

M.T. PAOLA CAPUTI JAMBRENGHI

CULTURA E ATTIVITÀ COMMERCIALI

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. L’esercizio del commercio nelle aree aventi valore culturale nel quadro normativo disegnato dalla legge Bottai. – 3. *Excursus* della disciplina degli insediamenti commerciali. – 3.1. Il decreto Bersani. – 3.2. Il codice dei beni culturali e del paesaggio. – 4. La decretazione d’urgenza e le scelte del legislatore interno e comunitario. – 5. Rilevanza degli interessi sensibili nella normativa successiva ed attività commerciali: il c.d. decreto scia 2, la conferenza di servizi e il silenzio tra amministrazioni. – 6. Considerazioni finali.

1. Premessa

Il tema dello svolgimento di attività commerciali nelle aree aventi valore culturale torna ciclicamente all’attenzione del giurista nella misura in cui la normativa posta a regolazione del fenomeno – affatto marginale, anzi cruciale ai fini della rivitalizzazione di quelle aree e del valore culturale che esse sprigionano –, determina un cambiamento di rotta – spesso influenzato dalla normativa dell’Unione europea – rispetto agli obiettivi che intende perseguire, con importanti ricadute, soprattutto, sugli interessi ai quali, per il perseguimento di quegli obiettivi, di volta in volta accorda maggiore o minore rilevanza.

Stupisce, forse, questa affermazione, nel momento in cui si ponga mente al tema oggetto di queste riflessioni che, evidentemente, non è incentrato sull’autorizzazione e conseguente svolgimento di un’attività commerciale in sé, quanto sulla circostanza per la quale l’esercizio di questa attività si inserisce in un tessuto urbano di particolare pregio, quello – assai spesso, ma non soltanto – del centro storico cittadino. Può dirsi racchiuso colà il cuore dell’identità culturale di ogni città¹; in-

¹ Cfr. C. LAMBERTI e M. L. CAMPANI (a cura di), *I centri storici tra norme e politiche*, Napoli 2015, con contributi di A. Angiuli ed altri, in particolare P. AMOVILLI, *Centro storico e disciplina del commercio*, che soprattutto analizza “il rapporto delicato tra liberalizzazione e tutela dei centri storici”.

Sia consentito anche un rinvio al mio, *Art. 52. Esercizio del commercio in aree di valore culturale*, in A. ANGIULI e V. CAPUTI JAMBRENGHI (a cura di), *Commentario al Co-*

fatti i centri storici cittadini partecipano alla composizione del patrimonio culturale del nostro Paese e per questo motivo sono spesso oggetto di particolare attenzione anzitutto da parte del legislatore e, conseguentemente, dell'amministrazione competente; tanto che l'attività di quest'ultima ben potrebbe subire arresti procedurali in ragione della tutela degli interessi sensibili – e, ad esempio, del dissenso, per vero sempre meno rilevante, espresso in conferenza di servizi da un'amministrazione a ciò preposta – tra i quali si annovera, appunto, l'interesse diffuso ad ottenere dalla pubblica amministrazione la tutela del patrimonio storico, artistico ed architettonico, cioè del patrimonio culturale della Nazione.

Eppure, gli interventi normativi dell'ultimo lustro -talvolta supportati, talaltra cassati o neutralizzati dalla giurisprudenza-, inducono a tornare sul tema, al fine di valutare la riconoscibilità, su di un parametro di coerenza con l'ordinamento di settore dei beni culturali, (degli obiettivi e) degli interessi le cui esigenze di tutela sono poste alla base della disciplina che presidia lo svolgimento delle attività commerciali nelle aree aventi valore culturale. Non si tratta soltanto dei centri storici ma anche di altre aree esterne ad essi e tuttavia caratterizzate dalla presenza di edifici o costruzioni di particolare pregio architettonico o culturale, poiché, essendo legati ad avvenimenti della storia, dell'arte e della cultura in generale, essi custodiscono la *memoria storica* della città.

Sono, in fondo, i luoghi che, oltre a custodire, circondandola, la *res* di valore culturale (il castello, il palazzo, il monumento, la basilica, il duomo, la casa privata, ecc.), custodiscono anche il bene/valore della cultura, trattandosi di aree il cui valore culturale viene *sprigionato* dagli avvenimenti aventi significato storico-culturale ivi verificatisi, un bene/valore che un'attività commerciale che possa considerarsi inserita in coerenza con il contesto territoriale deve saper custodire.

Questo contributo ha lo scopo di offrire spunti di riflessione in ordine agli obiettivi perseguiti e agli interessi tutelati, ripercorrendo brevemente l'evoluzione della disciplina del commercio nelle aree aventi valore culturale.

Si tratta di un contributo scritto per il convegno AIDU su "Governare del territorio e patrimonio culturale", tenutosi a Matera nel settembre 2016, allorché, dopo la mia breve relazione sul tema oggetto di questo

dice dei beni culturali e del paesaggio, Torino 2005, pp. 160-162, ove si ripercorre brevemente l'evoluzione normativa in materia di commercio nei centri storici.

studio, Eugenio Picozza, nel complimentarsi per la relazione evidenziò come si trattasse di un suo “vecchio cavallo di battaglia” che accomunava i nostri interessi scientifici. Questo il motivo per il quale ho voluto dedicare questo studio al professore Picozza, ispiratore di molti miei studi e approfondimenti sul vasto tema della gestione del territorio e degli interessi in essa coinvolti.

2. L'esercizio del commercio nelle aree aventi valore culturale nel quadro normativo disegnato dalla legge Bottai

La riflessione trova uno spunto di sicuro interesse nel riferimento, sia pur sintetico, alla disciplina che regolava il commercio nelle aree di pregio culturale prima dell'entrata in vigore del Codice dei beni culturali e del paesaggio, contenuto nel d.lgs. 26 gennaio 2004, n.42; quest'ultimo, naturalmente, non può che rappresentare anche il risultato dell'esperienza maturata negli anni precedenti alla sua introduzione.

La rivitalizzazione delle aree aventi valore culturale ha costituito, negli ultimi trent'anni, una priorità delle amministrazioni locali e degli obiettivi della legislazione, tanto che già a partire dagli anni Ottanta i centri storici di innumerevoli comuni italiani sono stati ristrutturati, spesso riqualificati, anche grazie ai fondi provenienti dalle istituzioni comunitarie², quindi riconsegnati alla città.

Proprio nei primi anni Ottanta, si accese in dottrina un dibattito intorno all'inadeguatezza dei molteplici interventi legislativi e regolamentari posti in essere nel tentativo di rivitalizzare le aree aventi valore culturale, anche mediante un coerente riordino della loro disciplina³.

² Si pensi al diffusissimo utilizzo dei fondi europei provenienti dal c.d. “Progetto URBAN” destinato proprio alla riqualificazione dei centri cittadini. Il Progetto ha conosciuto una nuova edizione nel 2002, rinominata Progetto URBATC, co-finanziato dal fondo europeo di sviluppo regionale e dagli Stati membri, nato con lo scopo di promuovere uno sviluppo urbano sostenibile mediante lo scambio di esperienze e la diffusione delle conoscenze tra città europee. Si pensi, inoltre alle numerose iniziative legate ai fondi erogati dal FESR: quest'ultimo fondo, soltanto nel periodo 2007-2013 ha finanziato in Italia 5560 progetti per un importo totale di 4.366.053.009 di Euro destinati esclusivamente alla riqualificazione dei centri urbani; nel periodo 2014-2020, nell'ambito del programma di coesione Interreg V, il FESR ha investito circa 10 bilioni di Euro. Sull'utilizzo dei fondi europei per il governo del territorio, più diffusamente cfr. S. OGGIANU, E. PICOZZA, *Politiche dell'Unione europea e diritto dell'economia*, Torino 2013.

³ Si allude alla vicenda che impegnò a più riprese il Consiglio di Stato e che si con-

La normativa cui poteva ricondursi la disciplina dei centri storici, contenuta nella legge 1 giugno 1939, n. 1089, era, com'è noto, improntata tutta verso la prospettiva della tutela, intesa soltanto come conservazione e protezione del bene che ne era oggetto. In sede di attuazione, la conservazione è stata considerata la finalità primaria dell'attività amministrativa di prevenzione e controllo delle trasformazioni edilizie anzitutto nelle zone A di cui al d.m. 1968, n. 1444. Tuttavia, questa forma di tutela, apparentemente inadeguata, si articolava in due oggetti essenziali: da un lato, quello della *res* e del suo valore culturale intrinseco, dall'altro, quello del valore culturale assunto dal bene in ragione della sua connessione con accadimenti della storia politica, militare, artistica, letteraria e della "cultura in genere" (art. 2). Il quadro normativo apriva la via all'affermazione che il valore culturale di un bene potesse rintracciarsi anche nella connessione tra la sua utilizzazione e gli eventi storici

cluse con una pronuncia opportunamente esplicativa ed in parte polemica della Corte costituzionale su una vicenda che torna oggi all'attenzione della dottrina amministrativistica. Si vedano, da ultimo, i contributi di V. RICCIUTO., E. PICOZZA, *Diritto dell'economia*, Torino 2017; G. MORBIDELLI, *La proprietà culturale*, in *Quaderni della Fondazione italiana del Notariato*, E-library 2016; P. URBANI, *Governo del territorio e delle attività produttive. Tra regole, libertà di iniziativa economica e disciplina della proprietà*, in *Urb. e app.*, n.12/2016, p. 1309 ss.; P. TONNARA, *Liberalizzazione tutela di concorrenti interessi pubblici: il caso delle limitazioni al commercio nel centro storico di Roma Capitale*, *ivi*, n. 11/2016, p. 1203 ss.; E. Picozza, *Governo del territorio e semplificazione della disciplina delle attività produttive*, in P. Dell'Anno (a cura di), *Trattato di diritto dell'ambiente: vol. 3: Diritto dell'Ambiente: Tutele parallele*, Padova 2015 e in F. G. Scoca (a cura di), *Il procedimento amministrativo ed i recenti interventi normativi: opportunità o limiti per il sistema paese?*, Napoli 2016. Inoltre, si vedano le riflessioni svolte da E. BOSCOLO, *Politiche per i centri storici*; G. SEVERINI, *La salvaguardia e la valorizzazione di centri storici tra monumentalità e governo del territorio*; A. SIMONATI, *La salvaguardia dei centri storici nella disciplina regionale*; E. MERCURI, *Ammissibilità del vincolo sulle botteghe storiche*; C. SANTACROCE, *Aree di interesse culturale e limitazioni all'esercizio del commercio*; L. MARTINEZ, *Recupero edilizio e tutela del centro storico*, *Relazioni al Convegno AIDU, Governo del territorio e patrimonio culturale*, Bari - Matera, 30 settembre - 1 ottobre 2016 (in corso di pubblicazione). Cfr. inoltre A. TRAVI, *Attività commerciali e strumenti urbanistici: ovvero, il diritto "preso sul serio"*, in *Urb. e appalti* 2014, 1; P. AMOVILLI, *Centro storico e disciplina del commercio*, in *www.aedon.it* 2014; S. CIERVO, *Rapporti tra disciplina commerciale e urbanistica alla luce della liberalizzazione del commercio*, in *Riv. giur. edil.*, n. 4/2013, p. 165 ss.; S. MONZANI, *Il rapporto tra disciplina urbanistica e pianificazione commerciale nel contesto di liberalizzazione e di promozione della concorrenza*, in *Foro amm. CdS* 2012, 9, p. 2397; M. MANTINI, *Il "commercio degli ultimi", fuori dai centri storici maggiori (del Veneto)*, in *www.forumcostituzionale* 2011.

e culturali legati ad esso; sicché l'utilizzazione del bene culturale non deve essere considerata separatamente rispetto al bene in cui l'attività si svolge, poiché essa "si compenetra nelle cose che ne costituiscono il supporto materiale e, quindi, non può essere protetta separatamente dal bene"⁴.

Questa preziosa interpretazione del quadro ordinamentale dette vita ai cennati interventi normativi con i quali si decise, al fine di tutelare e rivitalizzare il centro storico, di apporre un vincolo di destinazione d'uso sia sulla *res*, sia sull'attività commerciale in essa svolta, in modo da impedire che in edifici (o, comunque in un contesto) di particolare pregio culturale, fossero svolte attività commerciali tipiche dell'economia dello scambio, in contrasto anche violento con il valore culturale dell'area; ma soprattutto nell'intento evidente di imporre a chi già svolgeva un'attività commerciale compatibile, ed anzi tale da contribuire ad aumentare il valore culturale dell'area, la prosecuzione della stessa attività⁵. Si trattava di tutelare il "negozio" in considerazione del valore

⁴ In termini, cfr. già Corte cost., 9 marzo 1990, n. 118, ma anche anni prima la giurisprudenza (cfr. per tutti Cons. Stato, sez. VI, 10 ottobre 1983, n. 723) si orientava nel senso che il valore culturale del bene viene espresso e rafforzato nella sua espressione grazie all'attività che in esso viene esercitata. La Corte costituzionale, infatti, nel premettere l'inscindibile connessione tra i due termini della relazione, ha usato il suo intervento per rivolgere un monito al legislatore sulla necessità di porre in essere una disciplina adeguata che consentisse la tutela di entrambe le "parti" del bene culturale (l'immobile -il luogo- e l'attività), senza gravare -peraltro violando la Costituzione- sul proprietario o sull'imprenditore esercente l'attività. Ancor di recente, il disegno di legge n. 3808 del 5 maggio 2016 conferma l'impostazione suggerita offrendo la prospettiva di inserire all'interno del concetto di bene culturale, la bottega storica come bene immateriale. La bottega storica è vista dal disegno di legge come un'attività commerciale (l'art. 2 parla di esercizi commerciali dotati di particolare interesse storico, artistico e culturale o le botteghe artistiche o gli antichi mestieri artigianali): quindi bene culturale diventa, appunto, l'attività commerciale svolta in luoghi particolari, come vedremo.

⁵ Il problema si è imposto – e continua ad imporsi – in particolare per i locali c.d. storici, su cui v'è una ricca casistica giurisprudenziale, che ha riguardato ad es. la Fiaschetta Beltrame di via della Croce a Roma, la antica farmacia di Piazza del Campo a Siena, la bottega di arredamento Canetoli in Bologna, l'antico negozio Pietro Romanengo fu Stefano in Genova, la Chincaglieria e la Coroncina di Bologna, l'antico ristorante Bagutta di Milano, l'Antico Caffè Genovese di Cagliari, etc. In tutti questi casi la giurisprudenza ha messo in luce, da un lato, che il vincolo nasce da una sorta di "compenetrazione" del valore storico-artistico con il bene che ne costituisce il supporto materiale e dall'altro che questo non si risolve nell'obbligo di gestire una determinata attività (libreria, trattoria, cioccolateria, etc.).

culturale dell'attività ivi svolta: quindi si rese necessario apporre il vincolo anche sul "contenuto", oltre che sul "contenitore", con evidente lesione della libera intrapresa economica privata (art. 41 Cost.) e con la conseguenza che le limitazioni di uso imposte e le relative prescrizioni rendessero praticabili solo determinati usi, peraltro innervati da una congerie di condizioni.

I decreti ministeriali in argomento⁶ poggiavano su una base giurisprudenziale piuttosto favorevole, poiché la giurisprudenza dell'epoca aveva più volte sottolineato la legittimità dell'imposizione di un "vincolo che riverberi i propri effetti sulla utilizzazione del bene vincolato, allorché risulti chiaro che detta utilizzazione non assume rilievo autonomo, separato e distinto dal bene, ma si *compenetra* nelle cose che ne costituiscono il supporto materiale, essendo il valore culturale dei beni

⁶ Emanati sulla scorta dell'art. 4 del d.l. 9 dicembre 1986, n. 832, recante "Misure urgenti in materia di contratti di locazione di immobili adibiti ad uso diverso da quello di abitazione", convertito con modificazioni con la legge 6 febbraio 1987, n. 15. La legge di conversione ebbe l'effetto di spostare la competenza ad adottare i provvedimenti idonei ad impedire l'esercizio di attività commerciali incompatibili con il valore culturale dell'area, dal ministero al Comune, scelta legislativa, peraltro, conservata nel d.lgs. 114 del 31 marzo 1998 che è intervenuto a ridisciplinare *ab imis* l'intero settore. Si è trattato, com'è evidente, di individuare nell'ente esponenziale della collettività locale e delle sue origini storico-culturali, il soggetto più idoneo a valutare il valore culturale che l'attività commerciale può esprimere, ovvero l'incompatibilità con il frammento di tessuto urbano in cui insiste.

La citata norma di cui all'art. 4 recitava: "1. Al fine di tutelare le tradizioni locali ed aree di particolare interesse del proprio territorio, i comuni possono stabilire voci merceologiche specifiche nell'ambito delle tabelle di cui all'articolo 37 della legge 11 giugno 1971, n. 426, e nuove classificazioni in deroga a quelle previste dall'articolo 3 della legge 14 ottobre 1974, n. 524, nonché, limitatamente agli esercizi commerciali, agli esercizi pubblici ed alle imprese artigiane, le attività incompatibili con le predette esigenze.

2. I comuni accertano altresì le attività svolte negli esercizi compresi nelle suddette aree e confermano le autorizzazioni in sede di vidimazione annuale nei limiti delle attività effettivamente in atto alla data di entrata in vigore del presente decreto".

A questa norma veniva poi aggiunto, con riferimento specifico agli studi di artista, mediante l'"Art. 4-*bis*. - 1. Non sono soggetti a provvedimenti di rilascio quegli studi d'artista il cui contenuto in opere, documenti, cimeli e simili è tutelato, per il suo storico valore, da un decreto del ministro per i beni culturali e ambientali che ne prescrive l'inalienabilità da uno stabile del quale contestualmente si vieta la modificazione della destinazione d'uso.

2. Non può essere modificata la destinazione d'uso degli studi d'artista (pittori, scultori, architetti) a tale funzione adibiti da almeno venti anni e rispondenti alla tradizionale tipologia a lucernario".

rappresentato dal collegamento con accadimenti della storia, della civiltà o del costume pregressi»⁷.

Sulla vicenda intervenne la Consulta che esortò il legislatore a porre in essere una disciplina adeguata che avesse ad oggetto l'uso del bene e fosse diretta a salvaguardare la *forma civitatis* del centro storico, garantendone una fruizione molto ampia, ma anche compatibile con il valore culturale dell'area, senza violare la libertà di iniziativa economica privata⁸.

È, infatti, questo il tema generale: il rapporto tra il governo del territorio e la libertà di iniziativa economica, poiché mai come in questo set-

⁷ In termini Cons. Stato, sez. VI, 10 ottobre 2002, n. 5434, ma v. già Cons. Stato, sez. VI, 10 ottobre 1983, n. 723, *cit.*. Evidenza, in proposito G. MORBIDELLI, *La proprietà culturale, cit.*, «È vero che il Consiglio di Stato ha di solito cura di precisare che «il vincolo non riguarda l'attività imprenditoriale in sé»: ma questa è una clausola di stile o meglio un espediente retorico, perché nel concreto l'attività imprenditoriale è limitata in funzione degli usi ammissibili se non ad uso imposto, nel senso che non vi sono alternative. E anche se si afferma che «il vincolo deve limitarsi a indicare le destinazioni locative non compatibili, ma non può spingersi fino ad imporre una determinata destinazione locativa, corrispondente a quella in atto» (così Cons. Stato, sez. VI, 16 settembre 1994, n. 1266), è evidente che ci si trovi sempre di fronte a vincoli di uso, rappresentati dalla «residualità» «rispetto a tutte le destinazioni non ritenute compatibili».

⁸ Così ancora Corte cost. n. 118 del 1990, *cit.* che ha dato vita ad un ampio dibattito circa l'inadeguatezza di una disciplina tutta improntata alla tutela del bene inteso in modo statico e circa l'opportunità di assumere ad oggetto della disciplina il valore culturale insito nel bene stesso, quindi il suo uso per la salvaguardia della *forma civitatis*. Sul dibattito dell'epoca cfr. P. STELLA RICHTER, *La tutela dei centri storici; dall'urbs alla civitas*, in *La cultura e i suoi beni giuridici*, a cura di V. Caputi Jambrenghi, Milano 1999, p. 378 ss.

La legge del 1971 è entrata in vigore abrogando il r.d.l. 16 dicembre 1926, n. 2174 (convertito nella legge 18 dicembre 1927, anch'essa abrogata nel 1971) che introduceva un regime autorizzatorio basato sulla licenza di commercio, «corredato da un sistema di controlli e licenze di polizia a tutela dell'ordine pubblico e dell'igiene...l'esercizio dell'attività commerciale era dunque 'affare privato', ma solo in linea di principio, poiché il commercio poteva subire limitazioni funzionali sia alla necessità di tutelare interessi pubblici sia di attuare programmi e controlli (art. 41 Cost., commi 2 e 3)». Così P. PORTALURI, *Primauté della pianificazione urbanistica e regolazione delle attività commerciali*, in www.giustizia-amministrativa.it, 2013 e in *Riv. giur. edilizia*, n. 6/2012, p. 233 ss., spec. p. 234.

Per un approfondimento della vicenda, con particolare riferimento alla pronuncia di incostituzionalità si rinvia al mio *Interesse proprietario, attività economiche e interesse culturale nel centro storico*, in S. CATTANEO, *La questione dei centri storici. Gli strumenti normativi di tutela e di intervento nello Stato di cultura. Atti del Convegno di Caserta*, Milano 1997.

tore la disciplina dei rapporti economici s'intreccia con la complessa regolazione dell'uso dei suoli che si misura con la differente graduazione degli interessi sottostanti, condizionando il libero esercizio delle attività economiche. In particolare, occorre indagare sull'ammissibilità dell'imposizione di limiti alle attività economiche e per la salvaguardia di quali interessi essi siano ammissibili, pur in un contesto europeo ove le istituzioni comunitarie esprimono un evidente *favor* verso la liberalizzazione delle attività economiche ⁹.

3. Excursus della disciplina degli insediamenti commerciali

Per inquadrare meglio il contesto ordinamentale nel quale si inserivano questi provvedimenti occorre ripercorrere brevemente la disciplina delle attività commerciali, al fine di comprendere per la tutela di quali interessi il quadro giuridico dell'epoca – precedente al d.lgs. 114 del 31 marzo 1998- disegnasse un determinato assetto giuridico introdotto nella disciplina del commercio nei centri storici cittadini.

Il sistema cui sembra riferirsi la legge 11 giugno 1971, n. 426¹⁰ recante la "Disciplina del commercio", basato su di un diffuso regime autorizzatorio, poggiava sui due "elementi caratterizzanti"¹¹: l'istituzione del REC (Registro degli esercenti il commercio) e la pianificazione strutturale del commercio a livello comunale, attuata attraverso il piano commerciale.

Quest'ultimo era chiamato, "nel rispetto delle previsioni urbanisti-

⁹ Si tratta, per dirla con P. URBANI, *Governo del territorio, cit.* di valutare "se per molte attività d'impresa l'hardware del governo del territorio debba cedere il passo al software della liberalizzazione delle attività produttive" (p. 1309). Si veda sul punto la Relazione di E. PICOZZA, *Liberalizzazioni, semplificazioni e tutela dei terzi*, presentata al Convegno della società italiana degli avvocati amministrativisti 2012, nonché ID., *I fondamenti comunitari delle politiche e misure di liberalizzazione*, in E. STICCHI DAMIANI (a cura di), *Studi in tema di liberalizzazioni: riflessi giuridici dell'evoluzione della disciplina*: atti del Convegno Lecce, 30-31 marzo 2007 (31-43), Torino 2008.

¹⁰ Frutto, secondo P. PORTALURI, *Primaute della pianificazione urbanistica, cit.*, del boom economico nazionale che "rese necessario un intervento di sistema. Secondo F. CINTIOLI, *Concorrenza, istituzioni e servizio pubblico*, Milano 2010, con quella legge si raggiunse "il punto massimo di interventismo pubblico" in un settore che precedentemente aveva conosciuto "il controllo pubblico soltanto per finalità di polizia, di sicurezza, di igiene e sanità" (p. 93).

¹¹ Si veda la puntuale ricostruzione di P. PORTALURI, *Op. ult. cit.*, p. 234 ss.

che, ad assicurare la migliore funzionalità e produttività del servizio da rendere al consumatore e il maggior equilibrio possibile tra installazioni commerciali a posto fisso e la presumibile capacità di domanda della popolazione residente e fluttuante” (art. 11, l. 426/71). Fermo il rispetto delle previsioni urbanistiche, al piano comunale era, quindi, demandata una serie di valutazioni di tipo squisitamente economico, poste alla base del regime autorizzatorio che poggiava, tra gli altri limiti, sul contingentamento degli esercizi commerciali, sulla base di tabelle merceologiche, talora “interpretabili”, talora no.

Qui si svelano gli obiettivi perseguiti dalla normativa posta a presidio pubblico dell’esercizio delle attività commerciali e la conseguente ponderazione degli interessi affidata all’amministrazione comunale per il loro perseguimento: favorire una più *razionale* evoluzione dell’apparato distributivo, assicurando il miglior funzionamento del mercato, il miglior servizio reso al consumatore in termini di funzionalità e produttività ed effettuando una stima della capacità della domanda della popolazione al fine di creare “il miglior possibile equilibrio” tra la suddetta capacità e il numero delle installazioni a posto fisso da consentire. Tutto ciò, sulla base di uno scrutinio del tutto discrezionale e limitato soltanto dalla pianificazione urbanistica¹² (ove tuttavia non potevano ricavarsi lumi in ordine ai suddetti obiettivi e interessi), che sfociava nella determinazione, anche sulla base delle assai restrittive tabelle merceologiche, di un severo contingentamento degli esercizi commerciali (attraverso la fissazione della metratura massima e, addirittura, di quella minima) che potevano avere ad oggetto la vendita di limitate categorie di prodotti inserite nelle tabelle merceologiche.

Con la conseguenza, da un lato, di provocare una pressoché immediata “saturazione” del mercato dell’offerta, a vantaggio degli operatori

¹² In ordine alla prevalenza della pianificazione urbanistica su quella commerciale i contributi della dottrina sono innumerevoli. Cfr., *ex multis*, P. PORTALURI, *Primaute*, cit.; P. STELLA RICHTER, *Considerazioni introduttive*, in *Pianificazione urbanistica e attività economiche*, cit., p. 1 ss.; S. AMOROSINO, *Sviluppo economico e governo del territorio*, *ivi*, p. 5 ss.; M. DUGATO, *Sviluppo economico e semplificazione dei procedimenti urbanistici*, *ivi*, p. 33 ss.; E. PICOZZA, *Governo del territorio e SUAP*, *ivi*, p. 21 ss.; D.M. TRAINA, *Disciplina del commercio, programmazione e urbanistica*, in *Riv. giur. edil.* 2011, p. 119 ss.; M.T.P. CAPUTI JAMBRENGHI e F. SAITTA, *Rapporti tra pianificazione urbanistica e disciplina del commercio*, in *www.giustamm.it* 2008; M. DUGATO, *Strumenti giuridici per la valorizzazione dei beni culturali immateriali*, in *Aedon*, 1, 2014 e G. MORBIDELLI, *Il valore immateriale dei beni culturali*, *ivi*.

già autorizzati, quindi inseriti e ormai stabilmente operanti nel tessuto urbano, e, dall'altro, di "armare" la mano dirigista dell'amministrazione comunale, tesa ad indirizzare gli aspiranti nuovi operatori del commercio verso quelle tabelle merceologiche che risultavano meno "fornite" di esercizi commerciali che potessero soddisfare appieno l'eterogenea domanda della popolazione.

Nulla a che vedere, insomma, con il principio della libera concorrenza, i cui impietosi meccanismi lasciano che il "contingentamento" del commercio si regoli da sé, a seconda dell'andamento della domanda, né – evidentemente nemmeno *in nuce* – con la liberalizzazione delle attività economiche, ormai propugnata con limitatissime eccezioni dall'UE¹³; e, per vero, nulla a che vedere anche con la tutela del tessuto urbano, in particolare, delle aeree di particolare pregio storico, artistico e culturale, salva la laconica disposizione di cui all'art. 24 della legge 426/1971 ove si disciplinava il rilascio dell'autorizzazione al commercio disponendo che quest'ultima potesse esser negata in radice soltanto ove la domanda privata fosse risultata in contrasto con le disposizioni della legge e del piano commerciale e fermo il rispetto dei regolamenti di polizia urbana, annonaria e igienico-sanitaria, nonché delle norme "relative alla destinazione ed all'uso dei vari edifici nelle zone urbane" (art. 24 comma 3°). Previsione laconica e superflua che ha determinato soltanto l'assoggettamento del piano commerciale al "rispetto delle previsioni urbanistiche" (art. 11, 1° comma).

Il quadro normativo, piuttosto, offriva l'occasione per porre in essere un'attività dirigistica, tesa per lo più ad indirizzare l'andamento del mercato verso la meta desiderata, attraverso il contingentamento imposto a vari livelli (estensione massima e minima dell'esercizio commerciale, tabelle merceologiche rigorose, regolamentazione fortemente burocratizzata del rilascio dell'autorizzazione) e attraverso l'uso di strumenti capaci di invadere la libera iniziativa privata, delimitando in vario modo le attività esercitabili, non sulla base della valutazione del valore culturale dell'area, ma soltanto in base ad un'analisi discrezionale e di natura prettamente economica e di mercato, operata dall'amministrazione locale competente.

¹³ V. per tutti, la lucida analisi di E. PICOZZA, *Il governo del territorio tra tutela della concorrenza ed obblighi di servizio pubblico*. in *Scritti in onore di Paolo Stella Richter*, Napoli 2013.

3.1. *Il decreto Bersani*

L'intervento del d.lgs. 114 del 31 marzo 1998 è stato salutato come portatore di una "ventata di liberalizzazione"¹⁴, attraverso l'abolizione del REC (art. 25, 1° comma), delle tabelle merceologiche (art. 25, 2° comma) e del contingentamento degli esercizi commerciali; nonché imprimendo una forte spinta alla semplificazione procedimentale, basata per lo più sul silenzio assenso (e su ciò che all'epoca era la DIA per gli esercizi di vicinato) (artt. 7 e 8); ancora, determinando una "dequotazione" della pianificazione commerciale, attraverso l'attribuzione alle Regioni della fissazione dei criteri di programmazione urbanistica riferiti al settore commerciale (art.6), affinché i Comuni individuino negli strumenti urbanistici "le aree da destinare agli insediamenti commerciali..., i limiti relativi alla tutela dei beni artistici, culturali ed ambientali, con particolare riferimento ai centri storici, i vincoli urbanistici, con particolare riferimento agli spazi pubblici e ai parcheggi, infine la correlazione dei procedimenti di concessione/autorizzazione edilizia e commerciale" (art. 6, 2° co.).

Si direbbe che il d.lgs. 114 del 1998 disegni un riparto di competenze che sembra adeguato all'assetto territoriale degli interessi: alle Regioni è affidata la fissazione dei criteri urbanistici per il settore del commercio. Queste devono *concertare* la fissazione dei criteri, dovendo acquisire il parere obbligatorio delle rappresentanze degli enti locali e sentire le organizzazioni dei consumatori e delle imprese del commercio. La Regione, peraltro, nella fissazione dei criteri generali, deve tener conto di alcune caratteristiche degli ambiti territoriali, con riferimento alle aree metropolitane omogenee, affinché si addivenga ad una "programmazione integrata tra centro e realtà periferiche", alle aree sovracomunali che possano costituire un unico bacino di utenza, "ai centri storici, al fine di salvaguardare e qualificare la presenza delle attività commerciali e artigianali in grado di svolgere un servizio di vicinato, di tutelare gli esercizi aventi valore storico e artistico ed evitare il processo di espulsione delle attività commerciali e artigianali"; infine ai "centri di

¹⁴ Che, per vero, io stessa ho definito poco coraggiosa poiché è parso più corretto individuare nella riforma una forte spinta nella direzione della semplificazione. Il riferimento è all'impostazione della ricerca su *Studi sulla disciplina dell'insediamento commerciale*, Milano 2000, spec. capitolo III, cui si rinvia anche per i riferimenti bibliografici coevi.

minore consistenza demografica, al fine di svilupparne il tessuto economico-sociale anche attraverso il miglioramento delle reti infrastrutturali e in particolare dei collegamenti viari” (art. 6. 3° comma, lett. a-d).

Quanto all’attuazione e alle necessarie valutazioni cui l’ente locale è chiamato, queste sono già effettuate a livello di pianificazione comunale ove vengono individuate le aree da sottoporre alla disciplina del settore, con particolare riferimento a quelle che debbano ospitare medie e grandi strutture; i limiti da imporre per la tutela del patrimonio culturale e paesaggistico, del patrimonio urbano da imporre al commercio nei centri storici e nelle aree aventi valore culturale. Ancora, il dettato dell’art. 6, 2° comma, prevede che gli strumenti urbanistici debbano individuare i vincoli di natura urbanistica, in particolare, quelli inerenti alla disponibilità di spazi pubblici o di uso pubblico ed alle quantità minime di spazi per parcheggi, relativi alle diverse strutture di vendita (sub lett.c). Una norma che razionalizza l’uso del territorio, allocando al livello territoriale adeguato l’espletamento della relativa funzione pubblica¹⁵.

Possono riconoscersi, nella rinnovata disciplina dell’insediamento delle attività commerciali in aree aventi valore culturale, nuovi obiettivi e interessi tutelati, raggiunti attraverso strumenti procedurali semplificati e razionalizzati.

All’interno di questo quadro normativo all’amministrazione sono affidate alcune valutazioni, spesso discrezionali, ma queste non riguardano punto l’andamento e la risposta al fabbisogno del mercato, né l’assicurazione del miglior servizio in favore del consumatore. Al contrario, esse mirano soltanto alla tutela degli interessi sensibili e alla semplificazione e razionalizzazione dei procedimenti amministrativi, obiettivi, questi, determinati e perseguiti dalla legge attraverso le disposizioni richiamate.

Sembra evidente che ciò che muove il sistema delle tutele è l’interesse alla razionalizzazione del territorio, per il benessere di chi vive – e vivrà – su di esso; e si muove nella direzione della rivitalizzazione dei centri storici, ma anche di tutto il territorio urbano e, si direbbe, nel

¹⁵ E ancora, al Comune viene affidato il compito di attuare la semplificazione, privilegiando una correlazione dei procedimenti di rilascio della concessione, o autorizzazione edilizia (ora: del titolo edilizio o scia ad effetti equivalenti), e dell’autorizzazione all’apertura di una media o grande struttura di vendita, eventualmente prevedendone anche la contestualità. Si tratta di norma semplificatrice che poggia sull’innesco del meccanismo virtuoso della leale collaborazione tra amministrazioni e tra queste e i cittadini.

rispetto e nella promozione delle attività commerciali armonizzate con il tessuto urbano sul quale insistono¹⁶.

Ora, la disciplina fin qui richiamata ed i pregi di funzionalità e razionalità che è parso di riscontrare in essa nel seguirne l'evoluzione, ha subito ulteriori "perfezionamenti", man mano che il quadro dell'ordinamento di settore si è andato evolvendo, nel *tornado* delle riforme (anche di quelle, non molte in verità, opportune, ben studiate ed attuate) che ha investito la comunità nazionale negli ultimi 5 lustri.

3.2. *Il codice dei beni culturali e del paesaggio*

Modificato con la l. cost. 18 ottobre 2001 n. 3 l'assetto costituzionale delle competenze nella materia oggetto della nostra ricerca, si è aggiunta alla normativa qui brevemente illustrata anche la norma di cui all'art. 52 del codice dei beni culturali e del paesaggio contenuto nel d.lgs. 22 gennaio 2004, n. 42 s.m.i. a dettare una precipua disciplina dell'"Esercizio del commercio in aree di valore culturale e nei locali storici tradizionali", secondo la nuova rubrica, riformata con d.l. 8 agosto 2013, n. 91 (recante "Disposizioni urgenti per la tutela e la valorizzazione e il rilancio dei beni e delle attività culturali e del turismo"), convertito con modificazioni dalla l. 7 ottobre 2013, n. 112.

¹⁶ Significativa di questa rivitalizzazione e forte spinta alla valorizzazione del patrimonio nazionale, in sinergia con attività commerciali e di promozione dell'enogastronomia locale, appare l'iniziativa "Mirabilia Network", progetto dedicato alla valorizzazione e promozione internazionale dei siti Unesco e il concorso "Mirabilia ARTinArt", riconoscimento che valorizza l'artigianato artistico e tradizionale dei luoghi UNESCO, nonché la mostra virtuale "la Grande Bellezza", tutte iniziative che hanno dato luogo ad eventi svoltisi nel 2019 a Matera. Nella Città dei Sassi si sono incontrati oltre 500 operatori del settore, fra cui 100 buyer accreditati italiani e stranieri, 147 aziende del settore enogastronomico e 137 aziende (tra cui 25 francesi e 3 greche) del settore turismo operanti nei territori che possono vantare la candidatura o la titolarità di un sito materiale riconosciuto come bene patrimonio dell'umanità dall'Unesco.

A "Mirabilia Network", l'associazione nazionale che promuove i luoghi riconosciuti dall'UNESCO come Patrimonio dell'Umanità, aderiscono Unioncamere e 16 Camere di commercio italiane: Camera di commercio della Basilicata (ente capofila) e quelle di Messina, Bari, Benevento, Caserta, Crotone, Genova, Molise, Pavia, Perugia, Riviere di Liguria, Sassari, Sud Est Sicilia, Pordenone-Udine, Venezia Giulia e Verona. Sulla gestione dei siti UNESCO, al fine di approfondire la dimensione ultrastatale della valorizzazione di tali luoghi, si rinvia a L. CASINI, *Valorizzazione e gestione*, IN C. BARBATI, M. CAMMELLI, L. CASINI, G. PIPERATA, G. SCIULLO, *Diritto del patrimonio culturale*, Bologna, Il Mulino, 2017.

Nel codice, fermo il quadro delle competenze delineato dal d.lgs. 114/98, si attribuisce ai Comuni il compito di individuare le “*aree pubbliche aventi valore archeologico, storico, artistico e paesaggistico nelle quali vietare o sottoporre a condizioni particolari l'esercizio del commercio*” (art. 52, 1° comma, d.lgs. 42/04 s.m.i.), nonché quello di individuare “*i locali, a chiunque appartenenti, nei quali si svolgono attività di artigianato tradizionale e altre attività commerciali tradizionali, riconosciute quali espressione dell'identità culturale collettiva ai sensi delle convenzioni Unesco...al fine di assicurarne apposite forme di promozione e salvaguardia, nel rispetto della libertà di iniziativa economica di cui all'articolo 41 della Costituzione*” (art. 52, co. 1-*bis*); infine, allo scopo “*di assicurare il decoro dei complessi monumentali e degli altri immobili del demanio culturale interessati da flussi turistici particolarmente rilevanti, nonché delle aree a essi contermini*” (art. 52, co. 1-*ter*, aggiunto d.l. 8 agosto 2013, n. 91, *cit.*)¹⁷.

D'intesa con la Regione, ai Comuni viene affidato, inoltre, il compito di adottare “*apposite determinazioni volte a vietare gli usi da ritenere non compatibili con le specifiche esigenze di tutela e di valorizzazione, comprese le forme di uso pubblico non soggette a concessione di uso individuale, quali le attività ambulanti senza posteggio, nonché, ove se ne riscontri la necessità, l'uso individuale delle aree pubbliche di pregio a seguito del rilascio di concessioni di posteggio o di occupazione di suolo pubblico*”¹⁸.

¹⁷ Nella riferita norma la dottrina ha individuato una tendenza chiara ad agevolare la prassi di imporre vincoli che impingono sull'uso del bene quindi sull'attività commerciale. Secondo l'insegnamento di G. MORBILELLI, *Op.cit.*, questi vincoli “sono in espansione, in coerenza con una domanda dell'opinione pubblica volta a tutelare gli esercizi tradizionali, onde non snaturare i centri storici. Tanto più che l'art. 2-*bis* del d.l. 8 agosto 2013, n. 91 (recante “Disposizioni urgenti per la tutela e la valorizzazione e il rilancio dei beni e delle attività culturali e del turismo”), convertito con modificazioni della l. 7 ottobre 2013, n. 112, rubricato “Modifiche all'art. 52 del Codice dei beni culturali e del paesaggio”, ha inserito un comma 1-*bis* all'art. 52 del seguente tenore (...). È agevole dedurre che tale legge costituisce un consolidamento della giurisprudenza in quanto investe espressamente oltre alle cose, anche le attività culturali, ad esse legate in un tutt'uno inscindibile”.

D'altro canto, il ministro dei beni e delle attività culturali e del turismo ha adottato due direttive (rispettivamente 26 agosto 2014 e 29 settembre 2014) che hanno istituito un censimento e delle sale cinematografiche di interesse storico esistenti sul territorio e delle librerie di interesse storico. Il censimento è diretto all'individuazione delle attività da vincolare in funzione del mantenimento delle forme d'uso che sono loro proprie con riferimento a tali categorie di beni.

¹⁸ Per di più la normativa, novellata dall'art. 4, comma 1, legge n. 106 del 2014, successivamente dall'art. 16, comma 1-*ter*, legge n. 125 del 2015, contiene ormai dispo-

La giurisprudenza amministrativa ha avuto occasione di soffermarsi sulla portata dell'art. 52 del d.lgs. 42/2004 pronunciandosi, sia pur con sentenza breve¹⁹, con riferimento ad un'area particolarmente frequentata e nota di Roma, su un decreto ministeriale che imponeva il divieto di «*tutte le forme d'uso del suolo pubblico a fini commerciali con il posizionamento di strutture stabili e/o precarie di varia natura e tipologia*»²⁰. La decisione del giudice capitolino ha chiarito che è legittimo disporre limitazioni per tutelare il decoro dei complessi monumentali e degli altri immobili del demanio culturale interessati da flussi turistici particolar-

sizioni dirette a riesaminare le autorizzazioni e concessioni di suolo pubblico rilasciate in passato che non risultino più compatibili con le regole sopraggiunte e anche in deroga ad eventuali disposizioni regionali non compatibili, “nonché in deroga ai criteri per il rilascio e il rinnovo della concessione dei posteggi per l'esercizio del commercio su aree pubbliche e alle disposizioni transitorie stabilite nell'intesa in sede di Conferenza unificata, ai sensi dell'articolo 8, comma 6, della legge 5 giugno 2003, n. 131, prevista dall'articolo 70, comma 5, del decreto legislativo 26 marzo 2010, n. 59 recante attuazione della direttiva 2006/123/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 12 dicembre 2006 relativa ai servizi nel mercato interno”.

Si tratta di un procedimento di riesame passibile di sfociare nella revoca dell'autorizzazione/concessione rilasciata in passato. La norma prevede anzitutto che sia esperito un tentativo di spostamento dell'esercizio commerciale “in una collocazione alternativa potenzialmente equivalente”, quindi, nel caso in cui questa non sia rinvenibile, a ristoro del danno che subirebbe il commerciante si prevede che “al titolare è corrisposto da parte dell'amministrazione procedente l'indennizzo di cui all'articolo 21-quinquies, comma 1, terzo periodo, della legge 7 agosto 1990, n. 241, nel limite massimo della media dei ricavi annui dichiarati negli ultimi cinque anni di attività, aumentabile del 50 per cento in caso di comprovati investimenti effettuati nello stesso periodo per adeguarsi alle nuove prescrizioni in materia emanate dagli enti locali”.

¹⁹ Cfr. Tar Lazio, sez. II-*quater*, 3 febbraio 2017, n. 1822. Sulla sentenza, con particolare riferimento alla tematica del commercio come volano del turismo nei centri storici, cfr. G. IACOVONE, *Commercio, turismo e centri storici. Per la sostenibilità di un legame indissolubile*, in www.urb@n.it, n. 2/2018; nonché TAR Toscana, sez. II, 20 dicembre 2017, n. 1592 su cui v. L. DI GIOVANNI, *I centri storici quali critici punti d'incontro tra gli interessi culturali e commerciali*, in *Istituzioni del federalismo*, n. 1/2018 e A. SAU, *La rivitalizzazione dei centri storici tra disciplina del paesaggio, tutela e valorizzazione del patrimonio culturale*, in *Le Regioni*, 5-6/2016, 955 ss.

²⁰ Si tratta del decreto del 17 settembre 2013 con cui il complesso urbano denominato “Tridente del Centro Storico” è stato dichiarato di interesse storico artistico ai sensi dell'art. 10, co. 4, lett. f), d.lgs. n. 42/04 e conseguentemente sottoposto a tutela. L'impugnazione è stata promossa da una società alla quale, in attuazione del d.m., era stata revocata la concessione demaniale di mq. 15 a servizio del locale per la somministrazione di alimenti e bevande e, per l'effetto, ne era stata disposta la rimozione entro il settimo giorno successivo a quello di notifica del provvedimento.

mente rilevanti, con la possibilità di prescrivere divieti di usi non più compatibili con le esigenze di tutela e valorizzazione e di riesaminare autorizzazioni e concessioni di suolo pubblico già in precedenza rilasciate; queste limitazioni, tuttavia, -ha chiarito il giudice- richiedono una preventiva intesa tra Ministero, Regione e Comune; sicché sulla base del mancato coinvolgimento di questi due ultimi soggetti pubblici, la seconda sezione *quater* del TAR del Lazio ha censurato quei regolamenti²¹, annullandoli in quanto applicativi di un atto del Ministero emesso senza intesa con Regione e Comune, perciò a sua volta illegittimo.

In particolare, viene rilevata l'esigenza per la quale l'adozione delle misure di tutela ai sensi della norma di cui all'art. 52, debba essere *nel concerto* concordata tra le varie amministrazioni coinvolte, con la precisazione che *"il bilanciamento degli interessi contrapposti in esame dovrà essere composto nel rispetto delle diverse competenze sancite dallo stesso art. 52 e dall'art. 45 del d.lgs. n.42 del 2004"*. Si legge, inoltre, nella decisione che il confronto tra le amministrazioni interessate avrebbe dovuto tendere, in particolare, a verificare, *"se qualsiasi occupazione di suolo pubblico sia, di per sé, in contrasto con il carattere storico artistico della via e con il decoro urbano o se sussistano invece forme di occupazione di suolo pubblico ammissibili nelle forme e dimensioni, non confliggenti con il decoro dei luoghi e la visibilità dei monumenti, contemperando i contrapposti interessi coinvolti"*.

Questa seconda ipotesi prospettata dal giudice amministrativo finisce per offrire un contributo, meritevole di attenzione, all'adozione di una prassi conciliativa tra gli interessi diversi e i soggetti che ne sono portatori. Si censura, infatti, in sede giurisdizionale questa volta una mancata collaborazione tra Ministero, Comune e Regione con l'implicita valorizzazione delle eventuali proposte del privato interessato²².

²¹ In particolare è stata condivisa dal giudice la prospettazione della Regione ricorrente per la quale *"alla stregua del disposto dell'art. 52 del d.lgs. n.42 del 2004, così come modificato per effetto dell'intervento della Corte costituzionale di cui alla sentenza n. 140 del 2015 e della novella legislativa introdotta con l'art. 16, comma 1-ter, legge n. 125 del 2015, l'obbligo della preventiva intesa riguarda sia la previsione della prescrizione di divieto di usi non più compatibili con le esigenze di tutela e valorizzazione, sia gli eventuali procedimenti di riesame delle autorizzazioni e concessioni di suolo pubblico già in precedenza rilasciate"*. Non avendo il ministero attivato alcuna procedura di leale collaborazione con le amministrazioni interessate che meglio avrebbero potuto trovare una soluzione proporzionata nel perseguimento dell'obiettivo della tutela della zona, il giudice ha decretato l'illegittimità del decreto ministeriale.

²² Si vedano le riflessioni di A. BARTOLINI, *Patrimonio culturale e urbanistica*, in *Riv.*

Il decreto oggetto del giudizio amministrativo viene, infatti, censurato sotto il profilo della proporzionalità dell'intervento regolamentare, in evidente contrasto con la libera intrapresa economica, ma, passando per l'evidenziazione del vizio procedurale che affligge a monte il decreto, in quanto adottato senza alcuna previa intesa o esperimento di altra procedura di concertazione e leale collaborazione con le amministrazioni interessate, come espressamente previsto dalla norma sulla base della quale il provvedimento normativo era stato emanato.

Da qui, l'annullamento parziale del decreto ministeriale, limitatamente alla prescrizione recante quel divieto così diffuso e con esplicita "salvezza degli effetti degli atti impugnati, quanto al riconoscimento del valore culturale ai fini della imposizione del vincolo di tutela dell'area".

Dunque, passando per la tutela del principio di proporzionalità del provvedimento, il giudice censura la procedura seguita dal ministero per disporre l'imposizione di un vincolo di quella portata, tendente ad escludere l'esercizio del commercio in maniera pressoché diffusa; di conseguenza, a limitare in sostanza in modo sproporzionato ed irragionevole la libera intrapresa economica privata. E la censura perché non rispettosa del principio di leale collaborazione, in violazione della norma sulla base della quale il decreto è stato emanato.

Può condividersi l'intervento del giudice allorché si ponga mente al fatto che la tutela degli interessi del territorio non può che essere rimessa alla valutazione degli enti esponenziali, nel rispetto della legge e della suddivisione delle competenze, per una gestione corretta e adeguata del territorio e degli interessi che vi insistono.

Infatti, l'adozione di un decreto ministeriale di quella portata non poteva che essere condizionata dalle valutazioni dell'ente che cura e conosce appieno il territorio *assegnato* ai suoi compiti, attraverso la concertazione tra le amministrazioni interessate.

4. La decretazione d'urgenza e le scelte del legislatore interno e comunitario

Senonché sull'assetto appena riscontrato era anche intervenuto il

giur. urb., 3, 2016, 25, il quale evidenzia come i centri storici potrebbero annoverarsi tra i «beni culturali urbanistici», nonostante i medesimi appaiano «di incerta definizione ed inquadramento», considerato che, all'interno del Codice dei beni culturali e del paesaggio, sono contemplati soltanto come beni paesaggistici (art. 136, comma 1, lett. c)).

d.l. 4 luglio 2006, n. 223, recante “Regole di tutela della concorrenza nel settore della distribuzione commerciale”, convertito nella legge 4 agosto 2006, n. 248 recante una rubrica più ampia (“Disposizioni urgenti per il rilancio economico e sociale, per il contenimento e la razionalizzazione della spesa pubblica, nonché interventi in materia di entrate e di contrasto all’evasione fiscale”) ²³. Il d.l., nel richiamare espressamente i fini

²³ A questo d.l. se ne sono aggiunti altri, tutti diretti a tutelare la libertà concorrenza nel settore del commercio e a favorire la liberalizzazione della relativa attività; su di essi è rilevante evidenziare che le norme d’urgenza erano costantemente dotate della prescrizione dell’abrogazione delle norme statali confliggenti e l’adeguamento di quelle regionali – da qui la giurisprudenza che rileva l’illegittimità delle norme confliggenti con quelle, per così dire, pro concorrenziali.

Si veda, ad es., il d.l. , recante “Ulteriori misure urgenti per la stabilizzazione finanziaria e per lo sviluppo. Delega al Governo per la riorganizzazione della distribuzione sul territorio degli uffici giudiziari”, convertito con modificazioni nella legge 14 settembre 2011, n. 148, che all’art. 3, 1° comma dispone l’abrogazione “delle indebite restrizioni all’accesso e all’esercizio delle professioni e delle attività economiche”, precisando che: “Comuni, Province, Regioni e Stato, entro un anno dalla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto, adeguano i rispettivi ordinamenti al principio secondo cui l’iniziativa e l’attività economica privata sono libere ed è permesso tutto ciò che non è espressamente vietato dalla legge 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”. Si conferma, per tal via, l’impossibilità di apporre limitazioni ingiustificate all’esercizio della libera intrapresa privata, salvo che per la tutela di specifici interessi pubblici, tra cui gli interessi sensibili e con la precisazione di cui al comma 2° che queste norme costituiscono “principio fondamentale per lo sviluppo economico e attuano la piena tutela della concorrenza tra le imprese”.

Si veda, inoltre, il d.l. 13 agosto 2011, n. 138, recante la stessa rubrica, convertito nella legge 14 settembre 2011, n. 148, che all’art. 3 reca una norma di identico tenore a quella riportata nella nota precedente, con l’ulteriore precisazione che “le restrizioni in materia di accesso ed esercizio delle attività economiche previste dall’ordinamento vigente sono abrogate quattro mesi dopo l’entrata in vigore del presente decreto, fermo in ogni caso quanto previsto al comma 1 del presente articolo”; e che “il termine ‘restrizione’... comprende: a) la limitazione, in forza di una disposizione di legge, del numero di persone che sono titolate ad esercitare una attività economica in tutto il territorio dello Stato o in una certa area geografica attraverso la concessione di licenze o autorizzazioni amministrative per l’esercizio, senza che tale numero sia determinato, direttamente o indirettamente sulla base della popolazione o di altri criteri di fabbisogno; b)

imposti dall'ordinamento giuridico, indicando quello della libertà di concorrenza in condizioni di pari opportunità, del corretto ed uniforme funzionamento del mercato, della protezione dei consumatori, perseguita attraverso la garanzia di un livello minimo di condizioni di accessibilità all'acquisto di prodotti e servizi sul territorio nazionale, nonché la competenza esclusiva dello Stato, come da riformato art. 117, 2° comma, lett. e) ed m) Cost. e norme comunitarie sulla concorrenza, ha introdotto nella norma di cui all'art. 3 -disponendo contestualmente l'abrogazione di tutte le norme incompatibili (comma 3°)- il divieto di assoggettare le attività economiche relative alla distribuzione commerciale a previsioni normative che impongano vincoli fondati sulla distanza minima tra gli esercizi, limitazioni quantitative all'assortimento merceologico offerto negli esercizi commerciali, salva la distinzione tra il settore alimentare e quello non alimentare e limiti riferiti a quote di

l'attribuzione di licenze o autorizzazioni all'esercizio di una attività economica solo dove ce ne sia bisogno secondo l'autorità amministrativa; si considera che questo avvenga quando l'offerta di servizi da parte di persone che hanno già licenze o autorizzazioni per l'esercizio di una attività economica non soddisfa la domanda da parte di tutta la società con riferimento all'intero territorio nazionale o ad una certa area geografica; c) il divieto di esercizio di una attività economica al di fuori di una certa area geografica e l'abilitazione a esercitarla solo all'interno di una determinata area; d) l'imposizione di distanze minime tra le localizzazioni delle sedi deputate all'esercizio di una attività economica; e) il divieto di esercizio di una attività economica in più sedi oppure in una o più aree geografiche; f) la limitazione dell'esercizio di una attività economica ad alcune categorie o divieto, nei confronti di alcune categorie, di commercializzazione di taluni prodotti; g) la limitazione dell'esercizio di una attività economica attraverso l'indicazione tassativa della forma giuridica richiesta all'operatore; h) l'imposizione di prezzi minimi o commissioni per la fornitura di beni o servizi, indipendentemente dalla determinazione, diretta o indiretta, mediante l'applicazione di un coefficiente di profitto o di altro calcolo su base percentuale; i) l'obbligo di fornitura di specifici servizi complementari all'attività svolta" (comma 9).

Infine si vedano, dello stesso tenore, il d.l. 6 dicembre 2011, n. 201, recante "Disposizioni urgenti per la crescita, l'equità e il consolidamento dei conti pubblici", convertito con modificazioni nella l. 22 dicembre 2011, n. 214 che sancisce che "costituisce principio generale dell'ordinamento nazionale la libertà di apertura di nuovi esercizi commerciali sul territorio senza contingentamenti, limiti territoriali o altri vincoli di qualsiasi altra natura, esclusi quelli connessi alla tutela della salute, dei lavoratori, dell'ambiente, ivi incluso l'ambiente urbano e dei beni culturali", nonché il d.l. 24 gennaio 2012, n. 1, recante "Misure urgenti in materia di concorrenza, liberalizzazioni e infrastrutture", convertito nella legge 27 marzo 2012, n. 27 (sul quale vedi infra, nota 33) e il d.l. 9 febbraio 2012, n. 5, recante "Disposizioni urgenti in materia di semplificazione e di sviluppo", convertito con modificazioni nella l. 4 aprile 2012, n. 35.

mercato predefinite o calcolate in base al volume delle vendite a livello territoriale sub regionale (art. 3, 1° comma, rispettivamente lett. b, c e d).

Si comprende bene, dunque, che la giurisprudenza abbia ritenuto che, per effetto della norma appena richiamata, le limitazioni all'apertura degli esercizi commerciali non potessero più essere fondate su "*quote di mercato predefinite o calcolate sul volume delle vendite, ossia, in altri termini, sull'apprezzamento autoritativo dell'adeguatezza dell'offerta alla presunta entità della domanda*"²⁴.

Ora, venuti meno tutti i limiti allo svolgimento delle attività commerciali, in passato determinati da prescrizioni in ordine alle limitazioni quantitative all'assortimento merceologico offerto dai singoli esercizi commerciali, alla distanza minima obbligatoria tra attività appartenenti alla medesima tipologia di esercizio, al rispetto dei limiti riferiti a quote di mercato predefinite calcolate normalmente sulla base del volume delle vendite "a livello territoriale sub regionale", il quadro normativo si è ulteriormente arricchito di interventi legislativi, incentrati nella prospettiva della liberalizzazione, "tenendo però in adeguata considerazione le esigenze connesse alla cura di altri interessi pubblici, tra cui ...quello urbanistico" e quella della tutela del patrimonio culturale del Paese²⁵.

Può, infatti, dirsi che un'ulteriore e significativa evoluzione del quadro normativo in tema di commercio in aree nelle quali si radicano quegli *interessi sensibili* che godono del *favor* dell'ordinamento di settore ma allo stesso tempo sono assoggettati ad una disciplina del tutto peculiare con la sola finalità della loro tutela, si verifica nel nostro ordinamento giuridico con il recepimento della direttiva n. 123 del 2006 (c.d. direttiva Servizi o Bolkestein, recepita con d.lgs. 26 marzo 2010, n. 59

²⁴ In termini Cons. Stato, sez. V, 5 maggio 2009. In realtà, tutta la giurisprudenza dell'epoca si è soffermata a sottolineare il divieto espresso di qualsiasi valutazione economica ed attinente all'andamento del mercato che potesse giustificare limitazioni all'apertura di esercizi commerciali. Così, ad esempio Cons. Stato, sez. V, 31 marzo 2011, n. 1975 ha ritenuto che il d.l. 223 del 2006 abbia introdotto un principio generale a tutela della concorrenza, che garantisce la piena libertà di iniziativa economica e contrasta l'introduzione di limiti e contingentamenti dei titoli abilitativi necessari per l'esercizio di determinate attività commerciali". L'intervento chiarificatore della giurisprudenza si è reso necessario frequentemente per contrastare la pessima prassi degli organi politici regionali che spesso hanno tentato di modificare in modo elusivo la normativa di riferimento, allo scopo di "trattenere" misure elevate di potere autorizzatorio nelle loro mani.

²⁵ Così P. PORTALURI, *Primaute*, cit., spec. p. 1717.

s.m.i.), mediante la quale il legislatore europeo ha disposto che limitazioni o restrizioni all'accesso e all'esercizio di un'attività di servizio (incluso quello commerciale) sono consentite soltanto ove siano imposte da "ragioni di pubblico interesse", ossia (per) "motivi imperativi di interesse generale", tra i quali si annoverano -potrebbe dirsi anzitutto- quelli che nel nostro ordinamento giuridico sono comunemente definiti come "interessi sensibili"²⁶.

Tutti gli interventi legislativi fin qui ricordati in tema di esercizio del commercio nelle aree aventi valore culturale sono "*senz'altro rilevanti ai fini del concreto disimpegno delle funzioni di programmazione della rete distributiva da parte di regioni e comuni, dal momento che questi enti ... non possono più stabilire limiti e restrizioni quantitative che non rispondano a motivi imperativi di interesse generale*"²⁷; quel che più rileva evidenziare è la circostanza per la quale questi interventi hanno come fulcro attorno al quale ruotano le disposizioni introdotte, la liberalizzazione non selvaggia (si pensi alle c.d. norme "anti Mac Donald", contenute nel d.lgs. 222 del 2016 al quale dedichiamo subito qualche riflessione) delle attività commerciali e, soprattutto, da un lato, il divieto di introdurre limitazioni basate su valutazioni del tutto discrezionali legate all'andamento del mercato e dell'economia, più in generale alla politica economica; dall'altro, la rilevanza degli interessi sensibili, gli unici in grado di giustificare le suddette limitazioni.

5. Rilevanza degli interessi sensibili nella normativa successiva ed attività commerciali: il c.d. decreto scia 2, la conferenza di servizi e il silenzio tra amministrazioni

Infine, è intervenuto il d.lgs. 26 novembre 2016, n. 222 che con la norma di cui all'art. 1, 4° comma, richiamando il perseguimento delle

²⁶ Il combinato disposto dell'art. 8, comma 1°, lett. h) e 12 del d.lgs. n. 59 del 2010 fa espresso riferimento all'ordine pubblico, la sicurezza, l'incolumità e la sanità pubblici, nonché alla "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 dei 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".

²⁷ In termini ancora P. PORTALURI, *Primaute*, cit., p. 1719.

finalità indicate nell'art. 52 del d.lgs. n. 42/2004, accorda al Comune la possibilità, d'intesa con la Regione, sentito il Soprintendente competente e le "associazioni di categoria", di delimitare zone o aree aventi particolare valore archeologico, storico, artistico o paesaggistico nelle quali vietare, o subordinare ad autorizzazione l'esercizio di una o più attività oggetto del decreto "in quanto non compatibile con le esigenze di tutela e valorizzazione del patrimonio culturale"²⁸.

Le deliberazioni comunali finiscono, tramite le Regioni, per investire dell'autorizzazione, come della delibera concernente le aree vietate al commercio d'ogni tipo, il Ministero dei beni e delle attività culturali e del turismo nonché il Ministero dello sviluppo economico: queste due organizzazioni pubbliche di notevole peso, la prima con propri organi decentrati in rapporti sostanzialmente gerarchici, la seconda con una pluralità di organismi di riferimento, come le industrie pubbliche e private, le banche, le aziende commerciali e agricole, devono svolgere una sorprendente funzione di monitoraggio assicurandone congiuntamente il risultato "sugli effetti applicativi delle presenti disposizioni". Dunque, l'interesse al risultato, dato il suo rilievo costituzionale, risale al centro, ma il lavoro sul territorio per proteggere le aree "sensibili", come quelle che si trovavano intorno e nel colonnato del tempio di Abramo, vengono difese dalla "turba di mercanti" da parte del Comune.

La norma sembra dettata allo scopo di estendere la tutela già prevista dall'art. 52 del codice di beni culturali e del paesaggio per la disciplina delle attività commerciali ad una serie di altre attività economiche e di prestazione di servizi, con l'evidente obiettivo di evitare danni da affollamento di clientele e di convivenza nelle zone interessate a causa dell'esercizio di attività economiche in violento contrasto con l'area su cui esse insistono (basti pensare soltanto al diffuso fenomeno delle sale giochi e dei "bet point" situati ormai in quasi ogni angolo delle nostre città)²⁹.

²⁸ Non è senza significato la circostanza che al Comune siano attribuite ordinariamente – salve, cioè, le esigenze di esercizio unitario sulla base di principi di sussidiarietà, differenziazione ed adeguatezza – le funzioni amministrative secondo la norma di cui all'art. 118, co. 1 Cost.; e tuttavia la comunicazione delle sue deliberazioni d'intesa con la Regione e dei pareri obbligatori della Soprintendenza e delle associazioni di categoria non possa essere diretta al Ministero dei beni e delle attività culturali e del turismo nonché al Ministero dello sviluppo economico se non "per il tramite della Regione". Il legislatore intende evidentemente confermare anche in questa circostanza il quadro dell'ordinamento regionale, conservando un rapporto di tipo paragerarchico tra Regione e Comune.

²⁹ Non si condivide qui la posizione adottata da coloro che ritengono questa norma

Si tratta di dare il giusto peso alla tutela degli interessi corrispondenti alle finalità elencate nella norma del codice dei beni culturali, quindi alla tutela di quegli interessi sensibili, come unica fonte di legittimazione per l'imposizione di vincoli o divieti all'esercizio di attività economiche in contrasto con quegli interessi. Sicché essa sembra porsi perfettamente in linea con l'evoluzione e gli approdi del quadro normativo fin qui esaminato³⁰.

Non si trascuri che la disciplina del d.lgs. 26 marzo 2010, n. 59 di attuazione della direttiva 2006/123/CE relativa ai servizi nel mercato interno interviene a limitare quanto più possibile, senza pregiudicare l'interesse pubblico, i "regimi autorizzatori", subordinando la legittimità dell'imposizione del provvedimento autorizzatorio ("accesso ed esercizio alle attività di servizi") a condizioni ben controllabili.

Esse devono, infatti, essere non discriminatorie, giustificate da un preciso motivo imperativo d'interesse generale, chiare, oggettive, rese pubbliche per tempo, trasparenti ed accessibili.

Scende, finalmente, il livello del controllo pubblico dell'economia mediante autorizzazione preventiva e si creano condizioni che appaiono favorevoli per l'emersione del libero mercato: ed è significativo osservare che la normazione di fonte europea, proprio nell'occasione della spinta alla massima liberazione delle attività private dal controllo pre-

inutile, in particolare nel richiamo alle finalità di cui all'art. 52 del codice, essendo queste sostanzialmente concentrate nell'assicurare il decoro dei complessi monumentali e degli altri immobili del demanio culturale interessati da flussi turistici particolarmente rilevanti, nonché delle aree a essi contermini". Cfr. A. FERRUTI, *Tutela del paesaggio e del patrimonio storico e artistico della Nazione e libertà di iniziativa economica privata. Spigolature sulla recente giurisprudenza amministrativa e sulle novità legislative*, Nota a commento di TAR Lazio, Roma, sez. II *quater*, 3 febbraio 2017, n. 1822, in www.lexitalia.it, n. 2/2017.

³⁰ Recentissima giurisprudenza (cfr. TAR Toscana, Firenze, sez. II 18 marzo 2017, nn. 396-407) richiede particolari motivazioni fondate su studi scientifici relativi all'ambito territoriale di riferimento per confermare la legittimità di un decreto sindacale che riduce notevolmente per ragioni di tutela della salute l'orario di apertura di un esercizio commerciale di *slot machines*.

Anche TAR Veneto, sez. III, ord. 8 settembre 2016, n. 480 e sent. 7 dicembre 2016, n. 1345, lamentano lesione del principio di proporzionalità. Non così il Consiglio di Stato, sez. V, ord. 11 novembre 2016, n. 5059 e sent. 1 agosto 2015, n. 3778 che riconoscono ampia discrezionalità al Sindaco.

Sulle posizioni dell'U.E. in questa materia, di interesse il recente saggio di T. RUSSO, *A proposito del diritto comunitario su "giochi e scommesse"*, in *Riv. ital. dir. pubbl. comunit.* 2016, p. 861-901, con ivi riferimenti di giurisprudenza e dottrina esaustivi.

ventivo attuato mediante autorizzazione, determini la rilevanza emergente – nelle ipotesi di necessaria selezione tra diversi candidati all’ottenimento dell’autorizzazione- la necessità di regole procedurali di tale selezione, che tengano conto “di considerazioni di salute pubblica, di obiettivi di politica sociale ... della salvaguardia del patrimonio culturale”, considerata espressamente come uno dei “motivi imperativi di interesse generale conformi al diritto comunitario”.

Senonché, per tornare al d.lgs. 222/2016, è nell’allegata tabella A che si riproduce un rischio di distorsione dell’impalcatura legislativa non più posta a garanzia degli interessi sensibili, ma coinvolgente valutazioni che assai scarsamente li considerano.

Come abbiamo visto, la normazione contenuta nel co. 4 dell’art. 1 delinea un preciso procedimento amministrativo articolato tra Comune che propone la deliberazione delle aree precluse al commercio o a qualche categoria merceologica “in quanto non compatibile con le esigenze di tutela e valorizzazione del patrimonio culturale”, Regione che raggiunge l’intesa, Soprintendenza e Ministero dello sviluppo economico che, tramite la Regione, ricevono la delibera e controllano la sua attuazione in concreto.

Sta di fatto che, qualora per lo svolgimento dell’attività nelle aree non precluse il privato commerciante abbia la necessità di ottenere “l’acquisizione di ulteriori atti di assenso comunque denominati” – ad es., per via di una servitù militare, di un rispetto dell’arenile, del cimitero, della strada ferrata, ecc. –, il procedimento delineato nel co. 4 dell’art. 1 del d.lgs. non può trovare applicazione e, come testualmente conclude la norma di cui al co. 5 dell’art. 2 del d.lgs. 222, “si applicano le disposizioni di cui agli artt. 14 e ss. della stessa l. 241/1990”.

Ed è proprio quest’ultima fattispecie che induce a prefigurare le possibili ripercussioni sulla tutela delle “aree della cultura” di procedimenti governativi che, come quella risultante dall’applicazione della riforma della conferenza di servizi contenuta nel d.lgs. 30 giugno 2016, n. 127, incrementano la tendenza al progressivo ridimensionamento della “specialità” e della speciale considerazione degli interessi sensibili.

Del resto, la legge Madia detta criteri e principi direttivi non per seguire il ritorno del periodico *restyling* parziale della conferenza di servizi, ma – può dirsi – per ridisegnarla totalmente

Sulla nuova disciplina della conferenza di servizi i contributi della dottrina sono innumerevoli ed offrono diversi spunti di riflessione sulle

criticità ermeneutiche e di sistema che essa presenta³¹. Possiamo limitarci a rilevare come nella conferenza si realizzi una evidente dequotazione della tutela degli interessi sensibili, di quegli stessi interessi che nella normativa europea, quindi nel nostro ordinamento giuridico, sono ricompresi espressamente tra quelli in grado di offrire fondamento legittimo ai vincoli e ai divieti imposti all'esercizio di un'attività economica privata costituzionalmente garantita e tutelata come libera (art. 41 Cost.). Interessi e valori che soltanto attraverso un'effettiva considerazione condizionante lo svolgersi dell'azione amministrativa da parte delle amministrazioni che ne presidiano la cura, trovano adeguata rilevanza e valutazione.

Al contrario, la determinazione conclusiva del procedimento si compie all'interno della conferenza decisoria da parte dell'amministrazione procedente sulla base di posizioni prevalenti espresse in conferenza, ma sganciate dal -pur discutibile- criterio maggioritario che ha prestato il fianco a tanti rilievi. Peraltro, l'individuazione delle posizioni prevalenti si risolve (*recte* si dissolve) in una valutazione effettuata dall'amministrazione procedente in rapporto all'importanza che determinati interessi pubblici e le amministrazioni che li rappresentano rivestono nell'economia di quel procedimento: si tratta del criterio meno garantista, quello che procede per la selezione e valutazione degli interessi e delle posizioni prevalenti secondo apprezzamenti conati di volta in volta dall'amministrazione procedente in sede di conferenza di servizi³².

Il dissenso, peraltro, ha lo stesso "peso", sia che provenga da

³¹ Si rinvia soltanto ad alcuni contributi recenti sul tema: cfr. A. ANGIULI, *De-procedimentalizzazione dell'azione amministrativa e conferenza di servizi*, Relazione al Convegno di Studi su "Azione amministrativa e procedimento. De-costruzione e prove di ristrutturazione", Università degli Studi di Bari, Aula Aldo Moro, 13 marzo 2017; inoltre E. SCOTTI, *La conferenza di servizi. Commento agli artt. 14-14 quinquies*, in Alb. Romano (a cura di), *L'azione amministrativa*, Torino 2016; ID., *La nuova disciplina della conferenza di servizi tra semplificazione e pluralismo*, in *www.federalismi.it*, n. 16/2016; L. DE LUCIA, *La conferenza di servizi nello schema di decreto legislativo del gennaio 2106*, Relazione al Convegno di studi su "Le nuove semplificazioni dell'attività amministrativa", Padova, 20 maggio 2016; S. BATTINI, *La nuova disciplina della conferenza di servizi*, Roma, 2016; A. CIMELLARO, A. FERRUTTI, *La nuova conferenza di servizi*, Rimini, 2016; R. DIPACE, *La resistenza degli interessi sensibili nella nuova disciplina della conferenza di servizi*, in *www.federalismi.it*, n. 16/2016; M. SANTINI, *La conferenza di servizi dopo la riforma Madia: questioni di (ulteriori) norme o di cultura?*, in *Urb. app.* 2016, p. 129 ss.

³² Cfr. A. ANGIULI, *De-procedimentalizzazione*, cit.

un'amministrazione preposta alla tutela di interessi sensibili, sia che venga espresso da un'amministrazione preposta alla cura di altri interessi.

La tutela "speciale" dei primi è rinviata ad una fase successiva all'assunzione della decisione amministrativa; in sede di autotutela o di opposizione -che ha effetto sospensivo dell'efficacia della determinazione motivata di chiusura della conferenza- da presentare entro 10 giorni (per le amministrazioni statali l'opposizione può essere presentata soltanto dal ministro competente) al Presidente del Consiglio dei ministri, il quale decide, indicando una riunione con le amministrazioni interessate al fine di raggiungere un'intesa che consenta all'amministrazione procedente di concludere la conferenza di servizi con una nuova determinazione motivata sull'accoglimento (anche parziale) o sul rigetto dell'opposizione. Ove l'intesa non sia raggiunta, la questione viene rimessa al Consiglio dei ministri.

Senonché l'effetto di parificazione pressoché totale della rilevanza assunta in conferenza di servizi dai diversi interessi che vengono ivi valutati per mezzo della relativa rappresentazione da parte delle amministrazioni chiamate ad esprimersi, non appare superabile attraverso le procedure di autotutela o di opposizione volta a volta previsti: procedure assai macchinose, astrette da termini molto brevi e destinate ad approdare, nell'ipotesi di mancato raggiungimento di una soluzione condivisa, ad una decisione del Consiglio dei ministri che supera ogni dissenso con un atto avente valenza sostanzialmente politica³³.

Si direbbe che il legislatore abbia di fatto ceduto alla tentazione di operare, con questa disposizione, "una vera e propria fuga in avanti in quella che si può definire come la 'guerra di logoramento' degli interessi sensibili che vengono sempre più parificati a quelli ordinari"³⁴.

³³ Cfr. A. ANGIULI, *De-procedimentalizzazione*, cit.

³⁴ F. DE LEONARDIS, *Il silenzio assenso in materia ambientale: considerazioni critiche sull'art. 17-bis introdotto dalla cd. riforma Madia*, in *Federalismi.it*, n. 20/2015, spec. 3, il quale rileva anche "se non si può non essere d'accordo con chi difende strenuamente il diritto dei cittadini o delle imprese di vedere conclusi procedimenti il più rapidamente possibile si deve considerare altresì che tale risultato potrebbe essere raggiunto non solo mettendo delle tagliole alle pubbliche amministrazioni (secondo lo schema "se non ti pronunci entro questo termine la tua inerzia vale provvedimento favorevole"...) ma verificando in concreto il carico di lavoro delle singole amministrazioni in relazione al settore specifico e semmai mettendo le amministrazioni in grado di operare meglio mediante un'opera di riallocazione del personale (eventualmente preceduta da idonea riqualificazione)".

Ne risulta contraddetta in modo lampante la coerenza mantenuta dall'ordinamento giuridico, pur in una stagione che ha vissuto infinite riforme, alle quali non si era sottratta neppure la disciplina della conferenza di servizi, modificata, sempre nella dichiarata prospettiva della semplificazione e comprensibilità delle norme, una serie innumerevole di volte.

In realtà, la conferenza di servizi può prefigurare, nel suo corso, proprio in conseguenza della specialità delle nuove norme, un irrimediabile pregiudizio per gli interessi della cultura attraverso il disconoscimento della maggiore rilevanza che una normativa sopravvenuta - quella del d.lgs. n. 222/2016- ha viceversa riconosciuto coerentemente alla disciplina generale del rapporto tra area di rilevanza culturale ed esercizio di attività commerciale in quell'area stessa.

La necessità di far luogo alla conferenza nel caso di coinvolgimento nella fattispecie di ulteriori interessi rappresentati da altre amministrazioni riapre la porta a prassi di svalutazione di interessi sensibili, che sembravano ormai superate.

Nella stessa direzione, per vero, si era orientata -per una coerenza non apprezzabile favorevolmente- la norma di cui all'art. 17 *bis*, inserita nella legge 241 del 1990 dalla legge Madia recante la disciplina del silenzio tra amministrazioni. La norma prevede che nei casi in cui occorra l'acquisizione di atti di assenso comunque denominati capaci di condizionare il prosieguo di un procedimento principale e tali atti, richiesti dall'interessato alle amministrazioni competenti, non vengano emanati entro un determinato termine, diverso a seconda delle fattispecie, si intendono rilasciati e non possono, quindi, condizionare la prosecuzione del procedimento principale, determinando arresti o aggravamenti procedurali. I termini possono essere interrotti una sola volta qualora l'amministrazione interessata esprima motivate esigenze istruttorie.

Tale schema semplificatorio trova applicazione anche nelle ipotesi in cui gli atti di assenso richiesti e non ottenuti siano di competenza di amministrazioni preposte alla tutela di interessi sensibili, senza che venga introdotta alcuna eccezione per la salvaguardia di questi ultimi e della loro difesa da parte delle amministrazioni preposte alla tutela; quindi operando una sostanziale equiparazione di questi con gli interessi pubblici, per così dire, ordinari³⁵.

³⁵ Su cui v., almeno, F. DE LEONARDIS, *Il silenzio assenso in materia ambientale: considerazioni critiche sull'art. 17 bis introdotto dalla legge Madia*, cit.; M.A. SANDULLI,

È superfluo sottolineare che gli effetti del silenzio-assenso tra amministrazioni possono assumere rilevanza altresì nei procedimenti inerenti all'esercizio di attività commerciali nell'ambito di aree o di edifici di interesse culturale oltrepassando le conseguenze di valutazioni espresse di compatibilità -in realtà non effettuate- ed esponendo per questi motivi tali immobili ad usi commerciali incompatibili con l'interesse culturale.

6. Considerazioni finali

Può forse dirsi a questo punto che il tema dell'esercizio del commercio nelle aree aventi valore culturale ed il tema al primo strettamente connesso della tutela degli interessi abbia subito nel tempo, in particolare nell'ultimo decennio, una evoluzione significativa: interventi legislativi di recepimento della normativa comunitaria, pronunce giurisprudenziali interne e della Corte di giustizia, nonché alcune decretazioni d'urgenza hanno concorso ad imprimere al tema oggetto di queste notazioni, da un lato una forte spinta, questa volta autenticamente liberalizzatrice e, dall'altro, una prudenziale sua mitigazione (ponendo cioè, in via preventiva, un argine al rischio della c.d. liberalizzazione selvaggia³⁶), allo scopo di garantire la tutela degli interessi sensibili, attuata attraverso l'esercizio della discrezionalità amministrativa, retta dai principi di proporzionalità e ragionevolezza.

Sembra, dunque delinearsi un quadro ordinamentale che, partendo dal rafforzamento della garanzia della libera iniziativa economica priva-

Gli effetti diretti della legge 7 agosto 2015, n. 124 sulle attività economiche: le novità in materia di s.c.i.a., silenzio assenso e autotutela, in *Federalismi*, 2015; E. SCOTTI, *Silenzio assenso tra amministrazioni*, in Alb. Romano (a cura di), *L'azione amministrativa*, Torino, 2016, 566 ss.; F. APERIO BELLA, *Il silenzio assenso tra pubbliche amministrazioni (il nuovo art. 17-bis della l. n. 241 del 1990)*, intervento al convegno AIPDA "I rimedi contro la cattiva amministrazione. Procedimento amministrativo ed attività produttive ed imprenditoriali", Campobasso, 8-9 aprile 2016.

³⁶ Si vedano in proposito le decisioni Cons. Stato, VI, 31 gennaio 2017, nn. 393, 394 e 395 relative alle chiatte galleggianti presenti sul naviglio Pavese di Milano che ospitano esercizi di ristorazione e somministrazione di alimenti e bevande; TAR Liguria 8 novembre 2016, n. 1091, nonché la direttiva adottata dal Mibact il 10 ottobre 2012 concernente l'"Esercizio di attività commerciali e artigianali su aree pubbliche in forma ambulante o su posteggio, nonché di qualsiasi altra attività non compatibile con le esigenze di tutela del patrimonio culturale".

ta, impresso essenzialmente dalla spinta liberalizzatrice della normativa europea –mediante la direttiva Bolkestein 123/06- e di quella interna dell’ultimo decennio, ha comportato l’abolizione di una serie di restrizioni precedentemente imposte per l’apertura e l’esercizio delle attività commerciali: il ferreo sistema autorizzatorio è stato infatti attenuato, sono state abolite le categorie ristrette di prodotti messi in vendita in ciascun esercizio, nonché il contingentamento e le distanze tra esercizi commerciali simili, liberalizzati i loro orari di apertura, ecc..

In questo quadro l’ordinamento si mostra definitivamente favorevole a consentire l’imposizione di ponderate e motivate limitazioni amministrative (tipiche del regime autorizzatorio) ormai soltanto in ordine alla tutela degli interessi sensibili che sono stati individuati anche nella normativa comunitaria, negli “imperativi motivi di interesse generale”, definiti dal decreto legislativo 26 marzo 2010, n. 59 di attuazione della direttiva Bolkestein, come «ragioni di pubblico interesse». Esse attengono, tra l’altro, all’ordine, alla sicurezza, alla quiete e all’incolumità pubblici, alla protezione dell’ambiente urbano, compreso l’assetto territoriale nell’ambito urbano, alla *conservazione del patrimonio nazionale storico e artistico*, agli *obiettivi di politica sociale e culturale versata in questi ultimi contesti*.

Nessuna valutazione limitata agli aspetti economici o della domanda di mercato è più consentita al pianificatore ³⁷ (in sede di pianificazione urbanistica o di c.d. urbanistica commerciale), bensì soltanto quella avente ad oggetto (motivate) esigenze di tutela dell’ambiente urbano, di razionalizzazione dell’assetto del territorio e, per quel che qui interessa, dei beni e delle aree aventi valore culturale, con la precisazione che le disposizioni recanti divieti, restrizioni e oneri o condizioni, all’accesso e all’esercizio delle attività economiche sono in ogni caso interpretate in senso restrittivo, tassativo e ragionevolmente proporzionato a queste finalità di interesse pubblico generale ³⁸.

³⁷ Cfr., *ex multis*, Cons. Stato, sez. IV, 7 novembre 2014, n. 5494; TAR Liguria, Genova, sez. I, 8 novembre 2016, nn. 1091 e 1092.

³⁸ Contenuta nel d.l. 24 gennaio 2012, n. 1, Misure urgenti in materia di concorrenza, liberalizzazioni e infrastrutture, convertito nella legge 27 marzo 2012, n. 27 che dispone all’art. 1 l’abrogazione delle norme: “a) 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) che pongono divieti e restrizioni alle attività econo-

È stato inoltre svolto dalla giurisprudenza degli ultimi anni il compito di valutare (e, ove necessario, arginare) l'eventuale disparità di trattamento non poggiata sulla ragionevolezza e proporzionalità, ossia la discriminazione -diretta o indiretta, soggiunge la normativa comunitaria- posta in essere dalle amministrazioni nell'ostacolare ad esempio l'ingresso di nuovi operatori³⁹ a tutto danno della libertà di concorrenza e delle ricadute sulle garanzie predisposte per i consumatori (e, potrebbe osservarsi, quasi a sostegno di un ritorno alla difesa corporativa); ovvero nell'ostacolare l'esercizio di attività commerciali e artigianali su aree pubbliche in forma ambulante o su posteggio, anche di quelle esercitate dietro licenza⁴⁰.

Per offrire qualche spunto ricostruttivo sull'evoluzione del quadro normativo/ordinamentale in tema di cultura e attività commerciali, può osservarsi che, prendendo le mosse da una prospettiva estremamente dirigista che consentiva l'imposizione di limiti di vario genere, sulla base di apprezzamenti di natura anche soltanto squisitamente economica che ben poco hanno a che fare con la cultura, esso ha finito per attestarsi sulla liberalizzazione più ampia, in onore al principio della libera concorrenza e della garanzia della libertà di impresa. Si vuole, in altri termini, che sia consentita una diffusa fruizione dei luoghi privilegiati della cultura che, in quanto tali, richiamerebbero sempre l'attenzione immediata del mercato, consentendo l'imposizione di limitazioni all'esercizio

miche non adeguati o non proporzionati alle finalità pubbliche perseguite, nonché le disposizioni di pianificazione e programmazione territoriale o temporale autoritativa con prevalente finalità economica o prevalente contenuto economico, che pongono limiti, programmi e controlli non ragionevoli, ovvero non adeguati ovvero non proporzionati rispetto alle finalità pubbliche dichiarate e che in particolare impediscono, condizionano o ritardano l'avvio di nuove attività economiche o l'ingresso di nuovi operatori economici ponendo un trattamento differenziato rispetto agli operatori già presenti sul mercato, operanti in contesti e condizioni analoghi, ovvero impediscono, limitano o condizionano l'offerta di prodotti e servizi al consumatore, nel tempo nello spazio o nelle modalità, ovvero alterano le condizioni di piena concorrenza fra gli operatori economici oppure limitano o condizionano le tutele dei consumatori nei loro confronti".

³⁹ Cfr., ad es., le chiare motivazioni esposte TAR Lazio, Roma, sez. II *ter*, 5 settembre 2016, n. 9530.

⁴⁰ TAR Lazio, Roma, sez. II *ter* 14 giugno 2016. Peraltro, si tratta non soltanto di provvedimenti amministrativi, ma spesso di leggi regionali che, poggiando sui motivi imperativi, adottano leggi di questo tenore, cassate in sede di giudizio di legittimità. Cfr. corte cost. sentt. 18 dicembre 2015, n. 133, 9 luglio 2105, n. 14 e 25 febbraio 2016, n. 39, ma si veda più diffusamente la giurisprudenza amministrativa richiamata.

del commercio soltanto per ragioni legate alla tutela degli interessi sensibili; in particolare, per quel che qui interessa, alla tutela del valore culturale, il cui apprezzamento resta rimesso (come appare in fondo giusto che sia perché la valorizzazione -e la difesa dalla liberalizzazione selvaggia- dei luoghi aventi pregio culturale necessita di interventi amministrativi calibrati sul territorio che gli enti gestiscono nel concreto, meno rilevando invece quelli legislativi) alla ponderata valutazione discrezionale dell'amministrazione, ristretta, a garanzia della legittimità, in quanto richiesta dal sistema normativo in materia, dai criteri della proporzionalità e della ragionevolezza nella sua attività impositiva di sacrificio -talora sostanzialmente ablatoria- per la difesa del valore culturale, nei confronti dell'esercente l'attività commerciale.

Tuttavia, proprio la tutela degli interessi sensibili, per la quale ordinamenti giuridici di settore mai fino ad ora hanno manifestato incoerenze, ponendo la valutazione conservativa delle amministrazioni preposte alla loro cura, al centro della decisione finale, potendo il relativo procedimento, nel passato più recente, subire un arresto procedimentale a causa del dissenso espresso da una amministrazione preposta alla tutela dei valori egemoni, subisce oggi una vera e propria svalutazione nel farsi della decisione amministrativa, in onore al principio della celerità e semplificazione (spesso capace di "celare imbrogli" ⁴¹) dell'azione amministrativa.

Infatti, fino al sopraggiungere della normativa degli ultimi tempi, nella composizione del contrasto (anche solo potenziale) tra le esigenze di una amministrazione efficiente e rapida e quelle di una amministrazione che tenga nella adeguata considerazione alcune particolari categorie di interessi, richiedendo come ineludibile una pronuncia espressa delle amministrazioni preposte alla relativa cura, il legislatore ha optato, di massima, per la valorizzazione di quest'ultimo profilo, attraverso la previsione della inoperatività dei meccanismi di semplificazione; si registra, invece, nell'ultimo anno una inversione di tendenza, nella direzione della semplificazione e accelerazione dei tempi ad ogni costo, della valorizzazione del decidere presto, piuttosto che del decidere bene ⁴².

⁴¹ Cfr. su questa sponda critica soprattutto F. MERUSI, *La legalità amministrativa tra passato e futuro. Vicende italiane*, Napoli 2016, spec. p. 194-200, sui risultati della riforma degli enti pubblici creditizi con la legge di "autorizzazione", dove si analizzano le "strane vicende" della Banca d'Italia e dell'Istituto per il credito sportivo (cap. III della parte II, par. 2); ID., *Ragionevolezza e discrezionalità amministrativa*, Napoli 2011.

⁴² Rileva di recente A. ANGIULI, *De-procedimentalizzazione dell'azione amministra-*

La valorizzazione normativa, nella conferenza di servizi decisoria, del ruolo dell'amministrazione procedente che giunge fino ad affidarle la valutazione della rilevanza del dissenso espresso in sede di conferenza di servizi da parte delle amministrazioni partecipanti priva, infatti, di ogni valore l'emersione stessa di quegli interessi nell'ambito del procedimento ed il ruolo attribuito alle amministrazioni competenti per la loro gestione e protezione, nonché la *ratio* stessa della concertazione e della leale collaborazione dirette alla miglior cura dell'interesse pubblico.

tiva e conferenza di servizi, Relazione al Convegno di Studi, cit., che la valorizzazione del fattore tempo che assurge al rango di bene della vita, da un canto induce a predeterminare la durata massima di ogni singolo procedimento, così avviando a prassi che avevano consegnato interamente all'amministrazione la valutazione dei tempi dell'azione amministrativa o peggio ancora a indurre comportamenti non virtuosi della burocrazia, dall'altro condiziona la valutazione dell'economicità, inserendo nei benefici come fattore rigido e prevalente il fattore tempo.