, 30 aprile 2009 n. 2760 in *Foro amm.CDS*, 2009, 4, 10001; ex multis, Cons. St., Sez. V, 12 dicembre 2008 n. 6174 in *Riv. Giur. edilizia*, 2009, 2, 599.

9. L'autorizzazione sanitaria per gli esercizi commerciali.

L'apertura di un esercizio commerciale è subordinata ad un controllo di tipo pubblicistico circa il rispetto delle condizioni igienico - sanitarie⁶⁷.

Tale controllo assume una portata diversa a seconda della tipologia di commercio che s'intende svolgere: nel caso di commercio di prodotti non alimentari, non è prevista alcuna specifica autorizzazione sanitaria preventiva, essendo sufficiente il nullaosta rilasciato dalle Aziende sanitarie locali, in qualità di organi competenti sul territorio; al contrario, per il commercio di prodotti alimentari sarà necessaria una specifica autorizzazione sanitaria.

Più in particolare, per gli esercizi commerciali addetti alla vendita di prodotti non alimentari, il nulla osta si atteggia come atto endoprocedimentale⁶⁸ che influisce sulla determinazione finale (autorizzazione commerciale) alla stregua di un presupposto necessario. Tuttavia, il rilascio dell'autorizzazione commerciale è subordinato ad altri presupposti, come quelli previsti dall'art. 5 del D.Lgs. 114/1998, e art. 71 del D. Lgs. 59/2010 concernenti i requisiti morali, nonché il rispetto delle prescrizioni in materia edilizia .

Il nulla osta rilasciato dalla competente autorità sanitaria si risolve nel cd. certificato di agibilità, che attesta la idoneità del locale sotto il profilo igienico-sanitario all'esercizio dell'attività commerciale.

Per gli esercizi adibiti alla vendita di prodotti alimentari, ivi compresi gli esercizi di somministrazione di alimenti e bevande (bar, pub, ristoranti) è necessaria l'autorizzazione sanitaria che trova disciplina in varie normative: nell'art. 2 L. 30 aprile 1962 n. 283 e in quelle successive come il D.P.R. 26 marzo 1980 n. 327 (regolamento di esecuzione della L. 283/1962) e infine il D.lgs 193/2007.

L'art. 2 della L. n. 283/1962 prescrive che: *“l'esercizio di stabilimenti, laboratori di produzione, preparazione e confezionamento, nonché di depositi all'ingrosso di sostanze alimentari è subordinato ad autorizzazione sanitaria . Il rilascio di tale autorizzazione è*

⁶⁷ Per un approfondimento sul tema, si rimanda a E. MELE, *L'autorizzazione sanitaria per gli esercizi commerciali* in Foro amm.2001, 783 e ss.

⁶⁸ Cfr. TAR LAZIO- Roma, Sez. II, 19 giugno 1998 n. 1072 in *Ragiusan*, 1999, 183- 184.

condizionato dall'accertamento dei requisiti igienico- sanitari, sia di impianto, che funzionali, previsti dalle leggi e dai regolamenti ”.

L'ampia dizione della norma, secondo l'interpretazione data dalla giurisprudenza⁶⁹, è idonea a ricomprendere tutti i luoghi nei quali la sostanza alimentare viene prodotta, manipolata, lavorata, confezionata o sottoposta a qualsiasi trattamento e diretta non ad uso familiare, ma ad un mercato esterno. Sono dunque inclusi: i laboratori artigiani (pasticcerie, rosticcerie, caseifici), gli esercizi di ristorazione anche con consumo al banco (bar, caffetterie) e i magazzini ove si trovi un deposito per il successivo smercio di vendita al dettaglio. La giurisprudenza col tempo ha esteso l'obbligo dell'autorizzazione sanitaria anche per la gestione di una cucina di una casa di cura o di una mensa scolastica⁷⁰, dilatando la nozione di stabilimento.

L'obbligo dell'autorizzazione sanitaria è diretto ad assicurare un livello minimo di idoneità e di igiene degli alimenti e dei locali ai fini della salvaguardia della salute collettiva, interesse costituzionalmente rilevante.

La mancanza dell'autorizzazione sanitaria rende legittimo il provvedimento sindacale con il quale viene disposta la chiusura dei locali⁷¹.

La competenza al rilascio del provvedimento è delle ASL, enti strumentali della regione, mentre il comune è l'ente titolare del potere autorizzatorio all'esercizio dell'attività commerciale.

Si discute se l'autorizzazione sanitaria possa essere rilasciata qualora l'immobile ove l'attività commerciale dovrà essere esercitata non sia conforme alla disciplina urbanistica.

La giurisprudenza, superando i pregressi orientamenti che ritenevano distinti l'interesse pubblico in materia di commercio da quello urbanistico - edilizio, giunge a negare l'autorizzazione sanitaria che renderebbe i locali agibili qualora gli stessi non siano conformi alla disciplina urbanistico - edilizia⁷². Pertanto la

⁶⁹ Cfr. Cass. Pen., Sez. III, sentenza 15 ottobre 1999 n. 12487 in *Cass. Pen.*, 2001,614, TAR MARCHE - Ancona, 17 aprile 1998 n. 516 in *Ragiusan*, 1999, 178-9, 156.

⁷⁰ Sull'obbligo dell'autorizzazione sanitaria per l'esercizio di una gestione di una cucina in una casa di cura o di un ospedale, si veda Cass. Pen., Sez. III, 13 luglio 1995 n. 10065 in *Giust. Pen.* 1996, II, 357, per quanto riguarda il servizio mensa di una scuola, Cass. Pen., Sez. III, 4 luglio 1995 n. 9243 in *Cass. pen.* 1996, 2350.

⁷¹ TAR LAZIO - Roma, sentenza, Sez. II, 11 luglio 2005 n. 5604 in *Foro amm. TAR*, 2005, 7/8, 2439

⁷² Cons. St., Sez. V, sentenza 12 dicembre 2008 n. 6174 in *Foro amm. CDS*, 2008, 12, 3377. Ex multis, Cons. St., Sez. V, sentenza 5 aprile 2005 n. 1543, Sez. V, 3 febbraio 2000 n. 592.

conformità dei locali alle prescrizioni in materia edilizia costituisce presupposto necessario per il rilascio dell'autorizzazione sanitaria.

10. Il commercio su aree pubbliche.

L'esercizio dell'attività commerciale su aree pubbliche⁷³ costituisce da sempre attività sottoposta a programmazione da parte dell'ente comunale in ragione dell'utilizzo permanente a fini privati di spazi pubblici sottratti alla collettività.

La programmazione attuata attraverso regolamenti risponde alla necessità di assicurare la vivibilità degli spazi urbani, il rispetto dell'ambiente e l'osservanza di prescrizioni riguardanti l'ordine pubblico.

La legge richiede il rilascio di un atto di assenso da parte del comune competente, sia pure nella forma semplificata del silenzio - assenso per l'esercizio della relativa attività. Tra i due titoli⁷⁴, quello inerente allo svolgimento dell'attività commerciale e quello relativo all'occupazione di suolo pubblico mediante concessione di un posteggio vi è una strettissima connessione, tale che il venir meno di uno incide necessariamente sull'altro.

L'autorizzazione è rilasciata nei limiti della disponibilità delle aree previste negli strumenti urbanistici o individuate dal comune nei provvedimenti di istituzione dell'area mercatale ed abilita all'esercizio dell'attività in forma itinerante nell'ambito del territorio regionale.

L'art. 28, 1° comma del D. Lgs. 114/1998 distingue due tipologie di commercio su aree pubbliche: a) su posteggi dati in concessione per la durata di dieci anni, b) su qualsiasi area purchè in forma itinerante.

Con riguardo all'ubicazione dei posteggi, il legislatore demanda all'autorità comunale mediante regolamento la scelta circa la loro dislocazione; alcuni di essi richiedono allacciamenti alla rete idrica e fognaria (si pensi, ad esempio, alla vendita di prodotti ittici, delle carni o dei prodotti alimentari). In ogni caso i posteggi devono rispettare le norme relative alle condizioni igienico - sanitarie.

⁷³ L'art. 27, 1° comma lett. b del D. Lgs 31 marzo 1998 n. 114 considera aree pubbliche, "le strade, i canali, le piazze comprese quelle di proprietà privata gravate da servitù di pubblico passaggio ed ogni altra area di qualunque natura destinata ad uso pubblico".

⁷⁴ Cfr. TAR CAMPANIA, Sez. III, 20 maggio 2009 n. 2773 in *Foro amm. TAR.*, 2009, 5,1529.

L'autorità comunale deve altresì predisporre una planimetria che tenga conto del numero, della superficie occupata dal posteggio e della loro localizzazione.⁷⁵

Il commercio in forma itinerante, invece, è consentito anche con mezzi mobili in determinate aree individuata dal comune e con soste limitate, cioè strettamente necessarie per lo svolgimento dell'attività commerciale (non è infatti consentita la sosta più di un'ora nello stesso punto); in secondo luogo, il legislatore vieta che l'attività commerciale itinerante possa avvenire nelle aree di mercato e deve comunque essere rispettata una distanza minima di 500 m dalle stesse.

L'autorizzazione al commercio in forma itinerante abilita anche alla vendita a domicilio del consumatore.

Il D.Lgs.26 marzo 2010 n. 59 ha apportato significative modifiche alle norme (artt. 27 e 28 del D.lgs 114/1998) relative alla disciplina del commercio su aree pubbliche. L'aspetto di maggior interesse è la previsione contenuta nell' art. 70, comma 1° in base alla quale, *“l'esercizio dell'attività di cui al comma 1 è soggetto ad apposita regolamentazione rilasciata a persone fisiche, a società di persone, a società di capitali regolarmente costituite o a cooperative”*.

Il legislatore, uniformando la disciplina italiana a quella comunitaria, ha previsto che l'autorizzazione al commercio su aree pubbliche possa essere rilasciata non solo a persone fisiche, ma anche a società di capitale e a cooperative. La previsione previgente, infatti escludeva che l'esercizio dell'attività commerciale svolta su aree pubbliche potesse essere riconosciuto a tali strutture societarie. Una tale preclusione è stata considerata dalla direttiva servizi discriminatoria nei confronti di eventuali prestatori costituiti in forma di società di capitali interessati ad entrare nel settore, in quanto impositiva di un requisito non previsto in ambito europeo.

Il secondo comma dell'art. 70 del D.Lgs.26 marzo 2010 n. 59 elimina il riferimento alla residenza o alla sede legale del richiedente e individua nel comune nel quale s'intende avviare l'attività, l'ente competente al rilascio dell'autorizzazione.

⁷⁵ Si rimanda per gli approfondimenti a E. MAGGIORA, *La disciplina del commercio*, Giuffrè,2008,404 e ss.

Altro profilo su cui è doveroso soffermarsi riguarda la pianificazione del commercio su aree pubbliche anch'esso profondamente inciso dal D. Lgs. 59/2010.

Come è noto, la legislazione sia statale, sia regionale affida ai comuni un ampio potere di pianificazione in materia: è rimessa infatti alla potestà regolamentare comunale⁷⁶ disciplinare, sulla scorta degli indirizzi regionali ex art. 28, comma 13 D. Lgs. 114/1998, le modalità di esercizio, i criteri e le procedure per il rilascio dell'autorizzazione del commercio nelle aree pubbliche, la determinazione delle aree e del numero dei posteggi da destinare allo svolgimento dell'attività nel rispetto degli indirizzi regionali.

All'autonomia comunale compete anche l'individuazione delle aree aventi valore storico, archeologico, artistico e ambientale nelle quali l'attività commerciale potrà essere vietata o sottoposta a limiti in ragione della preminenza dei valori costituzionali tutelati rispetto alla libera iniziativa privata⁷⁷.

Una tale programmazione risponde essenzialmente alla finalità di assicurare un equilibrio del mercato in considerazione del contingentamento previsto.

Il D. Lgs. 59/2010, pur mantenendo la programmazione precisa, tuttavia, che essa debba trovare giustificazione solo laddove lo richiedano ragioni non altrimenti risolvibili, di sostenibilità ambientale e sociale, di viabilità che rendano impossibile consentire ulteriori flussi di acquisto nella zona senza incidere in modo negativo sui meccanismi di controllo, in particolare per il consumo di alcolici e senza ledere le esigenze di vivibilità del territorio e della normale mobilità dei residenti della zona⁷⁸.

La programmazione dovrà tener conto di tali aspetti; al contrario non sarà consentito il ricorso alla programmazione legato a criteri di natura economica o

⁷⁶ Sulla discrezionalità del comune nella individuazione delle aree aventi valore archeologico, storico, artistico nelle quali vietare o limitare il commercio si veda Cons. St., Sez. V, sentenza 7 gennaio 2009 n. 20 in *Lexitalia.it*, n. 1/2009.

⁷⁷ La Corte Costituzionale, (sentenza 8 luglio 2010 n.247) con riguardo alla limitazione del commercio su aree pubbliche, ribadendo il suo costante orientamento espresso già con le sentenze n. 152 del 2010 e 167 del 2009, ha escluso la lesione della libertà d'iniziativa privata "allorchè l'apposizione di limiti di ordine generale al suo esercizio corrisponda all'utilità sociale, purchè, per un verso, l'individuazione di quest'ultima non appaia arbitraria e per un altro verso, gli interventi del legislatore non la perseguano mediante misure palesemente incongrue."

⁷⁸ Si veda il punto 10. 4 della circolare 45166 del 6.5.2010 del Ministero dello Sviluppo economico.

fondati sulla prova di un bisogno economico o di una domanda di mercato in quanto in contrasto con i principi del libero mercato, della concorrenza e dello sviluppo dei servizi. Conserveranno la loro vigenza le limitazioni all'esercizio del commercio su aree pubbliche fondate su finalità di tutela delle zone di pregio artistico, architettonico e ambientale.

Alla luce di quanto sinteticamente esposto, pare ragionevole desumere che i provvedimenti di pianificazione, quantunque finalizzati ad assicurare una localizzazione delle attività commerciali svolte su beni demaniali potranno giustificarsi nella misura in cui tutelino gli interessi individuati dalla normativa e non si basino su quote di mercato o su un apprezzamento autoritativo dell'adeguatezza dell'offerta alla presunta entità della domanda.

Le disposizioni contenute nell'art. 70, commi 1, 2, 3 del D. Lgs. n. 59/2010, in quanto attuazione di principi comunitari prevalgono su eventuali norme regionali in contrasto che dovranno pertanto essere disapplicate e per la clausola di cedevolezza di cui all'art. 84 della medesima normativa.

Le regioni dovranno necessariamente *aggiornare* l'attuale normativa alla luce dei principi contenuti nel D. Lgs n. 59/2010. Infatti l'art. 70 comma 5 del D. Lgs 59/2010 rimanda ad un provvedimento da adottarsi in sede di conferenza unificata destinato a risolvere le conseguenze che potranno determinarsi in relazione all'entrata in vigore delle nuove disposizioni in materia, specie per quel che concerne l'assegnazione di posteggi. Occorre, a tal proposito rammentare che le attuali modalità di assegnazione dei posteggi violano l'art. 12 della Direttiva servizi in base al quale, *"qualora il numero di autorizzazioni disponibili per una determinata attività sia limitato per via della scarsità delle risorse naturali o delle capacità tecniche utilizzabili, gli Stati membri applicano una procedura di selezione tra i candidati potenziali, che presenti garanzie di imparzialità e di trasparenza e preveda in particolare, un'adeguata pubblicità dell'avvio del procedura e del suo svolgimento e completamento"*.

Pertanto, qualora più operatori siano interessati all'assegnazione di un posteggio su una determinata area, ma per la scarsità delle risorse naturali non sia possibile soddisfare tali richieste, al criterio della priorità dell'assegnazione del posteggio a operatori che hanno utilizzato la relativa porzione di area

pubblica, si dovrà sostituire un criterio fondato su un procedura aperta a tutti gli operatori in condizioni di parità.

In sede di intesa, le regioni potranno determinare la durata delle concessioni in considerazione tenendo conto, non solo degli investimenti necessari per attrezzare i posteggi ma anche delle esigenze organizzative dell'impresa; potranno individuare limiti al numero dei posteggi concedibili ad una stessa impresa nella medesima area pubblica allo scopo di garantire un'effettiva concorrenza e parità di trattamento tra tutti gli operatori economici.

L'esigenza di una coerente e ordinata pianificazione delle attività commerciali svolte su aree pubbliche è stata particolarmente avvertita nelle città d'arte, notoriamente interessate da ingenti flussi turistici. L'Amministrazione è solita, in sede di approvazione del regolamento del commercio o nel piano di commercio, localizzare e concentrare in luoghi diversi le aree da adibire ad attività commerciale oppure riqualificare l'area attraverso lo spostamento dei posteggi, tenendo comunque conto delle situazioni soggettive maturate in capo ai titolari delle relative autorizzazioni per effetto del decorso di un considerevole lasso di tempo. Tali provvedimenti volti alla creazione di apposite aree dislocate fuori dal centro per l'esercizio del commercio su aree pubbliche sono opportuni nella misura in cui l'Amministrazione motivi le diverse scelte operate in considerazione di esigenze nuove collegate alla tutela dei centri storici.

L'art. 28, comma 4 del D. Lgs. 114/1998 codifica alcune ipotesi di **revoca** dell'autorizzazione all'esercizio del commercio su aree pubbliche: a) nel caso in cui il titolare non inizia l'attività entro sei mesi dalla data dell'avvenuto rilascio, salvo proroga in caso di comprovata necessità; b) nel caso di decadenza della concessione del posteggio per mancato utilizzo del medesimo in ciascun anno solare per periodi di tempo complessivamente superiori a quattro mesi, salvo il caso di assenza per malattia, gravidanza o servizio militare; c) nel caso in cui il titolare non risulti più provvisto dei requisiti di cui all'art. 5 comma 2 (requisiti morali).

La revoca potrà sempre essere disposta, al di là delle specifiche previsioni codificate, allorché sopraggiunga un prevalente interesse pubblico ai sensi dell'art. 21 *quinquies* L. 241/1990.

Il comma 5 dello stesso articolo demanda alla competenza del sindaco l'adozione dei relativi provvedimenti. Alla luce del principio di separazione tra funzioni di programmazione e funzione d'indirizzo politico - amministrativo, l'adozione di tali provvedimenti compete al dirigente⁷⁹

Una disciplina speciale è prevista per il commercio esercitato su aree demaniali marittime, in quanto è necessario acquisire accanto all'autorizzazione comunale anche il nullaosta da parte delle competenti autorità marittime (capitaneria di porto), le quali potranno imporre particolari limitazioni in considerazione delle esigenze pubblicistiche gravanti sul territorio in cui ricede l'area oggetto della richiesta concessione. Analoghe osservazioni riguardano il commercio svolto negli aeroporti, nelle stazioni e nelle autostrade ove sarà necessario acquisire anche il permesso dell'ente proprietario o del gestore.

In ogni caso, l'esercizio dell'attività commerciale su aree demaniali non deroga alla normativa generale sul commercio, con particolare riguardo alle norme relative alla sussistenza dei requisiti professionali dell'esercente, dell'idoneità igienico - sanitaria dei locali⁸⁰.

La circolare n. 3637 C del Ministero dello Sviluppo economico emanata alla luce dell'art. 49 bis L. 122/2010 esclude dall'applicazione della segnalazione certificata di inizio attività (SCIA) l'esercizio del commercio su aree pubbliche proprio in ragione della programmazione.

⁷⁹ Cfr. TAR CAMPANIA - Napoli, Sez. III, 9 luglio 2007 n. 6572 in *Foro amm. TAR*, 2007, 7- 8, 2574.

⁸⁰ Cfr. TAR LAZIO - Roma, Sez. II, 9 novembre 2005 n. 10902 in *Foro amm. TAR*, 2005, 11, 3592. La sentenza nella parte motiva richiama la n. 2695 del 20.11.1985.

11. La legge regionale 7 gennaio 2000 n. 1 della Campania sul commercio.

La legge n. 1/2000 costituisce la prima normativa approvata dalla regione Campania nell'esercizio della delega contenuta nell'art. 6, commi 1e 2 del D. Lgs. 114/1998 relativa alla definizione degli "indirizzi generali per l'insediamento delle attività commerciali" e alla fissazione dei "criteri di programmazione urbanistica riferiti al settore commerciale".

La normativa contiene una serie di direttive impartite ai comuni (art. 13, 1° comma) volte ad adeguare gli strumenti urbanistici generali e attuativi e i regolamenti di polizia locale ai criteri e agli indirizzi di programmazione regionale. Tra gli obiettivi perseguiti dalle direttive regionali vi è la realizzazione di interventi di programmazione dell'apparato distributivo anche per singole aree del territorio, con particolare riguardo al centro storico; la valorizzazione delle aree periferiche attraverso la concentrazione delle attività commerciali mediante specifiche previsioni urbanistiche; la promozione di nuove iniziative attraverso la riconversione delle strutture distributive meno produttive già esistenti sul territorio; la salvaguardia dei valori artistici, culturali, storici ed ambientali locali e la promozione di tutti gli interventi attuativi mirati all'abbattimento delle barriere architettoniche; la predisposizione di un efficiente sistema di monitoraggio della distribuzione commerciale locale.

Il legislatore prevede il coordinamento tra il procedimento urbanistico e quello commerciale per gli insediamenti commerciali di media e di grandi dimensione attraverso il rilascio di un unico atto che al contempo costituisce, sia titolo di autorizzazione all'esercizio dell'attività commerciale, sia per la concessione edilizia⁸¹(art. 13, 3° comma L. R n. 1/2000) .

Per le medie strutture di vendita compete allo strumento comunale determinare il numero, la merceologia delle strutture di nuova realizzazione, secondo la classificazione operata dalle direttive regionali, disciplinare

⁸¹ L'art. 13, 3° comma della legge regionale della Campania prevede che "l'autorizzazione comunale prevista dagli artt. 8 e 9 del Decreto Legislativo 114/1998 costituisce atto contestuale al rilascio delle concessioni edilizie relative agli insediamenti commerciali oggetto dell'autorizzazione. Pertanto, l'autorizzazione e la concessione edilizia vengono rilasciate in atto unico".

l'apertura, l'ampliamento merceologico o di superficie, il trasferimento ed ogni altro aspetto non disciplinato dal decreto legislativo 114/1998 (art. 15).

Le strutture commerciali di media e di grande dimensione sono distinte in : medie strutture inferiori (per prodotti alimentari o misti o per prodotti extra alimentari) e medie strutture superiori, ipermercati e centri commerciali (art. 2 comma 1). Tale suddivisione tiene conto, non solo della superficie di vendita, ma anche della popolazione residente. A tal fine, in relazione alla popolazione residente i comuni sono distinti in cinque classi.

Sia le strutture di media, sia quelle di grande dimensione possono essere realizzate solo su aree ricadenti in zone urbanistiche dichiarate espressamente compatibili con tale collocazione. Tali aree dovranno essere munite di adeguate infrastrutture, dimensionate in proporzione all'esercizio commerciale che s'intende localizzare. La localizzazione della struttura commerciale dovrà essere compatibile con l'assetto della viabilità e con i flussi di traffico (art.14).

Infatti, uno degli aspetti più volte sottolineati nel corpus della normativa è la contiguità fisica e funzionale delle strutture commerciali con le aree di parcheggio (art. 6, 3° comma).

Gli esercizi commerciali dovranno essere attivati in locali aventi conforme destinazione d'uso e ubicati su aree aventi conforme destinazione urbanistica (art.14, comma 5, 6).

La legge regionale subordina l'autorizzazione all'apertura delle grandi strutture di vendita al rispetto di una serie di condizioni, quali, l'osservanza delle disposizioni comunali e regionali in materia urbanistica, la compatibilità territoriale dell'insediamento relativamente ai contingenti fissati nelle zone per la rispettiva area sovra comunale di appartenenza, la localizzazione della struttura lungo assi viari di primaria importanza o in aree adiacenti dotate di adeguati raccordi stradali, l'osservanza dei requisiti previsti per la tipologia della struttura in esame (art. 5).

Per quel che concerne le procedure amministrative, la competenza è del comune ove l'attività andrà ad innestarsi, il quale, dopo aver vagliato l'ammissibilità, d'intesa con la regione e con la provincia indice la conferenza

dei servizi, fissandone lo svolgimento non oltre i 60 giorni decorrenti dall'invio alla regione della documentazione a corredo dell'istanza. Decorsi 120 giorni dalla data della convocazione della conferenza dei servizi senza che sia stato comunicato l'esito, si forma il silenzio assenso (art. 11).

Sono previsti, infine, criteri di priorità nella valutazione delle domande concernenti l'apertura delle strutture commerciali (art. 7): viene attribuita prevalenza a quelle domande contenenti richiesta di concentrazione e contestuale rinuncia, condizionata all'accoglimento della nuova richiesta, ad una o più media o grandi strutture di vendita purchè sussistano le seguenti condizioni: a) tra le strutture di vendita a cui si rinuncia almeno una deve appartenere alla categoria dimensionale immediatamente inferiore a quella per la quale si richiede la nuova autorizzazione, b) la somma delle superficie di vendita delle strutture a cui si rinuncia deve essere almeno pari alla superficie richiesta per la nuova struttura.

Con riguardo al commercio esercitato su aree pubbliche, la legge regionale affida alla potestà regolamentare comunale la relativa disciplina (art. 26) nel rispetto dei criteri fissati dalla regione (art.23) . Il legislatore distingue due tipi di autorizzazioni: quelle di di tipo A (art. 27) abilitano all'esercizio del commercio esclusivamente in ambito regionale e hanno valenza decennale, quelle di tipo B (art. 28) abilitano al commercio su tutto il territorio nazionale.

I comuni potranno prescrivere particolari restrizioni all'esercizio del commercio su aree pubbliche nelle zone aventi valore archeologico, artistico ed ambientale oppure porre divieti e limitazioni per motivi di viabilità, di carattere igienico - sanitario o di pubblica sicurezza (art. 32, 2°, 3° comma). In nessun caso - prescrive il legislatore regionale - tali limitazioni potranno fondarsi al fine di creare zone di rispetto e di tutela della posizione degli operatori in sede fissa.

Infine, la legge regionale prevede criteri di priorità nell'assegnazione dei posteggi, quali la titolarità di un'autorizzazione nell'ipotesi di richiesta di un posteggio aggiuntivo, il maggior numero di presenza effettive cumulate dall'operatore nel mercato, l'anzianità nel rilascio dell'autorizzazione,

dell'iscrizione nel registro delle imprese o della presenza nel nucleo familiare di un portatore di handicap.

Con decreto del presidente della giunta regionale della Campania n. 94 del 9 aprile 2010, la regione Campania ha emanato il regolamento di attuazione della direttiva 2006/123/CEE. Di particolare evidenza è la previsione (art. 5, comma 2) relativa alla possibilità per gli enti locali di indire una procedura di selezione tra gli operatori economici qualora il numero delle autorizzazioni disponibili sia limitato per la scarsità delle risorse naturali o delle capacità tecniche disponibili e l'istituzione dello Sportello unico per l'accesso e l'esercizio delle attività di servizi.

12. Il commercio nei centri storici.

L'esercizio dell'attività commerciale nei centri storici⁸² ha costituito oggetto di disciplina specifica da parte del legislatore in ragione del valore storico, artistico, archeologico degli immobili in esso presenti.

Il centro storico rappresenta l'immagine della città ed esprime anche la storia civile ed artistica di una determinata comunità.

La sua tutela pertanto, deve conciliare due contrapposte esigenze: la conservazione e la valorizzazione del patrimonio culturale presente e la trasformazione del territorio per adattarlo alle esigenze di viabilità, mobilità della moderna civiltà.

Parte della dottrina configura il centro storico come "bene culturale atipico", cioè si tratterebbe di un bene destinato non solo alla contemplazione e alla memoria, (come ad esempio i reperti archeologici o gli oggetti d'arte) ma in grado di svolgere anche una funzione di promozione sotto l'aspetto economico e produttivo delle attività locali tradizionali.

⁸² Per un approfondimento sulla tematica, si rimanda a M. T. P. CAPUTI JAMBRENGHI, *Studi sulla disciplina giuridica dell'insediamento commerciale*, Milano, 2000, pagg. 205- 223; E. M. MARENGHI, *I centri storici tra pianificazione urbanistica e programmazione economica* in Cattaneo S., *La questione dei centri storici. Gli strumenti normativi di tutela e di intervento nello stato di cultura*, Milano, 1997, M. SANAPO, *I centri storici come beni culturali: un percorso difficile* in *Aedon* 2/2001.

Nonostante l'accostamento con i beni culturali, il centro storico non figura, né tra i beni paesaggistici, né tra i beni culturali: infatti la legge n. 431/1985 (cd. legge Galasso) aveva escluso dalla tutela i centri edificati sottoposti solo alla normativa urbanistica. Allo stesso modo anche il D. Lgs. 22 gennaio 2004 n. 42 (cd. Codice dei beni culturali e del paesaggio) esclude che tra le aree tutelate per legge siano comprese *“le aree delimitate negli strumenti urbanistici come zone A e B”* ossia i centri storici (art. 142, comma 2 lett. a) . Tuttavia l'art 136 comma 1 lett. c) nella novella apportata dal D.Lgs. n. 157/2006 include tra le aree di notevole interesse pubblico *“i complessi di cose immobili che compongono un caratteristico aspetto avente valore estetico e tradizionale”*. La dichiarazione di notevole interesse pubblico potrà essere fatta anche per i centri storici attraverso il procedimento previsto dagli artt. 138, 139 e 141 bis del Codice dei beni culturali e del paesaggio . Il centro storico viene così incluso tra quelle categorie di beni che con provvedimento potrà essere dichiarato di interesse paesaggistico.

Nel centro storico sono compresi tutti gli elementi stratificatesi nel tempo, sia i componenti del sistema naturale, sia il patrimonio creato dall'uomo che comprende anche gli insediamenti in concreto realizzati.⁸³

La normativa in materia è improntata esclusivamente ad un regime di conservazione e di protezione del bene culturale. La legge 1 giugno 1939 n. 1089, tuttora vigente sottopone a tutela il singolo immobile che, pur non possedendo un intrinseco valore storico o artistico, è tuttavia di particolare interesse a causa del suo riferimento con la storia politica, culturale, della letteratura, etc.

La tutela dei centri storici è stata perseguita dal legislatore sotto il profilo strettamente urbanistico⁸⁴, tutelando cioè l'assetto fisico del territorio (case, palazzi, piazze) e non in un'ottica economico - sociale, di promozione delle attività e delle tradizioni culturali che hanno contribuito a connotare quel determinato territorio.

Solo con la legge n. 15 del 1987, di conversione del decreto legge n. 832 del 1986, il legislatore ha attuato un intervento di tutela socio- economica dei centri

⁸³ Cfr. TAR LOMBARDIA - Brescia, Sez. I, 24 aprile 2009 n. 875 in *Foro amm. TAR*, 2009, 4, 1004.

⁸⁴ Ci si riferisce all'art.1 della Legge urbanistica n. 1150 del 1942, l'art. 17 della legge n. 765 del 1967, alla legge n. 865 del 1971, n. 513 del 1977 n. 457 del 1978, infine al D.M.2 aprile 1968 n. 1444.

storici. L'art. 4 di tale legge attribuisce all'autorità comunale gli strumenti mediante le quali perseguire l'obiettivo della tutela delle aree di interesse storico. La norma infatti demanda alla discrezionalità del sindaco, in occasione del rilascio delle licenze di commercio per i locali siti nelle varie zone del centro storico, la valutazione della compatibilità di alcune attività commerciali con le caratteristiche delle suddette zone. Il legislatore con tale provvedimento ha voluto porre un freno al degrado delle aree di particolare interesse storico, impedendo l'insediamento di nuovi esercizi commerciali lesivi delle caratteristiche storico - culturali del centro storico e acquisito per tradizione.

Al fine di preservare le attività tradizionali svolte negli esercizi presenti nel centro storico, il legislatore ha posto un vincolo di destinazione. Si fa come esempio il D.M. 4 aprile 1987 con il quale è stato sottoposto a vincolo l'Antico Caffè genovese di Cagliari al fine di salvaguardare la continuità dell'attività esercitata in quanto storicamente connessa al centro storico di Cagliari.

Il vincolo di destinazione, come ribadito dalla giurisprudenza costituzionale⁸⁵ non riguarda l'attività in sé considerata separatamente dal bene, ma il bene nel suo complesso. Tale vincolo di destinazione, di carattere reale e non personale costituisce espressione della funzione sociale della proprietà di cui all'art. 42 Cost. L'imposizione di tali limiti assicura la tutela delle tradizioni locali e delle aree di particolare interesse meritevoli di tutela.

La finalità di tutela del centro storico è presente anche nella novella del commercio del '98: l'art. 6, 2° comma lett. b) del D. Lgs. 114/1998 prevede infatti che gli strumenti urbanistici possano porre limiti agli insediamenti commerciali in relazione alla tutela dei beni artistici, culturali e ambientali, nonché dettare limiti alle imprese commerciali nei centri storici e nelle località di particolare interesse storico e artistico, mentre l'art. 10 comma 1 lett. b) attribuisce ai comuni, in relazione ai centri storici, alle aree o a edifici aventi valore storico, archeologico, artistico e ambientale, maggiori poteri relativamente alla localizzazione e alla apertura degli esercizi di vendita al fine di rendere compatibili i servizi commerciali con le funzioni territoriali in ordine alla

⁸⁵ Cfr. Corte Costituzionale, sentenze 9 marzo 1990 n. 118 in *Foro it.* 1990, I, 1101 e 30 luglio 1992 n. 388 in *Cons. St.*, 1992, II, 1168.

viabilità, alla mobilità dei consumatori e all'arredo urbano, utilizzando anche specifiche misure di agevolazione tributaria e di sostegno finanziario .

Dunque è consentito ai comuni poter adottare provvedimenti in merito alla localizzazione e all'apertura degli esercizi commerciali nei centri storici nell'ottica di garantire la viabilità, la mobilità dei consumatori e soprattutto la salvaguardia delle aree di maggior pregio storico- artistico, archeologico e architettonico.

L'art. 52 del Codice per i beni culturali e del paesaggio conferisce ai comuni, sentito il soprintendente, il potere di individuare *"le aree pubbliche aventi valore archeologico, storico, artistico e paesaggistico nelle quali vietare o sottoporre a condizioni particolari l'esercizio del commercio"*.

La norma attribuisce ai comuni un potere conformativo, che si esplica non solo in negativo, cioè vietando attività commerciali incompatibili con il carattere storico, artistico dei luoghi, ma anche in positivo, cioè prescrivendo condizioni particolare cui sottoporre l'esercizio del commercio.

Anche la direttiva 9 novembre 2007 del Ministero per i beni e le attività culturali affida alle direzioni regionali e alle Soprintendenze in collaborazione con le Amministrazioni comunali la riqualificazione delle aree urbane degradate da fenomeni di abusivismo commerciale attraverso *"una complessiva rivisitazione del contesto autorizzativo da parte delle Amministrazioni comunali, nella ricorrenza dei necessari presupposti con riguardo all'esercizio di attività commerciali"*.

La previsioni di tali limiti non è lesiva della libertà d'iniziativa economica privata di cui all'art. 41 Cost. Infatti, da un lato, l'iniziativa privata può essere limitata in ragione dell'utilità sociale, da un altro lato, il legislatore ordinario può nell'ambito della sua discrezionalità disciplinare le scelte organizzative dell'impresa, le modalità di esercizio purchè le misure attuate non siano palesemente incongrue⁸⁶.

All'indomani delle liberalizzazioni avvenute con il secondo decreto Bersani, si è posto il problema relativo all'applicazione di tale normativa anche ai centri storici, caratterizzati, come è noto, da una pianificazione delle attività

⁸⁶ Cfr. Corte Costituzionale, sentenza 8 luglio 2010 n. 247 e n. 152 del 2010.

commerciali giustificata dalle peculiarità del territorio facente parte del patrimonio storico – culturale.

La giurisprudenza, nell'ottica di salvaguardia dei caratteri tradizionali del centro storico, ha osservato che *“la normativa del cd “decreto Bersani” miri alla liberalizzazione delle attività commerciali.. ma non osta alla possibilità che i comuni tutelino le attività tradizionali nei centri storici con disposizioni che non impediscono l'esercizio nei centri storici di attività diverse da quelle tradizionali anche se riservano a questa ultime i locali in cui erano svolte in precedenza”*⁸⁷.

In conclusione, anche dopo la novella Bersani, conservano piena vigenza le disposizioni regolamentari volte a preservare le peculiarità delle attività tradizionali nei centri storici senza che ciò possa costituire una lesione del diritto di iniziativa privata.

13. Considerazioni conclusive.

La disciplina del commercio delineata dal D. Lgs. 114/1998 è senz'altro innovativa: apre il mercato alla libera concorrenza, superando quella visione corporativistica e protezionistica che improntava la precedente legislazione, causa di ritardo nella modernizzazione della rete distributiva italiana e di produttività dell'intero sistema.

Il legislatore attua la liberalizzazione quantomeno per gli esercizi di vicinato, contribuendo a innescare processi di innovazione e di sviluppo della rete produttiva.

Come ha osservato attenta dottrina⁸⁸, *“la liberalizzazione è una scelta di forte discontinuità rispetto ad una prassi di iper- regolazione del commercio, che ha radici profonde nel nostro Paese”*. Per la media e la grande distribuzione permane una *“regolamentazione”* da parte della legislazione nazionale e di quella regionale. Infatti, non solo l'apertura, ma anche il trasferimento nello stesso ambito

⁸⁷ Cons. St., Sez. V, sentenza 10 maggio 2010 n. 2758 in *Red. Amm. CDS*, 2010, 05. Nella vicenda in esame, il Giudice dell'Appello, confermando la sentenza di primo grado (TAR Lazio - Roma, Sez. II ter , 7 luglio 2009 n. 6571 in *Foro Amm. TAR*, 2009, 7-8, 2138) ha escluso l'illegittimità della delibera del Consiglio di comunale n. 36 del 6 febbraio 2006 recante un piano di tutela di alcune attività tradizionali per il centro storico. Ad avviso del Collegio la delibera trova fondamento nella legge regionale del Lazio n. 22/2001, a livello statale, negli artt. 6 e 10 del D. Lgs. n. 114/1998.

⁸⁸ R. VARALDO, La disciplina del commercio tra liberalizzazione e regolamentazione in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 983 e ss., in particolare, pag. 1003.

territoriale o un modestissimo ampliamento di superficie è sottoposto ad autorizzazione, sia pure nella forma semplificata del silenzio assenso.

La normativa introduce una pianificazione delle attività commerciali concepita non più in termini di autonomia o di separazione rispetto all'urbanistica, bensì di complementarità attraverso l'inserimento dei criteri di pianificazione commerciale nell'ambito delle previsioni di piano, così da assicurare il coordinamento tra procedimento urbanistico e procedimento commerciale.

La riconduzione delle funzioni di programmazione e dei procedimenti in capo agli enti locali riduce il centralismo e anticipa, di fatto, le istanze federali a cui si guarda oggi con grande attenzione.

La scelta del legislatore statale di ricorrere a una normativa contenente principi generali e criteri direttivi in materia, rimettendo alla potestà regionale l'intera disciplina nel rispetto degli indirizzi statali ha senz'altro contribuito alla differenziare le norme attuative tra le varie regioni, in ragione della diversità dei settori produttivi. Una tale differenziazione sarà tanto più evidente quando le regioni approveranno la nuova normativa sul commercio in ragione della potestà residuale loro riconosciuta dalla riforma costituzionale sul titolo V.

La normativa Bersani ha il merito di aver ridotto il ruolo del procedimento amministrativo per l'apertura di una struttura commerciale innestando nel procedimento strumenti di semplificazione dell'azione amministrativa (silenzio - assenso, dichiarazione di inizio attività); per le grandi strutture, proficuo, sarà l'utilizzo della conferenza dei servizi, unico strumento in grado di contestualizzare l'eterogeneità degli interessi coinvolti. La semplificazione delle procedure affranca senz'altro il privato dalle lungaggini connesse ai procedimenti autorizzatori.

La legge 248/2006 riforma Bersani persegue l'eliminazione di ogni forma di pianificazione quantitativa dell'offerta a favore di un equilibrato sviluppo delle diverse tipologie distributive realizzato attraverso la valorizzazione delle piccole e delle medie imprese. Sotto questo profilo, è in piena coerenza con i principi di liberalizzazione e di competitività, l'eliminazione delle distanze minime obbligatorie tra esercizi commerciali consimili. Di notevole interesse sono le

misure previste nella normativa volte a favorire gli insediamenti commerciali destinati al recupero delle piccole e medie imprese⁸⁹, la predisposizione di programmi di qualificazione della rete commerciale finalizzati alla realizzazione delle infrastrutture, la concentrazione tra piccoli esercenti al dettaglio.

Il processo di liberalizzazione ha avuto un impulso decisivo con il recepimento da parte del legislatore della direttiva *Bolkeinstein* che ha aperto alla semplificazione del mercato dei servizi. L'autorizzazione assume nel contesto comunitario portata *residuale* ed *eccezionale*, giustificata da motivi imperativi di interesse generale. Il legislatore italiano dovrà, attenendosi ai principi della direttiva servizi e ora cristallizzati nella legge 59/2010, individuare quali attività economiche private necessitano ancora di un atto di assenso preventivo da parte dell'autorità amministrativa in ragione della tutela di preminenti interessi pubblici.

Solo l'eliminazione delle barriere allo sviluppo del settore dei servizi tra gli Stati membri attraverso la semplificazione normativa e amministrativa potrà assicurare la tutela della concorrenza e la parità di trattamento tra gli operatori economici. Lo Stato a regime amministrativo di cui l'autorizzazione ha costituito la più emblematica espressione recede a favore dell'iniziativa privata e svolge un limitato ruolo di controllo e di regolatore degli opposti interessi.

⁸⁹ A. RAGAZZINI, "La disciplina dell'attività commerciale dal dopoguerra alla legge Bersani: considerazioni circa la normativa introdotta dal suddetto testo e circa i limiti entro cui le regioni potranno modificarla" in *Foro amm.*, 2003, 5, 1756, in particolare.

Cap. III

Pianificazione commerciale e interessi economici.

Sommario: **1.**La pianificazione commerciale: dalla legge 11 giugno 1971 n. 426 al D. Lgs.31 marzo 1998 n. 114. **2.** La correlazione tra urbanistica e commercio. **3.**L'urbanistica commerciale.
4. Considerazioni conclusive.

1. La pianificazione commerciale: dalla L. 11 giugno 1971 n. 426 al D. Lgs 31 marzo 1998 n. 114.

La disciplina del commercio e quella dell'urbanistica presentano forti legami tra loro. Come è noto, l'urbanistica attiene alla pianificazione dell'uso e del governo del territorio,⁹⁰ ma è innegabile che le scelte di destinazione urbanistica presentino forti implicazioni sociali ed economiche.

L'urbanistica non può non tener conto anche delle attività economiche che proprio sul territorio trovano allocazione e sviluppo⁹¹.

Il rapporto tra il commercio e l'urbanistica⁹² delineato dal D. Lgs. 31 marzo 1998 n. 114 presenta elementi di novità rispetto all'abrogata legge n. 426/1971.

La legge n. 426 del 1971 aveva previsto come strumento tipico del settore del commercio, il piano di sviluppo e di adeguamento della rete di vendita allo scopo di assicurare la localizzazione degli esercizi commerciali.

La normativa prescriveva che tale piano dovesse essere redatto nel rispetto delle previsioni urbanistiche (art. 11 L. 11 giugno 1971 n. 426) e dunque, in conformità delle scelte di pianificazione territoriale.

Il piano commerciale, considerato come strumento autonomo della disciplina programmatica degli insediamenti commerciali non ha mai svolto funzione di coordinamento con lo strumento urbanistico comunale. Ed infatti, tale piano proprio perché settoriale non poteva conciliarsi con la pianificazione urbanistica che doveva tener conto di una pluralità d'interessi.

L'auspicata correlazione tra urbanistica e commercio, pertanto, non si è mai pienamente realizzata: da una parte, infatti, l'urbanistica è rimasta estranea nei

⁹⁰ Sulla nozione di urbanistica, Corte Cost., 7 ottobre 1999 n. 382 in *Giur. cost.*, 1999, 2941; Cons. St., Sez. V, 6 aprile 1998 n. 415 in *Foro amm.*, 1998, 1046.

⁹¹ F. SALVIA, F. TERESI, *Diritto urbanistico*, VII ed, Padova, 2002, 46 e ss.

⁹² Per uno studio sulla pianificazione commerciale e sui rapporti tra urbanistica e commercio si rinvia a F. CASO - G. CIAGLIA, *La pianificazione territoriale del commercio*, Maggioli, 2000; M. T. P. CAPUTI JAMBRENGHI, *Studi sulla disciplina giuridica dell'insediamento commerciale*, Milano, Giuffrè, 2000; M. T. P. CAPUTI JAMBRENGHI, *Rapporti tra pianificazione urbanistica e disciplina del commercio* in *Giustamm.it*, 2/2008; A. LOLLÌ, *Pianificazione urbanistica, interessi economici e pianificazione commerciale* in *Territorialità e delocalizzazione nel governo locale* a cura di M. CAMMELLI, pagg. 569- 584, Il Mulino, 2007; E. M. MARENGHI, *Nuove tendenze nei rapporti tra urbanistica e commercio* in *Riv. Giur. urb.*, 1999, 299 e ss; F. MELE, *Alcuni aspetti della riforma della disciplina del commercio ex D.Lgs. 31 marzo 1998 n. 114* in *Foro amm. TAR*, 1999, 5, 1168; G. MORBIDELLI, *Rapporti tra disciplina urbanistica e disciplina del commercio* in *Scritti per Mario Nigro*, Giuffrè, volume II, Milano, 1991, 227 e ss.

piani del commercio, dall'altra parte, invece gli strumenti urbanistici non si sono fatto carico della pianificazione del commercio.

Infine, ha per lungo tempo prevalso un'interpretazione che ha ravvisato nell'urbanistica e nel commercio funzioni diverse poste a tutela di interessi di diversa natura⁹³.

La legge di riforma del commercio del '98 segna definitivamente il passaggio da un sistema di pianificazione autonoma, che vedeva l'urbanistica ed il commercio come discipline autonome, ad un sistema di pianificazione *complementare* ove le previsioni di programmazione commerciale sono inserite all'interno delle disposizioni di pianificazione urbanistica. Non si è in presenza solo di un coordinamento tra i due modelli di pianificazione, ma di una totale integrazione⁹⁴ della pianificazione commerciale in quella urbanistica.

Costituisce puntuale conferma di quanto detto la disposizione di cui all'art. 6, 2° comma del D. Lgs. 31 marzo 1998 n. 114 che enuncia i criteri elaborati dalla regione di programmazione urbanistica riferiti al commercio. Sulla base di tali criteri, i comuni con i propri strumenti urbanistici sono chiamati ad individuare:

- a) le aree da destinare ad insediamenti commerciali, con particolare riguardo alla localizzazione delle medie e delle grandi strutture di vendita al dettaglio;
- b) i limiti agli insediamenti commerciali in relazione alla tutela dei beni artistici, culturali e ambientali, nonché dell'arredo urbano nei centri storici e nelle località di particolare interesse artistico e naturale;
- c) i vincoli di natura urbanistica ed in particolare quelli inerenti alla disponibilità di spazi pubblici o di uso pubblico e alle quantità minime di spazi per parcheggi relativi alle varie strutture di vendita;
- d) la correlazione tra procedimenti di rilascio della concessione edilizia e l'autorizzazione all'apertura di una media o grande struttura anche attraverso la contestualità.

⁹³ Si veda a tal proposito, Cons. St., Sez. V, 6 aprile 1998 n. 418 in *Urbanistica ed appalti*, 1998, 674, secondo cui: "E' illegittimo il diniego di licenza commerciale per ragioni d'ordine pubblico urbanistico - edilizio, poiché l'interesse pubblico sotteso alla materia del commercio è di diversa natura ed implica, quindi, criteri valutativi differenti, che non si possono applicare fuori dell'ambito entro cui sono stabiliti nel vigente sistema di settore"; Cons. St., Sez. V, 8 luglio 2008 n. 3398 in *Foro amm. CDS*, 2008, 7-8, 2077 secondo cui "Le materie dell'urbanistica e del commercio sono strettamente collegate anche se concernono poteri dell'amministrazione posti a tutela di interessi di diversa natura con provvedimenti caratterizzati da funzioni tipiche e distinte".

⁹⁴ F. CASO - G. CIAGLIA, *L'urbanistica commerciale nel d.lgs.n. 114 del 1998* in *La pianificazione territoriale del commercio*, Maggioli, 2000, 123, op. già cit.

Il superamento della concezione separatista⁹⁵ avviene attraverso un rapporto di *immedesimazione* che giunge a produrre effetti sostitutivi della pianificazione urbanistica a quella commerciale.

Il commercio, dunque, con la riforma del '98 non ha più una propria pianificazione a livello comunale, ma fa parte delle scelte e degli indirizzi della pianificazione urbanistica⁹⁶.

L'abolizione della pianificazione commerciale non significa però assenza di pianificazione⁹⁷ perché il piano urbanistico comunale sarà chiamato a comporre i vari interessi presenti sul territorio, ivi inclusi quelli inerenti alle attività produttive.

Un ulteriore aspetto della novella del '98 è il rapporto tra gli insediamenti commerciali ed il territorio sul presupposto che la presenza delle attività commerciali è idonea a qualificare il tessuto urbano di un dato territorio.

Eliminata la concezione di una pianificazione fondata sul contingentamento numerico degli esercizi di vendita, la nuova disciplina fonda la pianificazione urbanistico - commerciale sul pluralismo e l'equilibrio tra le diverse tipologie e le diverse forme di vendita con particolare riguardo al riconoscimento delle piccole e medie imprese (art. 1, comma 3 lett. d D.Lgs. 114/1998), sulla valorizzazione e la salvaguardia del servizio commerciale nelle aree urbane, rurali, montane e insulane.

2. La correlazione tra urbanistica e commercio.

Delineata la relazione di integrazione o meglio di complementarietà tra le due discipline, occorre esaminare due profili: 1) il rapporto esistente tra le disposizioni contenute nel piano urbanistico comunale incidenti sull'uso e l'assetto del territorio e quelle relative invece al settore commerciale; 2) la correlazione tra urbanistica e commercio.

⁹⁵ E. M. MARENGHI, *Nuove tendenze nei rapporti tra urbanistica e commercio*, in Riv. Giur. urb., 1999, 299 e ss.

⁹⁶ Sulla prevalenza della pianificazione urbanistica rispetto a quella commerciale si veda BASSANI, *Esercizio dell'attività di vendita al dettaglio sulle aree private in sede fissa* in Il Commercio, 78.

Senz'altro le disposizioni urbanistiche si pongono in un rapporto di sovraordinazione rispetto a quelle commerciali, in quanto le prime devono indirizzare il governo del territorio e nello stesso tempo selezionare anche gli interessi pubblici e privati che s'incentrano nell'uso del territorio.

Infatti, è pur sempre di competenza dell'urbanistica disciplinare la localizzazione degli esercizi commerciali, le linee di viabilità, la limitazione all'apertura di esercizi commerciali in ragione delle caratteristiche di una zona e dunque, incidere in modo significativo sul commercio.

Il rapporto di sovraordinazione delle previsioni urbanistiche rispetto a quelle commerciali richiede alcune precisazioni; infatti non tutte le prescrizioni urbanistiche sono di eguale portata. E' possibile distinguere tra: 1) previsioni di indirizzo, 2) previsioni provvedimentali, 3) previsioni limitative di attività commerciali⁹⁸.

Le prime dettano le *direttive* cui la programmazione commerciale è tenuta a conformarsi. I regolamenti comunali sul commercio dovranno pertanto attenersi fedelmente alle prescrizioni urbanistiche contenute negli strumenti urbanistici comunali.

Le seconde sono prescrizioni contenute in provvedimenti (es. permesso di costruire) rilasciati dall'Amministrazione in quanto conformi agli strumenti urbanistici. Laddove l'Amministrazione abbia rilasciato il titolo edilizio allo scopo di realizzare una struttura commerciale (ad esempio una medio o grande struttura di vendita), non può in un secondo momento negare l'autorizzazione commerciale, non solo perché sarebbe ingiustificatamente lesa l'incolpevole affidamento che il primo provvedimento ha ingenerato nel privato, ma anche in virtù della correlazione tra l'urbanistica e il commercio.

Infine, le previsioni urbanistiche limitative di attività commerciali sono quelle che per l'appunto pongono limiti allo sviluppo della rete commerciale. Orbene,

⁹⁸ La distinzione tra le varie tipologie di prescrizioni urbanistiche incidenti sulla disciplina commerciale è fatta anche da G. MORBIDELLI, *Rapporti tra disciplina urbanistica e disciplina del commercio* in Scritti per Mario Nigro, Giuffrè, volume II, Milano, 1991, 245 in riferimento al rapporto esistente tra le previsioni del PRG e quelle contenute nei piani commerciali. Secondo l'Autore, "non è sufficiente rilevare che la produzione giuridica dell'autorità sottordinata deve essere conforme alle direttive, e che ogni discrasia dà luogo all'illegittimità degli atti del destinatario. Occorre esaminare le diverse categorie di direttive, e cioè di prescrizioni urbanistiche < reagenti > sui piani commerciali..."

ciò può avvenire in riferimento a determinate aree e non astrattamente in via generale, nel senso che non possono in alcun modo frenare lo sviluppo e la potenzialità della rete di vendita.

Giova sul punto precisare che, la funzione di indirizzo assegnata alle disposizioni urbanistiche non può spingersi fino a condizionare concretamente l'attività commerciale, determinando, ad esempio, il numero delle aree da adibire ad impianti produttivi oppure contenere previsioni che limitino fortemente l'esercizio dell'attività imprenditoriale⁹⁹.

Con riguardo al secondo profilo, quello relativo alla correlazione tra urbanistica e commercio, esempio di tale relazione è senz'altro il rilascio di una autorizzazione commerciale.

Le attività commerciali, come è noto, devono essere esercitate nel rispetto delle vigenti norme, prescrizioni ed autorizzazioni in materia edilizia, urbanistica ed igienico - sanitaria, nonché di quelle sulla destinazione d'uso dei locali e degli edifici. Pertanto, l'indagine sulla conformità dell'immobile alla disciplina urbanistico - edilizia rappresenta un momento istruttorio necessario, in quanto diretto ad accertare l'esistenza di un presupposto espressamente previsto dalla legge. Di conseguenza, l'Amministrazione non potrà rilasciare l'autorizzazione commerciale se l'immobile su cui tale attività insiste non è conforme alle prescrizioni urbanistiche

La correlazione tra l'urbanistica¹⁰⁰ e il commercio deriva non solo dalla notoria funzione di indirizzo attribuita alle previsioni urbanistiche rispetto a quelle commerciali, ma anche dal principio di buon andamento, di economicità e di

⁹⁹ Per un'attenta analisi dei rapporti tra disciplina urbanistica e insediamenti commerciali, si rinvia al contributo di G. CAIA, *Governo del territorio e attività economiche*, in *Dir. Amm.*, 2003, n. 4, 707 e ss.

¹⁰⁰ Considerazioni critiche in ordine alla correlazione tra procedimento urbanistico e quello commerciale sono state espresse da G. CIAGLIA, *Evoluzione dei rapporti tra autorizzazioni all'esercizio del commercio e disciplina urbanistico - edilizia a seguito dell'entrata in vigore del D.Lgs 31 marzo 1998 n. 114* in *Lexitalia* che osserva: "Una previsione che istituisce un legame indissolubile tra autorizzazione commerciale e conformità urbanistica dell'intervento edilizio - che costituisce, nel sistema dell'art. 7 una vera e propria pregiudiziale - rischia di favorire - se maliziosamente usata - arbitrari ostacoli all'ingresso di nuovi operatori. Una tale previsione, dunque, se, da un lato, consente di superare inutili e defatiganti passaggi burocratici, assegna, dall'altro, un ruolo di enorme rilievo all'Amministrazione competente alla valutazione dei presupposti per il rilascio dell'autorizzazione commerciale. Ruolo che, se non bilanciato da adeguati contrappesi, rischia di alimentare pericolosi sbarramenti all'ingresso nel mercato dei piccoli esercizi, con effetti esattamente opposti rispetto a quelli che il legislatore delegato intendeva raggiungere."

non contraddizione dell'azione amministrativa¹⁰¹: una volta rilasciato il permesso di costruire per un immobile con destinazione commerciale, l'Amministrazione non può, pena la violazione del principio di buon andamento e di ragionevolezza, negare l'autorizzazione commerciale, perché il primo provvedimento costituisce il necessario presupposto del secondo.

Quanto detto è ben sintetizzato da un pronuncia del Massimo Consesso di Giustizia amministrativa¹⁰² che si riporta integralmente: *“Sebbene in passato sia stato ritenuto illegittimo il diniego di licenza commerciale per sole ragioni urbanistico – edilizie, perché l’interesse pubblico in materia di commercio è di natura diversa da quello edilizio ed implica valutazioni differenti, o comunque, tali da non essere applicabili al di fuori dello specifico contesto giuridico in cui sono effettuate - tale orientamento muove dalle considerazioni per cui ogni singolo potere è attribuito alla P.A. per la cura d’uno specifico interesse pubblico e per cui l’esercizio di ciascun singolo potere, pur se tutti appartenenti ad un’unica PA resta circoscritto al relativo settore e dà luogo a procedimenti amministrativi destinati ad operare singolarmente e senza possibilità di coordinamento - esso risulta superato dai principi di semplicità, economicità ed efficacia dell’azione amministrativa stabiliti dalla L. 7 agosto 1990 n. 241 che disegna un modello di procedimento in cui sono concentrati l’esame, il coordinamento e la gestione di un pluralità d’interessi pubblici di per sé distinti, ma collegati, secondo il canone costituzionalmente rilevante della ragionevolezza verso uno scopo unitario ...”*

Dalla correlazione di cui in parola discende come conseguenza che l'annullamento della concessione edilizia finisce per incidere anche sulla validità dell'autorizzazione commerciale¹⁰³.

La correlazione tra le due discipline può portare anche ad un unico procedimento amministrativo: l'Amministrazione comunale potrà infatti anche con un unico provvedimento contestualmente rilasciare l'autorizzazione commerciale e quella edilizia.

¹⁰¹ Cfr. M. T. P. CAPUTI JAMBRENGHI - F. SAIITA, *Rapporti tra pianificazione urbanistica e disciplina del commercio* in Giustamm.it, 2/2008.

¹⁰² Cfr. Cons. St., Sez. V, 28 giugno 2000 n. 3639 in *Foro amm.* 2000, 2189.

¹⁰³ Cons. St., Sez. V, sentenza 8 luglio 2008 n. 3398 in *Lexitalia*, n. 7- 8/2008 che osserva: “Esiste una stretta correlazione tra le materie dell’urbanistica e del commercio, anche se concernono poteri dell’Amministrazione posti a tutela di interessi di diversa natura, con provvedimenti caratterizzati da funzioni tipiche e distinte, di guisa che l’annullamento della concessione edilizia finisce per refluire sulla validità dell’autorizzazione commerciale”.

Numerose leggi regionali tra cui quella della Campania 7 gennaio 2000 n. 1 sul commercio prevedono la contestualità del rilascio tra i due titoli. Infatti l'art. 13, comma 3 prevede che *"l'autorizzazione comunale prevista dagli artt. 8 e 9 del Decreto legislativo 114/1998 costituisce atto contestuale al rilascio delle concessioni edilizie relative agli insediamenti commerciali oggetto dell'autorizzazione. Pertanto, l'autorizzazione e la concessione edilizia vengono rilasciati in unico atto"*.

Ecco come in sede di rilascio dell'autorizzazione commerciali gli interessi urbanistico e commerciale non sono disgiunti ma, al contrario convivono; conseguentemente, se l'autorizzazione commerciale può essere negata per motivi urbanistici, altrettanto il permesso di costruire rilasciato con una specifica destinazione per uso commerciale può essere negato qualora detta destinazione non possa poi trovare concreta attuazione per il sito richiesto.¹⁰⁴

3.L'urbanistica commerciale.

Il piano urbanistico comunale, nel recepire gli indirizzi regionali di programmazione urbanistica riferiti al settore commerciale può attuare una programmazione economica del territorio e individuare su una data zona¹⁰⁵ le attività commerciali da realizzare.

L'adeguamento del piano urbanistico agli indirizzi regionali può avvenire o con l'adozione di una variante al piano oppure con la redazione di un nuovo piano.

La previsione di norme volte alla disciplina degli insediamenti commerciali non costituisce peraltro una novità nell'ordinamento: infatti, già la legge n. 426/1971 consentiva che gli atti di pianificazione potessero dettare norme dirette per la localizzazione delle attività commerciali.

La competenza comunale in materia di pianificazione commerciale è oggi molto circoscritta¹⁰⁶ se non del tutto eliminata, perché l'Ente locale non dovrà fare altro

¹⁰⁴ Cfr. TAR CAMPANIA - Napoli, Sez. III, 22 novembre 2001 n. 5007 in *Foro amm.* 2001, 3003.

¹⁰⁵ L'art.6, comma 2 lett. a) del D. Lgs.114/1998 delinea tra i criteri di programmazione urbanistica riferiti al settore commerciale cui gli strumenti urbanistici comunali sono chiamati ad attuare le *"aree da destinare agli insediamenti commerciali ed, in particolare quelle nelle quali consentire gli insediamenti di medie e grandi strutture di vendita al dettaglio"*. La norma si riferisce alla cd *zonizzazione*, ossia alla suddivisione in zone del territorio comunale.

¹⁰⁶ Si veda F. MELE, *Alcuni aspetti della riforma della disciplina del commercio ex D.Lg 31 marzo 1998 n. 114*, op. già cit., che osserva che, in presenza di criteri programmatici fissati dalla regione, il potere di pianificazione del comune nel settore commerciale è ridotto, concretandosi nella scelta della norma per il caso concreto, ma pur sempre in applicazione e nel rispetto degli indirizzi fissati a livello sovordinato.

che dare attuazione ai principi e ai criteri elaborati dalla regione, nonché adeguare i medesimi, fermo restando la destinazione delle aree da adibire attività commerciale.

Ciò posto, la potestà pianificatoria comunale non è limitata alla generica individuazione dell'area e alla sua destinazione commerciale, potendo la medesima anche disciplinare le tipologie di esercizi presenti¹⁰⁷ (ad esempio, ammettendone alcune, ed escludendo altre), prevedere un limite di dimensione ai medesimi e ciò proprio in virtù della funzione di indirizzo delle previsioni urbanistiche.

Non sono invece ammesse previsioni volte a condizionare concretamente l'attività economica o idonee a perseguire obiettivi di politica economica: esse infatti, esulerebbero da quelle che sono le finalità propria dell'urbanistica¹⁰⁸.

Non mancano nell'ordinamento strumenti urbanistici volti a tutelare esclusivamente finalità economiche o anche occupazionali, come lo è ad esempio il piano per gli insediamenti produttivi (Pip): ciò è possibile per il carattere peculiare di tali strumenti finalizzati più alla promozione dell'attività impresa che a garantire l'ordinato sviluppo del territorio.

Lo strumento urbanistico comunale può dettare limiti agli insediamenti commerciali in funzione della tutela dei beni artistici, culturali e ambientali. Una tale previsione costituirebbe diretta espressione dell'art. 6, comma 2 lett. b del D. Lgs. 114/1998. Pertanto, nei centri storici o in altre zone di particolare tutela può essere limitato o vietato l'esercizio di particolari attività commerciali oppure possono essere poste particolari limitazioni in funzione della tutela di singoli immobili. In tal caso non si profila un contrasto con l'art. 41 Cost. perché

¹⁰⁷ Si veda sul punto Cons. St., Sez. IV, 7 giugno 2005 n. 2928 in *Foro amm.* CDS, 2005, 6, 1701,

¹⁰⁸ Osserva G. CAIA, *Governo del territorio e attività economiche*, in *Dir. Amm.*, 2003, n. 4, 707 e ss, op. già cit., ".... Se è consentito agli strumenti urbanistici di individuare e selezionare, anche tipologicamente per macrocategorie le attività economiche esercitabili nelle diverse zone del territorio comunale, non sono invece ammissibili previsioni più specifiche che mirino ad indirizzare e a condizionare in sé l'esercizio dell'impresa, al fine ad esempio, di impedirne la cessazione attraverso il divieto di usi diversi dell'immobile di suo insediamento ovvero di asserirne l'organizzazione dei fattori produttivi ad interessi perseguiti dall'Amministrazione; tali previsioni introducono infatti - si ripete- elementi di programmazione economica che palesemente trascendono le finalità dell'urbanistica".

l'apposizione di un limite in ragione della tutela di un bene artistico o culturale si correla direttamente all'utilità sociale¹⁰⁹.

Ci si chiede se, in assenza di adeguamento dello strumento urbanistico comunale ai criteri regionali di programmazione urbanistica riferiti al settore commerciale, sia possibile l'apertura di un esercizio commerciale, ad esempio una media struttura di vendita, fermo restando la destinazione dell'area a uso commerciale. L'adeguamento degli strumenti urbanistici da parte dei comuni ai criteri regionali non è senza limiti di tempo: l'art. 6, 5° comma del D. Lgs. 114/1998 stabilisce infatti che *"le regioni stabiliscono il termine, non superiore a centoottanta giorni entro il quale i comuni sono tenuti ad adeguare gli strumenti urbanistici generali ed attuativi e i regolamenti di polizia locale alle disposizioni di cui al presente articolo."*

Proprio questo aspetto, relativo cioè alla previsione di un termine per adeguare lo strumento urbanistico ai criteri regionali è stato richiamato da una recente pronuncia del Consiglio di Stato¹¹⁰ che ha osservato infatti che, *l'inutile decorso del termine senza adeguamento della pianificazione urbanistica indica la carenza di interesse ad adeguarla e non può vanificare l'esercizio del diritto ad ottenere la richiesta autorizzazione ed alla formazione del silenzio - assenso, pena la vanificazione delle finalità della Legge 114/1998 di liberalizzazione del commercio.*

Dunque, qualora il comune non abbia adeguato nei termini previsti dall'art. 6, 5° comma del D. Lgs. 114/1998 il proprio piano urbanistico ai criteri regionali stabiliti dalla regione, l'eventuale atto di diniego opposto dall'ente per l'apertura di una media struttura di vendita sarà illegittimo.

La pronuncia è senz'altro interessante perchè portatore di un principio, quello secondo cui anche in materia commerciale la potestà pianificatoria è soggetta ad un termine, la cui elusione non può pregiudicare la libera iniziativa economica privata, almeno tutte le volte in cui il procedimento autorizzatorio (come nel caso dell'apertura di una media struttura di vendita) è sottoposto alla formazione del silenzio - assenso da parte dell'Amministrazione.

¹⁰⁹ Sulla previsioni di limiti all'esercizio dell'attività commerciale nei centri storici, cfr. Corte Costituzionale, sentenza 8 luglio 2010 n. 247 in *Lexitalia.it*. La Corte nella decisione *de qua* ha escluso la violazione dell'art. 41 Cost.. allorquando *l'apposizione di limiti di ordine generale al suo esercizio corrisponda all'utilità sociale, purchè, per un verso, l'individuazione di quest'ultima < non appaia arbitraria> e, per altro verso, gli interventi del legislatore non la perseguano mediante misure palesemente incongrue."*

¹¹⁰ Cons. St., Sez. V, sentenza 29 marzo 2010 n. 1785 in *Urbanistica e appalti*, n. 10/2010, pagg. 1151 e ss con commento di M. ANDREIS.

4. Considerazioni conclusive.

La riforma del '98, come è stato osservato, affida alle regioni la definizione degli indirizzi di programmazione riferiti al settore commerciale, con la conseguenza di svilire l'autonomia dell'ente locale, la cui potestà in materia di pianificazione commerciale oggi è circoscritto all'attuazione di detti indirizzi.

La pianificazione commerciale scompare del tutto per gli esercizi di vicinato, liberalizzati, sia dalla legge 114/1998, sia dagli interventi successivi; permane invece come pianificazione di settore per le medie e per le grandi strutture di vendita nei confronti delle quali l'intento del legislatore è stato, da un lato, quello di eliminare il drastico contingentamento numerico, in nome del pluralismo delle strutture distributive e della libera concorrenza, dall'altro lato, l'assenso preventivo all'apertura di una medio- grande struttura (è necessaria l'indizione della conferenza di servizi e la convocazione dei rappresentanti delle organizzazioni di categoria) ha come conseguenza la limitazione all'apertura di nuovi esercizi commerciali. Per queste ragioni, attenta dottrina¹¹¹ con riguardo alle medie e alle grandi strutture di vendita ha sottolineato, la presenza di un *liberismo temperato* ovvero di una *liberalizzazione prudente* proprio per evidenziare l'atteggiamento "timido" del legislatore che non ha voluto del tutto operare una indiscriminata liberalizzazione.

Ciò posto, occorre chiedersi se anche dopo il recepimento della direttiva servizi, abbia senso, in riferimento alle medie e alle grandi strutture di vendita, mantenere un regime di pianificazione.

L'art. 14 del D. Lgs. 26 marzo 2010 n. 59 prevede che i regimi autorizzatori possano essere mantenuti solo se giustificati da motivi imperativi di interesse generale.

¹¹¹ Cfr. M. T. P. CAPUTI JAMBRENGHI - F. SAITTA, *Rapporti tra pianificazione urbanistica e disciplina del commercio* in Giustamm.it, 2/2008. In termini analoghi si è espresso anche A. LOLLI, *Pianificazione urbanistica, interessi economici e pianificazione commerciale* in "Territorialità e delocalizzazione nel governo locale" a cura di M. CAMMELLI, Il Mulino, 2007, pag 581.

La programmazione urbanistico - commerciale rientra senz'altro tra i motivi imperativi di interesse generale¹¹² che, sia la direttiva, sia il decreto attuativo, individuano quali deroghe alla soppressione dell'autorizzazione.

Ciò appare conforme al principio comunitario di proporzionalità, in quanto forme di controllo a posteriori non sarebbero idonee a preservare interessi primari quali la vivibilità degli spazi urbani, la salubrità dell'ambiente, la protezione dell'assetto urbano, quest'ultimo potenzialmente compromesso o da una eccessiva proliferazione di grandi strutture di vendita o al contrario mortificato da fenomeni di desertificazione commerciali.

Appare opportuno muovere alcune considerazioni conclusive.

Gli indirizzi di programmazione riferiti al settore commerciale che le regioni dovranno attuare nell'ambito della competenza normativa loro riconosciuta in materia di commercio, alla luce della direttiva servizi, non potranno essere basati su contingenti numerici, espressi in numeri massimi di esercizi autorizzabili. S'impone la necessità di realizzare una programmazione di tipo qualitativo che valuti in concreto le singole iniziative commerciali alla luce di vari parametri, quali la viabilità, la mobilità, il traffico, la compatibilità dell'insediamento commerciale sotto il profilo urbanistico con il territorio, la presenza di adeguati spazi di parcheggi.

La pianificazione commerciale non potrà configurare barriere di ingresso a nuovi operatori che non siano giustificati da motivi imperativi di interesse generale, pena il rischio di svuotare la portata dell'intervento attuato dal legislatore comunitario.¹¹³

¹¹² Secondo il considerando 40 della direttiva 2006/123 CEE (cd. direttiva servizi), la nozione di "motivi imperativi di interesse generale" copre i seguenti motivi: l'ordine pubblico, la pubblica sicurezza e la sanità pubblica, il mantenimento dell'ordine sociale, gli obiettivi di politica sociale, la tutela dei destinatari di servizi, la tutela dei consumatori, la tutela dei lavoratori, compresa la protezione sociale dei lavoratori, la salvaguardia dell'equilibrio finanziario del regime di sicurezza sociale, la prevenzione della frode, la prevenzione della concorrenza sleale, la protezione dell'ambiente e dell'ambiente urbano, compreso l'assetto territoriale in ambito urbano e rurale, la tutela dei creditori, la salvaguardia della sana amministrazione della giustizia, la sicurezza stradale, la tutela della proprietà intellettuale, gli obiettivi di politica culturale, compresa la salvaguardia della libertà d'espressione dei vari elementi presenti nella società e, in particolare dei valori sociali, culturali, religiosi e filosofici, il mantenimento del pluralismo della stampa e la politica di promozione della lingua nazionale, la conservazione del patrimonio nazionale storico e artistico e la politica veterinaria.

¹¹³ Si veda le Note della Lega nazionale cooperative e mutue sul recepimento ed attuazione della direttiva 2006/123/CEE.

Infine appare necessario rivedere l'attuale composizione delle conferenze dei servizi di cui all'art. 9, comma 4 D. Lgs. 114/1998 per le grandi strutture di vendita. Come è noto, l'attuale formulazione della norma consente la partecipazione a titolo consultivo dei rappresentanti dei comuni contermini, delle organizzazioni dei consumatori delle imprese del commercio più rappresentative in relazione al bacino d'utenza dell'insediamento interessato. L'art. 14 comma 6 della direttiva 123/2006 vieta il coinvolgimento diretto o indiretto di operatori concorrenti anche in seno agli organi consultivi ai fini del rilascio delle autorizzazioni o ai fini dell'adozione di altre decisioni delle autorità competenti, ad eccezione degli organismi o ordini e delle associazioni professionali. Sarebbe senz'altro più coerente ad un mercato concorrenziale che voglia realizzare una efficiente e moderna rete distributiva escludere la presenza di imprese che non abbiano interesse, in relazione al proprio bacino d'utenza, all'ingresso di nuovi operatori commerciali profilandosi una situazione di "conflitto d'interesse" e al contrario la presenza di organismi quali le camere di commercio o le associazioni dei consumatori.

Soddisfatte queste condizioni, si potrà realizzare un mercato libero e competitivo, coerente con l'attuale panorama comunitario.

Cap. IV

Lo Sportello unico per le attività produttive (SUAP).

Sommario: 1. Lo Sportello unico per le attività produttive. Origini e finalità dell'istituto. 2 La nuova disciplina dello Sportello unico per le attività produttive (SUAP). 2.1. La procedura automatizzata. 2.2. Il procedimento ordinario 3. L'Agenzia per le imprese. 4. Considerazioni conclusive.

1.Lo Sportello unico per le attività produttive. Origini e finalità dell'istituto.

L'istituzione dello Sportello unico per le attività produttive¹¹⁴ avvenuta con il D.P.R. 20 ottobre 1998 n. 447, di attuazione del D. Lgs. 31 marzo 1998 n. 112 ha rappresentato, nell'ambito delle grandi riforme degli anni '90¹¹⁵ che hanno riguardato i rapporti tra P.A. e cittadini, uno degli strumenti di semplificazione, sia organizzativa, sia procedimentale dell'azione amministrativa.

Come è noto, la finalità dell'istituto è stata quella di creare una struttura amministrativa unica, responsabile dell'intero procedimento e facente capo al comune, deputata alla cura dei procedimenti per l'autorizzazione e l'insediamento delle attività produttive anche attraverso attività di assistenza e di informazione alle imprese¹¹⁶.

L'obiettivo della semplificazione veniva raggiunto unificando ciascuno dei singoli procedimenti amministrativi relativi a interessi pubblici diversi (edilizia, urbanistica, sicurezza pubblica, etc.) che quantunque collegati, comportavano

¹¹⁴ Per un approfondimento sulla disciplina dello sportello unico delle attività produttive, prima della riforma avvenuta con il D.P.R. 160/2010, si rimanda a L. CICI, *Industria, sportello unico per le imprese, Camere di commercio* in *Giorn. Dir. Amm.*, 1998, pag. 814 e ss; C. COSENTINO - F. FRASSA, *Lo sportello unico per le attività produttive*, Giuffrè editore, 2001; C. IUVONE - E. ROVERSI, *La disciplina dello sportello unico per le attività produttive ed il raccordo con le discipline di settore* in *Le istituzioni del federalismo*, n.5/2001, pagg. 921e ss; L. TORCHIA, *Lo Sportello unico per le attività produttive in Giorn. Dir. Amm.*, 1999, 109 e ss.

¹¹⁵ A partire dagli anni '90, come è noto, ha avuto inizio un complesso processo di riforma dell'azione amministrativa che ha interessato non solo il rapporto tra la P.A. e il privato cittadino, ma ha investito lo stesso *modus agendi* della P.A. L'avvio della stagione di riforma è iniziato con la L. 241/1990 che ha riconosciuto diritti in capo all'amministrato e superato il carattere di autoreferenzialità della P.A.

Sono seguite le riforme cd. Bassanini (l. 59/1997, l. 127/1997, l. 191/1998) con le quali è stato attuato un disegno di semplificazione, sia normativa, sia amministrativa. Quest'ultimo ha visto il trasferimento di funzioni dal centro alla periferia, ossia dallo Stato alle regioni e da quest'ultime agli enti locali. A completare il quadro di riforme è intervenuta la legge costituzionale n. 3/2001 che ha ridisegnato i confini e le competenze tra i vari livelli di governo e ha costituzionalizzato i principi di sussidiarietà, adeguatezza, differenziazione, già sanciti dalle leggi Bassanini. Per quanto riguarda la semplificazione normativa, con il d.l. 200/2008, convertito in legge n. 9/2009, il legislatore ha razionalizzato il corpus normativo rimuovendo dall'ordinamento ben 28.900 atti normativi primari antecedenti al 1948. Nel disegno di semplificazione rientra anche il d.l. 112/2008, convertito in l.133/2008 che ha previsto misure di semplificazione, tra le quali: la semplificazione della disciplina per l'installazione di impianti all'interno degli edifici (art. 35), la costituzione di un'impresa in giorno e il riordino della disciplina del SUAP (art. 38).

¹¹⁶ La Corte Costituzionale, con la sentenza 23 luglio 2002 n. 376 in *Giur. cost.*, 2002, 2791 ebbe modo di chiarire la portata dello Sportello unico per le attività produttive fondata "sulla concentrazione in una sola struttura .. della responsabilità dell'unico procedimento attraverso cui i soggetti interessati possono ottenere l'insieme dei provvedimenti abilitativi necessari per la realizzazione di nuovi insediamenti produttivi, nonché sulla concentrazione nello sportello unico .. dell'accesso a tutte le informazioni da parte dei medesimi soggetti interessati: ciò al fine di evitare che la pluralità delle competenze e degli interessi pubblici oggetto di cura in questo ambito si traduca per i cittadini in tempi troppo lunghi e in difficoltà di rapporti con le Amministrazioni".

tuttavia decisioni autonome in quanto facenti capo a soggetti pubblici distinti operanti su diversi livelli di governo. In altri termini, quelli che erano in precedenza provvedimenti autonomi adottati con un procedimento a se stante, con lo Sportello unico diventano “atti istruttori” finalizzati all’adozione di un unico provvedimento finale. Infatti, l’art. 4 del D.P.R. n. 447/1998 disponeva che tale provvedimento fosse “titolo unico per la realizzazione dell’intervento richiesto”. Pertanto esso assorbiva tutti gli atti istruttori (pareri, nulla osta) intervenuti nel corso del procedimento.

Ciò posto, l’istituzione dello sportello unico non comportò affatto la soppressione di funzioni e di competenze diverse, avendo il medesimo la funzione di far confluire l’esercizio dell’azione amministrativa in una *unitaria sequenza procedimentale*¹¹⁷.

Il fondamento veniva individuato nei principi di sussidiarietà, adeguatezza dell’azione amministrativa, recepiti poi dalla riforma costituzionale sul titolo V. La scelta di attribuire in capo al comune le funzioni amministrative in materia di attività produttive non è casuale, in quanto ente più vicino al cittadino che gestisce il proprio territorio, ne cura gli interessi e promuove lo sviluppo economico.

Tra le attività comprese nella generica nozione di attività produttive rientravano gli esercizi industriali.

Il D.P.R. 7 dicembre 2000 n. 440 (art. 1bis) al fine di fugare dubbi circa il reale ambito d’ applicazione dell’istituto, ha esteso l’applicabilità dello Sportello unico a tutte le attività di produzione di beni e di servizi, ivi incluse le attività agricole, commerciali, artigiane, le attività turistiche e ed alberghiere, i servizi resi dalle banche e dagli intermediari finanziari, i servizi di telecomunicazioni.

Tra le attività incluse, dunque, rientrerebbe anche quella commerciale nel rispetto della specifica normativa di settore. La struttura unica applicherà la disciplina sostanziale sul commercio provvedendo al rilascio dell’ autorizzazione commerciale nel corso di un unico procedimento.

¹¹⁷ C. IUVONE – E. ROVERSI, *La disciplina dello sportello unico per le attività produttive ed il raccordo con le discipline di settore*, op. già cit.

Nonostante la *ratio* perseguita, di semplificazione, di celerità, e di riduzione dei tempi e dei costi dell'azione amministrativa, a quasi più di un decennio dalla sua istituzione, lo Sportello unico non ha rappresentato un'innovazione decisiva per la crescita e la competitività del Paese.

Molti comuni, soprattutto quelli di piccola dimensione, non hanno sostituito la procedura cartacea con quella informatica; altre volte non si è realizzato quell'esigenza di coordinamento tra uffici comunali, coordinamento necessario per una proficua azione amministrativa, infine, la scarsità delle risorse finanziarie e professionali sono state causa dell'insuccesso dell'istituto.

La necessità di realizzare procedure semplificate per lo sviluppo delle attività produttive è stata avvertita anche in ambito comunitario: con la direttiva 2006/123 CEE l'U.E. invitava gli Stati membri *"a provvedere affinché i prestatori possano espletare le procedure e le formalità seguenti mediante i punti di contatto denominati sportelli unici (art. 6) e ancora, "che le procedure e le formalità relative all'accesso ad un'attività di servizio possano essere espletate con facilità, a distanza e per via elettronica, mediante lo sportello unico e le autorità competenti (art. 8).*

Anche il legislatore italiano ha avvertito la necessità di una profonda riforma dello Sportello unico: l'art. 38, comma 3 D.L. 25 giugno 2008 n. 112, convertito in Legge 6 agosto 2008 n.133 contiene una disciplina di riordino e di semplificazione del SUAP da attuarsi con regolamento.

Il D.P.R. 7 settembre 2010 n. 160 ha completamente riscritto la normativa sullo sportello unico con la conseguente abrogazione del D.P.R. n. 447/1988.

L'intervento del legislatore su tale disciplina non è affatto lesivo delle attribuzioni regionali. Come ha avuto modo di precisare di recente la Corte Costituzionale¹¹⁸ la disciplina normativa non rientra nell'ambito delle materie ricondotte sotto la generica dizione di attività produttive (industria, commercio, agricoltura, artigianato) , di competenza residuale delle regioni, ma in quella di *"coordinamento informativo statistico e informatico dei dati dell'Amministrazione statale, regionale e locale"* di cui all'art. 117, 2comma lett. r Cost., materia, dunque, di esclusiva competenza statale.

¹¹⁸ Corte Costituzionale, sentenza n. 15/2010 in .

2.La nuova disciplina dello Sportello Unico per le attività produttive (SUAP).

Il D.P.R. n. 160/2010 individua il SUAP¹¹⁹ “*unico soggetto pubblico di riferimento territoriale per tutti i procedimenti che abbiano ad oggetto l’esercizio di attività produttive e di prestazione di servizi e quelli relativi alle azioni di localizzazione, realizzazione, trasformazione, ristrutturazione o riconversione, ampliamento o trasferimento, nonché cessazione o riattivazione delle suddette attività, ivi compresi quelli di cui al decreto legislativo 26 marzo 2010 n. 59*” (art 1).

La funzione del SUAP è quella di offrire all’imprenditore una risposta unica in modo telematico in luogo degli altri uffici pubblici coinvolti e di tutte le Amministrazioni pubbliche coinvolte nel procedimento ivi incluse quelle preposte alla tutela degli interessi protetti¹²⁰ (art. 4).

Nella nuova versione delineata dal regolamento, il SUAP diventa *interlocutore unico* nei rapporti tra P.A. e cittadino per tutti i procedimenti relativi alle attività produttive con la sola esclusione di una serie di procedimenti elencati all’art. 2 comma4, ossia i procedimenti relativi agli impianti e alle infrastrutture energetiche, alle attività connesse all’impiego di sorgenti di radiazioni ionizzanti e di materie radioattive, agli impianti nucleari e di smaltimento di rifiuti radioattivi, alle attività di prospezione, ricerca e coltivazione di idrocarburi e infine, alle infrastrutture strategiche .

L’obiettivo di semplificazione, che affianca quello di **promozione e di sviluppo del territorio** (perché un’azione efficiente del SUAP consentirà anche una crescita economica del territorio) viene raggiunto concentrando in una sola struttura la responsabilità dei vari procedimenti relativi alle attività produttive, evitando che la pluralità di competenze possa allungare i tempi per intraprendere un’attività industriale o commerciale.

¹¹⁹Per un approfondimento sulla nuova disciplina del SUAP si rinvia a: I. SALZA, *La riforma dello sportello unico per le attività produttive dopo la SCIA*, DIKE editore, 2010, C. RAPICAVOLI, *Lo sportello unico per le attività produttive e le agenzie per le imprese: la disciplina prevista dal dpr 7 settembre 2010 n. 160 e dal dpr 9 luglio 2010 n. 159* in Lexitalia. it, 10/2010, C. APPONI - B. FUOCO - R. SESTINI, *La nuova disciplina delle attività economiche e dello Sportello unico* in Comuni D’Italia, n. 3/2010, pagg. 65- 71.

¹²⁰ Sono “interessi protetti” quelli che attengono alla tutela di valori costituzionali e che lo stesso art. 4, comma 1D.P.R. 7 SETTEMBRE 2010 n. 160 precisa che riguardano: la tutela ambientale, quella paesaggistico - territoriale, del patrimonio storico - artistico, della tutela della salute e della pubblica incolumità.

Al fine di consentire la piena operatività del SUAP e la sua attivazione in tempi ragionevoli¹²¹, il legislatore ha previsto che qualora il comune non provveda alla sua istituzione o, se istituito esso non risponda ai requisiti di legge, l'esercizio delle relative funzioni venga delegato, anche in assenza di provvedimenti espressi, alle Camere di commercio territorialmente competenti, le quali provvederanno alla gestione telematica dei procedimenti, comprese le fasi di ricezione delle domande, la divulgazione delle informazioni, l'attivazione di adempimenti, il rilascio di ricevute all'interessato e il pagamento dei diritti e delle imposte (art. 4 commi 11, 12).

Ogni domanda, dichiarazione, segnalazione, atti dell'Amministrazione è trasmessa esclusivamente **in forma telematica** al SUAP al quale sono attribuite anche competenze dello sportello unico per l'edilizia produttiva.

Ciascun comune individuerà l'ufficio competente per il SUAP e il relativo responsabile; nelle more dell'individuazione del responsabile, precisa l'art. 4 comma 4, il ruolo di responsabile è ricoperto dal segretario comunale.

Il legislatore ha previsto due tipi di procedure davanti al SUAP: a) la procedura **automatizzata** per quelle attività economiche sottoposte al regime della SCIA o del silenzio - assenso per le quali la semplice presentazione della segnalazione consentirà l'inizio dell'attività; b) la procedura **ordinaria** per i procedimenti più complessi nei quali è prevista la convocazione della conferenza dei servizi e che si concludono con l'adozione di un provvedimento espresso.

¹²¹ L'art. 4, comma 10 D.P.R. n. 160/ 2010 stabilisce che: "entro centoventi giorni dalla data di pubblicazione nella Gazzetta ufficiale del presente regolamento, i comuni attestano, secondo le modalità previste dall'art. 4, comma 2 dell'Allegato unico, la sussistenza in capo ai SUAP del proprio territorio dei requisiti di cui all'art. 38, comma 3 lett. a e a-bis del decreto - legge e all'art. 2, comma 2 del presente regolamento, trasmettendola al Ministero per lo sviluppo economico che cura la pubblicazione dell'elenco dei SUAP sul portale. Tale elenco può essere successivamente integrato su richiesta dei comuni i cui SUAP abbiano nelle more acquisito tali requisiti. Sono fatte salve le funzioni di verifica e di monitoraggio di cui all'art.11".

2.1 La procedura automatizzata.

La procedura automatizzata è quella che troverà più diffusione in quanto comprende quelle attività soggette a SCIA. La domanda per intraprendere l'attività sarà presentata al SUAP (art. 5 comma 1 D.P.R. 160/2010).

Il legislatore ha realizzato un coordinamento (reso necessario dall'entrata in vigore della L. 122/2010), tra la SCIA¹²² che come è noto, sostituisce la DIA e lo sportello unico.

Presentata la segnalazione, il SUAP verifica con modalità informatica la sua completezza formale: in caso di esito positivo rilascia automaticamente la ricevuta e trasmette immediatamente in via telematica la segnalazione e i relativi allegati alle amministrazioni e agli uffici competenti (art. 5 comma 4).

A seguito di tale rilascio, il richiedente potrà, ai sensi dell'art. 19 L. 241/1990, intraprendere immediatamente l'intervento o l'attività.

L'avvio immediato dell'attività a seguito del rilascio della ricevuta costituisce una importante novità perché il cittadino non potrà più attendere, come era previsto precedentemente, il decorso dei trenta giorni.

La ricevuta telematica, (precisa l'art.5 comma 7), costituisce *titolo autorizzatorio ai fini del ricorso agli ordinari rimedi di tutela dei terzi e di autotutela dell'Amministrazione*.

L'attribuzione del valore provvedimento alla ricevuta rilasciata dal SUAP, costituirà senz'altro oggetto di dibattito soprattutto per quel che concerne le forme di tutele del terzo che sia stato leso da un'attività svolta sulla base di una semplice presentazione di una segnalazione. Si tratta dell' identica questione che ha investito a suo tempo anche la DIA e tuttora non ancora risolte¹²³.

¹²² La possibilità per il controinteressato pregiudicato dal rilascio di una DIA (ma analogo discorso potrebbe essere fatto oggi anche per la ricevuta rilasciata dal SUAP), di esperire un'azione di accertamento autonomo davanti al giudice amministrativo, era stata proposta da parte della giurisprudenza amministrativa che aveva attribuito alla dichiarazione del privato la natura di autorizzazione implicita di natura provvedi mentale. Osserva infatti Cons. St., Sez. VI, 5 aprile 2007 n. 1550 in *Guida al diritto*, 2007, 18, 100: "con il decorso del termine di trenta giorni dalla presentazione della DIA, si forma un'autorizzazione implicita di natura provvedimento, che può essere contestata dal terzo entro l'ordinario termine di decadenza di sessanta giorni, decorrenti dalla comunicazione al terzo del perfezionamento della dia o dall'avvenuta conoscenza del consenso implicito all'intervento oggetto di DIA".

¹²³ La natura giuridica della DIA, ora SCIA, con le conseguenze relative alla tutela del terzo costituisce tuttora una *querelle* non risolta dalla giurisprudenza. Di recente, la IV Sezione del Consiglio di Stato con ordinanza 5 gennaio 2011 n. 14 in www.altalex.com ha rimessa all'Adunanza Plenaria, la qualificazione giuridico - sostanziale della SCIA e il rimedio giurisdizionale esperibile da parte del terzo.

Ad una prima lettura, sembrerebbe che il terzo possa esperire davanti al G.A., anche in assenza di un'espressa previsione di legge, un'azione accertamento autonoma volta all'accertamento circa la inesistenza dei presupposti che fonderebbero l'esercizio dell'attività sulla base della sola segnalazione.

Su questa ricevuta - provvedimento potrà intervenire, oltre il terzo, anche la stessa Amministrazione attraverso il proprio potere di autotutela.

Nelle ipotesi in cui l'attività da intraprendere sia invece soggetta alla disciplina del silenzio - assenso di cui all'art. 20 L. 241/1990, " *il silenzio maturato a seguito del rilascio della ricevuta, emessa automaticamente., equivale a provvedimento di accoglimento della domanda senza necessità di ulteriore istanze o diffide*".

Le ipotesi di applicazione del silenzio - assenso sono oggi, con l'introduzione della SCIA alquanto limitate, avendo il legislatore ampliato l'ambito di operatività della SCIA nei cui riguardi si può parlare di una generalizzazione dell'istituto.

In definitiva, sia le ipotesi di attività produttive soggette a SCIA, (per le quali la ricevuta telematica costituirà titolo per l'esercizio dell'attività), sia quelle sottoposte al regime del silenzio - assenso ove il silenzio equivarrà a provvedimento di accoglimento, ambedue ricondotte dal legislatore al cd. *procedimento automatizzato* per la celerità del procedimento (di cui all'art. 5 del regolamento) hanno potenziato il SUAP divenuto unica struttura in grado di dare una risposta in tempi certi all'imprenditoria. Nello stesso tempo, tali procedure liberano l'Amministrazione da inutili istruttorie grazie alla informatizzazione dei procedimenti e snelliscono le procedure burocratiche per l'avvio di un'attività economica.

2.2. Il procedimento ordinario.

Il D.P.R. 160/2010 (art. 7) ha previsto per i procedimenti più complessi, sottratti alla disciplina della SCIA e del silenzio - assenso, l'adozione di un provvedimento espresso da parte del SUAP .

Dunque, per i procedimenti non soggetti né alla SCIA, né al silenzio - assenso, l'istanza per l'esercizio dell'attività è presentata al SUAP, che entro trenta giorni ha possibilità di chiedere eventuali integrazioni. Verificata la completezza della documentazione, il SUAP adotta formale provvedimento conclusivo entro trenta giorni (art. 7, comma 1).

In definitiva l'adozione del provvedimento dovrà avvenire nei sessanta giorni, in quanto nei trenta giorni il SUAP potrà richiedere all'interessato eventuali integrazioni; decorso tale termine (è a tal fine univoco il 2 comma dell'art. 7 nel dire espressamente "*decorso il termine di cui al comma 1*") il SUAP potrà adottare entro trenta giorni il provvedimento conclusivo.

E' fatta salva la previsione di un termine più breve da parte della normativa regionale: è questa un'importante novità che consentirà di derogare alla legislazione statale se le previsioni da parte delle leggi regionali prevedano termini più brevi.

Il responsabile del procedimento potrebbe indire una conferenza di servizi: si tratta di una *facoltà* prevista dal comma 3 dell'art. 7 per quei procedimenti di durata inferiore ai novanta giorni. Se quest'ultima non è indetta o se è scaduto il termine entro il quale le altre Amministrazioni dovevano pronunciarsi, l'Amministrazione conclude il procedimento prescindendo da ogni altra determinazione.

La conferenza di servizi è sempre obbligatoria nel caso in cui i procedimenti abbiano durata superiore ai novanta giorni ovvero nei casi previsti dalle discipline regionali (art. 7 comma 3 seconda parte). Qualora le Amministrazioni convocate non diano risposta, anche se preposte alla tutela di interessi sensibili, l'Amministrazione procedente, ai sensi dell'art. 38 comma 3 lett. h d.l. 112/2008, conclude il procedimento prescindendo dal loro avviso. Dunque competerà al SUAP adottare un provvedimento di assenso o di diniego. Tale provvedimento,

precisa il comma 6, è *“ad ogni effetto titolo unico per la realizzazione dell'intervento e per lo svolgimento delle attività richieste”*.

3.L'Agenzia per le imprese.

Una delle novità previste dalla nuova normativa, ispirata da un'esigenza di riduzione dei tempi dell'azione amministrativa, è la possibilità per il cittadino che voglia intraprendere un'attività economica di poter avvalersi, in luogo del SUAP, dell'Agenzia per le imprese, ossia di organismi privati accreditati deputati ad attestare la sussistenza dei requisiti per la realizzazione, la trasformazione, il trasferimento, la cessazione di un'attività.

Terminata l'istruttoria, l'Agenzia trasmetterà al SUAP una dichiarazione di conformità, comprensiva della SCIA o della domanda presentata dal soggetto interessato, corredata dalle certificazioni e dalle attestazioni richieste e che costituisce titolo autorizzatorio per l'esercizio dell'attività e per l'avvio immediato dell'attività per quei procedimenti che non sono caratterizzati da discrezionalità (art. 2, comma 3D.P.R.160/2010). Per quei procedimenti caratterizzati da discrezionalità invece si limiterà a svolgere attività istruttoria.

L'istituzione delle Agenzie, le cui funzioni dovranno essere svolte con terzietà ed imparzialità, da un lato, sarà di supporto all'azione amministrativa svolta dal SUAP, svolgendo appunto tali organismi funzioni istruttorie, da un altro lato, libererà la P.A. da compiti di assistenza informativa in merito alla compilazione, predisposizione, dei relativi procedimenti. Nello stesso tempo tale nuovo organismo costituirà in un'ottica di sussidiarietà punto di raccordo tra cittadino e impresa e a sua volta tra di raccordo con i poteri pubblici.

L'Agenzia per le imprese può essere annoverata tra quei soggetti privati che svolgono pubbliche funzioni amministrative e la cui azione, se coordinata con il SUAP consentirà uno sviluppo delle imprese sul territorio.

4. Considerazioni conclusive.

Il SUAP nella nuova versione delineata dal D.P.R. 160/2010 ha l'ambizione di superare il vecchio sistema di gestione dei procedimenti legato a complesse, farraginose e defatiganti prassi burocratiche. Il nuovo istituto se attuato secondo le linee legislative potrà promuovere concretamente l'iniziativa privata attraverso una riduzione dei procedimenti anche attraverso una loro unificazione e costituire punto di raccordo tra poteri pubblici e cittadino.

E' senz'altro coerente con la finalità di semplificazione che anima la legge, lo snellimento delle procedure burocratiche, l'informatizzazione prevista dalla fase di inizio a quella di conclusione del procedimento, il miglioramento complessivo dei servizi soprattutto in un momento come quello attuale di crisi del sistema economico e della stessa competitività del Paese ove l'imprenditore non può attendere i tempi lunghi della burocrazia per poter avviare un'attività commerciale anche di piccola dimensione.

Il SUAP sarà chiamato a gestire tanti procedimenti: non solo il commercio, la somministrazione di alimenti e bevande, l'industria, ma anche attività artigianali, turistiche, assistenziali, etc. Ciò comporterà la dotazione di un buon apparato amministrativo nella scelta del responsabile del procedimento e delle figura di raccordo tra il SUAP e gli altri uffici (urbanistica, ASL, vigili del fuoco).

In sede di prima applicazione dell'istituto, è auspicabile la sottoscrizione di accordi oppure di intese tra regioni ed enti locali al fine di garantire, sia la piena funzionalità e operatività dell'istituto, sia la omogenizzazione delle procedure quantomeno in ambito regionale pena il rischio di applicazioni diverse dell'istituto tra i vari enti locali.

Le recenti modifiche legislative¹²⁴ sembrano delineare un nuovo ruolo dell'Amministrazione, non più nella dimensione tradizionale, deputata all'esercizio di una pubblica funzione amministrativa caratterizzata dal suo agire in modo autoritario, ma come ente in grado di poter offrire anche un servizio e il

¹²⁴ Ci si riferisce alla legge 30 luglio 2010 n. 122 di conversione del decreto - legge

cui ruolo è limitato alla supervisione e alla verifica delle attività dichiarate e avviate su segnalazione del privato.

Sotto questo aspetto l'Amministrazione è oggi regolatore terzo delle attività economiche con poteri di accertamento e di autotutela.

Un ultimo aspetto merita approfondimento: l'istituzione dell'Agenzia per le imprese consentirà agli imprenditori di scegliere liberamente di quale struttura avvalersi sulla base della convenienza e sulla qualità del servizio offerto. Esse potranno svolgere funzioni di collaborazione in nome della sussidiarietà orizzontale con la P.A. liberata da inutili formalismi e prassi burocratiche e promuovere concretamente la libertà d'iniziativa privata.

BIBLIOGRAFIA

Sulla disciplina del commercio in generale:

ACQUARONE G., *La denuncia di inizio attività. Profili teorici*. Milano, 2000.

AMORTH A., *Commercio (disciplina amministrativa)* in Enc. Dir., VII, *ad vocem*, Milano, Giuffrè, 1960.

ANDREIS M., *Commercio: autorizzazione senza pianificazione*, (nota a Consiglio di Stato, Sez. V, 29 marzo 2010 n. 1785) in *Urbanistica e appalti*, n. 10/2010, pagg. 1151- 1164.

APPONI C., FUOCO B., SESTINI R., *La direttiva servizi fra liberalizzazione e nuovi procedimenti autorizzatori in Comuni D'Italia*, 3/2010, pagg. 51- 64.

ARGENTATI A. , *La disciplina giuridica del commercio tra diritto interno e influssi comunitari. Profili evolutivi e prospettive* in *Diritto dell'economia*, I, 2004, fasc. n.1, pagg. 141- 170.

ARGIOLAS B., *L'attuazione della riforma del commercio al dettaglio tra liberalizzazione e decentramento* in *Giornale di diritto amministrativo*, n. 8/2002, pagg. 907 - 914.

ARGIOLAS B., *Commercio* in M. Clarich - G. Fonderico (a cura di) *Dizionario di diritto amministrativo*, Milano, 2007, 135.

ARMENANTE F., *L'organizzazione giuridica del commercio tra regola e eccezione*, Gentile editore, Salerno, 2003.

AUTORITA' GARANTE DELLA CONCORRENZA E DEL MERCATO, segnalazione, *Riforma della regolazione promozione della concorrenza*, 14 gennaio 2002, in *Boll. AGCM*, nn. 1-2/2002.

BARBIERI A., *Autorizzazione commerciale e condono edilizio* in *Lexitalia.it*, n. 7-8/2010 pagg. 1-7.

BARDELLI G., *Silenzio assenso e condizioni dell'azione in materia di commercio* (nota a Cons. St., Sez. V, 14 gennaio 2009 n. 107) in *Urb. e app.*, 2009, 436

BASSANI M., *Esercizio dell'attività di vendita al dettaglio sulle aree private in sede fissa* in *Il Commercio*, pag. 78.

BASSANI M., *Permesso di costruire e autorizzazione commerciale: un vincolo indissolubile* (nota a commento a Con. St., Sez. V, 8 luglio 2008 n. 3398) in *Urb. e app.*, 10/2008, pagg. 1161 -1163.

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

CAPUTI JAMBRENGHI M. T. P., *Studi sulla disciplina dell'insediamento commerciale*, Milano, 2000.

CAPUTO O. M., *Urbanistica commerciale, legittimazione attiva all'impugnazione* in *Urbanistica e appalti*, 2009, n. 6, 727- 733.

CARDONI C., *I profili della recente legislazione regionale in materia di commercio* in *Giornale di diritto amministrativo* n. 4/2008, pagg. 395- 399.

CASALINI D., *Autorizzazione all'esercizio del commercio su area pubblica appartenente al demanio ferroviario e uso particolare del bene pubblico* (nota a Consiglio di Stato, Sez. V, 4 luglio 2003 n. 3074) in *Foro amm. CDS*, 2003, 9.

CASO F. - CIAGLIA G., *La pianificazione territoriale del commercio. L'urbanistica commerciale dopo il D.Lgs 31 marzo 1998 n. 114*, Maggioli editore, 2000.

CERIZZA M. A., *Cadono le barriere per stabilimento e attività* in *Guida al dir.*, n. 21/2010, 50 e ss.

CERULLI IRELLI, *Pianificazione urbanistica ed interessi differenziati* in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 1985, 366 e ss

CIAGLIA G., *Evoluzione dei rapporti tra autorizzazioni all'esercizio del commercio e disciplina urbanistico – edilizia a seguito dell'entrata in vigore del D.Lgs. 31 marzo 1998 n. 114* in *Lexitalia.it*.

CLARICH M. - PISANESCHI A., *La legge costituzionale n. 3/2001, la competenza esclusiva delle regioni in materia di commercio e il limite "delle grandi riforme economiche – sociali"* in *Disciplina del commercio e dei servizi*, n. 2/2002, pagg. 255 – 260.

CORTESE W., *La tutela dei centri storici e delle città d'arte. Profili normativi e prospettive alla luce della legislazione statale, regionale e comunitaria* in *Nuove autonomie*, 2-3/1998, 236 e ss.

D'ANGELO G., *Quadro dei soggetti e delle competenze in tema di interventi nei centri storici* in *Rivista giuridica dell'edilizia*, 1994, 216 e ss.

DI STILO R. O., *Evoluzione storica della disciplina commerciale al dettaglio. Dal sistema distributivo libero al sistema distributivo vincolato; dal sistema distributivo programmato alla quasi abrogazione della programmazione* in *Disciplina del commercio e dei servizi*, 2009, fasc. 4, pagg. 43- 51.

DI STILO R. O., *La disciplina degli esercizi pubblici*, Firenze, Nocchioli, 1991.

FARES G., *Programmazione urbanistica ed insediamenti commerciali in una recente pronuncia della Corte Costituzionale* (nota a Corte Costituzionale, 22 giugno 2004 n. 176) in *Riv. Giur. edilizia*, 2005, 1, 21 e ss.

LIGUORI F., *Attività liberalizzate e compiti delle amministrazioni*, ESI, Napoli, 2000.

LODI PIZZOCHERO P., *Sulla legittimità costituzionale di una norma legislativa regionale limitativa dell'esercizio di commercio itinerante su aree pubbliche* in *Foro amm. TAR*, 2009, 4, 1018 e ss.

LONGOBARDI N., *Attività economiche e semplificazione amministrativa. La "direttiva Bolkeinstein" modello di semplificazione* in *Diritto e processo amministrativo*, n. 3/2009, pagg. 695 - 716.

MAGGIORA E. *La disciplina del commercio*. Giuffrè editore, 2008.

MELE E., *L'autorizzazione sanitaria per gli esercizi commerciali* in *Foro amm.*, 2001, 2-3, 783 e ss.

MELE F., *Alcuni aspetti della riforma della disciplina del commercio ex D.Lgs. 31 marzo 1998 n. 114* in *Foro amm.*, 1999, 5, 1168.

MORZENTI PELLEGRINI R., *Il procedimento amministrativo di autorizzazione nel settore del commercio e delle attività produttive: dalla semplificazione all'unificazione* in *Foro amm. CDS*, 2003, 2, 761 e ss.

ORLANDO A., *Il commercio* in *Trattato di diritto amministrativo* a cura di S. Cassese, Milano, 2000, pagg. 2699 - 2742.

PELLEGRINI L., *Il commercio in Italia*, Bologna, 2001.

QUAGLIA, *Alcune considerazioni sulle tendenze evolutive della pianificazione urbanistica* in *Dir. Amm.*, 2003, 829

RAGAZZINI A., *Considerazioni sull'art. 3 D.L. n. 223 del 2006: ciò che dispone ed anche ciò che omette di disporre* in *Foro amm. CDS*, 2006, 9, 2665.

RAGONESI, *La disciplina dell'attività commerciale*, Milano, 1981.

SANAPO M., *I centri storici come beni culturali: un percorso difficile* in *Aedon*, 2/2001.

SANDULLI M. A., *L'autorizzazione al commercio di vendita a posto fisso*, Milano, Giuffrè, 1990.

VARALDO R., *La disciplina del commercio tra liberalizzazione e regolamentazione* in *Riv. Trim. dir. Pubblico*, 1998, pagg. 983- 1010.

VILLATA R., *Autorizzazione amministrativa ed iniziativa economica privata*, Milano, Giuffrè, 1974.

ZANOBINI G., *Corso di diritto amministrativo* Milano, Giuffrè, 1958.

ZUCCHETTI, *Il regime autorizzatorio nell'ordinamento costituzionale e comunitario*, in *Foro amm.*, 2004, pag. 46.

Sulla pianificazione commerciale in particolare:

ABBAMONTE G., *Programmazione economica e pianificazione territoriale* in *Enc. Dir. II*, Milano, 1998, 796- 814.

BULLADO E., *Trent'anni di politica commerciale in Italia: dalla pianificazione commerciale alla pianificazione urbanistica* in *Riv. Geogr. Ital.*, n. 3/2002, pagg. 441 - 474.

CAPUTI JAMBRENGHI M. T. P. - F. SAITTA, *Rapporti tra pianificazione urbanistica e disciplina del commercio* in www.giustamm.it, 2/2008.

LOLLI A., *Pianificazione urbanistica, interessi economici e pianificazione commerciale in Territorialità e delocalizzazione nel governo locale* a cura di M. Cammelli, Il Mulino, 2007, pagg. 569- 584.

MARENGHI E. M., *Nuove tendenze nei rapporti tra urbanistica e commercio* in *Riv. Giur. urb.*, 1999, 299 e ss.

MARINO I. M., *Pianificazione territoriale e sviluppo economico* in *Dir. ed economia*, 2001, pagg. 333 e ss.

MORBIDELLI G., *Rapporti tra disciplina urbanistica e disciplina del commercio* in *Scritti per Mario Nigro. Problemi attuali di diritto amministrativo*, vol. II, Milano, Giuffrè, 1991, pagg. 227 - 272.

RAGANELLI T., *Pianificazione commerciale e regime delle autorizzazioni* in *Gior. Dir. Amm.*, 1998, 622.

RAMAIOLI M., *La regolazione amministrativa dell'economia e la pianificazione economica nell'interpretazione dell'art. 41 della Costituzione* in *Dir. amm.*, 2008, 1, 121.