

Giuliano Grüner

Liberalizzazioni ed autonomie locali*

SOMMARIO: 1. Premessa. - 2. Le misure generali di liberalizzazione ed il loro impatto sulle funzioni amministrative degli enti locali - 3. La liberalizzazione dell'attività edilizia privata. - 4. La liberalizzazione del commercio ed i suoi rapporti con il potere di pianificazione urbanistica. 4. - La liberalizzazione dei servizi pubblici locali di rilevanza economica. - 5. Considerazioni conclusive.

1. *Premessa*

Questo contributo cercherà di analizzare e di valutare criticamente i principali effetti che le recenti misure di liberalizzazione, adottate in risposta alla crisi economica in atto, hanno prodotto sugli ordinamenti degli enti locali.

Il complessivo quadro normativo è stato caratterizzato, al riguardo, specialmente negli ultimi due anni, da una straordinaria quantità di interventi del legislatore¹: per questo, l'analisi potrà concentrarsi sui soli profili di maggiore rilievo in relazione all'argomento trattato, tralasciando gli altri. Inoltre, ci si concentrerà soltanto sulle misure di liberalizzazione propriamente dette² (o, almeno, così qualificate dallo

* Questo contributo è destinato ad essere pubblicato negli atti del Convegno *Liberalizzare o regolamentare: il diritto amministrativo di fronte alla crisi*, tenutosi a Copanello (CZ) nei giorni 29 e 30 giugno 2012.

¹ Che verranno via via richiamati nel testo.

² Le quali possono comprendere, come è noto, sia le liberalizzazioni così dette "amministrative", sia le liberalizzazioni così dette "economiche". Le prime si hanno nei casi in cui l'esercizio di una determinata attività, in precedenza sottoposto ad un previo potere *lato sensu* autorizzatorio di una autorità pubblica, viene "liberata" da tale potere (alla luce di ciò, non è chiaro se quello della d.i.a.-s.c.i.a. rappresenti un istituto di "vera" liberalizzazione oppure no: sul punto cfr. *infra*). Le liberalizzazioni "economiche", invece, si hanno nei casi in cui un mercato, in precedenza caratterizzato da una situazione di monopolio legale o di contingentamento degli operatori economici, dipendente, in quest'ultimo caso, non da obiettive cause fisico-naturali, ma da ragioni economiche, viene aperto all'ingresso di una quantità indeterminata di operatori economici tra loro in concorrenza (da questa fattispecie dovrebbero escludersi, dunque, le misure che introducono la così detta concorrenza "per il mercato"). È normale, peraltro, che una liberalizzazione economica possa richiedere, quanto meno per attuarsi nella sua prima fase, l'introduzione di un regime di previa autorizzazione. Inoltre, il venir meno di un previo potere autorizzatorio non comporta necessariamente che l'attività risulti totalmente libera, giacché po-

stesso legislatore) e non anche sulle attigue, ma diverse, misure di semplificazione³, che pure sono state recentemente introdotte⁴.

In considerazione di ciò, dunque, ci si soffermerà: in primo luogo, sulle misure di liberalizzazione che possono definirsi generali, perché riguardano, almeno potenzialmente, la generalità delle Amministrazioni pubbliche: rispetto ad esse, occorrerà verificare se e quali particolari ricadute possono avere in ordine alle funzioni amministrative rimesse agli enti locali; in secondo luogo, sulle misure di liberalizzazione dell'attività edilizia privata, giacché rispetto a quest'ultima, come è noto, gli enti locali svolgono la quasi totalità delle funzioni amministrative; in terzo luogo, e per la medesima ragione, sulle misure di liberalizzazione del settore del commercio, per quanto concerne, in particolare, i loro rapporti con il potere di pianificazione urbanistica; infine, sulle liberalizzazioni dei servizi pubblici locali di rilevanza economica.

Non appare inopportuno ricordare, al riguardo, che quello delle liberalizzazioni è un tema non soltanto intrinsecamente caratterizzato dall'ideologia (pur assunta, tale espressione, nel più alto e nobile dei suoi significati), ma anche, almeno negli ultimi tempi, premiato da un generale consenso – talvolta, invero, “estremo” – presso l'opinione pubblica italiana. Poiché, peraltro, l'analisi che segue si propone di avere carattere esclusivamente giuridico, si cercherà, per quanto è possibi-

rebbe risultare sottoposta ad altri poteri autorizzatori o comunque ad altri poteri pubblici di vigilanza e controllo: in quest'ultimo caso si avrà, allora, una liberalizzazione parziale; nell'altro caso, invece, si avrà una liberalizzazione “radicale”, detta anche *deregulation*.

Su tutti questi aspetti cfr. G. CORSO, *Liberalizzazione amministrativa ed economica*, in *Dizionario di diritto pubblico*, diretto da S. Cassese, IV, Milano, 2006, 3493 ss.; ID., *Attività economica privata e deregulation*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 1998, 629 ss.; S. CASSESE, *Quattro paradossi sui rapporti tra poteri pubblici ed autonomie private*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 2000, 389 ss.; nonché, per quanto specificamente concerne l'analisi delle diverse funzioni dell'autorizzazione amministrativa, F. FRACCHIA, *Autorizzazione amministrativa e situazioni giuridiche soggettive*, Napoli, 1996, *passim*.

³ Che si caratterizzano per incidere solo sul modulo procedimentale, e non anche sul potere amministrativo, che, in sé, rimane: cfr., sul tema, F. MANGANARO, *Principio di legalità e semplificazione dell'attività amministrativa*, Napoli, 2000, *passim*; R. FERRARA, *Procedimento amministrativo, semplificazione e realizzazione del risultato: dalla “libertà dall'amministrazione” alla “libertà dell'amministrazione”?*, in *Dir. Soc.*, 2000, 101 ss.; ID., *Le “complicazioni” della semplificazione amministrativa: verso un'amministrazione senza qualità?*, in *Dir. Proc. Amm.*, 1999, 322 ss.; S. CASSESE, *La semplificazione amministrativa e l'orologio di Taylor*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 1998, 699 ss.

⁴ Basti pensare, al riguardo, al d.l. n. 5 del 2012, convertito, con modificazioni, dalla l. n. 35 del 2012.

le, di non farsi “pregiudicare”, per l'appunto, dall'ideologia, tenendo, al contempo, il più possibile presente l'insegnamento per cui «*un solo atteggiamento pregiudiziale è forse consentito allo studioso: cioè il distacco, la conservazione di una certa distanza critica anche soprattutto rispetto alle opinioni e alle tendenze che si vanno accreditando come più moderne e attuali*»⁵.

2. *Le misure generali di liberalizzazione ed il loro impatto sulle funzioni amministrative degli enti locali*

Vengono in considerazione, innanzitutto, le misure generali di liberalizzazione, introdotte negli ultimi due anni mediante decretazione di urgenza. Di esse, come si è già accennato, occorre occuparsi per valutare se e quali concrete ricadute abbiano avuto, in particolare, sull'ordinamento degli enti locali e sulle funzioni amministrative dai medesimi esercitate. A tal fine, appare necessario richiamarne sinteticamente i contenuti.

L'art. 29 del d.l. n. 98 del 2011⁶, intitolato «*Liberalizzazione del collocamento, dei servizi e delle attività economiche*», prevede, per quanto qui interessa, che il Governo, al fine di incrementare il tasso di crescita dell'economia nazionale, sentita una Alta Commissione all'uopo istituita presso il Ministero della giustizia, formulerà alle categorie interessate proposte di riforme in materia di liberalizzazione dei servizi e delle attività economiche (con la sola esclusione delle categorie di cui all'art. 33, comma 5, Cost.). È perentoriamente stabilito, al riguardo, che, «*trascorso il termine di otto mesi dalla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto, ciò che non sarà espressamente regolamentato sarà libero*»⁷.

Poiché gli otto mesi sono ormai trascorsi, e poiché, almeno a quanto risulta, nulla è stato «*espressamente regolamentato*» ai sensi dell'articolo in esame, laddove venissero prese sul serio le disposizioni in esso contenute, riconoscendo alle stesse, cioè, una reale valenza pre-cettiva, dovrebbe derivarne la rivoluzionaria conseguenza⁸ per cui tutti

⁵ Così F. LEDDA, *Dell'autorità e del consenso nel diritto dell'amministrazione pubblica*, II, in *Foro Amm.*, 1997, 1561 ss.

⁶ Convertito, con modificazioni, dalla l. n. 111 del 2011.

⁷ Così il comma 1-*bis* del menzionato art. 29.

⁸ Tale anche perché, come è stato rilevato in dottrina, la norma in esame, analogamente all'art. 3 del d.l. n. 138 del 2011 (sul quale cfr. subito *infra*), presenta «*reminiscenze del periodo della Francia rivoluzionaria*»: la dichiarazione dei diritti dell'uomo del 1789, infatti, disponeva, all'art. V, che «*tout ce qui n'est pas défendu par la*

i servizi e tutte le attività economiche ivi menzionati dovrebbero ritenersi ormai totalmente «*liberi*»: chiunque, ad esempio, dovrebbe, ad oggi, poter svolgere liberamente il servizio di *taxi*, senza la necessità di richiedere ed ottenere la preventiva licenza del comune. Più in generale, sarebbero venuti meno *tout-court* pressoché tutti i poteri amministrativi, previsti da leggi dello Stato o delle regioni, in ordine al rilascio, da parte degli enti locali, di titoli *lato sensu* autorizzatori per l'esercizio di un servizio o di una attività economica.

Ma, naturalmente, una tale prospettiva non è neanche immaginabile, non solo perché sarebbe di impossibile realizzazione in punto di fatto, ma anche perché esporrebbe le disposizioni in esame ad un insanabile contrasto con l'art. 41, comma 2, Cost., comportando una generalizzata *deregulation* delle attività economiche noncurante dei vincoli del non contrasto con l'utilità sociale e della tutela della sicurezza, della libertà e della dignità umana ivi previsti⁹. Appare evidente, dunque, che le richiamate disposizioni dell'art. 29 del d.l. n. 98 del 2011 non possono essere prese sul serio: come, del resto, sta a dimostrare la legislazione successiva (cfr. subito *infra*). Ciò non toglie, peraltro – ma, anzi, implica – che queste medesime disposizioni, proprio a causa della loro soltanto velleitaria portata prescrittiva, determinino il rischio di ingenerare notevole confusione ed incertezza non solo presso gli operatori economici, ma anche presso gli enti locali, i quali ultimi, come è noto, specialmente a seguito della riforma dell'art. 118 Cost., sono gli enti territoriali ai quali spetta, in linea di principio, l'esercizio della generalità delle funzioni amministrative, comprese quelle *lato sensu* di vigilanza e controllo sulle attività economiche private. In questo modo, l'art. 29 del d.l. n. 98 del 2011 potrebbe produrre un risultato pratico contrario alle sue stesse intenzioni.

È seguito, poi, l'art. 3 del d.l. n. 138 del 2011¹⁰, rubricato «*Abrogazione delle indebite restrizioni all'accesso e all'esercizio delle professioni e delle attività economiche*», ed inserito in apertura del titolo II del decreto medesimo, intitolato «*Liberalizzazioni, privatizzazioni ed altre misure per favorire lo sviluppo*». Questo articolo, insieme all'art. 1 del d.l. n. 1 del 2012 (sul

loi ne peut être empêché, et nul ne peut être contraint à faire ce qu'elle n'ordonne pas». Così G. FONDERICO, *Libertà economica e controlli amministrativi*, in *Giorn. Dir. Amm.*, 2012, 18

⁹ I quali, nonostante diversi disegni di legge costituzionale volti a modificare l'art. 41 Cost., ancora permangono. Cfr., per il dibattito al riguardo, A.A. CERVATI, *Riforme costituzionali e principi in tema di sfera pubblica e di interessi privati*, in *www.apertacontrada.it*, 2012.

¹⁰ Convertito, con modificazioni, dalla l. n. 148 del 2011.

quale cfr. *infra*), dovrebbe rappresentare, nelle intenzioni del legislatore, il “cuore” delle recenti misure di liberalizzazione.

Al comma 1 è prescritto che gli enti locali, le regioni e lo Stato, entro il 30 settembre 2012, devono adeguare i rispettivi ordinamenti al principio per cui «*l’iniziativa e l’attività economica privata sono libere*» ed «è permesso tutto ciò che non è espressamente vietato dalla legge», con la precisazione che quest’ultima può “vietare” nei soli casi di: «a) *vincoli derivanti dall’ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali; b) contrasto con i principi fondamentali della Costituzione; c) danno alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana e contrasto con l’utilità sociale; d) disposizioni indispensabili per la protezione della salute umana, la conservazione delle specie animali e vegetali, dell’ambiente, del paesaggio e del patrimonio culturale; e) disposizioni relative alle attività di raccolta di giochi pubblici ovvero che comunque comportano effetti sulla finanza pubblica*». Il successivo comma 2 aggiunge che queste disposizioni costituiscono principi fondamentali per lo sviluppo economico, ed attuano la piena tutela della concorrenza tra le imprese.

Ai sensi del comma 3 «*sono in ogni caso soppresse*», sempre alla scadenza del 30 settembre 2012, tutte le disposizioni statali «*incompatibili*» con quanto previsto dal comma 1, «*con conseguente diretta applicazione degli istituti della segnalazione di inizio di attività e dell’autocertificazione con controlli successivi*». Sempre ai sensi del medesimo comma, poi, entro il 31 dicembre 2012 il Governo è autorizzato ad adottare uno o più regolamenti con i quali, da un lato, vengono «*individuare le disposizioni abrogate per effetto di quanto disposto nel presente comma*»¹¹, e, dall’altro, «è definita la disciplina regolamentare della materia ai fini dell’adeguamento di cui al comma 1»¹².

Le disposizioni in esame si caratterizzano per una tecnica normativa insolita ed alquanto *sui generis*: viene, infatti, affermato un principio («*l’iniziativa e l’attività economica privata sono libere ed è permesso tutto ciò che non è espressamente vietato dalla legge*»), al quale devono adeguarsi gli ordinamenti degli enti territoriali; vengono, poi, poste numerose deroghe a questo stesso principio, nella maggior parte dei casi formulate mediante concetti giuridici indeterminati («*contrasto con i principi fondamentali della Costituzione*», «*contrasto con l’utilità sociale*», ecc.), alle quali pure devo-

¹¹ E, quindi, sotto questo profilo, sembrerebbe trattarsi di regolamenti meramente ricognitivi dell’effetto abrogativo già avvenuto *ex lege*.

¹² Sotto questo altro profilo, invece, sembrerebbe trattarsi di regolamenti di delegificazione, ma assai diversi rispetto a quelli previsti dall’art. 17, comma 2, della l. n. 400 del 1988, giacché, come si è già rilevato, l’effetto abrogativo è determinato *ex lege* in un momento anteriore alla loro entrata in vigore.

no adeguarsi gli ordinamenti degli enti territoriali; ma viene, al contempo, disposta la abrogazione di tutte le disposizioni normative statali in contrasto con questa stessa disciplina. Per quanto interessa in questa sede, appare del tutto evidente l'idoneità di una tale abrogazione, laddove fosse divenuta effettivamente operativa, a determinare, presso la generalità gli enti locali, una situazione di totale incertezza, anzi di vero e proprio caos.

Se si considera, infatti, che le normative statali, in applicazione del principio di sussidiarietà verticale, attribuiscono proprio agli enti locali l'esercizio della maggior parte dei poteri *lato sensu* autorizzatori delle attività economiche private – e se si considera, inoltre, che ciò può avvenire anche in forza di leggi dello Stato che dettano i soli principi fondamentali in materie di legislazione concorrente – gli stessi enti locali, in tutti questi casi, sarebbero stati costretti ad individuare, per via meramente interpretativa, quali disposizioni di tali normative statali, che li riguardano direttamente, avrebbero dovuto ritenersi ormai abrogate e quali, invece, avrebbero dovuto ritenersi ancora in vigore.

Ma una tale operazione ermeneutica, a fronte della indeterminazione dei concetti giuridici utilizzati dal legislatore per stabilire le deroghe al principio di libertà di iniziativa e di attività economica privata, sarebbe stata di difficilissima e defatigante praticabilità, ed avrebbe condotto, comunque, ad esiti non solo disomogenei o divergenti da ente locale ad ente locale, ma in ogni caso precari ed incerti, perché sempre suscettibili di mutamenti interpretativi, a loro volta sempre sindacabili in sede giurisdizionale.

Esattamente il contrario, dunque, di quanto sarebbe lecito attendersi da una seria disciplina in materia di liberalizzazioni, se è vero che «*ha senso parlare di liberalizzazione di un'attività solo se per quella attività vi è una normativa che assicura chiarezza, certezza ed organicità. Altrimenti, quasi paradossalmente, il risultato della riforma è opposto rispetto a quello voluto. Non si realizza una maggiore libertà di accesso al mercato, ma si disincentiva quell'attività, perché si introducono fattori nuovi di incertezza, di rischio, di responsabilità*»¹³.

Sin qui, peraltro, si è utilizzato il condizionale perché, provvidenzialmente, la Consulta, con sentenza 20 luglio 2012, n. 200, ha dichiarato incostituzionale, nella sua interezza, il comma 3 dell'art. 3 del d.l. n. 138 del 2011. Non solo e non tanto perché esso risulta lesivo

¹³ Così A. TRAVI, *La liberalizzazione*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 1998, 648 ss., richiamato anche da W. GIULIETTI, *Crisi economica e liberalizzazioni*, in *www.giustamm.it*, 2012.

delle competenze legislative regionali¹⁴, ma anche – ed, anzi, soprattutto, per quanto rileva in questa sede – perché lo stesso si appalesa in contrasto con l’art. 3 Cost., in quanto «*viziato sotto il profilo della ragionevolezza*».

Sotto quest’ultimo profilo, le argomentazioni svolte dalla Corte appaiono inappuntabili, e le stesse, sebbene vengano riferite alle notevoli criticità che la disciplina in esame sarebbe stata idonea a determinare pure presso gli ordinamenti regionali, valgono anche, ed anzi a maggior ragione, per gli ordinamenti degli enti locali e per l’esercizio delle funzioni amministrative di loro competenza: «Poiché la previsione censurata dispone la soppressione per incompatibilità, senza individuare puntualmente quali normative risultino abrogate, essa pone le Regioni in una *condizione di obiettiva incertezza*, nella misura in cui queste debbano adeguare le loro normative ai mutamenti dell’ordinamento statale. Infatti, le singole Regioni, stando alla norma censurata, dovrebbero ricostruire se le singole disposizioni statali, che presentano profili per esse rilevanti, risultino ancora in vigore a seguito degli effetti dell’art. 3, comma 3, primo periodo. La valutazione sulla perdurante

¹⁴ La Corte, su questo aspetto, rileva che, in considerazione del tenore normativo dell’art. 3, comma 1, del d.l. n. 138 del 2011, che contiene disposizioni di principio, e non prescrizioni di carattere specifico e puntuale, «la soppressione generalizzata delle normative statali con esso incompatibili appare indeterminata e potenzialmente invasiva delle competenze legislative regionali. Infatti, sebbene la disposizione abbia ad oggetto le sole normative statali, la “soppressione” di queste per incompatibilità con principi così ampi e generali come quelli enunciati all’art. 3, comma 1, e che richiedono una delicata opera di bilanciamento e ponderazione reciproca, a parte ogni considerazione sulla sua praticabilità in concreto, non appare suscettibile di esplicare effetti confinati ai soli ambiti di competenza statale. Altro è prevedere l’abrogazione di normative statali, altro è asserire che gli effetti dell’abrogazione di tali normative restino circoscritti ad ambiti di competenza statale. Vi sono normative statali che interessano direttamente o indirettamente materie di competenza regionale, come accade nel caso delle leggi dello Stato relative a materie di competenza concorrente, o di competenza statale di carattere trasversale, che di necessità s’intrecciano con le competenze legislative regionali. L’effetto della soppressione automatica e generalizzata delle normative statali contrarie ai principi di cui all’art. 3, comma 1, oltre ad avere una portata incerta e indefinibile, potrebbe riguardare un novero imprecisato di atti normativi statali, con possibili ricadute sul legislatore regionale, nel caso che tali atti riguardino ambiti di competenza concorrente o trasversali, naturalmente correlati a competenze regionali. Inoltre, l’automaticità dell’abrogazione, unita all’indeterminatezza della sua portata, rende impraticabile l’interpretazione conforme a Costituzione, di talché risulta impossibile circoscrivere sul piano interpretativo gli effetti della disposizione impugnata ai soli ambiti di competenza statale».

vigenza di normative statali incidenti su ambiti di competenza regionale spetterebbe a ciascun legislatore regionale, e potrebbe dare *esiti disomogenei*, se non addirittura *divergenti*. Una tale prospettiva determinerebbe *ambiguità, incoerenza e opacità su quale sia la regolazione vigente per le varie attività economiche*, che potrebbe inoltre variare da Regione a Regione, con *ricadute dannose anche per gli operatori economici*. Di conseguenza, l'art. 3, comma 3, appare viziato sotto il profilo della ragionevolezza, determinando una violazione che si ripercuote sull'autonomia legislativa regionale garantita dall'art. 117 Cost., perché, *anziché favorire la tutela della concorrenza, finisce per ostacolarla*, ingenerando *grave incertezza* fra i legislatori regionali e *fra gli operatori economici*¹⁵.

Dell'art. 3 del d.l. n. 138 del 2011, dunque, rimangono in vigore i soli commi 1 e 2.

Ma se ci si interroga su quale possa essere la loro effettiva e concreta portata, in particolare per le funzioni amministrative in materia di attività economiche rimesse agli enti locali, ci si accorge che essa, in sé e per sé considerata, è pressoché nulla: le disposizioni ivi contenute, infatti, risultano meramente riproduttive dei principi che già sono contenuti nell'art. 41, commi 1 e 2, Cost.

Ciò è stato confermato dalla stessa richiamata sentenza della Corte costituzionale, che ha avuto modo di pronunciarsi anche sui menzionati commi 1 e 2, la legittimità costituzionale dei quali era stata contestata da varie regioni sull'assunto di una loro idoneità ad invadere sfere di competenza legislativa ad esse riservate. La Corte ha dichiarato infondata la questione, non solo perché ha riconosciuto che il titolo di competenza legislativa di cui si è avvalso lo Stato è quello, ad esso esclusivo e di carattere "trasversale", relativo alla «*tutela della concorrenza*», ma anche perché ha osservato che la disciplina in esame, complessivamente considerata, è coerente con l'art. 41 Cost., in quanto «dopo l'affermazione di principio secondo cui in ambito economico "è permesso tutto ciò che non è espressamente vietato dalla legge", segue l'indicazione che *il legislatore statale e regionale può e deve mantenere forme di*

¹⁵ «Per le medesime ragioni» – conclude, sul punto, la Corte – «la dichiarazione d'illegittimità costituzionale del primo periodo dell'art. 3, comma 3, coinvolge anche i periodi successivi della disposizione in esame, dato che l'ambito di intervento degli strumenti di semplificazione, previsti dal secondo periodo, nonché quello dei regolamenti di delegificazione di cui al terzo periodo, è determinato *per relationem* al primo periodo. La stessa indeterminatezza che vizia la prima proposizione si riverbera anche sui successivi contenuti dell'art. 3, comma 3, che deve, dunque, essere dichiarato costituzionalmente illegittimo»

regolazione dell'attività economica [...], come l'art. 41 Cost. richiede». Si riconosce, dunque, che «l'atto impugnato [...] non stabilisce regole, ma piuttosto introduce disposizioni di principio, le quali, per ottenere piena applicazione, richiedono ulteriori sviluppi normativi, da parte sia del legislatore statale, sia di quello regionale, ciascuno nel proprio ambito di competenza». Il legislatore statale, cioè, «in virtù della tecnica normativa utilizzata, basata su principi e non su regole, [...] non ha occupato gli spazi riservati a quello regionale, ma ha agito presupponendo invece che le singole Regioni continuino ad esercitare le loro competenze, conformandosi tuttavia ai principi stabiliti a livello statale». Del resto – conclude la Corte – «l'intervento del legislatore, statale e regionale, di attuazione del principio della liberalizzazione è tanto più necessario alla luce della considerazione che tale principio non è stato affermato in termini assoluti, né avrebbe potuto esserlo in virtù dei vincoli costituzionali, ma richiede di essere modulato per perseguire gli altri principi indicati dallo stesso legislatore, in attuazione delle previsioni costituzionali».

Si tratta, come appare evidente, di un modo assai garbato e cortese per riconoscere la sostanziale inutilità della disciplina in esame, con la riconferma del suo reale “impatto-zero” sia sull'ordinamento nazionale, sia sugli ordinamenti delle regioni, sia sugli ordinamenti e sulle funzioni amministrative degli enti locali.

Ulteriori misure di liberalizzazione sono poi previste dai commi da 6 ad 11-*bis* del medesimo art. 3 del d.l. n. 138 del 2011, ma le disposizioni in essi contenute sono state poi sostanzialmente riprodotte, almeno nella loro parte centrale, nell'art. 34 del successivo d.l. n. 201 del 2011¹⁶, intitolato «*Liberalizzazione delle attività economiche ed eliminazione dei controlli ex-ante*», sul quale, quindi, per i profili che qui interessano, si può senz'altro concentrare l'attenzione¹⁷.

Il suo comma 1 specifica che «*le disposizioni previste dal presente articolo sono adottate ai sensi dell'articolo 117, comma 2, lettere e) ed m), della Costituzione*»; il comma 2 afferma che «*la disciplina delle attività economiche è improntata al principio di libertà di accesso, di organizzazione e di svolgimento, fatte salve le esigenze imperative di interesse generale, costituzionalmente rilevanti e compatibili con l'ordinamento comunitario, che possono giustificare l'introduzione di*

¹⁶ Convertito, con modificazioni, dalla l. n. 214 del 2011.

¹⁷ Con l'avvertenza preliminare che esso non si applica alle professioni, ai servizi finanziari, e al trasporto di persone mediante autoservizi pubblici non di linea. Alla disciplina di quest'ultimo servizio, nonché a quella delle farmacie, per quanto concerne le misure di (mancata) liberalizzazione, verranno dedicati dei cenni *infra*.

previ atti amministrativi di assenso o autorizzazione o di controllo, nel rispetto del principio di proporzionalità»; ed il comma 4 stabilisce che «l'introduzione di un regime amministrativo volto a sottoporre a previa autorizzazione l'esercizio di un'attività economica deve essere giustificato sulla base dell'esistenza di un interesse generale, costituzionalmente rilevante e compatibile con l'ordinamento comunitario, nel rispetto del principio di proporzionalità»¹⁸.

Ma, come è stato giustamente rilevato, «siamo soltanto alla esposizione di principi e di norme generali (sarebbe più esatto parlare di auspici)»¹⁹. Si tratta, in altri termini, di tipiche “norme-manifesto”: esse, infatti, si limitano, per l'appunto, ad affermare meri principi o fini da perseguire, pure assai rilevanti, ma, proprio per questo, si rivelano del tutto incapaci di determinare alcuna concreta modificazione dell'assetto normativo vigente, ingenerando, però, allo stesso tempo, disorientamento ed incertezze presso gli operatori economici e le Amministrazioni pubbliche²⁰. Per quanto riguarda, comunque, gli enti locali, non sembra che le richiamate disposizioni siano idonee a produrre alcun significativo effetto giuridico sui rispettivi ordinamenti e sulle funzioni amministrative in materia di attività economiche da essi svolte, se non, come si diceva, il rischio di confusione e di dubbi interpretativi.

Diversamente è a dirsi, invece, per il comma 3 dell'articolo in esame, che dispone l'abrogazione *tout-court* delle norme vigenti che dispongono le seguenti restrizioni: «a) il divieto di esercizio di una attività economica al di fuori di una certa area geografica e l'abilitazione a esercitarla solo all'interno di una determinata area; b) l'imposizione di distanze minime tra le localizzazioni delle sedi deputate all'esercizio di una attività economica; c) il divieto di esercizio di una attività economica in più sedi oppure in una o più aree geografiche; d) la limitazione dell'esercizio di una attività economica ad alcune categorie o divieto, nei confronti di alcune categorie, di commercializzazione di taluni prodotti; e) la limitazione dell'esercizio di una attività economica attraverso l'indicazione tassativa della forma giuridica richiesta all'operatore; f) l'imposizione di prezzi minimi o commissioni per la fornitura di beni o servizi; g) l'obbligo di fornitura di specifici servizi complementari all'attività svolta».

¹⁸ È previsto, inoltre, al comma 7, che le regioni devono adeguare la loro legislazione alle disposizioni menzionate.

¹⁹ Così F.G. SCOCA, *Alcune recenti tendenze del diritto amministrativo*, in *www.apertacontrada.it*, 2012.

²⁰ Cfr., sul punto, W. GIULIETTI, *Crisi economica e liberalizzazioni*, cit.: «Alla norma manifesto può essere ascritta – solo eventualmente – una portata culturale ed una valenza interpretativa della disciplina vigente, ma più facilmente ha l'effetto di ingenerare confusione o di produrre risultati opposti alle intenzioni».

Queste previsioni, infatti, possono riguardare anche funzioni amministrative la cui competenza, per quanto attiene al rilascio del titolo *lato sensu* autorizzatorio o all'attività di controllo, è rimessa agli enti locali. Ma la tecnica normativa impiegata dal legislatore ha carattere sintetico, e non analitico: le norme abrogate, cioè, non vengono individuate una ad una, ma la loro individuazione, nell'ambito del complesso e sterminato ordinamento amministrativo, è rimessa agli stessi operatori economici e alle Amministrazioni pubbliche. Ancora una volta, dunque, sorge il rischio che ciò possa ingenerare dubbi applicativi ed orientamenti interpretativi difformi, che si ripercuotano negativamente sullo sviluppo delle attività di impresa²¹.

Forse avendo assunto maggiore consapevolezza di ciò, il legislatore, più di recente, ha mutato la propria tecnica normativa in materia di liberalizzazioni: il riferimento è all'art. 1 del d.l. n. 1 del 2012²², rubricato, per l'appunto, «*Liberalizzazioni delle attività economiche e riduzione degli oneri amministrativi sulle imprese*»²³.

Esso, infatti, prevede che vengano abrogate: «*a) le norme che prevedono limiti numerici, autorizzazioni, licenze, nulla osta o preventivi atti di assenso dell'amministrazione comunque denominati per l'avvio di un'attività economica non giustificati da un interesse generale, costituzionalmente rilevante e compatibile con l'ordinamento comunitario nel rispetto del principio di proporzionalità*»; «*b) le norme che pongono divieti e restrizioni alle attività economiche non adeguati o non proporzionati alle finalità pubbliche perseguite, nonché le disposizioni di pianificazione e programmazione territoriale o temporale autoritativa con prevalente finalità economica o prevalente contenuto economico, che pongono limiti, programmi e controlli non ragionevoli, ovvero non adeguati ovvero non proporzionati rispetto alle finalità pubbliche dichiarate e che in particolare impediscono, condizionano o ritardano l'avvio di nuove attività economiche o l'ingresso di nuovi operatori economici*

²¹ Come rilevato, seppur con riferimento alle previsioni contenute nella parte I del d.lgs. n. 59 del 2009, analoghe, sotto questi aspetti, a quelle esaminate nel testo, da V. PARISIO, *Direttiva Bolkestein, silenzio-assenso, d.i.a., liberalizzazioni temperate, dopo la sentenza del Consiglio di Stato, A.P. 29 luglio 2011, n. 155*, in *Foro Amm. - T.a.r.*, 2011, 2978 ss., secondo la quale «per aprire il mercato dei servizi occorre(va) effettuare un capillare lavoro di revisione della legislazione esistente, caso per caso».

²² Convertito, con modificazioni, dalla l. n. 27 del 2012. Per una illustrazione generale delle misure introdotte da tale d.l. cfr. L. SALTARI, *Lo "stato del mercato"*, in *Giorn. Dir. Amm.*, 2012, 579 ss.

²³ Sull'analisi dell'impatto delle sull'ordinamento delle disposizioni in esso contenute cfr. E. BOSCOLO, *La liberalizzazione delle attività economiche e la riduzione dei compliance cost: la difficile strada verso la giusta misura delle procedure di controllo*, in *Urb. App.*, 2012, 506 ss.

ponendo un trattamento differenziato rispetto agli operatori già presenti sul mercato, operanti in contesti e condizioni analoghi, ovvero impediscono, limitano o condizionano l'offerta di prodotti e servizi al consumatore, nel tempo nello spazio o nelle modalità, ovvero alterano le condizioni di piena concorrenza fra gli operatori economici oppure limitano o condizionano le tutele dei consumatori nei loro confronti»²⁴.

È altresì previsto, però, che l'effetto abrogativo si avrà soltanto alla data di entrata in vigore di appositi regolamenti del Governo, da adottarsi, ai sensi dell'art. 17, comma 2, della l. n. 400 del 1988, entro il 31 dicembre 2012, e previa approvazione da parte delle Camere di una sua relazione che specifichi periodi ed ambiti di intervento dei regolamenti medesimi: saranno proprio tali regolamenti ad individuare le singole disposizioni di legge e regolamentari dello Stato che verranno abrogate; essi individueranno, altresì, le attività per le quali permarrà l'atto preventivo di assenso dell'amministrazione, e disciplineranno i requisiti per l'esercizio delle attività economiche ed i termini e le modalità per l'esercizio dei poteri di controllo dell'Amministrazione²⁵. Le regioni e gli enti locali dovranno adeguare i propri ordinamenti entro il 31 dicembre 2012²⁶.

In questo modo gli enti locali dovrebbero poter contare, nell'esercizio concreto delle loro funzioni amministrative in materia di attività economiche, su di un quadro normativo più sicuro, avendo maggiore chiarezza di quali siano le norme di legge e regolamentari, statali e regionali, ancora in vigore, e quali, invece, quelle abrogate; ed avendo, altresì, maggiore certezza in ordine a quali attività necessitino

²⁴ Così il comma 1. Il comma 2, invece, prescrive che «le disposizioni recanti divieti, restrizioni, oneri o condizioni all'accesso ed all'esercizio delle attività economiche sono in ogni caso interpretate ed applicate in senso tassativo, restrittivo e ragionevolmente proporzionato alle perseguite finalità di interesse pubblico generale, alla stregua dei principi costituzionali per i quali l'iniziativa economica privata è libera secondo condizioni di piena concorrenza e pari opportunità tra tutti i soggetti, presenti e futuri, ed ammette solo i limiti, i programmi e i controlli necessari ad evitare possibili danni alla salute, all'ambiente, al paesaggio, al patrimonio artistico e culturale, alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana e possibili contrasti con l'utilità sociale, con l'ordine pubblico, con il sistema tributario e con gli obblighi comunitari ed internazionali della Repubblica».

²⁵ Così, ancora, il comma 1 e il comma 3, il quale ultimo prevede anche che l'Autorità garante della concorrenza e del mercato renda un parere obbligatorio sugli schemi di regolamento, anche in merito al rispetto del principio di proporzionalità. Trascorsi, peraltro, trenta giorni dalla ricezione degli schemi senza la resa del parere, questo si intende rilasciato positivamente.

²⁶ Così il comma 4.

ancora di un previo titolo autorizzatorio, quali possano essere svolte secondo il modello della d.i.a.-s.c.i.a., e quali siano del tutto libere, salvo una generica attività di vigilanza e controllo.

Ma la bontà e la reale efficacia del sistema dipenderanno pressoché *in toto* dai regolamenti governativi, nonché dal modo in cui le regioni in concreto adegueranno i propri ordinamenti, e, quindi, ogni valutazione al riguardo deve essere necessariamente rimandata.

Salvo, peraltro, rilevare sin da subito che desta perplessità la circostanza per cui un complesso di discipline di così notevole impatto su di una libertà costituzionalmente rilevante, come è quella dell'iniziativa economica privata, sia rimessa pressoché integralmente, a livello statale, ad una fonte *sub*-legislativa (seppure previa approvazione delle Camere della richiamata relazione): forse, infatti, la delicatezza e l'importanza della materia in esame, nonché la valenza, rispetto alla stessa, del principio di legalità in senso sostanziale-conformativo, avrebbero richiesto una più ampio e puntuale intervento di rango legislativo²⁷.

Per quanto riguarda, infine, l'adeguamento degli ordinamenti degli enti locali alla disciplina contenuta nei commi 1, 2 e 3 dell'art. 1 del d.l. n. 1 del 2012, occorre rilevare che, sempre in forza del principio di legalità in senso sostanziale-conformativo, tali enti, come è noto, non possono, in assenza di una idonea base legislativa, introdurre poteri amministrativi di direzione, di conformazione o di controllo dell'iniziativa economica privata: ad esempio, in assenza di una idonea base legislativa, un comune non potrebbe introdurre alcuna «*pianificazione e programmazione territoriale o temporale autoritativa con prevalente finalità economica o prevalente contenuto economico*»²⁸. Ma allora risulta difficile comprendere in che cosa possa consistere questo adeguamento²⁹ riferito

²⁷ In altri termini, poiché i principi e i criteri direttivi utilizzati dalla norma integrano quasi sempre dei concetti giuridici indeterminati, e poiché appare indeterminato anche l'ambito materiale di intervento dei regolamenti medesimi, sorge il dubbio che l'art. 1 del d.l. n. 1 del 2012 possa risultare, per questo, incostituzionale: sul punto cfr., in generale, G.U. RESCIGNO, *Corso di diritto pubblico*, Bologna, 2010, 265 ss.

²⁸ Per quanto riguarda, ad esempio, il settore del commercio, cfr. *infra*.

²⁹ Il quale, peraltro, a decorrere dall'anno 2013, «costituisce elemento di valutazione della virtuosità degli stessi enti ai sensi dell'articolo 20, comma 3, del decreto-legge 6 luglio 2011, n. 98, convertito, con modificazioni, dalla legge 15 luglio 2011, n. 111», con la precisazione per cui «a tal fine la Presidenza del Consiglio dei Ministri [...] comunica, entro il termine perentorio del 31 gennaio di ciascun anno, al Ministero dell'economia e delle finanze gli enti che hanno provveduto

alle previsioni contenute nel comma 1, lett. b) e c), dell'art. 1 del d.l. n. 1 del 2012. Esso, in realtà, non potrebbe che assumere come proprio parametro il contenuto degli stessi regolamenti governativi di cui al comma 3, nonché il previo adeguamento delle normative regionali. Ma, se dovesse essere così, non riesce a comprendersi la ragione per cui il termine fissato dal legislatore per l'adeguamento degli enti locali coincida con quello entro il quale devono essere adottati i regolamenti governativi e con quello entro il quale le regioni devono provvedere all'adeguamento dei propri ordinamenti. Sembra trattarsi, in sostanza, della ennesima disposizione che produce soltanto confusione e disorientamento.

3. *La liberalizzazione dell'attività edilizia privata*

L'incremento dell'attività edilizia privata è stato assunto, nelle recenti misure di liberalizzazione, come un volano per il rilancio dell'economia nazionale. A tal fine, nell'ambito di un continuo processo di riforma della disciplina generale della d.i.a.-s.c.i.a.³⁰, sono state introdotte significative novità anche con riferimento alla d.i.a.-s.c.i.a. edi-

all'applicazione delle procedure previste dal presente articolo. In caso di mancata comunicazione entro il termine di cui al periodo precedente, si prescinde dal predetto elemento di valutazione della virtuosità»

³⁰ Come è noto, l'art. 19 della l. n. 241 del 1990, già modificato dal d.P.R. n. 300 del 1992, poi dalla l. n. 537 del 1993, poi dalla l. n. 15 del 2005, poi dal d.l. n. 35 del 2005 (convertito, con modificazioni, dalla l. n. 80 del 2005), poi dalla l. n. 69 del 2009, n. 69, poi dal d.lgs. n. 59 del 2010, è stato integralmente sostituito dall'art. 49, comma 4-*bis*, del d.l. n. 78 del 2010 (convertito, con modificazioni, dalla l. n. 122 del 2010). Ma, successivamente, è stato ancora modificato dal d.l. n. 125 del 2010 (convertito, con modificazioni, dalla l. n. 163 del 2010), dal d.l. n. 70 del 2011 (convertito, con modificazioni, dalla l. n. 106 del 2011), dal già richiamato d.l. n. 138 del 2011 e, da ultimo, dal d.l. n. 83 del 2012 (non ancora convertito, ma il relativo disegno di legge di conversione è stato definitivamente approvato dal Senato in data 3 agosto 2012).

Per l'analisi degli aspetti teorici dell'istituto cfr., per tutti, i lavori monografici di L. FERRARA, *Diritti soggettivi ad accertamento amministrativo*, Padova, 1996, *passim*, di E. BOSCOLO, *I diritti soggettivi a regime amministrativo*, Padova, 2001, *passim*, e di W. GIULIETTI, *Attività privata e potere amministrativo. Il modello della dichiarazione di inizio di attività*, Torino, 2008, *passim*. Cfr., inoltre, la voce enciclopedica di A. TRAVI, *Dichiarazione di inizio di attività (diritto amministrativo)*, in *Enc. Dir.*, Ann. II, t. 2, Milano, 2008, 343 ss.

lizia³¹. Quest'ultima, come è noto, interessa in maniera specifica le amministrazioni comunali, e, quindi, anche su di essa occorre soffermare l'attenzione. Al riguardo, tuttavia, non si ripercorrerà, tappa per tappa, la lunga, complessa e travagliata evoluzione della disciplina in materia, peraltro già ampiamente esaminata dalla dottrina³², ma ci si concentrerà soltanto sull'attuale assetto normativo, per verificare se le soluzioni anti-crisi escogitate dal recente legislatore attraverso questa forma di liberalizzazione³³ – ma, secondo un altro punto di vista, forse più condivisibile, si tratterebbe di una forma di mera semplificazione dell'attività amministrativa³⁴, giacché il potere pubblico pur sempre rimane – possano ritenersi davvero efficaci, in relazione alle finalità che si è inteso perseguire, oppure no.

I due principali aspetti problematici, sui quali, a quest'ultimo riguardo, occorre concentrarsi, sono rappresentati, da un lato, dai rapporti tra la disciplina sostanziale della s.c.i.a., contenuta nell'art. 19 della l. n. 241 del 1990, e le discipline settoriali delle d.i.a.-s.c.i.a. edilizie, contenute negli artt. 22 e 23 del d.P.R. n. 380 del 2001 (e nelle normative regionali), e, dall'altro lato, dalla disciplina processuale al quale l'istituto in esame è sottoposto.

Quanto al primo aspetto, l'art. 5, comma 2, lett. b) e c), del d.l. n. 70 del 2011, nel fornire interpretazione autentica all'art. 19 della l. n. 241 del 1990, ha previsto espressamente che le disposizioni di quest'ultimo articolo si applicano – in linea di principio – «alle denunce di inizio di attività in materia edilizia disciplinate dal decreto del Presidente della Repubblica 6 giugno 2001, n. 380»³⁵.

³¹ Sulla quale, prima dell'introduzione delle novità cui si allude nel testo, cfr. P. MARZARO GAMBA, *La denuncia d'inizio attività edilizia. Profili sistematici, sostanziali e processuali*, Milano, 2005.

³² Cfr., da ultimo, F. MARTINES, *La segnalazione certificata di inizio attività. Nuove prospettive del rapporto pubblico-privato*, Milano, 2011, 3 ss., nonché F. POZZOLINI, *L'attività edilizia*, in *Diritto per il governo del territorio*, a cura di M. Carrà, W. Gasparri e C. Marzuoli, Bologna, 2012, capitolo XI, paragrafo 6.

³³ Ancorché «temperata», come ha chiarito Cons. St., Ad. Plen., 29 luglio 2011, n. 15 (sulla quale ci si soffermerà *infra*), perché comunque rimane il potere amministrativo, seppure esercitato *ex post*.

³⁴ Proprio perché, per l'appunto, il potere amministrativo rimane: cfr., in questo senso, Corte cost., 27 giugno 2012, n. 164, e 20 luglio 2012, n. 203 (sulle quali ci si soffermerà *infra*).

³⁵ Prima della sua introduzione, invece, non risultava affatto chiaro se la disciplina generale della s.c.i.a. contenuta nell'art. 19 della l. n. 241 del 1990, così come sostituita dall'art. 49, comma 4-*bis*, del d.l. n. 78 del 2010, si applicasse an-

Ma soltanto il linea di principio.

È altresì previsto, infatti, che lo stesso art. 19 della l. n. 241 del 1990 deve essere interpretato nel senso che: a) non si applica ai casi in cui dette d.i.a. edilizie, «in base alla normativa statale o regionale, siano alter-

che alle d.i.a. in materia edilizia: sul punto cfr., per tutti, W. GIULIETTI, *Il controverso impatto della l. n. 122 del 2010 sulla d.i.a. edilizia*, in www.giustamm.it, 2010.

Al riguardo, occorre ricordare che il comma 4-ter del medesimo art. 49 aveva disposto quanto segue: «Il comma 4-bis attiene alla tutela della concorrenza ai sensi dell'articolo 117, secondo comma, lettera e), della Costituzione, e costituisce livello essenziale delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali ai sensi della lettera m) del medesimo comma. Le espressioni "segnalazione certificata di inizio attività" e "Scia" sostituiscono, rispettivamente, quelle di "dichiarazione di inizio attività" e "Dia", ovunque ricorrano, anche come parte di una espressione più ampia, e la disciplina di cui al comma 4-bis sostituisce direttamente, dalla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto, quella della dichiarazione di inizio attività recata da ogni normativa statale e regionale».

La legittimità costituzionale di questa scelta del legislatore statale era stata contestata da diverse regioni, sull'assunto per cui essa fosse lesiva delle loro competenze legislative concorrenti in diverse materie, tra cui quella del governo del territorio. Ma la Corte costituzionale, con sentenze "gemelle" n. 164 e n. 203 del 2012, già richiamate, ha dichiarato infondate le questioni, ritendo che tale disciplina statale, pur non rinvenendo il proprio titolo di competenza legislativa nell'art. 117, comma 2, lett. m), Cost., relativo alla materia "trasversale" «tutela della concorrenza», lo rinvenga, invece, nell'art. 117, comma 2, lett. e), Cost., relativo alla materia, anch'essa "trasversale", dei «livelli essenziali delle prestazioni», e che, quindi, sia in grado di imporsi alle competenze legislative regionali concorrenti ed esclusive.

Per quanto concerne, in particolare, l'applicabilità della disciplina della s.c.i.a. contenuta nell'art. 19 della l. n. 241 del 1990 alle d.i.a.-s.c.i.a. edilizie, in dette sentenze, successive all'introduzione dell'art. 5, comma 2, lett. b) e c), del d.l. n. 70 del 2011, è dato leggere quanto segue: «Le considerazioni fin qui svolte vanno applicate anche alla SCLA in materia edilizia, come ormai in modo espresso dispone l'art. 5, comma 1, lettera b), e comma 2, lettere b) e c), del d.l. n. 70 del 2011, convertito, con modificazioni, dalla legge n. 106 del 2011, entro i limiti e con le esclusioni previsti. Infatti, ribadito che la normativa censurata riguarda soltanto il momento iniziale di un intervento di semplificazione procedimentale, e precisato che la SCLA non si sostituisce al permesso di costruire (i cui ambiti applicativi restano disciplinati in via generale dal d.P.R. n. 380 del 2001), non può porsi in dubbio che le esigenze di semplificazione e di uniforme trattamento sull'intero territorio nazionale valgano anche per l'edilizia. È ben vero che questa, come l'urbanistica, rientra nel "governo del territorio", materia appartenente alla competenza legislativa concorrente tra Stato e Regioni (art. 117, terzo comma, Cost.). Tuttavia, a prescindere dal rilievo che in tale materia spetta comunque allo Stato dettare i principi fondamentali (nel cui novero va ricondotta la semplificazione amministrativa), è vero del pari che nel caso di specie, sulla base degli argomenti in precedenza esposti, il titolo di legittimazione dell'intervento statale nella specifica disciplina della SCLA si ravvisa nell'esigenza di determinare livelli essenziali di prestazioni concernenti i diritti civili e sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale, compreso quello delle Regioni a statuto speciale. In altri termini, si è in presenza di un concorso di competenze che, nella fattispecie, vede prevalere la competenza esclusiva dello Stato, essendo essa l'unica in grado di consentire la realizzazione dell'esigenza suddetta».

native o sostitutive del permesso di costruire»; b) «non sostituisc[e] la disciplina prevista dalle leggi regionali che, in attuazione dell'art. 22, comma 4, del decreto del Presidente della Repubblica 6 luglio 2001, n. 380, abbiano ampliato l'ambito applicativo delle disposizioni di cui all'articolo 22, comma 3, del medesimo decreto».

Questa disciplina pone subito un primo dubbio interpretativo. La previsione *sub a)*, infatti, nella parte in cui si riferisce alle d.i.a. in materia edilizia disciplinate dal d.P.R. n. 380 del 2001 che, in base alla normativa regionale, siano alternative al permesso di costruire, sembra contemplare e ricomprendere la stessa identica fattispecie prevista *sub b)*, giacché le d.i.a. in questione sono proprio – ed esclusivamente – quelle stesse previste dal combinato disposto dei commi 3 e 4 dell'art. 22 del d.P.R. n. 380 del 2001³⁶.

Ciò potrebbe essere considerato come una mera ridondanza, in sé innocua, del legislatore. Sennonché, a ben vedere, a fronte di un medesimo ambito di applicazione, *in parte qua*, della previsione *sub a)* e della previsione *sub b)*, queste dettano discipline diverse: la prima, infatti, sembra escludere in maniera assoluta l'applicazione dell'art. 19 della l. n. 241 del 1990; l'altra, invece, si limita a prescrivere che le disposizioni di questo stesso articolo «non sostituiscono la disciplina prevista dalle leggi regionali», con la conseguenza per cui, a differenza dell'altra previsione, ben potrebbero ritenersi applicabili in via integrativa, nei limiti della compatibilità e residualità. Appare evidente, dunque, che si è in presenza di una disciplina, oltre che oggettivamente involuta dal punto di vista della tecnica normativa, anche contraddittoria. L'unica interpretazione plausibile di essa, invero, sembrerebbe quella, peraltro difforme dal suo tenore letterale, di ritenere che la disciplina sostanziale dell'art. 19 della l. n. 241 del 1990 semplicemente non si sostituisca a quelle statali e regionali che prevedono la d.i.a. come strumento alternativo o sostitutivo del permesso di costruire, ma che, in quanto disciplina pur sempre generale dell'istituto, possa comunque integrarle, nei limiti della compatibilità e della residualità³⁷; mentre troverà in ogni ca-

³⁶ Nel corpo del d.P.R. n. 380 del 2001, infatti, non compaiono altre norme, ad eccezione, per l'appunto, dell'art. 22, comma 4, che consentono alle regioni di prevedere la d.i.a. in alternativa al permesso di costruire. Tra queste non può ricomprendersi l'art. 10, comma 2, ove è scritto che «[l]e regioni stabiliscono con legge quali mutamenti, connessi o non connessi a trasformazioni fisiche, dell'uso di immobili o di loro parti, sono subordinati a permesso di costruire o a denuncia di inizio attività», giacché in tal caso manca l'alternatività.

³⁷ Del resto, il rapporto tra l'art. 19 della l. n. 241 del 1990 e gli artt. 22 e 23 del d.P.R. n. 380 del 2001 sono sempre stati ricostruiti in termini di rapporto di ge-

so applicazione la disciplina processuale recata dal comma 6-*ter* di tale articolo.

Ciò posto, si pone un'altra questione problematica, specificamente concernente le d.i.a. in materia edilizia alle quali si applica l'art. 19 della l. n. 241 del 1990. In mancanza, infatti, della benché minima indicazione sul punto del legislatore, occorre appurare se la disciplina contenuta negli artt. 22 e 23 del d.P.R. n. 380 del 2001 sia da ritenersi ormai *in toto* abrogata, in quanto l'art. 5, comma 2, lett. b) e c), del d.l. n. 70 del 2011 avrebbe ridisciplinato integralmente la materia (art. 15 delle disposizioni sulla legge in generale), oppure se possa continuare ad applicarsi, anch'essa, in via integrativa, nei limiti della compatibilità e residualità. Quest'ultima, invero, sembrerebbe la soluzione preferibile, considerato che quella recata dall'art. 19 della l. n. 241 del 1990, come si è già rilevato, è pur sempre una disciplina di carattere generale, non specificamente pensata per il settore edilizio, e che, quindi, l'accoglimento dell'altra soluzione potrebbe determinare lacune normative e perdite di garanzie³⁸.

Così, ad esempio, dovrebbe ritenersi ancora applicabile l'art. 22, comma 2, del d.P.R. n. 380 del 2011, nella parte in cui dispone che gli interventi realizzabili mediante d.i.a. devono essere conformi alle previsioni degli strumenti urbanistici, dei regolamenti edilizi e della disciplina urbanistico-edilizia vigente. Per quanto riguarda, invece, il suo comma 6, nonché i commi 3 e 4 del successivo art. 23, essi sembrerebbero comunque fatti salvi dallo stesso art. 5, comma 2, lett. c), del d.l. n. 70 del 2011, nella parte in cui dispone che l'art. 19 della l. n. 241 del 1990 si interpreta nel senso che, nei casi in cui sussistano vincoli ambientali, paesaggistici o culturali, la s.c.i.a. non sostituisce gli atti di autorizzazione o nulla osta, comunque denominati, delle amministrazioni preposte alla tutela dell'ambiente e del patrimonio culturale³⁹.

nere a specie: cfr., ad esempio, G. PAGLIARI, *Corso di diritto urbanistico*, Milano, 2010, 676 ss.

³⁸ Cfr., sul punto, F. MARTINES, *La segnalazione certificata di inizio attività. Nuove prospettive del rapporto pubblico-privato*, cit., 122 ss.

³⁹ Occorre rilevare, al riguardo, che l'art. 13 del d.l. n. 83 del 2012 (convertito, con modificazioni, dalla l. n. 134 del 2012), ha inserito, nell'art. 23 del d.P.R. n. 380 del 2001, il comma 1-*bis* ed il comma 1-*ter*, che dispongono quanto segue: «1-*bis*. Nei casi in cui la normativa vigente prevede l'acquisizione di atti o pareri di organi o enti appositi, ovvero l'esecuzione di verifiche preventive, con la sola esclusione dei casi in cui sussistano vincoli ambientali, paesaggistici o culturali e degli atti rilasciati dalle amministrazioni preposte alla difesa nazionale, alla pubblica sicurezza, all'immigrazione, all'asilo, alla cittadinanza, all'amministrazione della giustizia,

Ancora, non dovrebbero ricorrere ragioni ostative alla applicabilità dei commi 1 e 2 del successivo art. 23, nelle parti in cui prescrivono sia di presentare, a corredo della d.i.a.-s.c.i.a., una asseverazione della conformità delle opere da realizzare agli strumenti urbanistici approvati (e il loro non contrasto con quelli adottati) ed ai regolamenti edilizi vigenti, nonché il rispetto delle norme di sicurezza e di quelle igienico-sanitarie, sia di indicare l'impresa cui si intende affidare i lavori e poi di comunicare al competente ufficio la ultimazione di essi⁴⁰. E lo stesso sembrerebbe potersi dire anche con riferimento al comma 7 del mede-

all'amministrazione delle finanze, ivi compresi gli atti concernenti le reti di acquisizione del gettito, anche derivante dal gioco, nonché di quelli previsti dalla normativa per le costruzioni in zone sismiche e di quelli imposti dalla normativa comunitaria, essi sono comunque sostituiti dalle autocertificazioni, attestazioni e asseverazioni o certificazioni di tecnici abilitati relative alla sussistenza dei requisiti e presupposti previsti dalla legge, dagli strumenti urbanistici approvati o adottati e dai regolamenti edilizi, da produrre a corredo della documentazione di cui al comma 1, salve le verifiche successive degli organi e delle amministrazioni competenti. // 1-ter. La denuncia, corredata dalle dichiarazioni, attestazioni e asseverazioni nonché dai relativi elaborati tecnici, può essere presentata mediante posta raccomandata con avviso di ricevimento, ad eccezione dei procedimenti per cui è previsto l'utilizzo esclusivo della modalità telematica; in tal caso la denuncia si considera presentata al momento della ricezione da parte dell'amministrazione. Con regolamento, adottato ai sensi dell'articolo 17, comma 2, della legge 23 agosto 1988, n. 400, su proposta del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti, di concerto con il Ministro per la pubblica amministrazione e semplificazione, d'intesa con la Conferenza unificata di cui all'articolo 8 del decreto legislativo 28 agosto 1997, n. 281, e successive modificazioni, si procede alla individuazione dei criteri e delle modalità per l'utilizzo esclusivo degli strumenti telematici, ai fini della presentazione della denuncia».

Lo stesso articolo, inoltre, ha sostituito l'art. 19, comma 1, terzo periodo, della l. n. 1. 241 del 1990 in questi termini: «Nei casi in cui la normativa vigente prevede l'acquisizione di atti o pareri di organi o enti appositi, ovvero l'esecuzione di verifiche preventive, essi sono comunque sostituiti dalle autocertificazioni, attestazioni e asseverazioni o certificazioni di cui al presente comma, salve le verifiche successive degli organi e delle amministrazioni competenti».

Infine, il medesimo articolo ha inserito, nei commi 3 e 4 dell'art. 23 del d.P.R. n. 380 del 2001, e prima delle parole «Qualora l'immobile», le parole «Nel caso dei vincoli e delle materie oggetto dell'esclusione di cui al comma 1-bis».

In questo modo, la disciplina dell'art. 19 della l. n. 241 del 1990 e quella dell'art. 23 del d.P.R. n. 380 del 2001 sono state, sotto questi profili, sostanzialmente uniformate.

⁴⁰ Cfr., in questo senso, pur dopo le modifiche apportate all'art. 19, comma 1, della l. n. 241 del 1990 dall'art. 1 del d.l. n. 5 del 2012 (convertito, con modificazioni, dalla l. n. 35 del 2012), C. LAMBERTI, *Una SCLA più semplice. Sarà vero?*, in *Giorn. Dir. Amm.*, 2012, 663 ss.

simo articolo, che prevede il certificato di collaudo finale. Ma si tratta, comunque, di aspetti che, per la loro notevole rilevanza pratica, avrebbero meritato e meritano una disciplina espressa e chiara da parte del legislatore.

Per quanto concerne, poi, i tratti salienti della disciplina sostanziale recata dall'art. 19 della l. n. 241 del 1990, occorre osservare che, a seguito delle ultime modifiche, se pure è vero che il soggetto che presenta la s.c.i.a. ha il vantaggio di poter iniziare da subito l'attività edilizia (comma 2), è anche vero che sono notevolmente aumentati, a suo carico, gli oneri "auto-certificativi" (comma 1)⁴¹. È stata aumentata, inoltre, la sanzione penale per lo stesso soggetto che, nelle dichiarazioni o attestazioni o asseverazioni che corredano la segnalazione, dichiara o attesta falsamente l'esistenza dei requisiti o dei presupposti (comma 6)⁴². Infine, hanno conosciuto un incremento anche i poteri *lato*

⁴¹ Che gli impongono di svolgere una vera e propria "istruttoria privata", anche assai gravosa: così E. BOSCOLO, *Le novità in materia urbanistico-edilizia introdotte dall'art. 5 del decreto sviluppo*, in *Urb. App.*, 2011, 1051 ss.; ma cfr., nello stesso senso, e nell'ambito di una serie di considerazioni critiche sulla disciplina della s.c.i.a. contenuta nell'art. 19 della l. n. 241 del 1990, a seguito della sua riscrittura da parte dell'art. 49, comma 4-*bis*, del d.l. n. 78 del 2010, B.G. MATTARELLA, *La Scia, ovvero dell'ostinazione del legislatore pigro*, in *Giorn. Dir. Amm.*, 2010, 1328 ss.: «A ostacolarne l'applicazione contribuirà anche il fatto che la nuova formulazione scarica sui privati non solo una grande quantità di incertezza, ma anche una grande quantità di oneri. [...] In altri termini, non è più l'amministrazione precedente a dover chiedere pareri e valutazioni tecniche ad altre amministrazioni, ma il privato a dover chiedere perizie e consulenze a professionisti, a sue spese. Ciò vuol dire che, per avviare piccole imprese, sarà necessario rivolgersi a un pool di professionisti o, più probabilmente, ad associazioni di imprenditori, che lucreranno così dalla nuova procedura: le amministrazioni saranno sgravate da molti adempimenti e i privati aggravati di una nuova tassa. I piccoli operatori, naturalmente, saranno particolarmente svantaggiati e l'accesso di nuovi operatori al mercato sarà più difficile».

⁴² La pena è della reclusione da uno a tre anni. Sul punto cfr., ancora, B.G. MATTARELLA, *La Scia, ovvero dell'ostinazione del legislatore pigro*, cit., 1330: «Il legislatore esige un rigoroso rispetto della legge, comminando a chi sbaglia la reclusione da uno a tre anni. È un inasprimento rispetto alla precedente previsione dell'art. 21 della l. n. 241/1990, che fa riferimento all'art. 483 c.p., relativo alle false dichiarazioni del privato in atto pubblico. Ben venga, naturalmente, la sanzione, a patto che vi sia certezza sulla norma violata. E, francamente, presentare una Scia con la certezza di non avere violato la legge – cioè con la certezza che le amministrazioni e i giudici interpretino nello stesso modo norme molto ambigue – è alquanto difficile. La Scia, dunque, è sempre più una procedura per privati coraggiosi, che siano disposti a rischiare un intervento inibitorio dell'amministrazione e forse anche una sanzione penale. E ` facile prevedere che essa continuerà a essere poco applicata. Per renderla applicabile, le amministrazioni dovranno probabilmente predisporre

sensu di controllo e sanzionatori dell'Amministrazione: entro il termine di trenta giorni dal ricevimento della segnalazione, infatti, possono essere adottati motivati provvedimenti di divieto di prosecuzione dell'attività e di rimozione degli eventuali effetti dannosi di essa (comma 6-bis, primo periodo, e comma 3, primo periodo); decorso tale termine, l'Amministrazione può poi intervenire in presenza del pericolo di un danno per il patrimonio artistico e culturale, per l'ambiente, per la salute, per la sicurezza pubblica o la difesa nazionale (comma 4: non è specificato attraverso quali poteri, ma, poiché la norma subordina tale intervento al motivato accertamento dell'impossibilità di tutelare comunque tali interessi mediante conformazione dell'attività dei privati alla normativa vigente, questi poteri sembrerebbero essere gli stessi previsti dal primo periodo del comma 3); ancora, è sempre fatto salvo il potere dell'amministrazione di «*assumere determinazioni in via di autotutela, ai sensi degli articoli 21-quinques e 21-nonies*» (comma 3, secondo periodo); infine, in materia di s.c.i.a. edilizia, «*restano ferme le disposizioni relative alla vigilanza sull'attività urbanistico-edilizia, alle responsabilità e alle sanzioni previste dal decreto del Presidente della Repubblica 6 giugno 2001, n. 380*» (comma 6-bis, secondo periodo)⁴³.

modelli ed elenchi di documenti da presentare, quindi l'applicazione della nuova disciplina sarà condizionata da adempimenti delle stesse amministrazioni, per superare le cui inefficienze è stata prevista la Scia».

⁴³ Al riguardo, occorre rilevare che, seppure risultano oggettivamente poco chiari i rapporti intercorrenti tra le varie ipotesi richiamate nel testo, la soluzione ivi esposta sembra l'unica ammissibile alla luce di Corte cost., 16 luglio 2012, n. 188, nella quale, per ciò che qui interessa, è dato leggere quanto segue: «[L'art. 19, comma 6-bis, della l. n. 241 del 1990] deve essere lett[o] nel senso che ess[o] *non esclude il ricorso, da parte dell'amministrazione, al potere di autotutela previsto dal comma 3 dell'art. 19 della legge n. 241 del 1990, in aggiunta alla ulteriore potestà di intervento configurata dal comma 4*. Il suo significato, infatti, non può essere compreso se la norma non viene inserita nel più ampio contesto costituito dalla configurazione normativa dei poteri amministrativi di repressione dell'abuso edilizio con cui il legislatore ha inteso accompagnare e completare la riforma dei titoli abilitativi all'edificazione, culminata con l'introduzione della segnalazione certificata di inizio attività. Il rilevante interesse costituzionale (cui largamente partecipa il sistema regionale e delle autonomie locali: sentenza n. 196 del 2004) al controllo pubblico, a garanzia di un armonico sviluppo del territorio che ne preservi l'integrità, non potrebbe, infatti, essere completamente postposto alle pur rilevanti finalità di semplificazione e accelerazione valorizzate mediante la SCIA (sentenza n. 151 del 1986) se il legislatore non si fosse nel contempo premunito di assicurare un rimedio che, per i casi di più grave sacrificio del bene pubblico, possa consentire di superare l'affidamento ingenerato dalla SCIA stessa. A tal fine, l'attribuzione all'autorità amministrativa del potere di incidere in autotutela sugli effetti della SCIA, pur dopo l'esaurimento del breve termine con-

Un ultimo aspetto problematico della d.i.a.-s.c.i.a. – rilevante anche, se non soprattutto, in materia edilizia – è rappresentato dal suo regime processuale, per ciò che attiene, in particolare, alle ricadute degli strumenti di tutela del terzo sulla stabilità, già di per sé piuttosto “precaria” (in base a quanto si rilevato poco sopra), della situazione del soggetto che, a seguito della presentazione della segnalazione, abbia dato avvio all’attività.

cesso per vietare l’attività edilizia, opera quale corollario della linea di tendenza alla semplificazione normativa e allo snellimento delle procedure amministrative. Tale attribuzione, infatti, anche in ossequio al principio costituzionale di buon andamento, formulato dall’art. 97 Cost., viene a compensare, a vantaggio del pur persistente interesse pubblico, il potenziale pregiudizio insito nella contrazione dei modi e dei tempi dell’attività amministrativa. Difatti, sarebbe irragionevole trascurare che, per quanto efficacemente organizzata, non sempre la pubblica amministrazione può disporre di mezzi tali da consentirle di controllare tempestivamente l’intreccio delle numerose e varie iniziative private soggette a controllo. Per queste ragioni, già nel vigore della normativa sulla denuncia di inizio attività, la giurisprudenza comune non ha dubitato dell’applicabilità del generale potere di autotutela spettante all’amministrazione, fino a che ciò non è stato espressamente riconosciuto dal legislatore con l’art. 3 del decreto-legge 14 marzo 2005, n. 35 [...]. L’art. 49, comma 4-bis, del decreto-legge n. 78 del 2010, che ha sostituito il testo dell’art. 19 della legge n. 241 del 1990, ha confermato tale scelta normativa, riproducendo nel comma 3 la clausola di salvezza del potere di autotutela, senza ulteriori distinzioni. *La natura generale della previsione normativa recata dal comma 3, in altri termini, si adatta compiutamente alla materia dell’edilizia, alla quale non vi è ragione per ritenere che non si riferisca.* Del resto, si esporrebbe a censura di manifesta irragionevolezza una interpretazione contraria, che venisse a sottrarre gli interessi implicati dal governo del territorio all’applicabilità di un generale istituto del diritto amministrativo, la cui compatibilità con la SCIA è stata riconosciuta dallo stesso legislatore con il citato comma 3. Né si vede, inoltre, per quale ragione l’affidamento ingenerato nei consociati dalla SCIA dovrebbe in sé fruire di una forma di tutela maggiore di quella derivante dall’espresso provvedimento amministrativo, che è sempre potenzialmente cedevole, ove ricorrono le condizioni indicate dagli artt. 21-*quinquies* e 21-*nonies* della legge n. 241 del 1990. Date tali premesse, l’introduzione, da parte dell’art. 49, comma 4-bis, del decreto-legge n. 78 del 2010, di un *ulteriore potere di intervento pubblico*, configurato dal comma 4 dell’art. 19 della legge n. 241 del 1990, riflette la scelta del legislatore non già di depotenziare irragionevolmente la potestà amministrativa rispetto alla SCIA, ma quella, opposta, di *assicurare una protezione ulteriore* a taluni preminenti beni giuridici, per i quali si è reputata insoddisfacente la sola via dell’autotutela decisoria. [...] Per le ragioni esposte è da escludere che [l’art. 19, comma 6-bis, della l. n. 241 del 1990] abbia l’effetto di privare, nella materia edilizia, l’amministrazione del potere di autotutela, che, viceversa, persiste “fatta salva l’applicazione delle disposizioni di cui al comma 4”, cioè *congiuntamente all’intervento ammesso in caso di pericolo di danno per gli interessi ivi indicati*».

Al riguardo, è ormai noto che, pur in mancanza di qualsivoglia specifica statuizione del legislatore in materia, la sentenza n. 15 del 2011 dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato, a fronte di un tormentatissimo assetto giurisprudenziale, aveva escogitato una soluzione idonea a realizzare un "giusto" temperamento tra l'affidamento del soggetto presentante la s.c.i.a. e le ragioni di tutela del terzo leso dall'attività svolta, secondo uno schema per cui: «a) si riconosce che il decorso del termine per l'adozione eventuale dell'atto di divieto pone fine al procedimento amministrativo avviato d'ufficio, con "l'effetto giuridico di precludere all'amministrazione l'esercizio del potere inibitorio"; b) il decorso del termine per provvedere integra "l'esercizio del potere amministrativo attraverso l'adozione di un provvedimento tacito negativo equiparato dalla legge ad un, sia pure non necessario, atto espresso di diniego dell'adozione del provvedimento inibitorio"; c) a fronte del silenzio (*melius* dell'inerzia dall'esercizio del potere inibitorio) o dell'archiviazione espressa, che "frustra l'interesse pretensivo del terzo, portatore di una posizione differenziata e qualificata, ad ottenere l'adozione del provvedimento interdittivo nel rispetto del principio di imparzialità dell'azione amministrativa", il terzo può proporre un'azione impugnatoria, ex art. 29 del codice del processo amministrativo, nel rispetto del termine decadenziale di impugnazione; d) inoltre il terzo, a completamento ed integrazione dell'azione di annullamento del silenzio significativo negativo, è legittimato all'esercizio "dell'azione di condanna pubblicistica (cd. azione di adempimento), tesa ad ottenere una pronuncia che imponga all'amministrazione l'adozione del negativo provvedimento inibitorio, ove non vi siano spazi per la regolarizzazione della denuncia ai sensi del comma 3 dell'art. 19 della legge n. 241/1990"»⁴⁴.

⁴⁴ Così, in commento a Cons. St., Ad. plen., n. 15 del 2011, W. GIULIETTI e N. LONGOBARDI, *SCIA: un ventaglio di azioni si apre a tutelare il terzo. Osservazioni alla sentenza n. 15 del 2011 dell'Adunanza Plenaria*, in *www.giustamm.it*, 2011, i quali, seppure sollevano taluni condivisibili rilievi critici in ordine alla costruzione di un provvedimento negativo tacito meramente strumentale a consentire l'impugnativa, riconoscono, comunque, che «detti rilievi non inficiano l'importanza della pronuncia medesima, laddove assicura in modo comunque efficace la tutela giurisdizionale del terzo nelle ipotesi di applicazione della Scia, senza forzare la natura dell'istituto».

Occorre ricordare, ancora, che quello si qui esposto rappresentava, nell'impianto dell'Adunanza plenaria (sulla quale cfr., inoltre, C. LAMBERTI, *L'Adunanza Plenaria si pronuncia sulla dia*, in *Urb. App.*, 2011, 1996 ss.) il meccanismo di tutela del terzo successivo alla scadenza del termine posto all'Amministrazione per l'esercizio del potere inibitorio-ripristinatore. Ma la stessa pronuncia aveva pre-

Ma questo schema è poi stato poi incomprensibilmente «*sconvolto dal legislatore*»⁴⁵, che, con l'art. 6, comma 1, lett. c), del d.l. n. 138 del 2001 (ricompreso nel suo titolo II, proprio dedicato a «*Liberalizzazioni, privatizzazioni e ed altre misure per favorire lo sviluppo*»), ha inserito nell'art. 19 della l. n. 241 del 1990 il comma 6-ter, dal seguente tenore testuale: «La segnalazione certificata di inizio attività, la denuncia e la dichiarazione di inizio attività non costituiscono provvedimento taciti direttamente impugnabili. Gli interessati possono sollecitare l'esercizio delle verifiche spettanti all'amministrazione e, in caso di inerzia, esperire esclusivamente l'azione di cui all'art. 31, commi 1, 2 e 3, del decreto legislativo 2 luglio 2010, n. 140».

Queste disposizioni, oltre a porsi in evidente contrasto con le soluzioni processuali individuate dall'Adunanza plenaria, determinano, per quanto qui interessa, una ulteriore ed intollerabile complicazione alla funzionalità dell'istituto in esame, in particolare nel settore edilizio. Non solo, infatti, non risulta affatto chiaro in che cosa consistano det-

cisato che il terzo poteva ottenere tutela giurisdizionale, seppure in via solo cautelare, anche durante la pendenza di detto termine e prima delle determinazioni dell'Amministrazione, mediante un'azione di accertamento volta a conseguire una pronuncia che verificasse l'insussistenza dei presupposti di legge per l'esercizio dell'attività oggetto della d.i.a.-s.c.i.a., con i conseguenti effetti conformativi in ordine ai provvedimenti spettanti all'Amministrazione stessa. Detta azione era stata ritenuta, in tal caso, pienamente ammissibile, in quanto unica azione in grado di tutelare le ragioni del terzo, e non violativa del principio per cui è fatto divieto al giudice amministrativo di pronunciarsi su poteri amministrativi non ancora esercitati (art. 34, comma 2, c.p.a.): «Per i ricorsi proposti anteriormente all'esercizio del potere inibitorio e a partire dal momento in cui la d.i.a. produce effetti giuridici legittimanti si deve fare applicazione del consolidato insegnamento giurisprudenziale che distingue tra i presupposti processuali – ossia i requisiti che devono sussistere ai fini della instaurazione del rapporto processuale – che devono esistere sin dal momento della domanda, e le condizioni dell'azione – ossia i requisiti della domanda che condizionano la decidibilità della controversia nel merito – che devono esistere al momento della decisione [...]. Nella specie, la scadenza del termine di conclusione del procedimento è un fatto costitutivo integrante una condizione dell'azione che, ai sensi del disposto dell'art. 34, comma 2, cit., deve esistere al momento della decisione. [...] In ossequio ai principi [...] in tema di effettività e di pienezza della tutela giurisdizionale, di cui la tutela interinale è declinazione fondamentale, il giudice amministrativo può adottare, nella pendenza del giudizio di merito, le misure cautelari necessarie, ai sensi dell'art. 55 del codice del processo amministrativo, al fine di impedire che, nelle more della definizione del procedimento amministrativo di controllo e della conseguente maturazione della condizione dell'azione, l'esercizio dell'attività denunciata possa infliggere al terzo un pregiudizio grave ed irreparabile».

⁴⁵ Così, giustamente, W. GIULIETTI, *Crisi economica e liberalizzazioni*, cit.

te «*verifiche*» (se, cioè, esse coincidano con i poteri inibitori-ripristinatori, o con le misure di “autotutela”, ovvero se integrino altri poteri), ma, soprattutto, si lascia il soggetto che ha presentato la d.i.a.-s.c.i.a. in una perdurante condizione di incertezza e precarietà, giacché, non essendo fissato alcun termine entro il quale i terzi possono sollecitare l’esercizio di tali «*verifiche*» da parte dell’Amministrazione, questo stesso soggetto vi rimane esposto, sostanzialmente, *sine die*⁴⁶.

In definitiva, le recenti modifiche apportate alla disciplina della d.i.a.-s.c.i.a. di cui si è sin qui discusso, le quali, nelle intenzioni del legislatore, dovrebbero mirare a rilanciare l’economia attraverso una accentuata liberalizzazione del settore dell’edilizia (del resto, le misure contenute nell’art. 5 del d.l. n. 70 del 2011 sono state introdotte proprio con l’intento di «*liberalizzare le costruzioni private*»: così il suo comma 1), si rivelano, rispetto a questi stessi fini, non solo inefficaci, ma anche controproducenti. Ne risulta, infatti, una complessiva disciplina estremamente complicata⁴⁷ ed oggettivamente poco chiara, foriera di continui dubbi interpretativi, disincentivante proprio per chi dovrebbe avvalersi della s.c.i.a. edilizia e di difficile e malsicura applicazione da parte dei comuni. Per stimolare davvero lo sviluppo del settore sarebbe,

⁴⁶ Cfr., ancora, W. GIULIETTI, *Crisi economica e liberalizzazioni*, cit.: «Non si vede cosa c’entri con la competitività, a cui si dovrebbe ispirare l’intervento del legislatore, lasciare *sine die* il dichiarante esposto alla possibilità (non circoscritta temporalmente) che il terzo solleciti la verifica della dichiarazione e che sulla base dell’apertura obbligatoria del relativo procedimento (di riesame?) possa avviare un’azione avverso l’inerzia, peraltro, proponibile entro un anno dalla chiusura del procedimento avviato con l’istanza. Non è nemmeno chiaro quale potere vada sollecitato: quello originario? (come ciò si concilia con l’estinzione del procedimento avviato d’ufficio con la presentazione della Scia?) quello di autotutela? (con quale efficacia, considerati i limiti contenuti nell’art. 19 all’esercizio dell’autotutela?) o quello sanzionatorio? (che tuttavia non sempre è previsto in termini ripristinatori)».

⁴⁷ Peraltro si consideri, al riguardo, che essa ha dato luogo ad una moltiplicazione invero esagerata di fattispecie edilizie, che rende ancor più intricato il generale contesto nel quale la medesima si colloca: si hanno, infatti, tra le altre, ipotesi di interventi liberi *tout-court* (art. 6, comma 1, del d.P.R. n. 380 del 2001); di interventi liberi ma sottoposti ad una previa comunicazione (art. 6, comma 2, del d.P.R. n. 380 del 2001); di interventi sottoposti a s.c.i.a. “semplice”, disciplinati dall’art. 19 della l. n. 241 del 1990 (e, sembrerebbe, dagli artt. 22 e 23 del d.P.R. n. 380 del 2001, nei limiti della residualità e compatibilità); di interventi sottoposti a così detta “super” d.i.a.-s.c.i.a., previsti, in alternativa al permesso di costruire, sia da leggi statali che da leggi regionali, ai quali si applicano le rispettive discipline (e, sembrerebbe, nei limiti di residualità e compatibilità, lo stesso art. 19 della l. n. 241 del 1990); interventi sottoposti a permesso di costruire, salvo che non sia diversamente previsto (art. 10 del d.P.R. n. 380 del 2001).

invece, necessario semplificare al massimo il relativo assetto normativo e, soprattutto, renderlo il più organico e coerente possibile, in modo da conferire certezza a tutti i soggetti coinvolti: sia al soggetto che presenta la segnalazione, sia al terzo controinteressato, sia alle amministrazioni comunali preposte al controllo. Cioè, esattamente il contrario di quanto attualmente è⁴⁸.

4. *La liberalizzazione del commercio ed i suoi rapporti con il potere di pianificazione urbanistica*

Un altro settore di notevole importanza per gli enti locali, che pure è stato direttamente investito dalle recenti misure di liberalizzazione, è quello del commercio, del quale, per quanto specificamente interessa in questa sede, occorre occuparsi nei suoi rapporti – da sempre piuttosto problematici – con i poteri concernenti il governo del territorio. Per valutare, sotto questo profilo, la portata di tali misure, appare opportuno ripercorrere, ancorché in maniera assolutamente sintetica e riepilogativa, l'evoluzione della disciplina che tale “materia” ha conosciuto sino alla loro introduzione⁴⁹.

⁴⁸ Ma, più in generale, rimane assai condivisibile l'osservazione di B.G. MATTARELLA, *La Scia, ovvero dell'ostinazione del legislatore pigro*, cit., 1328, per cui la d.i.a.-s.c.i.a. è sempre una soluzione subottimale, un “*second best*”: «La Scia, in effetti, è una scelta di ripiego anche rispetto all'autorizzazione espressa, che per molti aspetti è preferibile. Lo è, innanzitutto, per l'interesse pubblico, che è meglio garantito da un atto che esprime la volontà dell'amministrazione che da un suo comportamento inerte, il quale può ben dipendere dall'assenza di decisione. Lo è, altrettanto ovviamente, per il terzo, la cui tutela è molto più difficile con la Scia: con il normale procedimento autorizzatorio, invece, egli ha un procedimento a cui partecipare e un atto da impugnare. Lo è, in molti casi e sotto molti profili, anche per l'istante, perché un'autorizzazione espressa dà un affidamento molto maggiore di un'inerzia dell'amministrazione: non a caso, chi presenta una Dia aspetta sempre, per cominciare l'attività, il decorso del termine entro il quale, normalmente, l'amministrazione può intervenire per vietare la prosecuzione dell'attività. La maggiore affidabilità del provvedimento autorizzatorio si traduce facilmente in vantaggi concreti, per esempio nel più facile o meno oneroso accesso al credito da parte dell'imprenditore. E possono esservi ulteriori aspetti, per esempio di natura fiscale, che facciano preferire un provvedimento espresso alla Scia».

⁴⁹ Si procederà, quindi, a richiamare i soli tratti principali di tale normativa, e limitatamente ai profili che interessano ai fini del presente contributo. Per una analisi approfondita ed organica di questa stessa normativa, invece, ma prima delle ultime misure di liberalizzazione su cui ci si soffermerà nel testo, cfr., da ultimo,

Il punto di avvio è rappresentato dalla l. n. 426 del 1971⁵⁰. Nella vigenza di essa i comuni erano titolari di un vero e proprio potere di pianificazione in materia commerciale, che esercitavano attraverso il “piano di sviluppo e di adeguamento della rete di vendita”. Detto piano doveva «*tendere ad 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*», e si collocava in un rapporto di subordinazione rispetto alla pianificazione urbanistica, giacché doveva essere approvato «*nel rispetto delle previsioni urbanistiche*»⁵¹.

L’apertura, il trasferimento e l’ampliamento degli esercizi commerciali al minuto erano subordinati ad apposita autorizzazione amministrativa⁵², che doveva essere rilasciata, naturalmente, «*con la osservanza dei criteri stabiliti dal piano*». In sede autorizzatoria, inoltre, era fatto espressamente salvo il rispetto non solo dei regolamenti locali di polizia urbana, annonaria, ed igienico-sanitaria, ma anche delle «*norme relative alla destinazione ed all’uso dei vari edifici nelle zone urbane*»⁵³. Per gli esercizi con più di quattrocento metri quadrati in comuni con meno di dieci mila abitanti, nonché per le grandi strutture di vendita, era poi richiesto, oltre all’autorizzazione, anche un nulla osta regionale⁵⁴.

Questo sistema, dunque, era caratterizzato da un intenso potere di direzione e di conformazione del settore del commercio attribuito ai comuni, ed in parte anche alle regioni, e da una chiara prevalenza riconosciuta all’assetto urbanistico, cioè del governo del territorio complessivamente ed organicamente considerato, su quello commerciale⁵⁵.

M.D. TRAINA, *Disciplina del commercio, programmazione e urbanistica*, in *Riv. Giur. Edil.*, 2011, 119 ss.

⁵⁰ Sul sistema delineato da tale legge cfr., per tutti, M.P. CHITI, *La disciplina del commercio*, Rimini, 1993, *passim*, nonché i contributi di vari Autori in *La disciplina giuridica del commercio. Atti del XVIII convegno di studi di scienza dell’amministrazione*, Milano, 1975, *passim*.

⁵¹ Art. 11 della l. n. 426 del 1971.

⁵² Sul punto cfr., per tutti, M.A. SANDULLI, *L’autorizzazione al commercio di vendita a posto fisso*, Milano, 1995, *passim*.

⁵³ Art. 24 della l. n. 426 del 1971.

⁵⁴ Artt. 26 e 27 della l. n. 426 del 1971.

⁵⁵ In questo senso cfr. G. MORBIDELLI, *Rapporti tra disciplina urbanistica e disciplina del commercio*, in *Riv. Giur. Urb.*, 1990, III, 159 ss. A questo riguardo, inoltre, l’art. 13 della l. n. 426 del 1971 disponeva: «Nella formazione e nella revisione dei piani regolatori generali e dei programmi di fabbricazione sono indicate le norme per l’insediamento di attività commerciali e, in particolare, le quantità minime di spazi per parcheggi in funzione delle caratteristiche dei punti di vendita. Nei piani

Il secondo momento della evoluzione della disciplina in materia è rappresentato dal d.lgs. n. 114 del 1998, che, per la prima volta, ha introdotto misure di liberalizzazione del settore commerciale⁵⁶.

Esso, infatti, ha previsto, tra le finalità perseguite dalla disciplina del commercio, la trasparenza del mercato, la concorrenza, la libertà di impresa e la libera circolazione delle merci⁵⁷, ed ha affermato espressamente che «*l'attività commerciale si fonda sul principio della libertà di iniziativa economica privata ai sensi dell'articolo 41 della Costituzione*»⁵⁸.

In conseguenza di ciò, il potere di pianificazione del commercio, riconosciuto ai comuni dalla l. n. 426 del 1971, è stato soppresso *tout-court*. Inoltre, per l'apertura, per il trasferimento di sede e per l'ampliamento degli esercizi di vicinato, è stata soppressa anche l'autorizzazione, sostituita da una dichiarazione di inizio di attività⁵⁹.

Lo stesso d.lgs. n. 144 del 1998, peraltro, aveva attribuito alle regioni la competenza di definire «*indirizzi generali per l'insediamento delle attività commerciali*», da esplicarsi anche attraverso il potere di «*realizzare una rete distributiva che, in collegamento con le altre funzioni di servizio, assicuri la migliore produttività del sistema*», nonché di «*indicare gli obiettivi di presenza e di sviluppo delle grandi strutture di vendita [...], favorendo l'equilibrato sviluppo delle diverse tipologie distributive*»⁶⁰. Inoltre, nel continuare a prevedere la preventiva autorizzazione dei comuni per l'apertura, per il trasferimento di sede e per l'ampliamento delle medie e delle grandi strutture di vendita, ne ha subordinato il rilascio alla compatibilità, tra l'altro, con quanto previsto da tali «*indirizzi generali*»⁶¹.

Si è trattato, dunque, in realtà, di una liberalizzazione piuttosto “temperata”, giacché i poteri regionali e comunali appena richiamati apparivano idonei – ed, in effetti, proprio così sono stati interpretati ed applicati nella prassi – ad integrare dei veri e propri limiti interni, sep-

regolatori particolareggiati e nelle lottizzazioni convenzionate sono determinati gli spazi eventualmente riservati ai centri commerciali all'ingrosso e al dettaglio, ivi compresi i mercati regionali, ed ai grandi esercizi di vendita, con superficie superiore ai millecinquecento metri quadrati, esclusi magazzini e depositi».

⁵⁶ Sul quale cfr., in termini generali, oltre alla dottrina citata *infra*, i contributi di vari Autori in *Il Commercio. Commentario al D.lg. 31 marzo 1998 n. 114*, coordinato da V. Italia, Milano, 1998, *passim*.

⁵⁷ Art. 3, comma 1, lett. a), del d.lgs. n. 114 del 1998.

⁵⁸ Art. 2 del d.lgs. n. 114 del 1998.

⁵⁹ Art. 7 del d.lgs. n. 114 del 1998. Su questi profili cfr., di recente, F. CINTIOLI, *Concorrenza, istituzioni e servizio pubblico*, Milano, 2010, 293 ss.

⁶⁰ Art. 6, comma 1, del d.lgs. n. 114 del 1998.

⁶¹ Artt. 8, comma 3, e 9, comma 3, del d.lgs. n. 114 del 1998.

pur meno “invasivi” rispetto al precedente potere di pianificazione, all’iniziativa economica privata nel settore del commercio. Al riguardo, anzi, costituisce un dato di fatto, pacificamente rilevato in dottrina, quello per cui, a fronte della disciplina statale sin qui richiamata, le regioni hanno spesso assunto, nell’esercizio della loro competenza legislativa di attuazione o integrativa in materia di commercio, poi divenuta esclusiva dopo la riforma dell’art. 117 Cost., delle scelte – per così dire – “vetero-dirigiste” e “protezionistiche”, particolarmente sfavorevoli alle nuove aperture di medie e grandi strutture di vendita⁶².

Quanto, poi, alla disciplina dei rapporti tra commercio ed urbanistica, il d.lgs. n. 114 del 2008 non si è limitato – come, del resto, è normale che sia – ad attribuire alle Regioni la competenza di fissare «*criteri di programmazione urbanistica riferiti al settore commerciale*», ai quali devono conformarsi gli strumenti urbanistici comunali al fine di individuare, tra l’altro, «*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*», nonché «*i vincoli di natura urbanistica ed in particolare quelli inerenti la disponibilità di spazi pubblici o di uso pubblico e le quantità minime di spazi per parcheggi, relativi alle diverse strutture di vendita*»⁶³. Ma ha

⁶² In questo senso cfr., ad esempio, 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, 1747 ss.; P. BILANCIA, *La disciplina del commercio tra legislazione e attività pianificatoria*, in *Le Regioni*, 2005, 747 ss.; nonché, più di recente, M.D. TRAINA, *Disciplina del commercio, programmazione e urbanistica*, cit., 119 ss., il quale, ad esito di un’ampia analisi delle legislazioni regionali, rileva: «Si può dare per vero che [...] che le leggi regionali attuative del decreto Bersani registrano un’impostazione non meno restrittiva delle precedenti [...]. Preme mettere in evidenza che lo sviluppo della rete distributiva è oggetto di programmazione ad opera dei pubblici poteri; che non è disegnato solo dai piani urbanistici ma anche dagli “indirizzi” regionali che si ispirano a logiche di controllo dell’offerta e di perseguimento di equilibri “ottimali” di mercato; che i secondi non sono da meno dei primi. Per aprire un negozio di grandi dimensioni occorre infatti la “doppia conformità” e l’auspicato coordinamento tra permesso di costruire – ancorato al piano urbanistico, e autorizzazione commerciale – ancorata agli indirizzi regionali di programmazione, si risolve essenzialmente, come nel passato, nella necessità di munirsi di entrambi i titoli. [...] Si può senz’altro criticare l’impostazione neodirigistica (o meglio: veterodirigistica) delle regioni sotto il profilo delle scelte politiche, ma non sembra seriamente contestabile che essa sia pienamente legittimata, sul piano costituzionale, dalle previsioni del decreto Bersani, che per le medie e grandi strutture di vendita consentono di mantenere un controllo strutturale sull’incontro tra domanda e offerta».

⁶³ Art. 6, comma 2, lett. c) ed e). Nello stesso articolo è inoltre prescritto che gli strumenti urbanistici comunali individuino, da un lato, «i limiti ai quali sono

previsto che gli stessi strumenti urbanistici comunali (ed i regolamenti di polizia locale) dovessero adeguarsi anche agli «*indirizzi generali per l'insediamento delle attività commerciali*», di cui si è detto sopra⁶⁴, con la conseguenza per cui, come è stato giustamente rilevato, «*taluni dei profili dirigitici propri della soppressa programmazione economica del commercio sono stati recuperati e riproposti sub specie di prescrizioni da inserire negli strumenti urbanistici*»⁶⁵.

In altri termini, a questi ultimi strumenti era stata assegnata (anche) una funzione, quella relativa alla conformazione *ab interno* dell'attività commerciale, che non è loro propria, giacché, come è noto, il potere di pianificazione urbanistica dovrebbe occuparsi degli esercizi commerciali soltanto sotto il profilo della armonica collocazione nel territorio dei relativi edifici e delle aree a ciò destinate, e rappresentare, quindi, un limite esterno rispetto all'iniziativa e all'attività economica nel settore del commercio, e non uno strumento di programmazione o di direzione di queste ultime⁶⁶.

Tale assetto, tuttavia, è stato radicalmente mutato da due successivi interventi legislativi: ci si riferisce all'art. 3 del d.l. n. 223 del 2006 (convertito, con modificazioni, dalla l. n. 248 del 2006) ed al già richiamato d.lgs. n. 59 del 2010.

L'art. 3 del d.l. n. 223 del 2006⁶⁷, in applicazione dei principi dell'ordinamento europeo di promozione e tutela della concorrenza, ed «*ai sensi dell'art. 117, comma secondo, lettere e) ed m), della Costituzione*», ha di-

sottoposti gli insediamenti commerciali in relazione alla tutela dei beni artistici, culturali e ambientali, nonché dell'arredo urbano, ai quali sono sottoposte le imprese commerciali nei centri storici e nelle località di particolare interesse artistico e naturale», e, dall'altro, «*da correlazione dei procedimenti di rilascio della concessione o autorizzazione edilizia inerenti l'immobile o il complesso di immobili e dell'autorizzazione all'apertura di una media o grande struttura di vendita, eventualmente prevedendone la contestualità*».

⁶⁴ Art. 6, comma 5, del d.lgs. n. 114 del 1998.

⁶⁵ Così G. CAIA, *Governo del territorio e attività economiche*, in *Dir. Amm.*, 2003, 722.

⁶⁶ Rileva, invece, M. OCCHIENA, *L'incidenza della semplificazione sul potere e sul procedimento amministrativo: riflessioni anche alla luce della nuova disciplina del commercio*, in *Dir. Soc.*, 1998, 488, che, con il d.lgs. n. 114 del 1998, «*il governo ha convogliato i poteri pianificatori commerciali dai piani di commercio ai piani regolatori generali*». Sul punto cfr., inoltre, nello stesso senso, M.T.P. CAPUTI JAMBRENGHI, *Studi sulla disciplina giuridica dell'insediamento commerciale*, Milano, 2000, 201 ss.

⁶⁷ Sul quale, oltre alla dottrina già citata e a quella che verrà citata *infra*, cfr. A. RAGAZZINI, *Considerazioni sull'art. 3, d.l. n. 223 del 2006: ciò che dispone ed anche ciò che omette di disporre*, in *Foro Amm. - C.d.S.*, 2006, 2665 ss.

sposto, con riferimento alle stesse attività commerciali di cui al d.lgs. n. 114 del 1998 (ed alle attività di somministrazione di alimenti e bevande), la abolizione sia delle prescrizioni concernenti il rispetto di distanze minime obbligatorie tra attività appartenenti alla medesima tipologia di esercizio, sia – e soprattutto – di quelle concernenti il «rispetto di limiti riferiti a quote di mercato predefinite o calcolate sul volume delle vendite a livello territoriale sub-regionale»⁶⁸, prevedendo l'obbligo, in capo alle regioni e agli enti locali, di adeguare a tale disciplina le proprie disposizioni legislative e regolamentari⁶⁹.

Quanto, invece, al d.lgs. n. 59 del 2010, esso ha previsto, in termini generali, che l'accesso ad una attività di servizi (quindi anche alle attività commerciali) o il suo esercizio non possono essere subordinati al rispetto di requisiti concernenti, per quanto interessa in questa sede, «l'applicazione caso per caso di una verifica di natura economica che subordina il rilascio del titolo autorizzatorio alla prova dell'esistenza di un bisogno economico o di una domanda di mercato, o alla valutazione degli effetti economici potenziali o effettivi dell'attività o alla valutazione dell'adeguatezza dell'attività ri-

⁶⁸ Lo stesso articolo, inoltre, si riferisce alle prescrizioni, anch'esse abolite, concernenti: l'iscrizione a registri abilitanti ovvero possesso di requisiti professionali soggettivi per l'esercizio di attività commerciali, fatti salvi quelli riguardanti il settore alimentare e della somministrazione degli alimenti e delle bevande; [in via sperimentale,] il rispetto degli orari di apertura e di chiusura, l'obbligo della chiusura domenicale e festiva, nonché quello della mezza giornata di chiusura infrasettimanale dell'esercizio [ubicato nei comuni inclusi negli elenchi regionali delle località turistiche o città d'arte] (le parole tra parentesi quadre sono successivamente state abrogate: cfr. *infra*); le limitazioni quantitative all'assortimento merceologico offerto negli esercizi commerciali, fatta salva la distinzione tra settore alimentare e non alimentare; la fissazione di divieti ad effettuare vendite promozionali, a meno che non siano prescritti dal diritto comunitario; l'ottenimento di autorizzazioni preventive e le limitazioni di ordine temporale o quantitativo allo svolgimento di vendite promozionali di prodotti, effettuate all'interno degli esercizi commerciali, tranne che nei periodi immediatamente precedenti i saldi di fine stagione per i medesimi prodotti; il divieto o l'ottenimento di autorizzazioni preventive per il consumo immediato dei prodotti di gastronomia presso l'esercizio di vicinato, utilizzando i locali e gli arredi dell'azienda con l'esclusione del servizio assistito di somministrazione e con l'osservanza delle prescrizioni igienico-sanitarie.

⁶⁹ Tale obbligo di adeguamento doveva essere adempiuto entro il 1 gennaio 2007, ma, come ha più volte chiarito la giurisprudenza, anche nei casi in cui detto termine sia risultato infruttuosamente scaduto, le richiamate disposizioni si impongono comunque sulle disposizioni legislative e regolamentari, regionali e comunali, con esse in contrasto: cfr. ad esempio, Cons. St., Sez. V, 31 marzo 2011, n. 1975; Cons. St., Sez. V, 5 maggio 2009, n. 2808; Tar Lazio, Roma, Sez. II, 6 dicembre 2011, n. 9600; Tar Toscana, Sez. II, 21 settembre 2010, n. 6400.

*spetto agli obiettivi di programmazione economica stabiliti*⁷⁰. Talune limitazioni, peraltro assai importanti (come, ad esempio, quelle concernenti restrizioni quantitative o territoriali, in particolare fissate in funzione della popolazione o di una distanza geografica minima tra prestatori), possono essere introdotte o mantenute, in base ai principi di proporzionalità e non discriminazione, soltanto qualora ricorrano «*motivi imperativo di interesse generale*»⁷¹, consistenti in altrettante «*ragioni di interesse pubblico*»⁷², ma tra questi ultimi non possono (più) ricomprendersi, evidentemente, motivi di ordine meramente economico, altrimenti risulterebbe tradita *ab imis la ratio* di fondo della stessa direttiva 2006/123/CE, alla quale lo stesso d.lgs. n. 59 del 2010 ha dato attuazione.

Appare chiaro, dunque, che questo nuovo complesso di disposizioni aveva determinato la abrogazione implicita, per evidente incompatibilità, di tutti quei poteri, previsti sia dal d.lgs. n. 114 del 1998 che dalle legislazioni regionali, i quali, come si è rilevato sopra, ancora consentivano alle regioni stesse, in sede di adozione degli «*indirizzi generali per l'insediamento delle attività commerciali*», nonché ai comuni, in sede di pianificazione urbanistica e anche di rilascio delle autorizzazioni commerciali e dei permessi di costruire, di conformare in senso “dirigistico” e “protezionistico” il settore del commercio, sulla base di pure scelte di politica (e, quindi, di opportunità) economica⁷³.

⁷⁰ Art. 11, comma 1, lett. e), del d.lgs. n. 59 del 2010.

⁷¹ Art. 12 del d.lgs. n. 29 del 2010.

⁷² Art. 8, comma 1, lett. h), del d.lgs. n. 59 del 2010. Tra tali motivi vengono ricompresi, a titolo esemplificativo, l'ordine pubblico, la sicurezza pubblica, l'incolumità pubblica, la sanità pubblica, la sicurezza stradale, la tutela dei lavoratori compresa la protezione sociale dei lavoratori, il mantenimento dell'equilibrio finanziario del sistema di sicurezza sociale, la tutela dei consumatori, dei destinatari di servizi e dei lavoratori, l'equità delle transazioni commerciali, la lotta alla frode, la tutela dell'ambiente, incluso l'ambiente urbano, la salute degli animali, la proprietà intellettuale, la conservazione del patrimonio nazionale storico e artistico, gli obiettivi di politica sociale e di politica culturale.

⁷³ Cfr., sul punto, in riferimento all'art. 3 del d.lgs. n. 223 del 2006, A. MORBIDELLI, *Commercio e distribuzione*, in *Trattato di diritto amministrativo europeo*, II, diretto da M.P. Chiti e G. Greco, Milano, 2007, 761 ss., nonché, anche con riferimento al d.lgs. n. 59 del 2010, M.D. TRAINA, *Disciplina del commercio, programmazione e urbanistica*, cit. 119 ss., il quale rileva come il complesso di misure di liberalizzazione in esame «vale [...] a far piazza pulita delle normative regionali in vigore, in cui i profili di controllo strutturale del mercato sono nettamente prevalenti e comunque indistinguibili da quelli riconducibili ai motivi di interesse generale [...], a meno che non si voglia sostenere l'impervia tesi che, per la via della tutela dei consumatori (ad

In tale contesto, peraltro, era rimasta pur sempre pacificamente ferma, come del resto è normale che sia (e come sempre è stato, sin dalla l. n. 426 del 1971), la sovraordinazione del potere pubblico di pianificazione urbanistica, secondo la già richiamata disciplina contenuta nel d.lgs. n. 114 del 2008, rispetto all'ormai libero esplicarsi dell'iniziativa economica privata nel settore del commercio⁷⁴. Detto potere, infatti, concernendo l'ottimale utilizzo e l'ordinato assetto di tutto il territorio considerato nella sua globalità, cioè nella ponderazione di tutti gli interessi, pubblici e privati, che su di esso insistono, non può che essere assunto, per utilizzare la terminologia del d.lgs. n. 59 del 2010, alla stregua di un «*motivo imperativo di interesse generale*»⁷⁵.

Ma – si noti – con un assai importante mutamento di prospettiva rispetto al sistema forgiato dal d.lgs. n. 114 del 2008 (e dalle richiamate normative regionali), giacché, a seguito delle illustrate riforme del 2006 e del 2010, il potere in esame aveva (ri)assunto, come proprio fi-

es. per proteggerli dai perniciosi effetti dell'eccesso di concorrenza), si possono surrettiziamente conservare calmieri e contingenti».

⁷⁴ Cfr. in questo senso, M.T.P. CAPUTI JAMBRENGHI e F. SAITTA, *Rapporti tra pianificazione urbanistica e disciplina del commercio*, in www.giustamm.it, 2007.

⁷⁵ Sul punto, non può non ricordarsi che Corte cost., 22 giugno 2004, n. 176, ha riconosciuto la legittimità costituzionale, con riferimento all'art. 41 Cost., di una norma di legge regionale che prevedeva la sospensione del rilascio delle autorizzazioni per l'apertura delle grandi strutture di vendita sino all'approvazione (da aversi in tempi certi) del piano territoriale di coordinamento di competenza provinciale, rilevando che «la *ratio* della norma è quella di evitare una dislocazione sul territorio di grandi centri di distribuzione commerciale in assenza di una previa programmazione urbanistica, al fine di salvaguardare l'*interesse pubblico ad un ordinato e razionale assetto del territorio*», e che, pertanto, «deve ritenersi che la disposizione impugnata [...] – subordinando il rilascio dell'autorizzazione per l'apertura di una grande struttura di vendita alla previa programmazione urbanistica – introduca un *limite non irragionevole all'iniziativa economica privata per la salvaguardia di un bene di rilievo costituzionale, qual è il governo del territorio*». Cfr., a commento di tale sentenza, L. CASSETTI, *La ragionevolezza della legislazione regionale in materia di grande distribuzione commerciale tra tutela della concorrenza e libertà di iniziativa economica privata*, in *Giur. Cost.*, 2004, 1814 ss., la quale osserva, in maniera del tutto condivisibile, che «dal punto di vista della logica del ragionevole bilanciamento tra il diritto inviolabile di iniziativa economica privata e gli interessi di rilievo costituzionale che sostengono l'adozione dei piani territoriali di coordinamento (equilibrato governo del territorio) non si può non rilevare la coerenza e la linearità del percorso argomentativo seguito dalla Corte».

Sul ruolo della pianificazione urbanistica, anche per i profili di cui al testo, cfr., da ultimo, R. SALIMBENI, *Il territorio*, in *Diritto per il governo del territorio*, a cura di M. Carrà, W. Gasparri e C. Marzuoli, cit., capitolo VIII, paragrafi 1 e ss.

ne esclusivo – per l'appunto – quello urbanistico, cioè di governo del territorio, nel significato che si è ricordato poco sopra, dismettendo del tutto quello, sino ad allora in qualche modo “concorrente”, di direzione dell'attività commerciale⁷⁶. Tutto ciò con la notevole conseguenza per cui un esercizio in concreto di tale potere per fini diversi da quelli suoi propri, ad esempio per perpetrare in maniera surrettizia forme “protezionistiche” o “dirigistiche” di controllo del commercio, lo avrebbe esposto a censura per eccesso di potere⁷⁷.

In definitiva, quello appena descritto appariva un sistema caratterizzato davvero da una ragionevole ed equilibrata ponderazione tra le esigenze di liberalizzazione del settore commerciale, comunque pienamente riconosciute e salvaguardate, e gli interessi generali delle comunità locali connessi al complessivo assetto ed utilizzo del territorio, alla cura dei quali è preposto il potere di pianificazione urbanistica attribuito agli enti locali.

Ma questo stesso sistema sembrerebbe essere stato sovvertito dall'art. 31 del d.l. n. 201 del 2011, rubricato «*Esercizi commerciali*», e collocato, nell'ambito del titolo IV del decreto (recante: «*Disposizioni per la promozione e la tutela della concorrenza*»), proprio in apertura del capo I, intitolato alle «*Liberalizzazioni*»⁷⁸.

Ci si riferisce non tanto al comma 1 di tale articolo, che, nell'intento di stimolare l'economia, ha del tutto abolito i vincoli concernenti gli orari e le giornate di apertura e di chiusura degli esercizi

⁷⁶ Cfr., sul punto, a seguito dell'art. 3 del d.l. n. 223 del 2006, A. LOLLI, *Pianificazione urbanistica, interessi economici e pianificazione commerciale*, in *Territorialità e delocalizzazione nel governo locale*, a cura di M. Cammelli, Bologna, 2007, 571 ss.

⁷⁷ Sul punto cfr., ancora, M.D. TRAINA, *Disciplina del commercio, programmazione e urbanistica*, cit. 119 ss., il quale condivisibilmente rileva: «Si ripropone [...] la figura della pianificazione urbanistica come “scacchiera”, ma questa volta le pedine (le imprese) debbono potersi muovere in un quadro di regole che non le soffochino, nella prospettiva che le leggi del mercato facciano meglio di qualunque pianificazione economica. Ciò evoca, di conseguenza, un controllo attento del giudice sull'eccesso di potere, che poco si concilia con la benevolenza con cui gran parte della giurisprudenza ha trattato sino ad oggi l'ampia – fin troppo ampia, considerato che la materia è sottoposta a riserva (sia pure relativa) di legge – discrezionalità in materia di pianificazione del territorio. Controllo che, soprattutto, dovrà investire la motivazione dei piani e la correttezza del procedimento, onde accertare se l'Amministrazione ha preso in adeguata considerazione gli interessi in gioco e verificare la congruità delle scelte compiute rispetto ad essi».

⁷⁸ Per un commento a tale articolo cfr. M. DE BENEDETTO, *Le liberalizzazioni e i poteri dell'Agcm*, in *Giorn. Dir. Amm.*, 2012, 238, la quale, però, non si sofferma sulle criticità rilevate nel testo.

commerciali⁷⁹, ma soprattutto al suo comma 2, il quale, nel medesimo intento, dispone quanto testualmente segue: «Secondo la disciplina dell'Unione Europea e nazionale in materia di concorrenza, libertà di stabilimento e libera prestazione di servizi, costituisce principio generale dell'ordinamento nazionale la libertà di apertura di nuovi esercizi commerciali sul territorio *senza* contingenti, limiti territoriali o *altri vincoli di qualsiasi altra natura*» – si badi bene: senza nessun altro vincolo di qualsiasi altra natura – «esclusi quelli connessi alla tutela della salute, dei lavoratori, dell'ambiente, ivi incluso l'ambiente urbano, e dei beni culturali. Le Regioni e gli enti locali adeguano i propri ordinamenti alle prescrizioni del presente comma entro il 30 settembre 2012».

Ora, nel valutare quale possa essere la portata di queste disposizioni, appare evidente che, se ci si mantiene fedeli ai criteri interpretativi prescritti dall'art. 12 delle disposizioni sulla legge in generale, tale portata appare a dir poco rivoluzionaria. Difatti, sembrerebbe essere stato abolito *tout-court* qualsivoglia vincolo di natura propriamente urbanistica all'apertura di nuovi esercizi commerciali, siano essi di piccole, di medie o – finanche – di grandi dimensioni. In particolare, sembrerebbe venuto meno, d'un sol colpo, il potere degli enti locali, già previsto dal d.lgs. n. 114 del 2008 e mantenuto fermo dalla successiva legislazione statale, di individuare, in sede di pianificazione urbanistica, e sulla base dei «*criteri di programmazione urbanistica riferiti al settore commerciale*» di competenza delle regioni, sia «*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*», sia «*i vincoli di natura urbanistica ed in particolare quelli inerenti la disponibilità di spazi pubblici o di uso pubblico e le quantità minime di spazi per parcheggi, relativi alle diverse strutture di vendita*».

Ciò, invero, sembra emergere con chiarezza non soltanto dall'inequivoco e perentorio tenore testuale delle disposizioni recate dall'art. 31, comma 2, del d.l. n. 201 del 2011, ma anche dall'intenzione del legislatore, giacché quest'ultimo, pur avendo mantenuto fermi taluni vincoli alla libertà di apertura di nuovi esercizi commerciali⁸⁰, tra

⁷⁹ In particolare, si è avuta l'abolizione, in via generalizzata, del rispetto degli orari di apertura e di chiusura, dell'obbligo della chiusura domenicale e festiva, nonché della mezza giornata di chiusura infrasettimanale dell'esercizio, i quali, invece, nella originaria versione dell'art. 3, co. 1, lett. d-*bis*, del d.l. n. 223 del 2006, potevano essere derogati solo in via sperimentale e nei comuni inclusi negli elenchi regionali delle località turistiche o città d'arte.

⁸⁰ Peraltro ritenuti eccessivamente vaghi dalla Segnalazione dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato intitolata «*Proposte di riforma concorrenziale ai fini*

questi non ha ricompreso, per l'appunto, quelli di natura propriamente urbanistica, con l'evidente intendimento, dunque, di escluderli (al pari – può notarsi incidentalmente – dei vincoli paesaggistici). A questo riguardo, anzi, occorre osservare che i vincoli, ivi menzionati, connessi alla tutela dell'ambiente, ivi incluso l'ambiente urbano⁸¹, e dei beni culturali, tenuti fermi dalle disposizioni in esame, seppure, naturalmente, possono interessare anche la pianificazione urbanistica, non solo non esauriscono affatto la sua precipua e primaria funzione, concernente «l'ordinato e razionale assetto del territorio», ma ne rappresentano, proprio con specifico riferimento agli esercizi commerciali, profili di importanza secondaria: da un lato, infatti, tali esercizi, anche se di medie e grandi dimensioni, non appaiono idonei, considerati di per sé, e a differenza degli insediamenti e degli esercizi industriali, a produrre un impatto considerevole sull'ambiente; dall'altro, per quanto concerne i vincoli connessi alla tutela dei beni culturali, essi riguardano, almeno nella stragrande maggioranza dei casi, i soli centri storici delle città, e non anche il tutto il restante aggregato urbano.

Insomma, pur avendo fatti salvi detti vincoli, l'art. 31, comma 2, del d.l. n. 201 del 2011 sembrerebbe aver riconosciuto la libertà di aprire ovunque un qualsivoglia nuovo esercizio commerciale, comprese le medie e le grandi strutture di vendita, del tutto a prescindere dai vincoli urbanistici in senso proprio: questi ultimi, anzi, sembrerebbero ormai da considerarsi *in toto* abrogati. Occorre rilevare, sotto questo profilo, che le disposizioni in esame, appaiono a tal punto radicali e *tranchantes* che, qualora fossero interpretate alla lettera, imporrebbero ai

della Legge annuale per il mercato e la concorrenza. Anno 2012”, e data 4 gennaio 2012, in www.agcm.it, ove è dato leggere, in riferimento all'art. 31, comma 2, del d.l. n. 201 del 2011, quanto segue: «Emerge [...] a tale proposito una divergenza della norma nazionale rispetto al dettato comunitario [direttiva 200/123/CE], che concerne in particolare (oltre le ragioni di interesse generale in virtù delle quali ammettere deroghe al principio) le condizioni in presenza delle quali siffatti vincoli possono essere introdotti. La norma nazionale, infatti, non contiene cenno alcuno al principio di minore restrittività di cui all'art. 9 della Direttiva, né richiama l'esigenza che siano rispettati i principi di necessità e proporzionalità: di conseguenza, essa appare presentare una formulazione eccessivamente vaga, sì da consentire alle amministrazioni locali un'ampia libertà di restringere l'accesso al settore. Di qui la necessità di ricondurla a coerenza con la citata Direttiva, introducendo espressamente il criterio di stretta necessità»

⁸¹ Espressione che, come è noto, pur non rinvenendo una apposita definizione nella legislazione nazionale, possiede un significato ecologico in senso stretto: cfr., sul punto, la *Comunicazione della Commissione al Consiglio e al parlamento europeo relativa ad una strategia tematica sull'ambiente urbano*, COM(2005) 718 DEF.

comuni, che insieme alle regioni e alle province devono adeguarvi i propri ordinamenti entro il 30 settembre 2012, di rilasciare non solo l'autorizzazione commerciale, ma finanche lo stesso permesso di costruire, persino a chi voglia costruire un nuovo edificio commerciale in una zona già destinata a verde agricolo dagli strumenti urbanisti, senza alcuna apposita variante e pur in mancanza di parcheggi o di viabilità adeguati. Sembrerebbe, dunque, che sia stato cancellato del tutto, con un solo piccolo tratto di penna del legislatore d'urgenza, quel «*limite non irragionevole all'iniziativa economica privata per la salvaguardia di un bene di rilievo costituzionale, qual è il governo del territorio*»⁸².

Ma, proprio per questo, appare evidente che, seppure quella sin qui illustrata appare l'unica interpretazione dell'art. 31, comma 2, del d.l. n. 201 del 2011 conforme al «*senso [...] fatto palese dal significato proprio delle [sue] parole secondo la connessione di esse, e dalla intenzione del legislatore*», questa stessa interpretazione non è assolutamente praticabile.

Essa, infatti, esporrebbe le disposizioni in esame ad un insana-
bile contrasto con i principi di ragionevolezza e di proporzionalità, giacché, a fronte di un “conflitto” tra due beni entrambi di rilievo costituzionale, cioè la libertà di iniziativa economica privata ed il governo del territorio, quest'ultimo – che, peraltro, attiene agli interessi della popolazione considerata nella sua globalità, in quanto «*per la indefinita molteplicità degli interessi che coinvolge, è proprio quanto di più tipicamente generale e non settoriale si possa immaginare*»⁸³ – verrebbe totalmente sacrificato, a fronte di una tutela incondizionata e “a oltranza” del primo.

Inoltre, se si considera che le funzioni amministrative degli enti locali in materia di governo del territorio «*rappresen[ta]no] la prima e forse l'unica sicura ipotesi di quelle “funzioni amministrative proprie”, delle quali discorrere piuttosto enigmaticamente il secondo comma del nuovo articolo 118 della Costituzione*»⁸⁴, la prospettata interpretazione dell'art. 31, comma 2, del d.l. n. 201 del 2011 si porrebbe in contrasto anche – e, anzi, soprattutto, per quanto specificamente rileva in questa sede – con il principio costituzionale di autonomia degli enti locali, e, in particolare, dei comuni. Questi ultimi, infatti, i quali, come si è visto sopra, erano già stati privati di qualsivoglia potere in tema di pianificazione o di conformazione *ab interno* del settore commerciale, risulterebbero del tutto svuotati an-

⁸² Corte cost., n. 176 del 2004.

⁸³ Così P. STELLA RICHTER, *L'evoluzione della dottrina in materia urbanistica ed edilizia*, in *Riv. Giur. Edil.*, 2009, 25 ss.

⁸⁴ Così, ancora, P. STELLA RICHTER, *L'evoluzione della dottrina in materia urbanistica ed edilizia*, cit., *ibidem*.

che del residuo potere, da sempre “proprio”, di limitare *ab externo* tale settore in ragione di interessi più generali, concernenti l'intera collettività dei quali sono enti esponenziali: e risulterebbe un vero e proprio paradosso la circostanza per cui un tale svotamento di autonomia si verificasse a seguito della riforma del titolo V, parte II, della Costituzione.

Proprio per questo, è da ritenere che l'art. 31, comma 2, del d.l. n. 201 del 2011, anche laddove, sotto i profili in esame, non dovesse essere dichiarato incostituzionale nella parte in cui non prevede, tra i vincoli all'apertura di nuovi esercizi commerciali, quelli di natura propriamente urbanistica, rimarrà, comunque, lettera morta; ed è da ritenere che questi ultimi vincoli – ove risultino in concreto legittimi, in quanto genuina espressione di quel potere “proprio” degli enti locali di realizzare «l'ordinato e razionale assetto del territorio», sul quale insistono tutti gli interessi delle collettività di riferimento, e non soltanto quello ad aprire nuovi esercizi commerciali – continueranno ad imporsi quale necessaria cornice “sistemica” solo nel rispetto della quale potrà svolgersi la pur libera iniziativa economica privata⁸⁵.

5. *La liberalizzazione dei servizi pubblici locali di rilevanza economica*

Occorre affrontare, infine, il profilo sicuramente più importante della tematica trattata, concernente i tentativi del recente legislatore di liberalizzare i servizi pubblici locali di rilevanza economica.

Per cercare di offrirne una valutazione critica in termini giuridici e non “ideologici”, occorre tenere presenti due dati fondamentali e di carattere oggettivo: in primo luogo, i servizi in questione non rispondono, né alla stregua dell'ordinamento nazionale né alla stregua dell'ordinamento europeo, ad un paradigma puramente ed esclusivamente economico⁸⁶; in secondo luogo, essi rappresentano il principale

⁸⁵ Anche F. SATTÀ, *Liberalizzare e semplificare*, in *www.apertacontrada.it*, discorrendo sulla disposizione in esame, ritiene che i vincoli urbanistici, anche «*prudentemente non menzionati*», permarranno.

⁸⁶ Cfr., in questi termini, A. POLICE, *Spigolature sulla nozione di «servizio pubblico locale»*, in *Dir. Amm.*, 2007, 79 ss., il quale, nel rilevare che la nozione soggettiva ed oggettiva di servizio pubblico si pongono sempre in rapporto di mutua implicazione, e che «il fattore che differenzia il servizio pubblico, da una attività anche oggettivamente analoga, è la valutazione effettuata dalla pubblica Amministrazione sulla “doverosità” del porre tale servizio a disposizione dei cittadini. Momento fondamentale delle vicende di un servizio pubblico è infatti quello in cui l'ente politico

aspetto di estrinsecazione dell'autonomia politica, e non soltanto amministrativa, degli enti locali, che viene riconosciuta loro dalla Costituzione⁸⁷.

Muovendo dall'ordinamento europeo, è noto che alla materia dei servizi pubblici locali di rilevanza economica, non essendo essa stata interessata da normative di diritto derivato, si applicano i soli principi dei Trattati in materia di servizi di interesse economico generale (s.i.e.g.)⁸⁸ (i quali, come anche ha chiarito la Corte costituzionale, hanno «*contenuto omologo*» ai servizi pubblici locali di rilevanza economica⁸⁹), nella interpretazione fornita dalla Commissione⁹⁰ e, soprattutto, dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia e del Tribunale di primo grado⁹¹.

assume su di sé la titolarità del compito-servizio», conclude, anche alla luce dell'ordinamento europeo, nel senso che «la decisione (discrezionale) di assumere in carico all'Amministrazione un certo servizio per meglio incontrare le esigenze della collettività territoriale è il perno su cui ruota tutta la nozione di servizio pubblico, cosicché anche il rapporto con l'interesse (altrettanto rilevante) all'apertura al mercato e alla concorrenza non può risolversi in una scontata prevalenza dei secondi».

La bibliografia in materia, come è noto, è sterminata. Quindi, oltre agli autori citati *infra*, cfr., per tutti, i contributi di vari Autori raccolti in *La riforma dei servizi pubblici locali*, a cura di R. Villata, Torino, 2011, *passim*, e l'ampia dottrina e giurisprudenza ivi citate.

⁸⁷ Cfr., sul punto, G. PIPERATA, *Tipicità e autonomia nei servizi pubblici locali*, Milano, 2005, 206 ss. e 451 ss.

⁸⁸ Al riguardo vengono in considerazione, fondamentalmente, gli artt. 14 e 106 del TFUE, nonché il Protocollo n. 26 allo stesso TFUE.

⁸⁹ Il riferimento è a Corte cost., 17 novembre 2010, n. 325, sulla quale cfr. A. LUCARELLI, *La Corte costituzionale dinanzi al magma dei servizi pubblici locali: linee fondative per un diritto pubblico europeo dell'economia*, in *Giur. Cost.*, 2010, 4645 ss.

⁹⁰ Tra gli atti adottati, al riguardo, dalla Commissione, vengono in considerazione, fondamentalmente, le Comunicazioni del del 26 settembre 1996 e del 19 gennaio 2001 su «*I servizi di interesse generale in Europa*»; il Libro Verde su «*I Servizi di interesse generale*» - COM(2003) 270 del 21 maggio 2003; il Libro Bianco su «*I Servizi di interesse generale*» - COM(2004) 374 del 12 maggio 2004, la Comunicazione «*I servizi di interesse generale, compresi i servizi sociali di interesse generale: un impegno europeo*» - COM(2007) 725 del 20 novembre 2007; la Comunicazione «*Riforma delle norme UE in materia di aiuti di Stato relativamente ai servizi di interesse economico generale*» - COM(2011) 146 del 23 marzo 2011.

⁹¹ Il cui assetto è ricavabile, per limitarsi alle pronunce più recenti, dalle sentenze della Corte di Giustizia 11 gennaio 2005, C-26/03 (*Stadt Halle*); 13 novembre 2008, C-324/07 (*Coditel Brabant*); 9 giugno 2009, C-480/06 (*Commissione c. Repubblica Federale di Germania*); 10 settembre 2009, C-573/07 (*Sea*); 15 ottobre 2009, C-196/08 (*Acosef*); nonché dalla sentenza del Tribunale di primo grado 12 febbraio 2008, T-289/03 (*British United Provident Association - BUPA*).

Dall'analisi di queste fonti possono ricavarsi i seguenti principi in materia di s.i.e.g.⁹², e, quindi, di servizi pubblici locali di rilevanza economica.

In considerazione dell'importanza di tali servizi nell'ambito dei valori comuni dell'Unione, nonché del loro ruolo decisivo nella promozione della coesione sociale e territoriale, è riconosciuta ampia discrezionalità agli Stati membri in ordine alla individuazione dei servizi che intendono assumere come s.i.e.g., con l'unico limite, sindacabile dalle istituzioni europee, del così detto "errore manifesto".

Laddove un determinato servizio sia stato legittimamente assunto come s.i.e.g., le autorità pubbliche sono sostanzialmente libere di scegliere non solo come organizzarlo, ma anche come gestirlo, secondo una delle seguenti modalità: mediante gestione diretta, rimessa alle proprie strutture e ai propri servizi (senza alcun limite dimensionale); mediante affidamento diretto della gestione a figure soggettive sostanzialmente pubbliche, anche in forma societaria, che posseggano i noti requisiti del modello "in house"; mediante affidamento diretto a società miste, purché siano rispettati i noti requisiti individuati dalla richiamata sentenza *Acosef*, tra i quali, però, per ciò che qui interessa, non è compreso quello di una partecipazione minima del socio privato; infine, mediante affidamento a imprenditori e società private individuati attraverso l'espletamento di procedure ad evidenza pubblica, in un'ottica di concorrenza per il mercato⁹³.

Venendo al nostro ordinamento nazionale, occorre ricordare che, sino alla introduzione dell'art. 23-*bis* del d.l. n. 112 del 2008, la disciplina generale dei servizi pubblici locali di rilevanza economica, recata dall'art. 113 del d.lgs. n. 267 del 2000, sostanzialmente corrispondeva al modello europeo appena illustrato, perché gli enti locali erano liberi di scegliere la forma di gestione – pubblica, mista o privata – del servizio (ad eccezione della sola gestione diretta, già abolita)⁹⁴.

⁹² Sui quali, come è noto, gli studi da citare sarebbero innumerevoli. Dunque cfr., per tutti, G. NAPOLITANO, *Regole e mercato nei servizi pubblici*, Bologna, 2005, *passim*, e D. SORACE, *I servizi «pubblici» economici nell'ordinamento nazionale ed europeo, alla fine del primo decennio del XXI secolo*, in *Dir. Amm.*, 2010, 1 ss. Cfr., altresì, il lavoro monografico di D. GALLO, *I servizi di interesse economico generale. Stato, Mercato e Welfare nel diritto dell'Unione europea*, Milano, 2010, *passim*, e l'ampia dottrina e giurisprudenza ivi citate.

⁹³ In questi termini cfr. anche la già richiamata Corte cost., n. 325 del 2010.

⁹⁴ Su questo assetto cfr., ancora, F. LIGUORI, *I servizi pubblici locali. Contendibilità del mercato e impresa pubblica*, Torino, 2004, *passim*; S. VARONE, *Servizi pubblici lo-*

Tutto è cambiato, invece, con l'art. 23-*bis* del d.l. n. 112 del 2008, come modificato dall'art. 15 del d.l. n. 135 del 2009, che ha drasticamente compresso la libertà di scelta degli enti locali in ordine alle modalità di gestione dei servizi in esame, al fine – consentito, ma non imposto, dall'ordinamento europeo – di realizzarne una massima concorrenzialità “per il mercato”⁹⁵.

Difatti, ai sensi di detto articolo, le cui disposizioni si applicavano a tutti i servizi pubblici locali di rilevanza economica, esclusi soltanto quelli di distribuzione del gas naturale, di distribuzione di energia elettrica, di gestione della farmacie comunali e di trasporto ferroviario regionale, il conferimento della gestione dei servizi doveva avvenire, in via ordinaria: a favore di imprenditori (privati) e di società (private) scelti con gara; oppure a favore – sì – di società miste, secondo i requisiti indicati dalla sentenza *Acoset*, ma – si badi – con la previsione di una partecipazione minima del socio privato, anch'essa non imposta dall'ordinamento europeo, pari ad almeno il quaranta per cento del capitale sociale.

Per quanto riguardava, invece, la gestione integralmente pubblica, mediante affidamento diretto a società *in house*, questa cessava *tout-court* – ma, ancora una volta, senza che ciò fosse in alcun modo imposto dall'ordinamento europeo – di essere una modalità ordinaria di gestione dei servizi, alla quale gli enti locali potessero ricorrere in base ad una loro libera scelta. Tale ultima modalità, infatti, era ammessa soltanto in situazioni eccezionali, che, a causa di peculiari caratteristiche economiche, sociali, ambientali e geomorfologiche del contesto territoriale di riferimento, non permettessero un efficace ricorso al mercato. In queste ipotesi, peraltro, gli enti locali avrebbero dovuto dare una adeguata pubblicità alla scelta, motivandola in base ad una analisi di mercato e trasmetterla finanche all'Autorità garante della concorrenza e del mercato per l'espressione di un parere preventivo: il tutto si risolveva, dunque, in una procedura estremamente gravosa e disincentivante per gli enti locali.

cali e concorrenza, Torino, 2004, *passim*; G. PIPERATA, *Servizi pubblici locali*, in *Dizionario di diritto pubblico*, diretto da S. Cassese, IV, Milano, 2006, 5527 ss.

⁹⁵ Sull'assetto dei servizi pubblici locali di rilevanza economica dopo l'art. 23-*bis* del d.l. n. 112 del 2008 (convertito, con modificazioni, dalla l. n. 133 del 2008), come modificato dall'art. 15 del d.l. n. 135 del 2009 (convertito, con modificazioni, dalla l. n. 166 del 2009) cfr., per tutti, oltre alla dottrina citata, B. GILIBERTI, L.R. PERFETTI e I. RIZZO, *La disciplina dei servizi pubblici locali alla luce del D.L. 135/2009*, in *Urb. App.*, 2010, 257.

Ciò che preme evidenziare, al riguardo, è che, come anche ha espressamente affermato la Corte costituzionale⁹⁶, la disciplina dell'art. 23-*bis* del d.l. n. 112 del 2008, seppure non si poneva in contrasto con il diritto europeo, non costituiva, però, neanche una applicazione necessitata di esso.

Questa stessa disciplina, peraltro, è stata sottoposta a *referendum* abrogativo. Quest'ultimo, seppure, come è noto, è passato alle croniche come *referendum* "sull'acqua", riguardava, in realtà, l'abrogazione dell'intero art. 23-*bis* del d.l. n. 112 del 2008, il quale, come si è visto, disciplinava la gestione di tutti i servizi pubblici locali di rilevanza economica (ad eccezione dei quattro già esclusi), e non aveva ad oggetto la abrogazione delle sue disposizioni solo in quanto applicabili anche al servizio idrico.

Quale fosse l'obiettivo intento del *referendum*, al di là degli aspetti politici dello stesso, lo ha chiarito la Corte costituzionale con la sentenza n. 24 del 2011, la stessa che ne ha dichiarato l'ammissibilità: «L'obiettivo ratio del quesito [...] va ravvisata nell'intento di eliminare quelle norme, contenute nell'art. 23-*bis*, che limitano, rispetto al diritto europeo, le ipotesi di gestione in house di pressoché tutti i servizi pubblici locali di rilevanza economica (ivi compreso il servizio idrico)»⁹⁷. In modo, dunque, da restituire agli enti locali, in piena conformità con l'ordinamento europeo, la libertà di operare, senza restrizioni o limitazioni di sorta, anche per la gestione integralmente pubblica dei servizi in questione, ovvero per la gestione mista pubblico/privato, ma, in quest'ultimo caso, senza il vincolo – anch'esso non richiesto dall'ordinamento europeo – della partecipazione minima del socio privato non inferiore al quaranta per cento.

La stessa sentenza, peraltro, aveva anche affermato che, seppure all'eventuale esito positivo del *referendum* non sarebbe conseguita alcuna reviviscenza della previgente normativa (cioè delle disposizioni già abrogate dell'art. 113 del d.lgs. n. 267 del 2000), non si sarebbe, comunque, verificato alcun vuoto normativo, giacché avrebbero trovato diretta applicazione i principi dell'ordinamento europeo: quei medesimi principi, cioè, che sono stati illustrati sopra, e che, come ha ribadito la stessa sentenza della Corte costituzionale da ultimo richiamata, non ostano in alcun modo alla scelta di gestione integralmente pubblica dei servizi pubblici locali di rilevanza economica.

⁹⁶ Il riferimento è, ancora, a Corte cost., n. 325 del 2010.

⁹⁷ Su Corte cost., 26 gennaio 2011, n. 24 cfr. A. LUCARELLI, *I servizi pubblici locali verso il diritto pubblico dell'Unione europea*, in *Giur. Cost.*, 2011, 261 ss.

Il *referendum*, come è noto, ha avuto esito positivo, e l'art. 23-*bis* del d.l. n. 112 del 2008 è stato abrogato.

Sennonché, di lì a pochissimo, è intervenuto l'art. 4 del d.l. n. 138 del 2011, poi modificato ed integrato dalla l. n. 183 del 2011, dal d.l. n. 1 del 2012 e dal d.l. n. 83 del 2012⁹⁸.

Esso, seppure recava in rubrica «*Adeguamento della disciplina dei servizi pubblici locali al referendum popolare e alla normativa dell'Unione europea*», aveva introdotto, in realtà, una disciplina di tali servizi, dalla cui applicazione, oltre ai quattro servizi già esclusi dall'art. 23-*bis* del d.l. n. 112 del 2008, veniva escluso soltanto il servizio idrico, la quale non solo non rappresentava affatto un adeguamento, meno che mai necessitato, alla normativa europea, ma si poneva anche in patente contrasto con l'esito del *referendum*, e con la chiara volontà popolare da esso emersa.

Difatti, per quanto qui interessa, veniva imposto agli enti locali, dopo aver individuato i contenuti specifici e gli obblighi di servizio universale, di verificare la realizzabilità di una gestione concorrenziale dei servizi, «*liberalizzando tutte le attività economiche compatibilmente con le caratteristiche di universalità e accessibilità del servizio e limitando, negli altri casi, l'attribuzione di diritti di esclusiva alle ipotesi in cui, in base ad una analisi di mercato, la libera iniziativa economica privata non risulti idonea a garantire un servizio rispondente ai bisogni della comunità*». All'esito di tale verifica, gli stessi enti locali avrebbero dovuto adottare una «*delibera quadro*» per illustrare l'istruttoria compiuta e per evidenziare, in relazione ai settori sottratti alla liberalizzazione, «*le ragioni della decisione e i benefici per la comunità locale derivanti dal mantenimento di un regime di esclusiva del servizio*». Gli enti locali con più di diecimila abitanti, inoltre, avrebbero dovuto sottoporre detta «*delibera quadro*» ad un preventivo parere dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato, che si sarebbe dovuta pronunciare «*in merito all'esistenza di ragioni idonee e sufficienti all'attribuzione di diritti di esclusiva*». Quest'ultima previsione, simile a quella già contenuta nell'art. 23-*bis* del d.l. n. 112 del 2008, doveva leggersi, però, congiuntamente al nuovo art. 21-*bis* della l. n. 287 del 1990 (introdotto dall'art. 35 del d.l. n. 201 del 2011, convertito, con modificazioni, dalla l. n. 214 del 2011), che, al comma 1, legittima l'Autorità ad agire in giudizio

⁹⁸ Su questa nuova disciplina cfr. G. PIPERATA, *La disciplina dei servizi pubblici locali negli ultimi interventi legislativi di stabilità economica*, in *Giorn. Dir. Amm.*, 2012, 23 ss.; C. VIVIANI, *La disciplina dei servizi pubblici locali di rilevanza economica: si definisce il quadro della riforma del Governo Monti*, in *Urb. App.*, 2012, 511 ss.; C. VOLPE, *Servizi pubblici locali e legge di stabilità 2012. Il dinamismo normativo continua*, in *Foro Amm. - C.d.S.*, 2011, 3594 ss.

contro gli atti amministrativi generali, i regolamenti ed i provvedimenti di qualsiasi amministrazione pubblica che violino le norme a tutela della concorrenza e del mercato, e, al comma 2, dispone quanto segue: «L’Autorità garante della concorrenza e del mercato, se ritiene che una pubblica amministrazione abbia emanato un atto in violazione delle norme a tutela della concorrenza e del mercato, emette, entro sessanta giorni, un parere motivato, nel quale indica gli specifici profili delle violazioni riscontrate. Se la pubblica amministrazione non si conforma nei sessanta giorni successivi alla comunicazione del parere, l’Autorità può presentare, tramite l’Avvocatura dello Stato, il ricorso, entro i successivi trenta giorni»⁹⁹.

Ma, ciò fermo, anche qualora gli enti locali avessero assunto la decisione di mantenere taluni «*diritti di esclusiva*», e seppure tale decisione non fosse incorsa in alcuna obiezione da parte dell’A.g.c.m., la loro facoltà di scelta in ordine alle modalità di gestione dei servizi risultava ancor più compressa rispetto a quanto prevedeva la stessa disciplina abrogata dal *referendum*. In questi casi, infatti, mentre la possibilità di ricorrere al modello della società mista continuava ad essere limitata dalla necessaria partecipazione del socio privato per un quota non inferiore al quaranta per cento del capitale sociale, la possibilità di affidare direttamente la gestione dei servizi ad organismi *in house* veniva ulteriormente ristretta, giacché ammessa soltanto se il valore economico del servizio oggetto dell’affidamento non fosse superiore alla somma complessiva di duecentomila euro. La modalità di gestione “ordinaria” dei servizi, invece, rimaneva quella dell’affidamento ad imprese selezionate mediante procedure ad evidenza pubblica, con la previsione, invero quasi “beffarda” rispetto alla *ratio* e all’esito del *referendum*, che potessero parteciparvi anche società a capitale integralmente pubblico (purché non ricorressero specifici divieti previsti dalla legge).

Si trattava, dunque, di una complessiva disciplina volta a perseguire al massimo grado non solo la “*concorrenza per il mercato*”, ma anche – ed, anzi, in via assolutamente prioritaria – la “*concorrenza nel mercato*”: anche se quest’ultima, invero, almeno con riferimento ai servizi a rete,

⁹⁹ Su tale disciplina, che, peraltro, appare alquanto distonica rispetto al sistema di giustizia amministrativa forgiato dagli artt. 24, 103 e 113 Cost., perché gli dà una coloritura oggettivistica che non gli è propria, cfr. F. CINTIOLI, *Osservazioni sul ricorso giurisdizionale dell’Autorità garante della concorrenza e del mercato (art. 21 bis della legge n. 287 del 1990)*, in *www.giustamm.it*, 2012.

sarebbe stata di difficilissima, se non impossibile, realizzazione concreta¹⁰⁰.

Ma, al tempo stesso, si trattava di una disciplina irrimediabilmente contrastante con l'esito del *referendum* e idonea ad azzerare quasi del tutto la autonomia degli enti locali, ormai posti sotto tutela dell'A.g.c.m., in ordine a decisioni che, per le rispettive collettività territoriali, sono di fondamentale importanza dal punto di vista non solo amministrativo ma anche "politico", e che, proprio per questa ragione, anche secondo lo stesso ordinamento europeo, non possono assumere come loro esclusivo paradigma quello della concorrenza e del mercato¹⁰¹.

Non deve stupire, dunque, che l'art. 4 del d.l. n. 138 del 2011 sia stato dichiarato incostituzionale, per contrasto con l'art. 75 Cost., dalla sentenza della Consulta n. 199 del 20 luglio 2012, la quale, per quanto specificamente interessa in questa sede, ha rilevato che la sostanziale esclusione della gestione integralmente pubblica dei servizi, imposta da tale articolo, «*si verifica a prescindere da qualsivoglia valutazione dell'ente locale [...], ed anche [...] in difformità rispetto a quanto previsto dalla normativa comunitaria, che consente, anche se non impone, la gestione diretta del servizio pubblico da parte dell'ente locale*, allorquando l'applicazione delle regole di concorrenza ostacoli, in diritto o in fatto, la "speciale missione" dell'ente pubblico (art. 106 TFUE), alle sole condizioni del capitale totalmente pubblico della società affidataria, del cosiddetto controllo "analogo" (il controllo esercitato dall'aggiudicante sull'affidatario deve essere di "contenuto analogo" a quello esercitato dall'aggiudicante sui

¹⁰⁰ E ciò che stupisce, al riguardo, è la circostanza per cui le misure del recente legislatore, così protese ad enfatizzare la concorrenza "nel mercato" con riferimento alla generalità dei servizi pubblici locali di rilevanza economica, non si applicano agli unici due servizi – assunta, l'espressione, in senso lato – rispetto ai quali, in concreto, tali misure potevano davvero realizzarsi: si allude al servizio delle farmacie e ai servizi di trasporto pubblico locale non di linea (taxi e noleggio con conducente). Con riferimento a questi ultimi servizi, infatti, gli artt. 11 e 36 del d.l. n. 1 del 2012 prevedono, rispettivamente, un mero incremento delle autorizzazioni e delle licenze taxi (non di noleggiatore con conducente), ma il numero delle stesse rimane contingentato.

¹⁰¹ In tal senso cfr., ancora, G. ROSSI, *Principi di diritto amministrativo*, Torino, 2010, 16 ss. e 385 ss., il quale giunge a far coincidere i servizi pubblici con le attività corrispondenti, secondo valutazioni rimesse agli enti territoriali, agli «*interessi a protezione necessaria*». Ma cfr., altresì, nello stesso senso, l'ampia e intelligente analisi di F. GUALTIERI, *Servizi pubblici locali: private e liberalizzazioni; vincoli di legge e autonomie*, in *Serv. Pubbl. App.*, 2005, 838 ss.

propri uffici) ed infine dello svolgimento della parte più importante dell'attività dell'affidatario in favore dell'aggiudicante»¹⁰².

Così è stata restituita agli enti locali la fondamentale facoltà di decidere non solo come organizzare, ma anche come gestire i servizi pubblici locali di rilevanza economica. Ciò, naturalmente, non significa che la liberalizzazione di questi ultimi è esclusa *ab imis*¹⁰³; significa,

¹⁰² Rispetto a questa sentenza della Corte costituzionale, è interessante notare come essa, ancorché la questione di legittimità costituzionale fosse stata sollevata da alcune Regioni, miri, in realtà, a tutelare soprattutto l'autonomia non di queste ultime, che in questa materia, come è noto, hanno angusti spazi di competenza legislativa (cfr., ancora, la citata Corte cost., n. 325 del 2010), ma degli enti locali (sulla tematica cfr., in generale, G. DI COSIMO, *Se le Regioni difendono gli enti locali davanti alla Corte*, in www.forumcostituzionale.it, 2009). Oltre al passo riportato nel testo, infatti, la Corte, nel valutare ammissibile la questione medesima, afferma: «Questa Corte ha più volte affermato che le Regioni possono evocare parametri di legittimità diversi da quelli che sovrintendono al riparto di attribuzioni solo allorquando la violazione denunciata sia “potenzialmente idonea a determinare una vulnerazione delle attribuzioni costituzionali delle Regioni” (sentenza n. 303 del 2003; di recente, nello stesso senso, sentenze n. 80 e n. 22 del 2012) e queste abbiano sufficientemente motivato in ordine ai profili di una “possibile ridondanza” della predetta violazione sul riparto di competenze, assolvendo all'onere di operare la necessaria indicazione della specifica competenza regionale che ne risulterebbe offesa e delle ragioni di tale lesione (sentenza n. 33 del 2011). Nella specie, le richiamate condizioni di ammissibilità delle censure sono soddisfatte. Le ricorrenti assumono che, con l'abrogazione dell'art. 23-*bis* del d.l. n. 112 del 2008, che riduceva le possibilità di affidamenti diretti dei servizi pubblici locali, con *conseguente delimitazione degli ambiti di competenza* legislativa residuale delle Regioni e *regolamentare degli enti locali, le competenze* regionali e *degli enti locali* nel settore dei servizi pubblici locali si sono riespanse. Infatti, a seguito della predetta abrogazione, la disciplina applicabile era quella comunitaria, più “favorevole” per le Regioni e per gli enti locali. Pertanto, la reintroduzione da parte del legislatore statale della medesima disciplina oggetto dell'abrogazione referendaria (anzi, di una regolamentazione ancor più restrittiva, frutto di un'interpretazione ancor più estesa dell'ambito di operatività della materia della tutela della concorrenza di competenza statale esclusiva), ledendo la volontà popolare espressa attraverso la consultazione referendaria, avrebbe determinato anche una potenziale lesione delle richiamate sfere di competenza sia delle Regioni che degli enti locali. Così argomentando, le Regioni hanno fornito una sufficiente motivazione in ordine ai profili della “possibile ridondanza” sul riparto di competenze della denunciata violazione, evidenziando la *potenziale lesione* della potestà legislativa regionale residuale in materia di servizi pubblici locali (e della relativa *competenza regolamentare degli enti locali*) che deriverebbe dalla violazione dell'art. 75 Cost.»

¹⁰³ Salvo, infatti, i quattro servizi già esclusi dall'ambito di applicazione dell'art. 23-*bis* del d.l. n. 112 del 2008, alla generalità dei servizi pubblici locali di rilevanza economica si applicheranno direttamente i soprarichiamati principi del diritto europeo. Piuttosto, non è chiaro se – ed in quale misura – potranno applicarsi,

semplicemente, che spetterà agli stessi enti locali – e non all’A.g.c.m., né allo Stato attraverso la sua pur formidabile competenza legislativa esclusiva in “materia” di «*tutela della concorrenza*» – di valutare, in piena conformità all’ordinamento europeo e agli artt. 41, 43 e 114 Cost., se e in quale misura l’apertura alla concorrenza di tali servizi osti, in linea di diritto o di fatto, alla specifica missione loro affidata, che è pur sempre quella – in primo luogo politica, e non soltanto economica – di rappresentare le proprie comunità, di curarne gli interessi e di promuoverne lo sviluppo¹⁰⁴.

6. *Considerazioni conclusive*

Nelle pagine che precedono si è cercato di analizzare le principali ricadute sugli enti locali delle recenti misure di liberalizzazione adottate al livello centrale nell’intento di rimediare alla crisi economica in atto: la complessiva valutazione delle stesse, dal punto di vista giuridico, non può essere positiva¹⁰⁵.

Si è visto, infatti, che le misure generali di liberalizzazione delle attività economiche, a parte i casi in cui appare evidente la loro non praticabilità, non solo si rivelano del tutto inidonee – nei fatti – a liberalizzare alcunché, ma, ingenerando confusione e disorientamento presso gli operatori economici e presso le Amministrazioni, possono persino produrre, come ha riconosciuto anche la Corte costituzionale, risultati opposti rispetto alle loro stesse intenzioni. Questo, che è l’aspetto maggiormente problematico delle misure in esame, pur ri-

dopo la sentenza della Corte costituzionale n. 199 del 2012, i commi 3 e 4 dell’art. 3-*bis* ed il comma 1 dell’art. 5 dello stesso d.l. n. 138 del 2011, giacché le disposizioni in essi contenute non appaiono conformi né alla ratio del referendum né a quella della medesima sentenza della Consulta. Cfr., sul punto, E. FURNO, *Le tortuose vie dei servizi pubblici locali di rilevanza economica tra legislatore, referendum e Corte costituzionale: «palla al centro?»*, in *www.giustamm.it*, 2012.

¹⁰⁴ Tanto più a seguito della riforma del titolo V, parte II, della Costituzione: cfr., sul punto, F. MANGANARO, *Le autonomie locali nel nuovo assetto costituzionale*, in *Studi in onore di Leopoldo Mazza*, *Attività, organizzazione e servizi*, a cura di E. Casetta, A. Romano e F.G. Scoca, II, Padova, 2007, 379 ss.

¹⁰⁵ Tale valutazione è circoscritta, per l’appunto, alle sole misure esaminate nelle pagine precedenti, e non toglie, naturalmente, che tra le numerose altre misure introdotte dal recente legislatore per contrastare la crisi economica ve ne possano essere anche di positive, se non di molte positive, come ritiene, ad esempio, di L. SALTARI, *Lo “stato del mercato”*, cit., 579 ss.

guardando potenzialmente tutte le Amministrazioni pubbliche, impatta, però, in maniera particolarmente critica proprio sugli enti locali, giacché proprio questi ultimi, specialmente a seguito della riforma dell'art. 118 Cost., sono chiamati ad esercitare, almeno in linea di principio, la generalità delle funzioni amministrative che concernono anche le attività economiche private. Lo stesso legislatore, invero, sembra aver acquisito consapevolezza di ciò, ed ha introdotto, con le ultime misure di liberalizzazione, appositi strumenti per porvi rimedio. Ma questi strumenti pongono dubbi circa la loro idoneità rispetto al fine da perseguire, e, comunque, ogni valutazione al riguardo deve essere rinviata al momento in cui essi concretamente opereranno.

Ad analoghe conclusioni non può non pervenirsi, come si è visto, anche con riferimento al settore dell'edilizia, ritenuto così importante per la ripresa economica: l'incertezza del diritto che caratterizza la disciplina sostanziale e processuale della d.i.a.-s.c.i.a., infatti, sia per chi presenta la segnalazione, sia per il terzo controinteressato, sia per le Amministrazioni preposte ai controlli, cioè i comuni, sembra davvero toccare il suo acme.

Si è poi visto, con riferimento al settore del commercio, che la scelta di azzerare *tout-court* la rilevanza dei vincoli urbanisti semplicemente non può essere presa sul serio. Si è trattato, con ogni probabilità, di una svista del recente legislatore. Appare, infatti, del tutto irrealistico, oltre che in contrasto con i principi costituzionali, come si desume anche dalla richiamata giurisprudenza della Consulta, pensare che gli enti locali, in nome di una malintesa libertà di commercio, siano stati esautorati del potere di conformare, anche per quanto concerne questo specifico profilo, l'assetto complessivo dei loro territori, giacché su questi ultimi insistono gli interessi di tutti i membri delle rispettive comunità, e non solo quelli dei commercianti.

Si è analizzata, infine, la parabola liberalizzatrice dei servizi pubblici locali di rilevanza economica. A questo riguardo, ciò che interessa non è l'annosa disputa sul se sia economicamente e socialmente preferibile un sistema di mercato libero o di intervento pubblico o misto. Tale disputa, infatti, ha carattere puramente ideologico (per assunto, questa espressione, nel più alto e nobile dei suoi significati). Il problema giuridico di fondo, invece, è completamente diverso: essendo ormai assodato, infatti, che i principi dell'ordinamento europeo consentono una sostanziale libertà di scelta in ordine a ciascuno dei tre sistemi, tale problema attiene alla individuazione di quale sia, in forza dei principi costituzionali, l'ente territoriale che deve ritenersi competente

ad adottare tale scelta, che ha carattere schiettamente politico. Era del tutto evidente, dopo l'esito del *referendum*, che, in base alla chiara volontà popolare, questi enti non potevano che essere gli enti locali, nell'esercizio della loro autonomia costituzionalmente garantita. Il legislatore, invece, ha ritenuto di imporre dall'alto una sua diversa volontà, ma è stato subito censurato dalla Corte costituzionale. Con una sentenza davvero significativa, perché dimostra, nella sostanza, che la «*tutela della concorrenza*» è soltanto una competenza legislativa; certo particolarmente “forte”, ma non a tal punto da imporsi – di per sé – su qualsivoglia altro bene pure costituzionalmente garantito. Si è così tornati, in qualche modo, al punto di partenza, ma con una assai importante chiarificazione del quadro dei principi costituzionali rilevanti in materia.

Dunque, la valutazione complessiva, dal punto di vista giuridico, degli effetti delle recenti misure liberalizzatrici sugli enti locali non può che essere negativa. A questa valutazione, peraltro, non seguirà una *pars construens*. Quello delle liberalizzazioni, infatti, tanto più se riferito agli enti locali, è un tema troppo complesso e difficile per poter essere affrontato, dal punto di vista propositivo, in questa sede. Occorrerebbe indagare, al riguardo, le ragioni stesse dell'esistenza del potere amministrativo a fronte dell'iniziativa economica privata, traguardando il tutto sotto il profilo dell'autonomia costituzionale degli enti locali. E, qualora si ritenga che il potere amministrativo sia comunque necessario per tutelare altri beni di valore pari – se non superiore – a quello del libero esplicarsi dell'iniziativa economica privata, ci si dovrebbe interrogare sul se non sia forse preferibile, anziché affidarsi a velleitarie politiche di liberalizzazione, introdurre serie politiche di semplificazione amministrativa¹⁰⁶, e, soprattutto, intervenire sul profilo organizzatorio delle Amministrazioni pubbliche, ed in particolare degli enti locali: formando, ad esempio, una classe di funzionari e di dirigenti amministrativi più qualificata e competente (e non solo più responsabile), e sforzandosi di ridurre il più possibile l'ingerenza dei politici sull'attività dagli stessi svolta¹⁰⁷. E così via. Ma, come si comprende bene, non è possibile affrontare questioni di tale portata in questa sede. Per ora,

¹⁰⁶ Cfr., al riguardo, il d.l. n. 5 del 2012, convertito, con modificazioni, dalla l. n. 35 del 2012.

¹⁰⁷ In questo senso cfr., da ultimo, F.G. SCOCA, *Alcune recenti tendenze del diritto amministrativo*, cit.

quindi, non resta che l'augurio che «arrivi qualche cosa di più ampio, di più organico, e, soprattutto, di più serio»¹⁰⁸.

¹⁰⁸ Sono le note parole di M.S. GIANNINI, *Prefazione a Diritto amministrativo*, Milano, I e II, 1993.