

Consiglio di Stato - Sezione quinta - decisione 20 gennaio-28 giugno 2006, n. 4206

*Presidente Elefante - Estensore Fera
Ricorrente Energy Sun Srl*

Fatto

Oggetto dell'appello proposto dalla Energy Sun Srl è la sentenza 14929/04, con la quale il TAR del Lazio, sezione seconda, ha accolto il ricorso proposto dalla sig.ra Marisa Di Pietro per l'annullamento della determinazione dirigenziale del V Municipio del Comune di Roma con la quale era stata rilasciata all'appellante l'autorizzazione per l'esercizio dell'attività estetica e solarium.

Il primo giudice motiva la propria decisione con la considerazione che «non essendo stato ancora emanato il Regolamento comunale previsto dalla legge statale 1/1990 e dalla legge regionale 33/2001 che deve contenere oltre la modalità di programmazione dello sviluppo delle attività di estetista anche le ulteriori indicazioni in ordine alla distribuzione degli esercizi, si rendeva in ogni caso necessaria la effettuazione di una apposita istruttoria che tenesse conto, tra l'altro, anche della esistenza di un esercizio congenere poco distante del nuovo autorizzato».

L'appellante contesta di motivazioni contenute nella sentenza, sostenendo: inammissibilità del ricorso introduttivo, per la mancata esplicita impugnazione della nota del dipartimento ottavo del Comune di Roma, con cui sono stati dettati i criteri interpretativi della riforma del settore introdotta dalla legge regionale 33/2001.

violazione della legge n. 1 del 1990 e della legge regionale del Lazio 33/2001. Sotto due profili. Il primo che la nuova disciplina ha abrogato esplicitamente la precedente legge regionale contenente il requisito della distanza minima e quindi il regolamento comunale che la prevede non è più applicabile per contrasto con la disciplina sopravvenuta. Il secondo che comunque l'autorizzazione era stata rilasciata sul presupposto del rispetto della distanza minima tra gli esercizi congeneri calcolata non in linea d'aria ma, ai sensi dell'articolo 5 del regolamento, secondo il percorso pedonale più breve.

Conclude quindi chiedendo l'annullamento della sentenza appellata e, per l'effetto, il rigetto del ricorso di primo grado.

È costituito in giudizio il Comune di Roma.

È costituita in giudizio anche la sig.ra Marisa Di Pietro, che controbatte le tesi avversarie, sostenendo in particolare che non vi sarebbe contraddizione tra la distanza minima e la nuova normativa regionale, e conclude per il rigetto dell'appello.

Diritto

Il ricorso proposto dalla Energy Sun Srl, per la riforma della sentenza specificata in epigrafe, è fondato.

Il Tar ha accolto il ricorso proposto dalla sig.ra Marisa Di Pietro per l'annullamento della determinazione dirigenziale del V Municipio del Comune di Roma con la quale era stata rilasciata all'appellante l'autorizzazione per

l'esercizio dell'attività di estetista e solarium, motivando la propria decisione con la considerazione che «non essendo stato ancora emanato il Regolamento comunale previsto dalla legge statale 1/1990 e dalla legge regionale 33/2001 che deve contenere oltre la modalità di programmazione dello sviluppo delle attività di estetista anche le ulteriori indicazioni in ordine alla distribuzione degli esercizi, si rendeva in ogni caso necessaria la effettuazione di una apposita istruttoria che tenesse conto, tra l'altro, anche della esistenza di un esercizio congenere poco distante del nuovo autorizzato».

La tesi non può essere condivisa.

Il contesto costituzionale in cui si colloca la disciplina in questione è, indubbiamente, quello regolato dall'articolo 41 della Costituzione, secondo il quale "l'iniziativa economica privata è libera", sia pure con la precisazione che questa «non può svolgersi in contrasto con l'utilità sociale o in modo da recare danno alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana» e che «la legge determina i programmi e i controlli opportuni perché l'attività economica pubblica e privata possa essere indirizzata e coordinata a fini sociali». A ciò va aggiunto il principio dalla "tutela della concorrenza", che, seppur originato dall'adesione dell'Italia all'Unione Europea che annovera tra i suoi fini costitutivi (articolo 3, comma uno lettera g, del trattato istitutivo) "un regime inteso a garantire che la concorrenza non sia falsata nel mercato interno", ha assunto valore giuridico autonomo nell'ordinamento nazionale fin dall'entrata in vigore della legge 287/90, che ha introdotto un sistema compiuto di norme sulla tutela della concorrenza e del mercato, richiamate tra l'altro anche dall'articolo 2 del D.Lgs 114/98, di riforma della disciplina relativa al settore del commercio.

Dall'insieme di detti principi si ricava come il potere regolamentare attribuito agli enti locali in materia di autorizzazione all'esercizio dell'attività di estetista, per un verso, non può essere svincolato dai puntuali parametri stabiliti dalla legge, cioè dell'unico strumento cui l'articolo 41 della Costituzione consente di limitare il diritto all'iniziativa economica privata, e, per altro verso, non può comunque un essere utilizzato per il perseguimento di finalità contrastanti con lo sviluppo della concorrenza fra produttori del servizio.

Ora, venendo alla fattispecie in esame, il ricorso di primo grado contesta la legittimità dell'autorizzazione per l'esercizio dell'attività di estetista e solarium, rilasciata dalla Energy Sun, sostenendo che il locale nel quale dovrebbe svolgersi l'attività è situato ad una distanza inferiore a 100 m da quello nel quale la ricorrente che esercita la stessa attività. Ciò sarebbe in contrasto con quanto disposto dall'articolo 5 del regolamento comunale, nel testo introdotto dalla deliberazione del consiglio comunale di Roma n. 757 del 1983.

Così non è, perché tale norma regolamentare, come è esattamente rilevato dal primo giudice, «non può più ritenersi applicabile in seguito della entrata in vigore della legge regionale 33/2001 che, in attuazione della legge statale 4/1/1990 n. 1 recante la "Disciplina dell'attività di estetista, ha ridisciplinato *ex novo* la materia degli esercizi commerciali aventi ad oggetto la attività di estetista». E infatti, la legge regionale in questione, che all'articolo 10 impone ai comuni di adeguare i propri regolamenti entro il termine di sei mesi, al successivo articolo 12 abroga esplicitamente la legge regionale 77/1989 che aveva legittimato i comuni a prevedere (articolo 4, comma 3 lettera d) «la distanza minima tra gli esercizi in rapporto alla densità di popolazione residente e fluttuante e al numero di addetti in esercizio nelle imprese». Di modo che, caduta la fonte legislativa legittimante è stata travolta anche la norma regolamentare attuativa.

Quello che non può condividersi, invece, sono le conseguenze che vengono desunte dall'abrogazione della norma in questione. Contrariamente a quanto ritenuto dal primo giudice secondo il quale si «rendeva in ogni caso necessaria

la effettuazione di una apposita istruttoria che tenesse conto, tra l'altro, anche della esistenza di un esercizio congenere poco distante del nuovo autorizzato» perchè il vecchio limite «in mancanza della nuova regolamentazione da parte del Comune, non poteva essere obliterato al punto da consentire la coesistenza di esercizi similari, vicini l'uno all'altro, senza alcuna regola», l'abrogazione dell'articolo 5 del regolamento comunale, di cui alla deliberazione n. 757 del 1983 non ha determinato alcun vuoto normativo. Ed infatti, sotto il profilo formale, il venir meno dell'efficacia della norma regolamentare che imponeva il rispetto di una distanza minima tra esercizi ha consentito l'espansione della libertà di iniziativa economica del privato, il cui diritto all'esercizio dell'attività non è più condizionato da tale limite. Sotto il profilo sostanziale, poi, non è affatto priva di significato la circostanza che la legge regionale 33/2001 non contempli più "la distanza minima tra gli esercizi" fra i possibili contenuti del regolamento comunale, perchè tale misura, in sé considerata, si tradurrebbe in una pratica limitativa della concorrenza finalizzata a difendere coloro che esercitano già l'attività dall'ingresso nel mercato di nuovi possibili concorrenti. Cioè perseguirebbe un fine opposto a quello tutelato dall'ordinamento costituzionale.

Pertanto, il TAR avrebbe dovuto respingere il ricorso proposto dalla sig.ra Marisa Di Pietro che si fondava unicamente sull'applicazione di una norma regolamentare abrogata.

Per questi motivi, l'appello va accolto.

Appare tuttavia equo compensare, fra le parti, le spese del giudizio.

PQM

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione quinta, accoglie l'appello e, per l'effetto, in riforma dell'appellata sentenza respinge il ricorso di primo grado

Compensa le spese del giudizio.

Ordina che la presente decisione sia eseguita dall'autorità amministrativa.