

Giurisprudenza: autorizzazione alla vendita di articoli funerari

a cura di Elisa Bertasi

Consiglio di Stato 7.10.1996 - Commercio e servizi - Libertà iniziativa economica - Condizioni - G1801 - COMMERCIO E SERVIZI - LIBERTÀ DELLA INIZIATIVA ECONOMICA - CONDIZIONI E LIMITI

COMMERCIO E SERVIZI - ARTICOLI FUNERARI - AUTORIZZAZIONE - MATERIA SOGGETTA A DISCIPLINA PARTICOLARE - ESCLUSIONE

Cons. di Stato, sez. V, dec. 7 ottobre 1996, n. 1191; Pres. f.f. Frascione, Est. Z J; Ric. XY (avv. Cugurra) c. Comune di Cortemaggiore ed altro (conferma TAR Emilia - Romagna - Parma - 11.05.1987, n. 181).

In materia di commercio vige il principio costituzionale in virtù del quale l'iniziativa economica è libera, purché non contrasti con l'utilità sociale e non rechi danno alla sicurezza, alla libertà alla dignità umana, restando riservata alla legge la determinazione dei programmi e dei controlli opportuni, perché l'attività economica pubblica e privata possa essere indirizzata e coordinata a fini sociali (art. 41 Cost.). Pertanto il diniego di autorizzazione deve trovare esplicita giustificazione in dimostrate ragioni dalle quali emerga che l'incremento della rete distributiva sarebbe di nocumento per i consumatori ⁽¹⁾; in mancanza, l'autorizzazione deve essere rilasciata ⁽²⁾.

Il settore degli articoli funerari, nonostante la sua particolarità non figura tra le esclusioni di cui all'art. 45 della legge n. 426/1971, né forma oggetto di una disciplina particolare per cui una pretesa differenziazione contrasta con il canone interpretativo che impone una applicazione uniforme e coerente dello stesso testo normativo ⁽³⁾.

FATTO

Il sig. X Y, titolare di una licenza di commercio per la vendita di articoli funerari in Cortemaggiore, impugnava davanti al TAR dell'Emilia-Romagna, Sezione di Parma, la licenza di commercio per gli stessi articoli rilasciata dal Sindaco di Cortemaggiore al sig. Z J data 28 luglio 1986.

A sostegno del ricorso veniva dedotto quanto segue:

1. Eccesso di potere per difetto di motivazione.

In considerazione della particolarità del commercio di articoli funerari, caratterizzato dalla anelasticità della domanda, l'Amministrazione era tenuta a ponderare l'interesse del richiedente la licenza con quello dei destinatari del servizio e a valutare i riflessi di una eccessiva concorrenza, fornendo un'adeguata motivazione dell'apprezzamento compiuto.

Tanto più che era stata richiamata l'attenzione dell'Amministrazione sul limitato numero di decessi all'anno (circa settanta) e sulla concorrenza esercitata da altre imprese con sede nei Comuni limitrofi.

2. Violazione dei principi generali e sviamento. In considerazione delle concrete circostanze dinanzi riferite, il sindaco ha fatto prevalere il fine, soltanto apparente, di eliminare un monopolio su quello di soddisfare l'interesse dei destinatari del servizio.

3. Eccesso di potere per illogicità manifesta e violazione dei principi generali in relazione alla esiguità dei decessi, riconosciuta dalla stessa amministrazione (motivo aggiunto).

Si costituiva il controinteressato sig. ZJ, il quale difendeva la legittimità dell'operato dell'Amministrazione e chiedeva il rigetto del ricorso.

Con sentenza 11 maggio 1987, n. 181, il TAR adito rigettava il ricorso ritenendo infondate le censure proposte. La sentenza è stata impugnata dal sig. XY che ha ribadito le censure formulate in primo grado, anche con riferimento a precedenti giurisprudenziali di questo Consiglio e dei TAR.

¹ Cfr. Cons. St., V, 8.02.94, n. 52

² Cfr. Cons. St., V, 20.06.94, n. 701

³ In senso contrario Cons. St., V, 20.12.93, n. 1331, secondo il quale nel settore degli articoli funerari il rilascio di nuove autorizzazioni sarebbe consentito soltanto nell'ipotesi in cui risultasse accertata l'insufficienza dei punti di vendita, tenuto conto della anelasticità della domanda e dei pregiudizievoli riflessi, data la peculiarità della materia, di una eccessiva concorrenza. (Omissis)

L'appellato sig. ZJ, costituitosi in giudizio, ha controdedotto, chiedendo il rigetto del ricorso. Alla pubblica udienza del 29 marzo 1996, il ricorso in appello veniva trattenuto per la decisione.

DIRITTO

L'appello è infondato.

Per una migliore puntualizzazione della questione giova ricordare che in materia di commercio vige il principio costituzionale in virtù del quale l'iniziativa economica è libera, purché non contrasti con l'utilità sociale e non rechi danno alla sicurezza, alla libertà alla dignità umana, restando riservata alla legge la determinazione dei programmi e dei controlli opportuni, perché l'attività economica pubblica e privata possa essere indirizzata e coordinata a fini sociali (art. 41 della Costituzione).

In coerenza con il precetto costituzionale, la legge 11 giugno 1971, n. 426 ha previsto che i comuni elaborino piani di adeguamento e di sviluppo della rete commerciale, con le modalità e nel rispetto dei criteri predeterminati dalla stessa legge (artt. 11 e segg.); ha, quindi, previsto che il rilascio di nuove autorizzazioni non può essere negato se non per contrasto con "le disposizioni del piano e della presente legge" (art. 24), e che, in assenza del piano, le autorizzazioni sono rilasciate nell'osservanza dei criteri stabiliti dalla stessa legge per la formazione del piano (art. 43).

Tale essendo il contesto normativo, costituisce l'indirizzo giurisprudenziale costante che l'attività commerciale può essere limitata soltanto per gravi motivi di interesse pubblico, da individuarsi, anzitutto, nelle esigenze degli utenti, che assumono, entro l'alveo segnato dal principio della libertà di commercio, un rilievo preminente, come emerge anche dal disposto dell'art. 11 della legge n. 426 del 1971, e, in secondo luogo, nell'equilibrio della rete distributiva.

In concreto ne consegue, come è stato ripetutamente precisato, che il diniego di autorizzazione deve trovare esplicita giustificazione in dimostrate ragioni dalle quali emerga che l'incremento della rete distributiva sarebbe di nocimento per i consumatori (da ultimo, Cons. Stato, Sez. V, 8 febbraio 1994, n. 52); in mancanza, l'autorizzazione deve essere rilasciata (da ultimo, Cons. Stato, Sez. V, 20 giugno 1994, n. 701).

La diversità dei presupposti si riflette sull'estensione dell'obbligo della motivazione, ben più penetrante nel caso di diniego, trattandosi oltretutto di incidere su un valore costituzionalmente protetto.

Si è, tuttavia, affermato un indirizzo giurisprudenziale, al quale si richiama l'appellante (da ultimo, Cons. Stato, Sez. V, 20 dicembre 1993, n. 1331), secondo il quale nel settore degli articoli funerari, il rilascio di nuove autorizzazioni sarebbe consentito soltanto nell'ipotesi in cui risultasse accertata l'insufficienza dei punti di vendita, ciò in considerazione della anelasticità della domanda e dei pregiudizievoli riflessi, data la peculiarità della materia, di una eccessiva concorrenza.

Il Collegio non condivide tale tesi, che introduce parametri più restrittivi rispetto a quelli validi per il rilascio delle altre autorizzazioni alla vendita. Anzitutto, va rilevato che la citata legge n. 426 del 1971, per la completezza e l'onnicomprendività della sua formulazione, ha valore di disciplina generale e, come, tale non lascia margini per ipotesi derogatorie, al di là di quelle espressamente previste dalla stessa legge (art. 45) o da normative particolari di settore.

Il settore degli articoli funerari, nonostante la sua particolarità non figura fra le esclusioni di cui al cit. art. 45 né forma oggetto di una disciplina particolare, onde la pretesa differenziazione contrasta, in primo luogo, con il canone interpretativo che impone una applicazione uniforme e coerente dello stesso testo normativo. Sotto il profilo sistematico è, poi, significativo che il legislatore ha prescritto la determinazione del "limite massimo in termini di superficie globale di vendita" esclusivamente per i beni di largo e generale consumo (art. 12, comma II, della legge n. 426/1971), così che l'adozione di criteri quantitativi restrittivi potrebbe essere, semmai, giustificata per tale settore, ma proprio la singolarità della norma esclude che analoghi criteri possano trovare applicazione in altri settori. Dal punto di vista logico, poi, va osservato, che il carattere rigido della domanda è soltanto relativo, giacché la vendita degli articoli funerari si collega oltre che ai decessi attuali anche alla commemorazione di persone defunte da tempo; va anche considerato che la concorrenza fra più esercizi di vendita può influire sul livello qualitativo dell'offerta e sulla determinazione dei prezzi, così realizzando quelle condizioni di vantaggio per la collettività che costituiscono il fine primario della disciplina sulla distribuzione commerciale in ogni sua espressione.

Senza considerare che la domanda di articoli funerari presenta, proprio per la sua particolare connotazione, profili di irrinunciabilità sicché gli effetti nocivi per la collettività possono più facilmente

prodursi in situazioni di mercato limitato, nel quale le imprese sono, comunque, libere di agire a loro discrezione sui prezzi, piuttosto che in presenza di una pluralità di punti di vendita.

Infine, all'osservazione che l'esercizio della concorrenza potrebbe assumere forme tali da recare offesa ai sentimenti dei familiari dei defunti, è agevole replicare che per sanzionare tali comportamenti l'ordinamento appresta altri strumenti che non la restrizione del numero delle autorizzazioni, quali gli interventi previsti per il caso di abuso dell'autorizzazione e, per gli illeciti più gravi, le misure repressive rientranti nella sfera di attribuzioni di altre autorità giurisdizionali. Per le ragioni esposte, il Collegio ritiene, discostandosi così dall'orientamento giurisprudenziale citato dall'appellante, che i presupposti e i requisiti formali cui riferire la legittimità dell'autorizzazione alla vendita di articoli funerari siano gli stessi vigenti per i provvedimenti autorizzativi concernenti gli altri settori, con la conseguenza che, contrariamente a quanto sostiene l'appellante, non è richiesta una diffusa esplicazione delle ragioni giustificative del rilascio.

Nella specie, l'autorizzazione è stata rilasciata in un Comune dove era aperto il solo punto di vendita di cui è titolare l'appellante: questa circostanza, puntualmente considerata dalla commissione per il commercio fisso, è di per sé pienamente sufficiente, per quanto osservato in precedenza, a legittimare il provvedimento. Cadono, pertanto, sia le censure intese a denunciare la carenza della motivazione sia quelle impropriamente rivolte a comprimere la soluzione del problema in una dimensione esclusivamente quantitativa (il rapporto fra i decessi e il numero delle autorizzazioni).

Per conseguenza l'appello va rigettato.

Le spese e gli onorari del grado di giudizio possono essere compensati. (Omissis)

COMMENTO ALLA SENTENZA DEL CONSIGLIO DI STATO - SEZ., 7.10.1996

Al centro della controversia qui esaminata, si pone il seguente interrogativo: per il rilascio di una autorizzazione alla vendita di articoli funerari è necessaria una motivazione esplicativa delle ragioni giustificative dell'atto?

Il ricorrente, rivolgendosi al TAR, chiedeva appunto una sanzione di illegittimità per un'autorizzazione alla vendita di detti articoli, rilasciata senza un'adeguata motivazione.

La denuncia di illegittimità poggiava su di una massima del Consiglio di Stato (Cons. St. V, 20 Dicembre 1993, n. 1331) che qui riportiamo:

"...in assenza del piano di sviluppo e di adeguamento della rete distributiva previsto dall'articolo 11 della legge 11 Giugno 1971 n. 426, l'autorizzazione commerciale per articoli funerari può essere rilasciata, previa accurata istruttoria in ordine alla funzionalità del servizio, all'equilibrio tra il numero degli esercizi similari e la capacità di assorbimento da parte della popolazione e con riguardo, soprattutto alla caratteristica notoriamente anelastica della domanda, e con congrua motivazione."

Va precisato che tale massima non era isolata, ma era conforme ad un vasto orientamento giurisprudenziale. Dunque il ricorrente sosteneva che l'Amministrazione era incorsa nel vizio di eccesso di potere per difetto di motivazione.

A giudizio del ricorrente infatti l'Amministrazione avrebbe dovuto dar prova, attraverso la motivazione, di aver valutato gli interessi in gioco e di aver quindi fatto prevalere l'interesse del richiedente la licenza soltanto perché coincidente con quello dei destinatari del servizio.

Il ricorrente denunciava poi uno sviamento di potere, vizio che consiste nella deviazione del potere discrezionale dal fine che la legge ha assegnato alla Amministrazione, e che si verifica sia quando l'Amministrazione si avvale del potere per perseguire un fine estraneo all'interesse pubblico, sia quando la medesima, nel perseguimento di un interesse pubblico si avvale di un potere diverso da quello che la legge per tale fine prevede. Il ricorrente individuava una fattispecie di sviamento di potere nel fatto che il Sindaco nel concedere l'autorizzazione, avesse a suo avviso fatto prevalere il fine di eliminare un monopolio, che solo apparentemente costituiva l'interesse pubblico prevalente. L'interesse pubblico reale consisteva invece nel salvaguardare i destinatari del servizio da una esasperata concorrenza in un settore per sua natura particolarmente delicato.

Infine il ricorrente censurava l'Amministrazione per un vizio di eccesso di potere per illogicità manifesta e violazione dei principi generali. Rilevava infatti, la presenza di un contrasto insanabile fra più parti dell'atto: da una parte l'Amministrazione ammetteva l'esiguità dei decessi, dall'altra non teneva conto del fatto che non vi fosse, appunto, la necessità di un nuovo punto di vendita di articoli funerari.

Il TAR rigettava il ricorso ritenendo infondate le censure proposte.

Il ricorrente, divenuto appellante, impugna allora la sentenza davanti al Consiglio di Stato, ribadendo le censure formulate in primo grado. Il Consiglio di Stato giudica, a sua volta, l'appello infondato per una serie di ragioni.

In primo luogo opera un richiamo alle fonti legislative esistenti in materia: da una parte l'articolo 41 della Costituzione, dall'altra la legge 11 Giugno 1971 n. 426.

L'articolo 41 della Costituzione dispone che: "L'iniziativa economica privata è libera. Non può svolgersi in contrasto con l'utilità sociale o in modo da recare danno alla sicurezza, alla libertà alla dignità umana. La legge determina i programmi e i controlli opportuni perché l'attività economica pubblica e privata possa essere indirizzata e coordinata a fini sociali".

Si noti che l'articolo 41 terzo comma impone una riserva di legge relativa: le limitazioni alla libertà dell'iniziativa economica privata richiedono il consenso dell'organo rappresentativo del popolo, cioè il Parlamento, anziché rimanere affidate alla discrezionalità dell'autorità amministrativa. Dunque solamente la legge può disporre limiti alla libertà dell'iniziativa economica privata.

Il Consiglio di Stato passa poi ad analizzare la legge n. 426 del 1971. Tale legge ha istituito i registri dei commercianti (affidati alle Camere di commercio) ed ha obbligato i comuni ad adottare dei piani commerciali, coordinati con gli strumenti urbanistici, allo scopo di determinare le località ove possono insediarsi gli esercizi di commercio e quelle ove invece non possono insediarsi.

La legge stabilisce anche le modalità ed i criteri a cui debbono attenersi i comuni quando elaborano i piani. In merito al rilascio di autorizzazioni alla vendita, la l. 426 /1971 dispone che tali licenze possano essere negate solo se contrastanti con "le disposizioni del piano della presente legge", in assenza del piano, le autorizzazioni sono rilasciate oppure negate, nell'osservanza dei criteri stabiliti dalla stessa legge per la formazione del piano. Il diniego di autorizzazione sarebbe quindi legittimo solamente in presenza di evidenti ragioni dalle quali emerga che l'incremento della rete distributiva sarebbe svantaggioso per i consumatori. Tali ragioni dovrebbero poi essere ampiamente esplicate nella motivazione, che in caso di diniego appare senza dubbio obbligatoria.

La L. 426 contiene delle ipotesi derogatorie della disciplina generale, sopra illustrata, ma il settore degli articoli funerari non vi rientra, né è stato fatto oggetto di una normativa ad hoc.

Pertanto non esiste alcun motivo per applicare una diversa disciplina, quale quella elencata dall'indirizzo giurisprudenziale citato in precedenza (Cons. St .V. 20.12.1993, n. 1331).

Il Consiglio di Stato adito non condivide tale orientamento che introduce parametri più restrittivi rispetto a quelli validi per il rilascio di altre autorizzazioni alla vendita.

Non appare, infatti, legittimo estendere in via analogica ipotesi derogatorie in toto oppure derogatorie in senso restrittivo della disciplina generale, in quanto si è in presenza di una materia coperta dalla riserva di legge (art. 41 terzo comma Cost.). Riserva che è posta in via di rafforzamento del principio di legalità dell'azione amministrativa, a salvaguardia del diritto di libertà dell'iniziativa economica privata. Non è dunque costituzionalmente legittimo introdurre limitazioni più incisive di quelle espressamente previste dalla legge. Laddove non esistano limiti sanciti dalle leggi, l'Amministrazione non può discrezionalmente introdurli oppure estenderli.

Al di là dei casi espressamente contemplati dalla norma, interviene il principio di libertà di iniziativa economica dell'individuo, con la conseguenza che il ricorso all'analogia non tanto può dirsi vietato quanto resta precluso in radice, per difetto del suo presupposto essenziale costituito dalla presenza di un vuoto normativo.

Il collegio pertanto ritiene che i presupposti ed i requisiti formali cui riferire la legittimità dell'autorizzazione alla vendita di articoli funerari, siano gli stessi vigenti per i provvedimenti autorizzativi concernenti gli altri settori, con la conseguenza che non è richiesta una diffusa esplicazione delle ragioni giustificative del rilascio, al contrario divengono indispensabili in caso di diniego. In merito alle altre censure sollevate dall'appellante, il Consiglio di Stato le liquida affermando che la concorrenza è più conforme all'interesse degli utenti il servizio, di quanto non lo sia il monopolio e che una restrizione delle autorizzazioni non appare lo strumento più adeguato a salvaguardare i cittadini dagli abusi che una concorrenza eccessiva potrebbe comportare. Riguardo poi al carattere rigido della domanda, si afferma essere relativo, in quanto oltre a dipendere dal numero di decessi, dato di natura fissa, dipende anche dalle commemorazioni, le quali costituiscono un dato di natura indubbiamente variabile.