

Quanto è distante la certezza del diritto?

A proposito di concorrenza nel settore della distribuzione commerciale

di Marilisa BOMBI

Lo scioglimento anticipato delle Camere arresta il processo avviato dal Governo in tema di liberalizzazioni. In questi anni si è parlato così tanto di “liberalizzazioni” da giungere quasi ad una assuefazione al termine, che ben raffigura tuttavia la situazione di un mercato ingessato dalle regole. Invece, si è parlato poco di “liberismo”, questa dottrina economica che teorizza il disimpegno dello Stato dall'economia e che, nei fatti, costituisce il canovaccio dal quale sono state estratte le nuove norme che abrogano le regole.

Un'economia liberista è un'economia di mercato non temperata da interventi esterni, un'economia dove vige il principio della tutela dell'interesse pubblico e non quella di una categoria, o casta che dir si voglia. E allora, se lo Stato deve rimanere estraneo per non condizionare la concorrenza che, sola, crea le condizioni per una effettiva competitività, perché lo Stato non dipana la matassa e nomina, in materia di mercato, un unico portavoce? La ragione di una tal proposta sta tutta nella necessità di rendere meno distanti coloro i quali, a vari livelli, si occupano della medesima materia. Quei *civil servant* che alla francese fa tanto chic, ma che in Italia, invece, hanno il brutto nome di burocrati, e che i vocabolari definiscono come “Funzionario della pubblica amministrazione ma anche persona gretta, fiscale. – formalista”. Se è diventato famoso l'aforisma di Giovanni Giolitti “per i nemici le leggi si applicano, per gli amici si interpretano” e i giornali riservano mezza pagina alla notizia di un burocrate licenziato, allora qualche sassolino chi appartiene alla categoria è legittimato a toglierselo.

E' difficile essere burocrati nell'accezione positiva del termine, e contemporaneamente “innovatori”, come ci fregiamo d'essere, perché le notizie che pervengono dal centro o dai suoi rappresentanti sono incoerenti e contrastanti e, quindi, diventa praticamente impossibile disegnare uno scenario sul quale “legittimamente” operare senza dover dar ragione a Giovanni Giolitti.

Uno degli esempi più eclatanti della difficoltà in cui gli operatori della PA sono costretti ad operare è di questi giorni e riguarda la rilevanza o meno delle “distanze” alla luce della prima lenzuolata di Bersani¹, la quale prevedeva all'articolo 3, comma 1, lettera b) che la disciplina di settore non può prevedere “il

¹ Il decreto legge al quale si fa riferimento è il n. 223 riconvertito, poi, con modifiche dalla legge 4 agosto 2006, n. 248.

rispetto di distanze minime obbligatorie tra attività commerciali appartenenti alla medesima tipologia di esercizio”.

Già a questo proposito sono necessarie alcune precisazioni. La formulazione che il Governo aveva utilizzato nel definire l'ambito di applicazione del decreto legge era volutamente generica, nel senso che il divieto doveva essere applicato per tutte “*le attività economiche di distribuzione commerciale, ivi comprese la somministrazione di alimenti e bevande*”. Ma le attività economiche di distribuzione commerciale sono varie e riguardano un po' tutti i generi compresi i giornali che per le politiche di liberalizzazione sono *off limits*. E così, in sede di riconversione, l'ambito di applicazione delle misure è stato contenuto alle attività commerciali “*come individuate dal decreto legislativo 31 marzo 1998, n. 114, e di somministrazione di alimenti e bevande*”, in pratica ai negozi in senso stretto ovvero a quelli per la cui regolamentazione non esiste una disciplina specifica come è, ad esempio, per distributori di carburanti, farmacie, generi di monopolio oltre che ai già citati quotidiani e periodici.

Su questo specifico argomento, il primo segnale che è arrivato, giunge dalla Prefettura di Avellino, la quale informa sindaci e commissari straordinari dei comuni della provincia di Avellino “che l'articolo 3 del d.l. 223 del 2006 non ha abrogato implicitamente quanto previsto dall'articolo 104 del r.d. 27 luglio 1934 n. 1265 (come sostituito dall'articolo 2, comma 1 della legge 8 novembre 1991 n. 362), laddove si consente l'istituzione di una nuova farmacia, purché distante 3000 metri da quelle esistenti e ricorrano particolari condizioni topografiche di viabilità”. Tale disposizione normativa, puntualizza la Prefettura avellinese, “secondo il Ministero della salute è di carattere sanitario ed è finalizzata al raggiungimento della migliore allocazione delle farmacie anche in deroga a quanto previsto dal criterio della popolazione”. Il campo di applicazione della norma contenuta nell'articolo 104, conclude la nota, è pertanto da ritenere completamente autonomo rispetto alla logica di regolamentazione di attività commerciali del d.l. n. 223 del 2006”.

Di senso inverso il Governo che, prendendo in esame la disciplina in materia di *phone center* emanata dalla Regione Veneto a fine 2007, ha deciso di impugnare la legge “in quanto in contrasto sia con le esigenze di salvaguardia della concorrenza, sia con il disposto dell'articolo 3 d.l. 4 luglio 2006, n. 223 (Convertito in l. 4 agosto 2006, n. 248) che esonera lo svolgimento delle attività commerciali dal rispetto di distanze minime obbligatorie tra attività appartenenti alla medesima tipologia di esercizio.” Il Governo chiama in causa l'Autorità garante della concorrenza e del mercato², che, con riferimento all'insediamento delle attività commerciali in senso lato, ritiene che l'ingresso di nuovi operatori non deve incontrare ostacoli e barriere di tipo normativo e amministrativo miranti a determinare un'impostazione di regolamentazione strutturale del mercato consistente, in particolare, nel predeterminare rigidamente limiti quantitativi alle possibilità di entrata nel mercato. Osta, infatti, ad un'adeguata tutela della concorrenza sia la pianificazione del

² Il parere al quale il Governo fa riferimento, è il parere 414 del 6 agosto 2007 con il quale l'Autorità antitrust prende in esame la disciplina per i *phone center* della regione Lombardia.

numero degli esercizi commerciali, sia l'individuazione di aree destinabili all'apertura di esercizi commerciali unicamente al fine di limitarne l'apertura di nuovi. Insomma, due punti di vista - sullo stesso argomento - inconciliabili. Che fare, quindi, per non porre l'interprete in un'insuperabile difficoltà?

Una via d'uscita, a dire il vero, ci sarebbe, e nemmeno difficile da intraprendere perché il solco è già tracciato. E' sufficiente leggere l'articolo 10, comma 4³ della legge 287 del 1990 e il successivo articolo 22⁴ della medesima legge, infatti, per rilevare come nella materia della tutela della concorrenza, l'Autorità antitrust dovrebbe avere l'ultima parola.

L'autorevolezza connaturata nel concetto stesso di Autorità non può limitare l'intervento del garante al potere di segnalazione previsto dall'articolo 21. Con il rischio anche di dover stigmatizzare l'intervento del Ministero dello sviluppo economico come è successo due anni fa, con il parere del 399⁵ del 7 giugno 2006, fornito in relazione a provvedimenti restrittivi adottati dalla Sicilia e dal Veneto sulla base di una circolare del Ministero stesso.

³ La citata norma dispone che:

“4. L'Autorità ha diritto di corrispondere con tutte le pubbliche amministrazioni e con gli enti di diritto pubblico, e di chiedere ad essi, oltre a notizie ed informazioni, la collaborazione per l'adempimento delle sue funzioni. L'Autorità, in quanto autorità nazionale competente per la tutela della concorrenza e del mercato, intrattiene con gli organi delle Comunità europee i rapporti previsti dalla normativa comunitaria in materia”.

⁴ L'articolo 22 la cui rubrica esplicita l'ambito dell'attività consultiva del garante antitrust, prevede che: “1. L'Autorità può esprimere pareri sulle iniziative legislative o regolamentari e sui problemi riguardanti la concorrenza ed il mercato quando lo ritenga opportuno, o su richiesta di amministrazioni ed enti pubblici interessati. Il Presidente del Consiglio dei Ministri può chiedere il parere dell'Autorità sulle iniziative legislative o regolamentari che abbiano direttamente per effetto:

a) di sottomettere l'esercizio di una attività o l'accesso ad un mercato a restrizioni quantitative;
b) di stabilire diritti esclusivi in certe aree;
c) di imporre pratiche generalizzate in materia di prezzi e di condizioni di vendita.”

⁵ In tale occasione, l'Autorità così si è espressa: “L'Autorità vuole, altresì, sottolineare come non sia accettabile che in sede interpretativa si proceda a circoscrivere la portata di una legge nazionale, che, nel caso di specie, ha voluto favorire la promozione di assetti maggiormente competitivi in tutto il settore della distribuzione commerciale, eliminando limiti e prescrizioni restrittivi della concorrenza, coerentemente con gli obiettivi di liberalizzazione e di apertura alla competizione perseguiti dalla riforma.

L'interpretazione fornita dalla Risoluzione ministeriale, peraltro, si pone in evidente contrasto con la lettera dello stesso articolo 3 della legge n. 248/2006, che espressamente include nel proprio ambito di applicazione sia le attività commerciali individuate dal dlgs n. 114/1998 che le attività di somministrazione di alimenti e bevande. Al riguardo rileva, infatti, la circostanza per cui, stando al testo della legge, l'esclusione delle attività di somministrazione di alimenti e bevande dalla applicazione di alcune delle esenzioni introdotte dall'articolo 3 rappresenta un'eccezione, che è stata di volta in volta esplicitata dal legislatore, ed in ogni caso non riguarda i limiti quantitativi di cui al punto d) di cui trattasi. In conclusione, l'Autorità auspica un intervento tempestivo del Ministero dello Sviluppo Economico a favore di una lettura della disposizione normativa in parola coerente con la lettera dello stesso articolo 3 della legge n. 248/2006 ed in linea con lo stesso spirito della legge Bersani.”

Mutuando le considerazioni che l'Autorità ha espresso, non è accettabile che in sede interpretativa si proceda a circoscrivere la portata di una legge nazionale, quando la legge vuole favorire la promozione di assetti maggiormente competitivi. Insomma, per non dare ragione a Giolitti, qualcuno deve avere in questo campo l'ultima parola. Forse, in tal modo, anche la distanza avrà un solo senso.