

L'attività di somministrazione dopo l'entrata in vigore del d. lgs. 59/2010 e le problematiche connesse con il TULPS

di Marilisa Bombi

Il contesto normativo.

Le disposizioni per l'esercizio dell'attività di somministrazione sono state, più di ogni altra disciplina per l'esercizio delle attività economiche, profondamente innovate dal decreto legislativo 59/2010.

Per poter tuttavia comprendere come le modifiche introdotte nell'ordinamento dal suddetto decreto incidano nell'ordinamento nazionale e regionale, è necessario – prima di tutto – (rinviando ad una lettura articolata della Direttiva servizi e della legge delega¹) esaminare il contesto normativo che fa da cornice al decreto legislativo con il quale lo Stato italiano ha attuato la direttiva 2006/123/CE del 12 dicembre 2006. Direttiva che è stata pubblicata nella Gazzetta Ufficiale dell'Unione Europea (L 376) il 27 dicembre 2006 e che doveva, quindi, essere attuata entro il 28 dicembre del 2009.

Più precisamente, di tale decreto, è essenziale dar rilievo alle disposizioni contenute all'articolo 41, comma 1, ovvero le disposizioni che, per quanto riguarda le presenti considerazioni, delimitano l'ambito entro il quale il Governo avrebbe dovuto operare. Tra gli obiettivi dei decreti legislativi di attuazione della direttiva (avrebbero quindi dovuto essercene più d'uno) che il Governo avrebbe dovuto perseguire, vanno evidenziati i seguenti:

e) semplificare i procedimenti amministrativi per l'accesso alle attività di servizi, anche al fine di renderli uniformi sul piano nazionale, subordinando altresì la previsione di regimi autorizzatori al ricorrere dei presupposti di cui all'articolo 9 della direttiva e prevedendo che, per tali regimi, da elencare in allegato al decreto legislativo di cui al presente articolo, la dichiarazione di inizio attività rappresenti la regola generale salvo che motivate esigenze impongano il rilascio di un atto autorizzatorio esplicito;

p) prevedere che, relativamente alle materie di competenza regionale, le norme per l'adeguamento, il coordinamento e la semplificazione dei procedimenti autorizzatori concernenti l'esercizio della libertà di stabilimento e la libera prestazione dei servizi siano adottate dallo Stato, in caso di inadempienza normativa delle regioni, in conformità all'articolo 117, quinto comma, della Costituzione e che, in caso di inadempienza amministrativa, sia esercitato il potere sostitutivo di cui all'articolo 120, secondo comma, della Costituzione.

Per quanto riguarda la delega alla compilazione dell'elenco dei regimi autorizzatori che sono stati mantenuti, previsto alla suddetta lettera e), non c'è dell'elenco – allo stato attuale - alcuna traccia, anche se lo stesso è espressamente previsto dall'articolo 41 della direttiva che lo impone agli stati membri per la valutazione reciproca dei regimi autorizzatori e dei requisiti.

Di rilievo anche quanto dispone l'art. 85 che, al comma 1, innova nuovamente l'art. 19 della legge 241/1990, nel senso che per effetto di tale disposizione, oggi, il secondo comma dell'articolo 19, ha questo contenuto:

¹ La delega al Governo è stata conferita con la legge 7 luglio 2009, n. 88 Disposizioni per l'adempimento di obblighi derivanti dall'appartenenza dell'Italia alle Comunità europee - Legge comunitaria 2008.

«2. L'attività oggetto della dichiarazione può essere iniziata decorsi trenta giorni dalla data di presentazione della dichiarazione all'amministrazione competente; contestualmente all'inizio dell'attività, l'interessato ne dà comunicazione all'amministrazione competente. Nel caso in cui la dichiarazione di inizio attività abbia ad oggetto l'esercizio di attività di cui al decreto legislativo di attuazione della direttiva 2006/123/CE, l'attività, ove non diversamente previsto, può essere iniziata dalla data della presentazione della dichiarazione all'amministrazione competente.».

La clausola di cedevolezza.

L'articolo 84 del decreto legislativo 59/2020 dispone che:

In relazione a quanto disposto dall'articolo 117, quinto comma, della Costituzione e fatto salvo quanto previsto dagli articoli 16, comma 3, e 10, comma 3, della legge 4 febbraio 2005, n. 11, nella misura in cui incidono su materie di competenza esclusiva regionale e su materie di competenza concorrente, le disposizioni del presente decreto si applicano fino alla data di entrata in vigore della normativa di attuazione della direttiva 2006/123/CE, adottata da ciascuna regione e provincia autonoma nel rispetto dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e dei principi fondamentali desumibili dal presente decreto.

Il contenuto di tale disposizione è sostanzialmente diverso dal testo che la Conferenza delle regioni aveva chiesto. Anzi si può ben dire che detta Conferenza sia stata del tutto inascoltata com'è dimostrato dal fatto che quanto dalla stessa richiesto non risulta inserito nel testo del decreto:

In sostanza, la Conferenza richiedeva “l’inserimento di una clausola di salvaguardia per quelle disposizioni regionali e delle Province autonome che, pur precedenti all’entrata in vigore della normativa statale di attuazione della direttiva, risultano conformi a quest’ultima in modo più puntuale rispetto alle disposizioni previste, necessariamente in via generale dallo Stato. In mancanza di tale clausola, infatti, sottolineava un documento della Conferenza, si opererebbe una sostituzione automatica della normativa regionale con quella prevista dalla legge statale di recepimento della direttiva e le regioni dovrebbero poi provvedere ad adottare nuovamente, in virtù della clausola di cedevolezza, normative già attualmente conformi alla direttiva stessa che però sono state approvate prima dell’entrata in vigore della normativa statale di attuazione”. La Conferenza delle regioni, quindi, proponeva all’attenzione del Governo la seguente proposta normativa:

Art. (clausola di salvaguardia)

E' fatta salva la disciplina prevista dalle regioni e dalle province autonome di Trento e Bolzano nelle materie di cui all'articolo 117, commi terzo e quarto della Costituzione, adottata in attuazione della direttiva 123/2006/CE o comunque ad essa conferme.

Le cose, poi, sono andate diversamente e il decreto legislativo anziché prevedere la “clausola di salvaguardia” prevede, invece, la “clausola di cedevolezza” che è, in parole povere, esattamente il contrario di quanto richiesto dalle regioni. L'articolo 84 del d.lgs 59/2010, infatti, dispone che:

In relazione a quanto disposto dall'articolo 117, quinto comma, della Costituzione² e fatto salvo quanto previsto dagli articoli 16, comma 3³, e 10, comma 3⁴, della legge 4 febbraio 2005, n. 11,

² Il citato comma dispone che: “Le Regioni e le Province autonome di Trento e di Bolzano, nelle materie di loro competenza, partecipano alle decisioni dirette alla formazione degli atti normativi comunitari e provvedono all'attuazione e all'esecuzione degli accordi internazionali e degli atti dell'Unione europea, nel rispetto delle norme di procedura stabilite da legge dello Stato, che disciplina le modalità di esercizio del potere sostitutivo in caso di inadempienza.”

³ Il comma 3 dell'art. 16 della legge 11/2001, prevede che “Ai fini di cui all'articolo 117, quinto comma, della Costituzione, le disposizioni legislative adottate dallo Stato per l'adempimento degli obblighi comunitari, nelle materie di competenza legislativa delle regioni e delle province autonome, si applicano, per le regioni e le province autonome, alle condizioni e secondo la procedura di cui all'articolo 11, comma 8, secondo periodo.”

nella misura in cui incidono su materie di competenza esclusiva regionale e su materie di competenza concorrente, le disposizioni del presente decreto si applicano fino alla data di entrata in vigore della normativa di attuazione della direttiva 2006/123/CE, adottata da ciascuna regione e provincia autonoma nel rispetto dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e dei principi fondamentali desumibili dal presente decreto.

Per comprendere esattamente, tuttavia, il rilievo della sopraindicata disposizione è necessario esaminare anche che cosa dispone il comma 8 dell'articolo 11 della legge 4 febbraio 2005, n. 11, ed in particolare la seconda parte dello stesso:

“In relazione a quanto disposto dall'articolo 117, quinto comma, della Costituzione, gli atti normativi di cui al presente articolo possono essere adottati nelle materie di competenza legislativa delle regioni e delle province autonome al fine di porre rimedio all'eventuale inerzia dei suddetti enti nel dare attuazione a norme comunitarie. In tale caso, gli atti normativi statali adottati si applicano, per le regioni e le province autonome nelle quali non sia ancora in vigore la propria normativa di attuazione, a decorrere dalla scadenza del termine stabilito per l'attuazione della rispettiva normativa comunitaria, perdono comunque efficacia dalla data di entrata in vigore della normativa di attuazione di ciascuna regione e provincia autonoma e recano l'esplicita indicazione della natura sostitutiva del potere esercitato e del carattere cedevole delle disposizioni in essi contenute. I predetti atti normativi sono sottoposti al preventivo esame della Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le regioni e le province autonome di Trento e di Bolzano.”

La questione che, a prima vista potrebbe anche apparire chiara e semplice, è invece, oltremodo complessa; ciò in quanto, la direttiva Servizi “è una direttiva diversa dalle altre: non si tratta, infatti, solo di trasporre nell'ordinamento determinate disposizioni e principi comunitari, ma di elaborare un quadro giuridico nazionale sulla base dei principi della direttiva; non una direttiva di armonizzazione, quindi, ma una direttiva che punta all'armonizzazione progressiva sulla base di un complesso ragionato di strumenti che dovrebbero rendere il sistema dei servizi meno frammentato e più competitivo.”⁵ Ecco, perché, quindi, l'eventuale intervento legislativo già disposto da alcune regioni, in attuazione della direttiva Servizi, integra, ma non esclude, l'intervento del legislatore statale; con la conseguenza che la normativa statale rimane in vigore fino all'emanazione della disciplina da parte delle regioni.

La nuova disciplina per l'attività di somministrazione.

Entrando, specificatamente, nel dettaglio e nel merito delle disposizioni contenute nel decreto legislativo attuativo della direttiva Servizi, che con l'articolo 64 ha novellato la disciplina per l'esercizio dell'attività di somministrazione va, prima di tutto, sgombrato il campo dall'idea che le novità introdotte nell'ordinamento possano essere ritenute disposizioni che agevolano l'accesso al mercato rispetto alla normativa previgente, tutt'altro. Le modalità per la programmazione delle nuove aperture, peraltro già previste dal d.l. 223/2006 (conv. L. 248/2006) così come interpretato

⁴ A sua volta, il comma 3 dell'articolo 10 della legge 11/2005, dispone che: “Nei casi di cui al comma 1, qualora gli obblighi di adeguamento ai vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario riguardino materie di competenza legislativa o amministrativa delle regioni e delle province autonome, il Presidente del Consiglio dei Ministri o il Ministro per le politiche comunitarie informa gli enti interessati assegnando un termine per provvedere e, ove necessario, chiede che la questione venga sottoposta all'esame della Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le regioni e le province autonome di Trento e di Bolzano per concordare le iniziative da assumere. In caso di mancato tempestivo adeguamento da parte dei suddetti enti, il Presidente del Consiglio dei Ministri o il Ministro per le politiche comunitarie propone al Consiglio dei Ministri le opportune iniziative ai fini dell'esercizio dei poteri sostitutivi di cui agli articoli 117, quinto comma, e 120, secondo comma, della Costituzione, secondo quanto previsto dagli articoli 11, comma 8, 13, comma 2, e 16, comma 3, della presente legge e dalle altre disposizioni legislative in materia.

⁵ In tal senso è la relazione del Governo di accompagnamento dello schema di decreto legislativo approvato, quindi, dal Governo in via definitiva nella seduta del 19 marzo 2010.

dalla giurisprudenza⁶ e dell'Autorità antitrust⁷, non bastano a compensare, da un lato, il maggior rigore nella determinazione dei requisiti morali richiesti, dall'altro l'assoggettabilità ai medesimi requisiti che oggi comprendono anche le fattispecie previste nell'art. 92 del tulp, non soltanto agli esercizi aperti al pubblico, ma anche alle attività di somministrazione che, precedentemente, vi erano esclusi in quanto l'art. 92 del tulp è disposizione che fa specifico riferimento agli esercizi pubblici di cui all'art. 86 del Tulp categoria alla quale, palesemente, le attività di somministrazione non aperte al pubblico, non appartengono.

Nulla da dire, invece, riguardo la scelta del legislatore di attuare la direttiva mediante la modifica della legge 287/1991, in relazione al fatto che sono ancora molte le regioni che non si dotano di una propria specifica normativa rispetto a quelle che, invece, dopo la novella dell'art. 117 Cost. hanno disciplinato autonomamente il settore. Insomma, lo Stato modifica la "sua" legge e starà, quindi, alle regioni, per il principio di cedevolezza, previsto dall'articolo 84 del d.lgs 59/2010, adeguare la propria disciplina mediante l'introduzione nel proprio ordinamento delle singole disposizioni contenute oggi nel d.lgs 59/2010. Anche se, a dire il vero, un legislatore accorto avrebbe utilizzato il sistema della modifica testuale della legge anziché quella non testuale. In altre parole, il Governo nella stesura del testo normativo avrebbe dovuto rispettare le regole, ormai consolidate per la redazione degli atti normativi, ovvero avrebbe dovuto sostituire con un nuovo testo la disposizione da abrogare mantenendola, comunque, nel *corpus* normativo della legge di settore e in questo caso la legge 287/1991. E' successo, invece, che l'articolo 64, commi da 1 a 6, provvede a disciplinare la materia non all'interno della legge di settore bensì all'interno del decreto legislativo-contenitore generale.⁸

Il titolo autorizzatorio. (Art. 64, comma 1)⁹

L'intento del legislatore, con il primo comma dell'art. 64, è stato quello di distinguere i due distinti procedimenti: quello per la nuova apertura e quello che, invece, riguarda la vita dell'esercizio già attivato. Lo sforzo, a prima vista, potrebbe sembrare ottimale, perché assoggetta ad autorizzazione la nuova apertura che è condizionata dalla verifica del rispetto di tutte le condizioni previste nella programmazione comunale, mentre la successiva vita dell'esercizio (e della relativa autorizzazione) non avrebbe ragione di essere assoggettata alla medesima procedura in quanto i presupposti oggettivi sono già stati verificati.

⁶ In tal senso, fondamentale, è stata la sentenza del Consiglio di Stato 5 maggio 2009 n. 2808, la quale ha affermato che in attuazione del principio di libera concorrenza, è impedito alle Amministrazioni di adottare misure regolatorie che incidano, direttamente o indirettamente, sull'equilibrio fra domanda e offerta, che deve invece determinarsi in base alle sole regole del mercato.

⁷ Il riferimento è al parere n. AS399 del 14 giugno 2007, con il quale, tra l'altro, l'Autorità affermava che: "L'Autorità osserva come, sotto un profilo concorrenziale, l'esclusione delle attività di somministrazione di alimenti e bevande dall'applicazione di quanto previsto dall'articolo 3, comma 1, lettera d) della legge n. 248/2006, non possa in alcun modo ritenersi giustificato da esigenze di interesse generale e costituisca un ostacolo normativo ad un corretto funzionamento del mercato in esame in contrasto con le disposizioni a tutela della concorrenza, di cui alla legge n. 287/90. Si ritiene, infatti, che il mantenimento di meccanismi di programmazione degli insediamenti commerciali di somministrazione di alimenti e bevande fondati sul rispetto di predeterminati limiti quantitativi favorisca la cristallizzazione degli assetti esistenti, arrestando in modo artificioso l'evoluzione dell'offerta in tale ambito di attività.

⁸ Per saperne di più in materia di legistica o di drafting come internazionalmente viene chiamata la tecnica di redazione degli atti normativi, si consiglia la lettura dei manuali messi a disposizione on-line dalle regioni Piemonte e Toscana. Il manuale della Regione Piemonte è disponibile all'indirizzo

http://www.consiglioregionale.piemonte.it/labgiuridico/dwd/manuale_oli_2008.pdf

⁹ La citata norma prevede che. "L'apertura degli esercizi di somministrazione di alimenti e bevande al pubblico, comprese quelle alcoliche di qualsiasi gradazione, di cui alla legge 25 agosto 1991, n. 287, è soggetta ad autorizzazione rilasciata dal comune competente per territorio. Il trasferimento di sede e il trasferimento della gestione o della titolarità degli esercizi di cui al presente comma sono soggetti a dichiarazione di inizio di attività da presentare allo sportello unico per le attività produttive del comune competente per territorio, ai sensi dell'articolo 19, comma 2, rispettivamente primo e secondo periodo, della legge 7 agosto 1990, n. 241."

Questa distinzione procedurale che, come si dirà di seguito presenta notevoli problematiche, potrebbe tuttavia essere anche letta in senso innovativo, come altre disposizioni contenute nel d.lgs 59/2010 di cui dopo si dirà.

La disposizione, infatti, che assoggetta il subingresso a “Dichiarazione di inizio attività”, immediatamente efficace e quindi senza la valenza di titolo autorizzatorio, così come indicato dall’art. 8, comma 1, lettera f), potrebbe rappresentare la svolta che da anni chi si occupa di questo settore, unanimemente attende, ovvero la sottrazione dell’attività di somministrazione dall’ambito del Tulp.

In sostanza, se ad una prima rapida lettura, l’aver previsto la Dia ad efficacia immediata potrebbe sembrare un ordinario intervento di semplificazione/liberalizzazione, questa disposizione potrebbe, tuttavia, avere anche un’altra profonda ed interessante chiave di lettura. In pratica, libera di svolgersi, l’iniziativa economica privata diviene, nel suo concreto esercizio, attività economica privata che non abbisogna più di alcuna autorizzazione e, quindi, di nessuna reintestazione, intestazione, re intestazione, intestazione e così avanti per sempre nel tempo fino alla fine della vita dell’esercizio, secondo quel sistema perverso così ben conosciuto dagli operatori del settore, pubblici e privati, in base alla prassi fatta propria nella maggior parte dei comuni.

La Costituzione e la libertà dell’iniziativa economica

Il terzo comma dell’articolo 41 della Costituzione è stato per lungo tempo considerato il frutto del compromesso tra le forze politiche che avevano partecipato alla Costituente. Eppure, questa connessione logico – giuridica tra iniziativa ed attività d’impresa, afferma qualcosa di più di quello che era stato considerato soltanto un *do ut des* di combinato disposto con il primo comma dell’articolo 41. Questa connessione logico – giuridica, infatti, è di fondamentale importanza nell’assetto sistematico dell’articolo 41. Se, infatti, l’iniziativa privata è libera, nel rispetto degli obblighi previsti per lo *start up* dell’impresa, il suo concreto esercizio, l’attività economica, non può più essere ostacolata o impedita, ma può essere soltanto indirizzata e coordinata tramite programmi e controlli sulla base della legge. In altri termini, indirizzo e coordinamento, in quanto logicamente successivi, non possono costituire un limite all’esercizio dell’iniziativa, rendendone più oneroso l’esercizio, una volta che il diritto sia stato esercitato nei limiti dell’articolo 41.2 Cost.¹⁰ Insomma l’assoggettamento del subingresso a Dia immediatamente efficace potrebbe rappresentare la scelta di tutelare l’attività regolarmente avviata, semplificandone la vita successiva, proprio in attuazione del principio costituzionale, previsto dal terzo comma dell’art. 41.

Non è un caso, quindi, ma è stata una scelta precisa del legislatore quella di prevedere, così come anche risulta dalle prime indicazioni fornite dal Mise¹¹, il mantenimento del provvedimento di autorizzazione nel caso di nuova apertura vista la necessità di garantire particolari tutele di sostenibilità ambientale e sociale, di viabilità ed ordine pubblico, nonché di tutela di zone di pregio storico ed artistico. In caso di trasferimento di sede e di titolarità e di gestione dell’attività (subingressi) è prevista, invece, la dichiarazione di inizio di attività rispettivamente ad efficacia differita a trenta giorni e immediata. La scelta consente, precisa ancora il Mise, di favorire l’iniziativa imprenditoriale nelle zone non vincolate alleggerendo la spinta alla localizzazione nelle zone centrali dei centri urbani ormai sature per le quali è, invece, prevista la possibilità di predeterminare una programmazione all’apertura.

La dichiarazione d’inizio attività per il subingresso.

¹⁰ In tal senso G. DI GASPARO Diritto dell’economia e dinamiche istituzionali CEDAM 2003 pag. 87

¹¹ A tale proposito si veda la scheda di sintesi redatta dal Ministero per lo sviluppo economico e disponibile on-line nel sito del Ministero dello sviluppo economico.

Il secondo periodo del comma 1 dell'art. 64 del d.lgs 59/2010 assoggetta il "trasferimento di gestione o della titolarità" degli esercizi alla presentazione di una "Dichiarazione di inizio attività" ad efficacia immediata e questo, come si è visto, sarebbe assolutamente coerente con il dettato dell'art. 41, comma terzo della Costituzione.

Sorgono, tuttavia, a questo proposito, alcune complesse problematiche che soltanto in parte possono essere risolte in via interpretativa.

Chi scrive, ha da sempre sostenuto l'impossibilità di assoggettare a dichiarazione di inizio attività i procedimenti per i quali l'ordinamento prevede l'esercizio della potestà discrezionale da parte della pubblica amministrazione; ciò in quanto il primo comma dell'art. 19 della legge 241/1990 espressamente esclude da tale ambito i procedimenti soggetti a discrezionalità. Più specificatamente, per le attività di somministrazione disciplinate dall'art. 86 Tulp, la discrezionalità è collegata alla verifica dei requisiti morali¹², alla sorvegliabilità¹³ e alla compatibilità con l'interesse pubblico. E' evidente che, nei sistemi previgenti riconducibili alla legge 524/1971 ed anche alla legge 287/1991, l'accertamento relativo alla compatibilità con l'interesse pubblico era soddisfatto dal rispetto delle disposizioni programmatiche il cui fine era proprio quello di predeterminare i parametri per assicurare la ponderazione dei cosiddetti interessi contrapposti. Tuttavia, la scelta disposta dal legislatore con il d.lgs 59/2010 è inequivocabile e, di conseguenza se ne prende atto non sottacendo quelle che sono le problematiche collegate a questa scelta.

L'art. 86 del Tulp

La questione più complessa, all'interno della innovata disciplina per l'esercizio dell'attività di somministrazione è collegata all'applicazione al settore della somministrazione al pubblico di

¹² Relativamente alla verifica dei requisiti morali, la discrezionalità non opera con esclusivo riferimento a quanto dispone l'art. 11 del Tulp il quale individua le ipotesi (condanne) che possono impedire il rilascio della licenza, ma anche con riferimento ai reati previsti nel medesimo articolo 11 oltrechè nell'art. 92 nell'ipotesi in cui il soggetto interessato ad ottenere l'autorizzazione abbia ottenuto la riabilitazione. Relativamente a quest'aspetto si citano i più recenti pronunciamenti, rispettivamente del Consiglio di Stato e Tar Campania:

La riabilitazione prevista dall'art. 179 c.p. non è causa di estinzione del reato che incide sul potere punitivo dello Stato, bensì, quale causa di estinzione della pena, opera sulla pena concretamente inflitta al condannato e mantiene ferma la rilevanza giuridica della sentenza di condanna; il suo ambito di operatività è circoscritto alle pene accessorie e agli altri effetti penali che conseguono di diritto e automaticamente ad una sentenza di condanna e non impedisce che l'Amministrazione eserciti le sue valutazioni discrezionali considerando negativamente i fatti accertati nella condanna riportata, quali sintomi di non affidamento all'uso corretto dell'arma. Pertanto, in presenza di tali presupposti legittimamente la p.a. nega il rilascio del porto d'armi. (Consiglio di Stato, Sez. IV, decisione 3 marzo 2010 n. 1245)

Le disposizioni di cui agli artt. 8 - 13, d.P.R. 18 giugno 1931 n. 773 configurano un sistema nell'ambito del quale si deve riconoscere all'autorità di P.A. una relativa discrezionalità in ordine al diniego o alla revoca delle licenze o autorizzazioni ivi contemplate, salva l'esigenza di una motivazione rigorosamente attendibile, tanto che si ritiene escluso che le licenze in parola possano essere negate o revocate solo quando ricorrano i presupposti nominativamente indicati, per ciascuna tipologia di licenza, dalla legge. In particolare, l'art. 11 - nel prevedere i casi in cui le autorizzazioni "devono" essere senz'altro negate - va interpretato nel senso che, per le ipotesi in cui sia ottenuta la riabilitazione, il diniego non è più doveroso ex lege, restano rimesso all'autorità amministrativa, caso per caso, il potere di valutare le singole fattispecie, cosicché il diniego o il rilascio della licenza in tali casi dipende da una valutazione sintetica - prognostica, tipicamente discrezionale, che tenga conto - avuto riguardo ad innumerevoli elementi, tra cui possono indicarsi: la condotta complessiva del soggetto, la gravità dei reati commessi, l'eventuale recidiva specifica, il rapporto tra la tipologia dei reati commessi e l'oggetto della licenza, il tempo trascorso dalla commissione degli stessi - dell'opportunità, per l'interesse di sicurezza pubblica, di inibire o meno l'attività oggetto di richiesta. L'intervenuta riabilitazione non estingue, infatti, gli effetti amministrativi della condanna penale e non impedisce che i fatti su cui essa si fonda possano essere valutati in sede amministrativa al fine di evitare potenziali rischi per la pubblica sicurezza, in un'ottica di prevenzione. (Tar Campania, Sez. III, sentenza 2 marzo 2010 n. 1247)

¹³ A dire il vero, con riferimento alle disposizioni in materia di sorvegliabilità, si potrebbe anche ritenere che stante l'individuazione di parametri tecnici prefissati, l'accertamento relativo alla sorvegliabilità potrebbe essere sostituito da una dichiarazione tecnica.

alimenti e bevande dell'articolo 86 del Tulp, il quale assoggetta a licenza del comune trattorie, osterie, caffè o altri esercizi in cui si vendono al minuto o si consumano vino, birra, liquori od altre bevande anche non alcoliche, né sale pubbliche per bigliardi o per altri giuochi leciti o stabilimenti di bagni. Com'è ormai noto agli operatori del settore, il Consiglio di Stato, a suo tempo, nell'esaminare lo schema di regolamento attuativo della legge 287/1991, (regolamento peraltro mai emanato in forza del nuovo riparto delle competenze in base al d.lgs 112/1998 e alla successiva costituzionalizzazione del riparto delle competenze stesse in base alla modifica del titolo V Cost.) affermò il permanere in capo all'attività di somministrazione al pubblico di alimenti e bevande, della disciplina contenuta nel testo unico di pubblica sicurezza, regio decreto 18 giugno 1931, n. 773. E non è stato un caso, quindi, bensì una precisa scelta coerente con il processo di semplificazione avviato dalla legge 59/1997 e tuttora in corso, se con il DPR 28 maggio 2001 n. 311¹⁴ è stato modificato l'art. 152 del regolamento Tulp nel senso che: *“Per le attività ricomprese fra quelle indicate dall'articolo 86 della legge o dall'articolo 158 del presente regolamento, disciplinate da altre disposizioni di legge statale o regionale, la licenza e ogni altro titolo autorizzatorio, comunque denominato, previsti da queste ultime disposizioni, svolge anche, previa verifica della sussistenza delle condizioni previste dalla legge, la funzione di autorizzazione ai fini del predetto articolo 86, con l'osservanza delle disposizioni del titolo I, capi III e IV, e degli articoli 100, 101, 108, terzo comma, 109 e 110 della legge, nonché di quelle del presente regolamento non incompatibili con altre disposizioni che disciplinano specificamente la materia”*.

Da licenza ad autorizzazione.

In sostanza, alla fin fine, per scelta o inconsapevolmente, si potrebbe anche affermare che il Governo ha finalmente sciolto il nodo gordiano relativo alla tipologia di atto che, allo stato attuale, regola l'esercizio dell'attività di somministrazione sottraendolo dall'ambito di applicazione del Tulp. Autorevole dottrina¹⁵ ha da tempo ormai individuato gli elementi distintivi delle due tipologie di atti abilitativi: autorizzazioni e licenze, facendo rientrare le autorizzazioni nella sfera d'azione istituzionalmente libera e, quindi, una posizione di preesistente diritto soggettivo; mentre la licenza consente l'attività sulla base di una valutazione discrezionale circa la rispondenza all'interesse pubblico che, nelle condizioni ambientali esistenti, una nuova attività di quel genere venga svolta o meno. Nelle licenze, quindi, la discrezionalità non investe la valutazione dei requisiti, come avviene nelle autorizzazioni, ma addirittura l'opportunità dell'esercizio dell'attività.

Questa distinzione dovrebbe motivare, oggi più che mai, dopo la novella dell'articolo 19 della legge 241 del 1990 ad opera del d.l. 35 del 2005, l'esclusione del procedimento semplificato della dichiarazione di inizio attività per i provvedimenti rientranti nell'ambito del Tulp rimasti di competenza dell'autorità di pubblica sicurezza. Sul fronte opposto, si potrebbe ritenere che i procedimenti pur disciplinati dal Tulp ma trasferiti alla competenza dei comuni, con i decreti legislativi rispettivamente 616 del 1977 e 112 del 1998 sono oggi assoggettati ad autorizzazione e non a licenza e, in alcuni casi, anche a dichiarazione di inizio attività. Infatti, la discrezionalità in capo al Comune competente non può rilevare ai fini di pubblica sicurezza ma soltanto con riferimento alla ponderazione degli eventuali interessi contrapposti, alla luce del conclamato articolo 41 Cost. Dottrina più recente¹⁶ afferma, invece, che la sostanza tra autorizzazione e licenze non cambia perché ambedue fanno scattare interessi legittimi pretesivi; ma allora, ci si chiede, quale è l'attività che la PA deve porre in essere per soddisfare la pretesa? Qual è l'interesse pubblico che deve fungere da parametro? La questione in merito al rilascio della autorizzazione sarà affrontata

¹⁴ Si tratta del Regolamento per la semplificazione dei procedimenti relativi ad autorizzazioni per lo svolgimento di attività disciplinate dal testo unico delle leggi di pubblica sicurezza nonché al riconoscimento della qualifica di agente di pubblica sicurezza (numeri 77, 78 e 108, allegato 1 della L. n. 59/1997 e numeri 18, 19, 20 e 35, allegato 1 della L. n. 50/1999). Pubblicato nella Gazz. Uff. 2 agosto 2001, n. 178.

¹⁵ A. SANDULLI, Manuale di diritto amministrativo, tutte le edizioni.

¹⁶ In tal senso E.CASSETTA. Manuale di diritto amministrativo, Giuffrè editore 2007, pag. 322.

nel paragrafo successivo, ma ciò che è certo e chiaro fin d'ora è che il Governo con il decreto in esame ha escluso l'ambito di applicazione del Tulpas dall'attività di somministrazione di alimenti e bevande, perché ne rende impossibile l'applicazione avendo sottratto, introducendo la Dia ad efficacia immediata (che non è autorizzazione) per i subentri, qualsiasi potere discrezionale in capo al Comune. Ed in nessuna considerazione possono essere tenute, a tale proposito, le argomentazioni svolte dal Ministero dello sviluppo economico nella circolare del 6 maggio scorso che al punto 2.1. illustra uno scenario che il d.lgs 59/2010 ha completamente e assolutamente mutato.¹⁷

La programmazione: articolo 64, comma 3

Nelle zone da sottoporre a tutela i Comuni possono adottare provvedimenti di programmazione delle aperture. Tale programmazione può prevedere divieti o limitazioni all'apertura di nuovi esercizi; deve limitarsi, però, ai casi in cui ragioni non altrimenti risolvibili di sostenibilità ambientale, sociale e di viabilità rendano impossibile consentire ulteriori flussi di pubblico. In ogni caso, resta ferma la finalità di tutela e salvaguardia delle zone di pregio artistico, storico, architettonico e ambientale peraltro espressamente prevista dall'art. 52 del codice Urbani e sono vietati criteri legati alla verifica di natura economica o fondati sulla prova dell'esistenza di un bisogno economico o sulla prova di una domanda di mercato, quali entità delle vendite di alimenti e bevande e presenza di altri esercizi di somministrazione.

Il sopraindicato paragrafo è estratto dalla scheda di sintesi redatta dal Ministero dello sviluppo economico disponibile on-line nella sezione dedicata all'attuazione della direttiva Servizi. L'estratto che, tuttavia, il Mise fa della disposizione in questione, è riduttivo della rivoluzionaria portata di quanto dispone il terzo comma dell'art. 64 che, di conseguenza, si ritiene utile riprodurre integralmente.

Il comma 3 dell'art. 64 del d.lgs 59/2010 dispone che: “Al fine di assicurare un corretto sviluppo del settore, i comuni, limitatamente alle zone del territorio da sottoporre a tutela, adottano provvedimenti di programmazione delle aperture degli esercizi di somministrazione di alimenti e bevande al pubblico di cui al comma 1, ferma restando l'esigenza di garantire sia l'interesse della collettività inteso come fruizione di un servizio adeguato sia quello dell'imprenditore al libero esercizio dell'attività. Tale programmazione può prevedere, sulla base di parametri oggettivi e indici di qualità del servizio, divieti o limitazioni all'apertura di nuove strutture limitatamente ai casi in cui ragioni non altrimenti risolvibili di sostenibilità ambientale, sociale e di viabilità rendano impossibile consentire ulteriori flussi di pubblico nella zona senza incidere in modo gravemente negativo sui meccanismi di controllo in particolare per il consumo di alcolici, e senza ledere il diritto dei residenti alla vivibilità del territorio e alla normale mobilità. In ogni caso, resta ferma la finalità di tutela e salvaguardia delle zone di pregio artistico, storico, architettonico e ambientale e sono vietati criteri legati alla verifica di natura economica o fondati sulla prova dell'esistenza di un bisogno economico o sulla prova di una domanda di mercato, quali entità delle vendite di alimenti e bevande e presenza di altri esercizi di somministrazione.”

¹⁷ Il Mise nella citata circolare del 6 maggio 2010 afferma, al punto 2.1 che “In materia di attività di somministrazione di alimenti e bevande si richiama il parere 23 maggio 2007, n. 557/PAS.1251.12001(1), nel quale il Ministero dell'interno ha ribadito che l'autorizzazione per l'attività in discorso mantiene la “natura di licenza di polizia ai fini dell'art. 86 del t.u.l.p.s. come disposto dall'art. 152 del reg. al t.u.l.p.s., modificato dal D.P.R. n. 311/2001”. Ad avviso del Ministero dell'interno, infatti, tale particolare natura di “autorizzazione di polizia, che continua a caratterizzare la somministrazione di alimenti e bevande, comporta la soggezione dell'attività stessa alle disposizioni delle leggi di pubblica sicurezza per i profili attinenti la tutela dell'ordine e sicurezza pubblica e dell'incolumità delle persone. Da ciò discende che l'autorità competente al rilascio è tenuta a svolgere l'attività di verifica dei necessari requisiti soggettivi di cui alle norme di pubblica sicurezza oltre a quelli oggettivi con riferimento ai criteri di sorvegliabilità del locale (...)”. I requisiti soggettivi ai quali fa riferimento il parere ministeriale sono quelli di cui agli artt. 11 e 92 del R.D. 18 giugno 1931, n. 773.

La sopraindicata disposizione, seppur chiara nei suoi contenuti, presuppone la necessità di svolgere alcune considerazioni, collegate sia agli obblighi connessi alla programmazione, sia ai parametri oggettivi che l'ente locale può utilizzare per perseguire il corretto sviluppo del comparto.

Innanzitutto va chiarito che (contrariamente da quanto si potrebbe dedurre dalla scheda di sintesi del Mise che lascerebbe presumere una facoltà anziché un obbligo in capo al Comune di redigere lo strumento programmatico) il rilascio della autorizzazione, espressamente previsto per le nuove aperture, non può prescindere dalla redazione di uno strumento di programmazione, per un motivo non di forma ma di sostanza. Qualora il Comune, infatti, non si fosse dotato di uno strumento di programmazione, il quale potrebbe anche prevedere una tutela delle zone svantaggiate, ovvero prive di esercizi di somministrazione, dovrebbe - di volta in volta - motivare il rilascio della autorizzazione, dando atto della ponderazione degli interessi contrapposti pubblici e privati, ovvero dando atto in che modo ha esercitato la propria obbligatoria discrezionalità.

La seconda questione riguarda invece la lotta all'alcolismo, la tutela della salute della cittadinanza conseguente al disturbo della quiete connessa alla concentrazione di un numero eccessivo di esercizi e così via. In questi ultimi recentissimi anni si è avuto modo di assistere ad un proliferare di ordinanze emanate dai sindaci investiti del potere di emettere ordinanze in materia di sicurezza urbana. E' evidente, a tale proposito, che eventuali ordinanze limitative dell'esercizio dell'attività di somministrazione sono incompatibili con la liberalizzazione disposta da alcuni comuni ed anche da alcune regioni, in forza del fatto che il comma 3 dell'art. 64 fa espresso riferimento alla necessità di esercitare un potere di controllo, in particolare con riferimento al consumo degli alcolici, da parte delle forze di polizia. Controllo che, evidentemente, - secondo la legge - diventa difficile a fronte di una eccessiva concentrazione di esercizi pubblici di somministrazione.

I requisiti oggettivi: articolo 64 comma 6¹⁸

La disposizione che, nella sostanza, va ad innovare quanto prevedeva il comma 7 dell'art. 3 della legge 287/1991, impone la necessità di alcune considerazioni in relazione alle disposizioni che soprintendono l'esercizio dell'attività di somministrazione e che hanno giustificato la scelta del legislatore di semplificare la disposizione in questione. Va innanzitutto evidenziato che la norma abrogata era inserita all'interno di un articolo la cui rubrica recitava: "Rilascio dell'autorizzazione" e ciò aveva comportato problemi di interpretazione circa il momento della verifica del rispetto delle prescrizioni, ovvero se la verifica di rispetto delle disposizioni in materia edilizia, urbanistica ed igienico sanitaria poteva/doveva essere effettuata soltanto in sede di rilascio del provvedimento autorizzatorio o anche in seguito, in occasione - ad esempio - di una procedura di subentro. Oggi la disposizione è di una semplicità estrema, tale da poter, forse, indurre in errore sulla sua esatta portata che, invece, è di carattere generale. Infatti, imporre il rispetto delle norme urbanistiche, edilizie, igienico sanitarie e di sicurezza nei luoghi di lavoro, copre tutte le diverse discipline che devono essere rispettate, in relazione all'onnicomprendività dell'articolo 24 del dpr 380/2001¹⁹ il cui comma 1, prevede che: "Il certificato di agibilità attesta la sussistenza delle condizioni di sicurezza, igiene, salubrità, risparmio energetico degli edifici e degli impianti negli stessi installati, valutate secondo quanto dispone la normativa vigente". Il rispetto delle norme edilizie, quindi, comprova che sono state rispettate anche tutte le disposizioni in materia tecnica comprese, quindi, quelle relative alla prevenzione incendi, all'acustica ecc.

¹⁸ La citata disposizione prevede che: "L'avvio e l'esercizio dell'attività di somministrazione di alimenti e bevande è soggetto al rispetto delle norme urbanistiche, edilizie, igienico-sanitarie e di sicurezza nei luoghi di lavoro".

¹⁹ Il decreto del Presidente della Repubblica 6 giugno 2001, n. 380 approva il "Testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia edilizia" ed è stato pubblicato nella Gazzetta Ufficiale n. 245 del 20 ottobre 2001, Supplemento Ordinario n. 239.

Con riferimento al settore in trattazione non è superfluo ricordare, tenuto conto che molte regioni hanno unificato le tipologie, quanto dispone la regola tecnica dm 19 agosto 1996, al titolo XI che riguarda, appunto, gli esercizi pubblici in cui si svolgono, occasionalmente, spettacoli e intrattenimenti.²⁰

La decadenza del titolo abilitativo: articolo 64, comma 8

Il decreto legislativo 59/2010 pone, finalmente, conclusione alla questione connessa all'utilizzo improprio del termine "revoca" contenuto nella disciplina previgente, laddove, invece, si individuavano le ipotesi della decadenza del titolo autorizzatorio. I due termini "revoca" e "decadenza" oggetto, nel tempo, di approfondite disquisizioni dottrinali e giurisprudenziali e molto spesso utilizzate dal legislatore non accorto in termini alternativi, non avevano motivo di continuare a sussistere dopo che la legge 241/1990, con le modifiche relative alla patologia dell'atto introdotte dalla legge 15/2005, ha disciplinato espressamente l'istituto della revoca. La questione non è formale ma sostanziale, in quanto, contrariamente alla "revoca", la "decadenza" non è atto discrezionale per la PA bensì atto vincolato e, in quanto tale, opera al momento del maturarsi delle condizioni e non, come nella revoca, al momento dell'adozione dell'atto.

Il comma 8 individua quattro ipotesi di decadenza del titolo abilitativo che necessitano di specifiche considerazioni.

Con riferimento alla lettera a), laddove si fa richiamo ai requisiti di onorabilità, è bene precisare che tali requisiti devono essere posseduti non soltanto in sede di rilascio del titolo autorizzatorio ma anche durante l'esercizio dell'attività. La conseguenza di tale disposizione comporta – nell'immediato – la necessità, o meglio ancora l'obbligo, di una revisione complessiva dei requisiti degli operatori in esercizio; ciò in forza del fatto che detti requisiti sono mutati rispetto alla disciplina precedentemente in vigore e di conseguenza va accertato che i titolari degli esercizi pubblici che operano nel territorio di competenza di ciascun comune li possiedono.

Con riferimento, invece, alla lettera c) potrebbe essere difficile comprendere il motivo per il quale il legislatore ha previsto la decadenza del titolo autorizzatorio nella sola ipotesi della perdita dei requisiti di sorvegliabilità e non anche nelle altre ipotesi previste dal comma 6 dell'articolo 64, ovvero nell'ipotesi del venir meno delle disposizioni in materia urbanistica, edilizia, igienico sanitaria e di sicurezza. In sostanza, non è facile comprendere che cosa distingue la sorvegliabilità, presupposto oggettivo al pari degli altri la cui sussistenza deve essere assicurata nel corso di vita dell'esercizio. Ma a tale proposito esiste una chiave di lettura riconducibile alla competenza in relazione alle diverse fattispecie. Infatti, la perdita dei requisiti in materia edilizia fa venir meno l'agibilità prevista dall'art. 24 del dPR 380/2001 con il necessario intervento del soggetto preposto al rilascio dell'autorizzazione stessa.²¹ Nello stesso tempo, il venir meno dei requisiti igienico sanitari comporta, dopo la modifica al sistema autorizzatorio introdotto dai regolamenti comunitari costituenti il cosiddetto "pacchetto igiene"²² l'applicabilità dell'art. 6, comma 7²³ del decreto

²⁰ Il titolo XI "locali di trattenimento con capienza non superiore a 100 persone" della regola tecnica di prevenzione incendi prevede che: " Per i locali, di cui all'art. 1, comma 1, lettera e), con capienza non superiore a 100 persone, utilizzati anche occasionalmente per spettacoli, trattenimenti e riunioni, devono comunque essere rispettate le disposizioni del presente allegato relative all'esodo del pubblico, alla statica delle strutture e all'esecuzione a regola d'arte degli impianti installati, la cui idoneità, da esibire ad ogni controllo, dovrà essere accertata e dichiarata da tecnici abilitati."

²¹ Che di autorizzazione e quindi di atto connotato da discrezionalità e non di mera certificazione si tratti è ampiamente dimostrato in M.BOMBI, La sicurezza nei locali pubblici, EDK editore, luglio 2009,

²² Si tratta dei regolamenti (CE) 852, 853, 854, 882/2004, e Direttiva 2002/99.

²³ Il comma 7 dell'art.6 del d.lgs 197/2007, dispone che: "Nel caso in cui l'autorità competente riscontri inadeguatezze nei requisiti o nelle procedure di cui ai commi 4, 5 e 6 fissa un congruo termine di tempo entro il quale tali inadeguatezze devono essere eliminate. Il mancato adempimento entro i termini stabiliti e' punito con la sanzione amministrativa pecuniaria da euro 1.000 a euro 6.000"; le autorità competenti, così come dispone l'articolo 2 del

legislativo 6 novembre 2007, n. 193, "Attuazione della direttiva 2004/41/CE relativa ai controlli in materia di sicurezza alimentare e applicazione dei regolamenti comunitari nel medesimo settore", che non attribuisce ai comuni alcuna competenza. Non solo, ma va anche tenuto conto di quanto dispone il Decreto legislativo 30 dicembre 1999, n. 507 all'articolo 8: (Chiusura dello stabilimento o dell'esercizio per mancanza dei requisiti igienico-sanitari).

Gli organi della pubblica amministrazione incaricati della vigilanza sull'osservanza delle disposizioni in materia di produzione, commercio ed igiene degli alimenti e delle bevande dispongono la chiusura dello stabilimento o dell'esercizio nei casi di insussistenza dei requisiti igienico-sanitari necessari ai fini del rilascio dell'autorizzazione sanitaria.

Il provvedimento è immediatamente revocato se la situazione viene regolarizzata.

Anche con riferimento all'ultima prescrizione da osservare, ovvero quella relativa alla sicurezza nei luoghi di lavoro, non è il Comune il soggetto competente ad intervenire nell'ipotesi del venir meno dei presupposti oggettivi relativi a tale tutela, bensì gli organi di vigilanza del Ministero del lavoro, della salute e delle politiche sociali in base a quanto dispone l'articolo 14 del decreto legislativo 9 aprile 2008, n. 8.

Alla lettera b) e alla lettera d) del comma 8, articolo 64, è stato previsto, quale termine decadenziale, il mancato rispetto dei termini di sospensione e di mancata attivazione. In quest'ultimo caso, tuttavia, è prevista una proroga, in caso di comprovata necessità.

La disciplina non è innovativa rispetto la previgente legge 287/1991, tuttavia risulta opportuno sviluppare alcune considerazioni in merito alla "comprovata necessità" al quale fa riferimento il legislatore; ciò in conseguenza del fatto che si tratta di un termine ampio, giuridicamente vago, e lascia quindi alla discrezionalità dell'ente la determinazione sull'accettazione, o meno, delle motivazioni esposte per ottenere la proroga all'apertura del nuovo esercizio di vendita e non anche alla sospensione. Termine che, quindi, va riempito di contenuti in via esemplificativa come, ad esempio, ha fatto la Regione Lombardia,²⁴ con la D.G.R. Regione Lombardia 17 maggio 2004 n. 7/17516 comma 5, Allegato A.

Diversa è, invece, la questione connessa alla sospensione dell'attività, in quanto come si è già affermato, il termine di un anno non è soggetto a proroga per comprovata necessità. Non si può, tuttavia, non evidenziare che riguardo la sospensione ultrannuale, la stessa non potrà dar luogo al pronunciamento della decadenza nell'ipotesi in cui ci si trovi in presenza di una di quelle circostanze che nel diritto civile vengono definite "cause di giustificazione".

Il codice civile prevede espressamente talune cause di esclusione della responsabilità in presenza delle quali all'autore del fatto dannoso non si applicano le sanzioni tipiche della responsabilità civile. Ed è evidente che, in via analogica, tali fattispecie devono essere rilevate dal responsabile del procedimento e sottoposte all'attenzione del dirigente responsabile per le relative determinazioni.

Le cosiddette esimenti che rilevano nel caso in esame sono quelle soggettive che giustificano il compimento del fatto, in questo caso la sospensione. Si tratta delle esimenti del caso fortuito e della forza maggiore, dello stato di necessità (art. 2045 c.c.) e dell'incapacità (art. 2046 c.c.).

Per quanto riguarda le possibili ipotesi, si evidenzia che "il caso fortuito" indica quei fattori causali che si presentano come improbabili secondo la miglior scienza ed esperienza, mentre "la forza

medesimo d.lgs 197/2007, sono: il Ministero della salute, le regioni, le province autonome di Trento e di Bolzano e le Aziende unità sanitarie locali, nell'ambito delle rispettive competenze.

²⁴ La Regione Lombardia con il citato atto, ha previsto quali casi di comprovata necessità: in caso di fallimento e/o amministrazione controllata della ditta esecutrice dei lavori; Inagibilità dei locali a seguito di eventi esterni o calamità naturali; Inagibilità dei locali ai fini igienico sanitari per eventi non riconducibili alla volontà o alla colpa del titolare esercente; Ritardo nel rilascio delle autorizzazioni igienico-sanitarie da parte della competente Azienda Sanitaria Locale; Incolpevole ritardo, adeguatamente dimostrato, nella fornitura del materiale, anche edilizio, necessario alla realizzazione e conclusione del locale.

maggior" indica le forze esterne che determinano inevitabilmente il soggetto ad un atto o ad una condotta. In sostanza, non si deve trattare di una scelta autonoma bensì di una scelta imposta dagli eventi, come ad esempio un terremoto.

Le sanzioni: articolo 64, comma 9

Il decreto legislativo ridetermina l'ammontare della sanzione amministrativa prevista per l'esercizio dell'attività in carenza di provvedimento autorizzatorio, sia esso l'autorizzazione rilasciata a seguito di nuova apertura, sia nel caso della dichiarazione di inizio attività. L'ammontare della sanzione è stata determinata tra euro 2.500 e 15.000. Detti importi sono decisamente superiori al milione previsto dall'art. 10 della legge 287/1991 ed ai 516,00 e 3098,00 euro previsti dall'art. 17 bis del testo unico di pubblica sicurezza. La rideterminazione dell'ammontare delle sanzioni per le violazioni in materia di somministrazione doveva certamente essere effettuata, tenuto conto che sono trascorsi ormai vent'anni dalla fissazione dei vecchi limiti e, quindi, non più evidentemente attuali. Tuttavia, è necessario interrogarsi sulla legittimità di tale disposizione introdotta con il d.lgs 59/2010, sia in relazione alla delega del Parlamento, sia in relazione ai contenuti della direttiva servizi alla quale con il d.lgs 59/2010 lo Stato si è adeguato. Insomma, sono diversi i motivi che inducono a ritenere l'inapplicabilità delle nuove sanzioni nei territori delle regioni che si sono dotate di una propria disciplina in materia di somministrazione, mentre le nuove sanzioni vanno applicate, in forza del principio di sussidiarietà verticale, ai sensi del primo comma dell'art. 118 Cost., dalle regioni in cui – ancora – si applica la legge 287/1991.

Il delegato ed il preposto institore

L'articolo 2 della legge 287/1991 che è stato abrogato dall'art. 71, comma 3, del d.lgs 59/2010, disponeva, al comma 1, che: *“L'esercizio delle attività [di somministrazione] è subordinato alla iscrizione del titolare dell'impresa individuale o del legale rappresentante della società, ovvero di un suo delegato, nel registro degli esercenti il commercio di cui all'articolo 1 della legge 11 giugno 1971, n. 426, e successive modificazioni e integrazioni, e al rilascio dell'autorizzazione di cui all'articolo 3, comma 1, della presente legge.”*

Questa disposizione è stata rimossa dall'ordinamento, ed oggi nessuna norma contenuta nel d.lgs. 59/2010 fa più cenno alla figura che, nella normativa previgente, consentiva l'esercizio dell'attività di somministrazione ai soggetti giuridici sprovvisti dei requisiti professionali per l'esercizio dell'attività. Oggi, l'unica disposizione che, in qualche modo, può essere considerata sostitutiva del suddetto articolo 2 è il comma 6 dell'articolo 71 del d.lgs. 59/2010, il quale dispone che:

L'esercizio, in qualsiasi forma, di un'attività di commercio relativa al settore merceologico alimentare e di un'attività di somministrazione di alimenti e bevande, anche se effettuate nei confronti di una cerchia determinata di persone, è consentito a chi è in possesso di uno dei seguenti requisiti professionali:

- omissis -

Il significato di questa omissione può avere molteplici significati, come può dimostrare anche l'inconsapevolezza delle conseguenze che l'abrogazione dell'articolo 2 della legge 287/1991 avrebbe comportato. Sta di fatto che oggi è questa la norma da applicare e, quindi, è necessario dare un senso logico all'intervento legislativo come doverosamente deve fare l'interprete. Allora, se il comma 6 dell'art. 71 va letto nel senso che per l'esercizio dell'attività è necessario disporre dei requisiti prescritti, senza alcun riferimento al soggetto titolare dell'attività stessa, la disposizione può essere interpretata nel senso che può essere titolare di un esercizio anche un'impresa individuale priva dei requisiti prescritti, a condizione che dell'esercizio se ne occupi un terzo in possesso dei requisiti stessi, ovvero il preposto institore di cui all'art. 2203 del codice civile il quale

afferma che: *“E’ institore colui che è preposto dal titolare all’esercizio di un’impresa commerciale. L’institore non è sottoposto a superiori gerarchie nell’ambito della struttura cui è preposto.”*

L’applicazione del secondo comma dell’art. 2203 alla disciplina relativa all’attività di somministrazione nell’ipotesi in cui il soggetto titolare dell’esercizio sia sprovvisto dei requisiti necessari alla conduzione dell’esercizio, decreta la fine di un’ambiguità che i comuni avevano troppo spesso dovuto tollerare, a causa dell’utilizzo di un termine, quale quello del delegato previsto dalla legge 287/1991, ma inesistente nell’ordinamento civilistico.

28 maggio 2010