

Sentenza n. 204 del 28 febbraio 2005

Pubblica udienza del: 7 luglio 2004

Presidente dott. Bruno Amoroso

Relatore dott. Giuseppe Daniele

Titoletto:

Enti locali, enti pubblici non territoriali – enti locali – comuni – poteri - autorizzazione – esercizio commerciale – caratteristiche e limiti.

Abstract:

Il potere del Comune di negare l'autorizzazione per l'apertura di un esercizio commerciale sulla base del solo mancato rispetto delle distanze dagli esercizi preesistenti si configura come un caso di conformazione autoritativa dell'esercizio di uno dei diritti soggettivi fondamentali della persona (quello della libertà di iniziativa economica, sancito dagli artt. 2 e 41 Cost.); tuttavia, la normativa di rango primario (combinato disposto dell'art.7, comma 2, della L. 4 gennaio 1990, n.1 e art.4, lettera c, della L.R. Marche 24 settembre 1992, n.47) deve essere interpretata nel senso che le prescrizioni relative alle distanze non si applicano ai preesistenti esercizi che svolgono attività complementare.

TESTO:

“SENTENZA

sul ricorso n.863 del 2003 proposto dalla \*\*\* corrente in San Severino Marche, in persona delle legali rappresentanti pro-tempore, rappresentate e difese dagli avv.ti Giuseppe Bommarito e Marcello De Sanctis, elettivamente domiciliate in Ancona, presso la Segreteria del Tribunale;

contro

il COMUNE di MACERATA, in persona del Sindaco pro-tempore, non costituito in giudizio;

e nei confronti

della \*\*\*, corrente in Macerata, in persona del rappresentante legale pro-tempore, non costituito in giudizio;

per l'annullamento

della determinazione dirigenziale 16.7.2003 prot. n.19505, con cui è stata disposta la reiezione di istanza volta ad ottenere il rilascio dell'autorizzazione a svolgere l'attività di estetista nei locali di Via Ghino Valenti n.4, nonché di ogni atto presupposto, connesso e conseguente, in particolare dell'art.21 del regolamento comunale per la disciplina delle attività di barbiere, parrucchiere per uomo e donna ed estetista.

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Vista la memoria prodotta dalla parte ricorrente a sostegno delle proprie difese;

Visti gli atti tutti della causa;

Relatore, alla pubblica udienza del 7 luglio 2004, il Consigliere Giuseppe Daniele;

Udito l'avv. Claudio Baleani, su delega dell'avv. Marcello De Sanctis, per la parte ricorrente;

Ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue:

**FATTO**

...omissis...

**DIRITTO**

1.- Il ricorso è fondato e deve essere accolto.

L'atto impugnato ha motivato il diniego dell'autorizzazione richiesta dalla società ricorrente, con la "mancanza della distanza minima da analogo esercizio prescritta dall'art.21 del regolamento comunale per la disciplina delle attività di barbiere, parrucchiere per uomo e donna ed estetista".

2.- Ciò premesso, il Collegio osserva che il potere del Comune di negare l'autorizzazione per l'apertura di un esercizio commerciale sulla base del solo mancato rispetto delle distanze dagli esercizi preesistenti (pur prefissate a seguito della ponderazione di una pluralità di fattori socio-economici) si configura come un caso di conformazione autoritativa dell'esercizio di uno dei diritti soggettivi fondamentali della persona (quello della libertà di iniziativa economica, sancito dagli artt. 2 e 41 Cost.).

La disciplina contenuta nel regolamento comunale (e nella normativa regionale sovraordinata) trova, pertanto, quale invalicabile limite, la riserva di legge costituzionalmente sancita dallo stesso art.41 Cost. e, quale necessario fondamento, l'esigenza di garantire un precipuo interesse pubblico generale, da individuarsi nell'interesse generale dei consumatori alla massima differenziazione quantitativa e qualitativa dell'offerta sul territorio, in conformità al criterio di libera prestazione delle attività economiche ed al principio di libera concorrenza che oggi è tutelato dal Trattato dell'Unione europea.

Ne consegue che il regolamento comunale (e la normativa sovraordinata) devono essere necessariamente interpretati come volti a garantire unicamente la sostenibilità dell'offerta derivante dall'esercizio alla luce delle effettive condizioni socio-economiche del contesto territoriale, al fine di garantire la qualità del servizio ai consumatori da turbative emulative aventi effetto riduttivo, anziché amplia-

tivo, della concorrenza.

In generale, vi sono dubbi in merito alla possibilità di intendere l'istituto delle distanze come uno strumento di pianificazione autoritativa dell'attività economica in esame (teso alla sua omogenea distribuzione sul territorio indipendentemente dalle reali condizioni di mercato, al fine di favorire la sua utilizzazione da parte di tutti i consumatori). Tale intervento, infatti, per un verso pare esulare dal profilo di valutazione dell'impatto del singolo insediamento sul tessuto urbano e, quindi, dal corretto esercizio dei poteri degli enti locali di pianificazione dell'utilizzo del proprio territorio, mentre, per altro verso, sembra estraneo dall'ambito degli interventi riconducibili alla tutela dell'interesse generale dei consumatori. Peraltro, il rispetto di distanze minime astrattamente prefissate fra gli esercizi non garantisce affatto il raggiungimento dell'obiettivo di una generale diffusione territoriale degli stessi esercizi, in quanto il loro insediamento resta comunque rimesso alla libera determinazione dei singoli operatori economici e, quindi, presuppone che le rimanenti aree, pur sguarnite di esercizi, convogliano comunque una adeguata domanda. Una predeterminazione di distanze minime fra gli esercizi che trascendesse la concreta valutazione del rapporto fra domanda ed offerta connesso al contesto socio-economico potrebbe avere effetti limitativi della concorrenza e, quindi, si tradurrebbe in un danno, anziché in un intervento in favore dell'interesse generale dei consumatori (i quali si vedrebbero ostacolati nella possibilità di comparare le offerte dei diversi operatori economici).

Qualora poi la concreta realtà territoriale evidenziasse (come pure spesso avviene nel corso delle istruttorie svolte dai competenti uffici comunali) la presenza di un cospicuo numero di esercizi già autorizzati ed operanti pur all'interno delle distanze minime prefissate, l'irragionevolezza della predetta previsione dovrebb-

be, altresì, comportare una valutazione, quantomeno sintomatica, di possibile sviamento di potere, sotto il profilo della non consentita distorsione del mercato, determinata dalla chiusura a tempo indefinito dell'area all'ingresso di nuovi operatori pur in possesso dei necessari requisiti e dalla conseguente indebita posizione di favore riservata agli attuali possessori di titoli autorizzatori che, da un lato, potrebbero avvantaggiarsi di una rendita monopolistica in danno dei consumatori e, dall'altro, potrebbero speculare sulla cessione dei propri titoli autorizzatori.

3.- Potrebbe prospettarsi – come evidenziato dalla difesa della società ricorrente – la questione di legittimità costituzionale della L.R. Marche 24 settembre 1992, n.47, nella parte in cui attribuisce ai comuni (art.4, lett. c) il potere di fissare i criteri atti a stabilire la distanza tra esercizi, in rapporto alla densità della popolazione residente e fluttuante, al numero degli esercizi medesimi ed ai relativi addetti.

Tale problema, peraltro, assume un diverso grado d'intensità a seconda che si discuta della pura e semplice apertura di un nuovo esercizio, oppure dell'inserimento dell'attività di estetista in un preesistente esercizio espletante attività complementare a quella di estetista (nella fattispecie, centro e stabilimento di benessere fisico dove vengono effettuati trattamenti volti al dimagrimento e rassodanti, finalizzati al benessere del corpo). In quest'ultimo caso, infatti, il *vulnus* alla libertà d'impresa è più evidente, in quanto l'imprenditore si trova costretto a scegliere fra la rinuncia all'espansione dell'attività ed il trasferimento dell'intero esercizio, con gli inerenti costi e soprattutto la perdita dell'avviamento; mentre nel primo caso l'imprenditore, pur limitato nella libertà di scelta dell'ubicazione, non soggiace a costi aggiuntivi.

La normativa di rango primario (combinato disposto dell'art.7, comma 2, della L. 4 gennaio 1990, n.1 e art.4, lettera c, della L.R. Marche 24 settembre 1992,

n.47) deve quindi essere interpretata nel senso che le prescrizioni relative alle distanze non si applicano ai preesistenti esercizi che svolgono attività complementare (come quella di centro e stabilimento di benessere fisico, effettuata dalla società ricorrente) e che intendano svolgere, nei medesimi locali, anche l'attività di estetista (cfr., in fattispecie analoga, T.A.R. Umbria 21 settembre 2000, n.746).

Risultando quindi fondata la censura di violazione e falsa applicazione dell'art.41 della Costituzione, si deve concludere per l'illegittimità degli atti impugnati (determinazione dirigenziale 16.7.2003 prot. n.19505 e, *in parte qua*, art.21 del regolamento comunale per la disciplina delle attività di barbiere, parrucchiere per uomo e donna ed estetista).

4.- Il Tribunale ritiene fondate, inoltre, le censure di eccesso di potere per difetto d'istruttoria dedotte con il secondo motivo.

Dalla documentazione in atti risulta che l'unica attività istruttoria posta in essere dal Comune di Macerata è consistita nell'accertamento, da parte della Polizia Municipale, delle distanze esistenti fra l'immobile di Via Valenti n.4 e l'esercizio analogo più vicino, limitandosi all'applicazione della relativa tabella regolamentare (risalente al 1997) che relativamente alla Circoscrizione n.3 prevede tra gli esercizi che svolgono l'attività di estetista una distanza minima di m.590.

Al contrario, poiché le tabelle di riferimento non possono ritenersi statiche ed immutabili, ma devono considerarsi emendabili, stante la continua evoluzione dei relativi parametri, l'individuazione della distanza di cui all'art.21, comma 2, del regolamento comunale presuppone un'adeguata attività istruttoria che sfoci di volta in volta nel ricalcolo della distanza minima tra esercizi, alla luce della concreta dinamica degli elementi di valutazione stabiliti dalla norma (superficie ur-

banizzata della circoscrizione, rapporto tra la popolazione ed il numero ottimale dei residenti per addetto, rapporto tra il numero degli addetti ed il numero degli esercizi attualmente in attività).

5.- Per le argomentazioni che precedono il ricorso deve essere accolto, con conseguente annullamento degli atti impugnati, restando assorbite le censure non esaminate.

6.- Si ravvisano ragioni per compensare tra le parti le spese del giudizio.”