

UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI TORINO

Dipartimento di Giurisprudenza

Dottorato di ricerca in Diritti e Istituzioni

Settore scientifico disciplinare di afferenza: IUS/10

XXXIV ciclo

Titolo della tesi:

I mercati regionali nel sistema delle concessioni, fra demanialità, diritti di libertà e digitalizzazione dell'amministrazione

Presentata dalla candidata:
Dott.ssa Francesca Branca

Tutor:
Chiar.mo Prof. Roberto Cavallo Perin

Coordinatrice del Dottorato:
Chiar.ma Prof.ssa Ilenia Massa Pinto

A.A. 2018/19- 2019/20 - 2020/21

I mercati regionali nel sistema delle concessioni, fra demanialità, diritti di libertà e digitalizzazione dell'amministrazione.

di Francesca Branca.

Indice:

Capitolo Primo

I mercati regionali nel sistema delle concessioni demaniali

1. I mercati regionali: le questioni e definizione del perimetro di indagine.
2. Il mercato delle concessioni di beni demaniali: problemi di coerenza con il diritto Europeo e costituzionale. Uno spunto per la riflessione sui mercati.
3. Interesse transfrontaliero e definizione di bene scarso.
4. La direttiva Bolkestein e la liberalizzazione dei servizi nel mercato interno. Il sistema delle autorizzazioni e la pianificazione commerciale.

Capitolo Secondo

Caratteri e funzioni dei mercati fra programmazione e pianificazione

1. Interesse pubblico e funzione dei mercati.
2. I mercati regionali: caratteri, requisiti e distinzione rispetto a mercati all'ingrosso e fiere.
3. La programmazione e la gestione dei mercati. La competenza normativa.
4. Il rapporto con la campagna e il mercato dei produttori. La concertazione e gli obiettivi della programmazione.

Capitolo Terzo

I mercati regionali nella proprietà pubblica fra caratteri e funzioni dei beni demaniali e la tutela di diritti fondamentali.

1. I mercati come beni demaniali e significato della proprietà pubblica.
2. La proprietà pubblica. Il demanio e distinzione rispetto ai beni patrimoniali. Proprietà pubblica e privata.
3. Il demanio e la garanzia dei diritti.
4. I mercati regionali come beni oltre il loro carattere meramente materiale.

Capitolo Quarto

I mercati rionali come beni e come servizi e amministrazione con i big data

1. Mercato come bene, servizio o istituzione: immaterialità e aspetti organizzativi.
2. (segue): mercati fra interesse pubblico, servizio e funzione.
3. Città e mercati come elementi costitutivi di un sistema complesso. Urbanizzazione e fenomeno smart.
4. Mercati rionali e digitalizzazione: un caso di machine learning applicato all'amministrazione

CAPITOLO 1

I mercati rionali nel sistema delle concessioni demaniali

SOMMARIO: 1. I mercati rionali: le questioni e definizione del perimetro di indagine. 2. Il mercato delle concessioni di beni demaniali: problemi di coerenza con il diritto Europeo e costituzionale. Uno spunto per la riflessione sui mercati. 3. Interesse transfrontaliero e definizione di bene scarso. 4. La direttiva Bolkestein e la liberalizzazione dei servizi nel mercato interno. Il sistema delle autorizzazioni e la pianificazione commerciale.

1. I mercati rionali: le questioni e definizione del perimetro di indagine.

È noto che il concetto di mercato non è univoco. Il mercato è luogo o spazio – fisico – di incontro fra commercianti e acquirenti. Lo è prima di tutto, sia in senso storico-cronologico, sia in senso logico. Dal punto di vista dell'evoluzione storica, lo sviluppo delle civiltà, occidentali, ma non solo, è strettamente legata agli scambi commerciali, la distribuzione degli insediamenti connessa alle vie del commercio e ai centri di scambio, ai mercati, appunto.

Nell'antica Grecia, la piazza (Agorà) era innanzitutto luogo di approvvigionamento, di compra e vendita di prodotti e luogo di incontro della popolazione, ove la gente si scambiava opinioni e dove apprendeva delle decisioni assunte dall'assemblea convocata dal re o dall'aristocrazia e dove la Bulè o Gerousia o Senato si riunivano. In tempo di guerra, tanto i capi militari greci, quanto i romani vi enunciavano proclami o rendevano giustizia¹.

La piazza d'armi e la piazza del mercato non sono dunque sempre distinti e quando anche lo siano, si pongono in relazione fra loro: collocate l'una di fronte all'altra

¹ G. GLOTZ, *La città greca*, Einaudi, Torino, 1948. In generale sulla città: R. CAVALLO PERIN, *L'ordinamento giuridico delle città*, in *Munus*, fasc. 2, 2019, 365-383 e poi in *Scritti in onore di Franco Pizzetti*, a cura di C. Bertolino, T. Cerruti, M. Orofino, A. Poggi, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2020, 353-370, infine e in parte *L'accessibilità e la libertà delle periferie*, in *Periferie e diritti fondamentali*, a cura di M. Immordino, G. De Giorgi Cezzi, N. Gullo, M. Brocca, Editoriale Scientifica, Napoli, 2020, 169-176; AA.VV., *Studi sulla città antica: atti del Convegno di studi sulla città etrusca e italica preromana*, Istituto per la storia di Bologna, Bologna, 1970; L. MUMFORD, *La città nella storia*, Bompiani, Milano, 1967; L. MUMFORD, *La cultura delle città*, Edizioni di comunità, Milano, 1954; R. E. PARK, E. W. BURGESS, R. D. MCKENZIE, *La città*, Nuova ed. Edizioni di Comunità, Milano, 1999; U. TOSCHI, *La città: geografia urbana*, Torino, UTET, 1966; G. ZUCCONI, *La città dell'Ottocento*, Laterza, Roma, 2001; S. VICARI HADDOCK, *La città contemporanea*, Bologna, Il Mulino, 2004; P. M. HOHENBERG, L. HOLLEN LEES, *La città europea dal Medioevo a oggi*, Laterza, Roma, 1987; F. GIOVENALE, *Come leggere la città*, La nuova Italia, Firenze, 1977; R. COMBA, *Per una storia economica del Piemonte medievale. Strade e Mercati dell'area sud-occidentale*, Dep. Subalpina storia patria, Torino, 1984; AA.VV., *La città greca antica: istituzioni, società e forme urbane*, a cura di E. Greco, Donzelli, Roma, 1999; G. MARTINOTTI, *Metropoli: la nuova morfologia sociale della città*, Il Mulino, Bologna, 1993; U. HANNERZ, *Esplorare la città: antropologia della vita urbana*, Il mulino, Bologna, 1992; S. SASSEN, *Le città nell'economia globale*, Il Mulino, Bologna, 2000.

come a Roma, ove *comitum* e *campo martius* erano situati accanto ai fora economici². Si instaura fra centro economico e centro politico-amministrativo un rapporto dialogico, che è poi fondamento della nascita delle città moderne, il cui tratto essenziale sta nell'accostarsi delle due componenti - politico-amministrativa ed economica. Similmente accade nel mondo islamico con la *kasbah* e il *bazar*, rispettivamente zona rafforzata nell'agglomerato urbano, destinata all'accampamento delle milizie e zona del mercato. Nell'India meridionale del I secolo a. C. - ma questa caratterizzazione ha poi conformato l'essenza degli insediamenti urbani locali - le città vedevano la contrapposizione (concettuale) e l'affiancamento (fisico) fra città dei notabili e città economica³.

Nel periodo che va fra il declino delle grandi civiltà antiche, la cui organizzazione della vita pubblica gravitava attorno alle città (la *polis* greca e la *civitas* romana), e la rinascita, a partire all'incirca dal XI secolo, di un'economia cittadina contrapposta e complementare all'economia delle campagne, il mercato è il luogo di incontro degli scambi sulle lunghe distanze. I mercanti si spostano dagli angoli di Europa, trasportano merci esotiche provenienti dall'oriente, beni per lo più di lusso richiesti dal ceto nobile ed ecclesiastico.

L'influenza nobile è ancora molto forte nelle campagne ed è il re ad assicurare la pace ai frequentatori del mercato, durante i viaggi di andata e ritorno e durante la permanenza. Il concetto di mercato come spazio, luogo di riunione, si arricchisce di ulteriori significati: i mercati vengono infatti istituiti con uno status giuridico loro riservato, come spazi fisici *privilegiati* dal signore - nobile o arcivescovo. Tali privilegi caratterizzano il mercato quale *locus*, con l'applicazione del diritto di mercato (*lex mercatoria*) quale *ius fori*⁴ - ne è un esempio la sostituzione del giuramento o della testimonianza (per i residenti nel comune) al duello (la volontà di Dio) nelle controversie derivanti da rapporti di credito-debito - e si estende ai loro frequentatori, con il godimento di alcuni vantaggi, quale ad esempio la garanzia di una libertà di spostamento o esenzioni daziarie.

Solo in seguito, il miglioramento delle condizioni dei contadini nelle campagne produce come conseguenza la crescita della popolazione contadina. Un numero sempre maggiore di individui, di fatto vagabondi, che si spingono naturalmente verso i luoghi dove l'affluenza della gente permetteva di sperare in qualche guadagno o qualche fortuna, frequenta zone di pellegrinaggio, porti, mercati e fiere⁵. Il forte movimento migratorio verso i centri urbani con l'allontanamento dalla terra dei contadini, porta a uno sviluppo dell'artigianato cittadino.

Le città si caratterizzano via via sempre più come centri di specializzazione professionale, si afferma una divisione del lavoro fra città e campagna, con la conseguente necessità per la popolazione urbana di approvvigionarsi dei prodotti della terra. Contemporaneamente, l'arricchimento dei contadini aumenta la domanda di

² M. WEBER, *Economia e società. La città*, Donizzelli editore, Roma, 2016, 16.

³ M. WEBER, *Economia e società. La città*, cit., 16.

⁴ E. ENNEN, *Storia della città medievale*, Laterza, Roma-Bari, 1978, 109; H. PIRENNE, *Le città del Medioevo*, 1952, Princeton University Press prima ed., Laterza, Roma-Bari, 1985; J. LE GOFF, *Tempo della Chiesa e tempo del mercante e altri saggi sul lavoro e la cultura nel Medioevo*, Einaudi, Torino, 1977; D. WALEY, *Le città repubblicane dell'Italia Medievale*, Einaudi, Torino, 1980; M. WEBER, *Economia e società. La città*, cit., 5 ss.

⁵ H. PIRENNE, *Le città del Medioevo*, cit., 73 ss.

prodotti artigianali di cui è possibile approvvigionarsi in città. Centro della vita economica non è più il mercato degli scambi sulle lunghe distanze, ma il mercato cittadino degli scambi fra consociati, fra città e campagna.

Appare con evidenza la stretta connessione dei mercati con lo sviluppo dei centri urbani e ancora con la duplice natura degli stessi, come città – caratterizzate da una popolazione la cui peculiarità consiste nella libertà⁶, che è anche e soprattutto libertà di spostamento e specializzazione professionale – e come comune, quale associazione giurata (*communio*⁷) di vicini – elemento caratteristico ne è appunto la *vicinanti*⁸ – che a partire dai privilegi accordati dal signore al luogo di mercato e ai suoi frequentatori, acquisisce via via, con lo sviluppo del dualismo città-campagna e il consolidarsi della popolazione urbana, un sempre più accentuato carattere territoriale, e dunque definito dalla stabile residenza dei componenti. Le associazioni giurate di cittadini, spesso sotto la direzione delle gilde mercantili, acquistano autonomia dai signori e la *communio* guidata dai mercanti consolida o ottiene nuovi privilegi di mercato, che consentono al centro urbano di svincolarsi dal diritto comune delle campagne⁹.

In senso logico, dal mercato come sede di commercio, deriva il concetto dematerializzato di mercato nel senso di non-luogo in cui si forma il prezzo, come conseguenza dell'incontro fra domanda e offerta. È questo il mercato utilizzato come modello dalle scienze economiche, al centro del dibattito politico e che è oggi nucleo fondamentale dell'Unione europea. Il “mercato interno” quale luogo - inteso in senso lato, immateriale - di integrazione fra gli Stati membri, al cui funzionamento sono indirizzate le libertà fondamentali dell'Unione – libertà di stabilimento¹⁰, libera circolazione di servizi¹¹, merci¹², persone¹³ e capitali¹⁴. Libertà di circolazione di persone e merci il cui riconoscimento è elemento fondante dell'ordinamento europeo, le cui radici sono antiche e la cui storia passa anche per la concessione dei privilegi di diritto al mercato, di garanzia dei pacifici spostamenti da un luogo di mercato a un altro¹⁵.

Dal mercato antico e medievale discende come eredità - oltre all'insieme di quei fenomeni commerciali, tutt'ora esistenti, consistenti nell'incontro in un unico luogo di

⁶ R. CAVALLO PERIN, *L'ordinamento giuridico delle città*, cit., 370.

⁷ E. ENNEN, *Storia della città medievale*, cit., 120; M. WEBER, *Economia e società. La città*, cit.

⁸ E. ENNEN, *Storia della città medievale*, cit., 109.

⁹ Applicando il diritto di mercato come *ius fori*.

¹⁰ Art. 49 TFUE.

¹¹ Art. 56 TFUE.

¹² Art. 28 TFUE.

¹³ Art. 45 TFUE.

¹⁴ Art. 63 TFUE.

¹⁵ Liberamente tratto dalle conversazioni con il Prof. Roberto Cavallo Perin; R. CAVALLO PERIN, *Migrazioni, diritti dell'uomo e circolazione tra ordinamenti giuridici*, in *Immigrazione e diritti fondamentali*, a cura di F. Astone, R. Cavallo Perin, A. Romeo, M. Savino, Edizioni Università degli Studi di Torino, Torino, 2019, 135-141; Id., *L'ossimoro della locuzione «cittadinanza globale»*, in *Diritto amministrativo*, fasc. 1, 2005, 211-221; Id., *La configurazione della cittadinanza amministrativa*, in *Diritto amministrativo*, fasc. 1, 2004, 201-208; G. BERTOLA, *Il mercato*, Il Mulino, Bologna, 2006; M.S. GIANNINI, *Diritto pubblico dell'economia*, Il Mulino, Bologna, 1977; S. WEATHERILL, *The Internal Market as a Legal Concept*, Oxford University Press, Oxford, 2017, 55; M. CARTABIA, *I diritti fondamentali e la cittadinanza dell'Unione*, in *Le nuove istituzioni europee. Commento al Trattato di Lisbona*, a cura di F. Bassanini, G. Tiberi, Il Mulino, Bologna, 2010; J. LE GOFF, *Il Medioevo: alle origini dell'identità europea*, Roma, Laterza, 1996.

venditori e acquirenti, ma variamente caratterizzati: per dimensione, periodicità, finalità, bacino di utenza, per il fatto di occupare suolo pubblico o in proprietà privata, per l'aver luogo al coperto o all'aperto o per consistere in commercio all'ingrosso o al minuto – la struttura evolutiva e la natura stessa dei centri urbani (nel binomio città-comune) e una tradizione di scambi e dei principi che li regolano. Tali tradizioni e principi hanno per così dire assunto una propria autonomia, esplicandosi in particolare in Europa – trasmessi prima nelle tradizioni giuridiche degli Stati membri e poi, in quanto agli stessi comuni – nel diritto dell'Unione, nelle sue libertà fondamentali, nelle regole del suo mercato interno.

Il mercato cittadino – nella sua declinazione quale mercato regionale – sta dunque all'origine di un fenomeno più ampio; così, per quanto contenuto nelle dimensioni, nello stesso mercato regionale e forse proprio nel mercato regionale, per le peculiarità che, come si vedrà, sono ad esso proprie, si intravede l'interesse dei mercati: nel fatto di concentrare in sé, nella propria origine, evoluzione e attualità, nella propria stessa essenza, un complesso di questioni giuridiche quanto mai attuali: la libertà di circolazione, la demanialità, la conformazione dei diritti, rapporto degli individui con il comune e rapporto fra individui nella città, sviluppo urbano, rapporto fra città e campagna, controllo pubblico sull'attività economica privata, regole di mercato e programmazione.

Il mercato regionale è l'occasione per l'esame di temi più ampi, il cui innesto si vuole trovare nella natura giuridica del mercato. Natura giuridica che pare oggi degna di attenzione non solo avuto riguardo alle recenti controversie relative al recepimento della direttiva europea sui servizi nel mercato interno, incentrate sulle procedure di concessione agli ambulanti e di rinnovo degli spazi mercatali, ma anche per l'interesse sociale che, come si vedrà, è insito nel fenomeno mercatale in sé.

La disciplina europea liberalizza le attività di iniziativa economica privata, prescrivendo una riduzione al minimo degli atti autorizzativi, al fine di facilitare l'esercizio della libertà di stabilimento e la circolazione dei servizi nel mercato interno. Per servizio si intende, nel linguaggio del legislatore europeo, un'attività economica privata - non, pertanto, un servizio pubblico nel senso di servizio assunto dalla pubblica amministrazione, come inteso nell'ordinamento interno - attività che può o meno avere un interesse generale, rimanendo escluse dal campo di applicazione della direttiva sui servizi le attività di interesse non economico generale e le attività di interesse economico generale in regime di privativa.

Le autorità pubbliche degli Stati membri possono limitare l'iniziativa economica privata, assoggettandola ad autorizzazione, al solo scopo di garantire interessi pubblici generali o qualora il numero delle autorizzazioni disponibili sia limitato in ragione della scarsità delle risorse naturali necessarie per l'esercizio dell'attività stessa¹⁶. In tali casi si pone non tanto – o non solo – il problema del controllo sull'attività dell'autorizzato, quanto la necessità di selezione fra potenziali operatori, stante l'adeguatezza dell'attività di servizio fornita dagli stessi¹⁷.

¹⁶ Dir. (CE) n. 123/06, art. 12.

¹⁷ S. PANETTA, *L'impatto della direttiva Servizi sulle attività commerciali*, in *Disciplina del commercio e dei servizi*, 2010, 45 ss.; D. PARADISI, *La Direttiva Bolkestein. Principi generali e campo di applicazione*, in *Disciplina del commercio e dei servizi*, 2010, 17 ss.; E. L. CAMILLI, *Il recepimento della direttiva servizi in Italia*, in *Dir. pubbl. econ.*, fasc. 12, 2010, 1239-1245.

L'accesso esclusivo ad un bene demaniale è sottoposto a procedure ad evidenza pubblica¹⁸ per la concessione dei posteggi¹⁹ che attiene alla particolare idoneità dei venditori allo svolgimento dell'attività di commercio e che non ne è presupposto, ma strumento per la realizzazione²⁰, in particolare per l'esercizio dell'attività di commercio in quella determinata forma che consiste nel commercio ambulante su area pubblica, non itinerante.

Considerare i posteggi per i banchi dei venditori come porzioni di un'area mercatale limitata ha come conseguenza la necessaria applicazione della disciplina dettata dalla normativa europea sui servizi nel mercato interno²¹, con l'esclusione di concessioni eccessivamente lunghe, dei rinnovi automatici delle medesime e di criteri di assegnazione che privilegino i concessionari uscenti. Da tale approccio deriva però anche una seconda conseguenza: il mercato - qualificato ai sensi del codice civile²² come bene demaniale - risulta ricondotto alla mera natura di bene materiale, e in particolare di un bene materiale scarso, che in quanto tale non è sufficiente a soddisfare la domanda dei potenziali utilizzatori. In quanto bene demaniale inoltre funzionalizzato a un determinato uso, dal quale non può essere distratto: uso consistente nell'ospitare il convegno di operatori economici ed acquirenti, in modo tale da consentirne gli scambi.

D'altro canto, la strada o la piazza diventano mercato in quanto destinate a tale fine. La demanialità comunale del mercato²³ pare dunque funzionalizzata a una specifica destinazione, non nel senso che il tal bene (suolo) appartenente al demanio comunale debba sempre essere destinato a mercato, ma nel senso invece che tale demanialità sorga nel momento di destinazione a tale utilizzo del bene mercato.

Come è stato osservato²⁴, un mercato potrebbe teoricamente configurarsi come aperto a tutti i venditori e tutti i compratori che desiderino parteciparvi, il che consentirebbe di evitare la sottrazione del bene mercato all'uso generale cui sono destinati i beni demaniali. È certo più facile immaginare l'accesso al mercato da parte della generalità dei compratori, che non da parte dei venditori, il cui insediamento è "stabile" e occupa uno spazio fisico per un lasso di tempo rilevante. Ciò induce a ritenere che - nella pratica - risulterebbe pressoché impossibile - nella maggior parte dei casi - ammettere al (che poi sarebbe spazialmente e in senso fisico "nel") mercato tutto il pubblico dei venditori, e che si renda necessaria una selezione degli stessi²⁵. Si è di fronte a una scarsità di risorse che, ai sensi della direttiva europea sui servizi motiva la selezione fra candidati.

¹⁸ R.D. 23 maggio 1924, n. 827, *Regolamento per l'amministrazione del patrimonio e per la contabilità generale dello Stato*.

¹⁹ SANTI ROMANO, *La libertà di commercio nei mercati municipali*, in *Riv. Giur. Comm.*, 1925, II, 313 ss., ora in *Scritti minori*, II, Giuffrè, Milano, 1990. il quale sottolinea che esistono categorie di beni di uso pubblico e, nonostante ciò, riservati a certe categorie di persone.

²⁰ ALB. ROMANO, *Le concessioni dei posti di vendita nei mercati all'ingrosso*, *Atti del XVI convegno di scienze dell'amministrazione*, Varenna, 17-20 settembre 1970, Giuffrè, Milano, 1972, 223.

²¹ Dir. n. 123/2006, art. 12.

²² Art. 824 c.c.

²³ I mercati sono, insieme ai cimiteri, gli unici beni appartenenti al demanio comunale, ai sensi dell'art. 824 c.c.

²⁴ SANTI ROMANO, *La libertà di commercio nei mercati municipali*, cit., 313 ss.

²⁵ Si veda ALB. ROMANO, *Le concessioni dei posti di vendita nei mercati all'ingrosso*, cit., 213-215, il quale giungeva a tali conclusioni in relazione però ai mercati all'ingrosso.

Tale lettura suscita però alcune obiezioni, o comunque non può essere accolta senza che siano evidenziate alcune incongruenze di sistema. Innanzitutto, relativamente al concetto di scarsità del bene. Se il significato di tale termine appare evidente con riferimento ad altri esempi di applicazione della disciplina sui servizi, come nel caso della concessione del demanio marittimo a fini ricreativi – in effetti non pare dubitabile il fatto che il lido del mare sia destinato ad esaurirsi, man mano che venga occupato da stabilimenti balneari – meno chiaro appare tale concetto se riferito ai mercati.

Se infatti la scarsità deve essere intesa in senso assoluto, come finitezza del bene pubblico che viene sottratto alla disponibilità d'uso generale, questa è sempre riscontrabile ogniqualvolta un bene pubblico sia strumento necessario per intraprendere un'attività di servizi. La scarsità può invece anche essere intesa come relativa, se considerata rispetto alla domanda del bene, alla effettiva necessità del bene stesso per l'esercizio dell'attività economica considerata, alla possibilità di "accrescimento" delle risorse considerate.

In quest'ultimo caso, la scarsità rileva dunque, con riferimento ai mercati, nel caso in cui le domande per l'ottenimento dei posteggi in concessione superino per numero il numero degli stalli – ma si può ancora discutere sul fatto che la limitatezza del numero sia da considerare in riferimento al numero totale di posteggi nell'area comunale o in riferimento a un singolo mercato. Nel caso in cui si rilevi un eccesso di domande rispetto al numero totale di posteggi disponibili, ci si può interrogare sulla reale impossibilità di soddisfare la necessità dei venditori tramite espansione dei mercati, sì da rispondere alla richiesta di spazi per la vendita, evitando di mettere in crisi l'offerta per un eccesso di commercianti. Come si è detto, i mercati si caratterizzano per essere beni demaniali, ma non appare auto-evidente come l'utilizzo di spazi che si trovino nella disponibilità dell'amministrazione a titolo differente (patrimonio indisponibile, locazione, addirittura beni privati) possa risultare non adeguato a soddisfare le domande dei commercianti.

Ancora, a ben vedere la disponibilità che del mercato ottiene il concessionario ha una caratterizzazione peculiare: si tratta infatti di una disponibilità particolarmente limitata, ove i limiti non consistono solo nei vincoli propri dei beni demaniali: il concessionario del posteggio di mercato dispone dello stesso per la singola giornata di mercato per la quale lo spazio è assegnato, nei limiti delle ore di mercato. Il concessionario non ha inoltre la gestione del bene: non è incaricato del mantenimento in buono stato della superficie pubblica, né della pulizia o del funzionamento degli allacciamenti alle reti elettrica, idrica e fognaria.

Quanto alla connessione fra esercizio dell'attività di commercio e disponibilità del bene, si nota come, a differenza di quanto vale per altre categorie di attività – si può nuovamente prendere ad esempio il caso delle concessioni dei lidi, caso per molti versi vicino a quello dei mercati – la concessione del bene considerato scarso non risulta mezzo assolutamente necessario per lo svolgimento dell'attività di commercio in se e per sé considerata, ma piuttosto all'accesso al mercato, ossia allo svolgimento dell'attività di vendita in un contesto di pluralità ben definito e caratterizzato.

Il mercato rappresenta infatti la riunione di commercianti e di acquirenti, organizzata e collocata secondo la composizione mercatale stabilita dal comune. Il mercato come fenomeno giuridico-economico non si esaurisce infatti nel bene materiale in sé. L'aspetto reale costituisce un elemento fondante del mercato, se non altro in

relazione allo spazio di incontro e per l'allestimento dei banchi, che consentono ai commercianti l'esposizione dei propri prodotti. D'altro canto, proprio in ragione del fatto che lo spazio in proprietà pubblica destinato al mercato ha la funzione di consentire l'avvicinamento della domanda all'offerta, componenti fondamentali ne sono anche gli operatori economici e gli avventori che danno vita allo scambio, non meno del bene pubblico che è lo spazio in cui lo scambio ha luogo²⁶.

La concessione non si esaurisce nell'aspetto di diritto di uso di un bene demaniale, ma è connessa con la gestione del mercato - che al mercato è essenziale e la cui titolarità è in capo al Comune - della quale (gestione) costituisce uno dei momenti di maggiore rilievo. La gestione consiste nell'impianto del mercato e nelle attività di avvicinamento dei soggetti che vi partecipano - venditori e acquirenti - e nel controllo degli stessi. La gestione consiste dunque anche nella "cura" della concessione medesima - mentre d'altro canto si dà il caso di concessione ad operatori privati, da parte del comune, della organizzazione e gestione di un mercato, ove con ciò si intende la concessione delle funzioni di organizzazione del mercato, in particolare la disposizione e composizione dello stesso - nei limiti della discrezionalità lasciata dal legislatore²⁷ - e la gestione delle concessioni demaniali per conto del Comune²⁸.

L'attività di gestione di cui si è detto è attività di organizzazione giuridica, consistente nell'impianto del mercato, nella selezione degli operatori ammessi a commerciare nell'ambito dello stesso e con ciò nell'avvicinamento della domanda e dell'offerta. Si tratta dell'attività giuridica esplicita mediante regolamenti e provvedimenti ad opera del comune. Il mercato si caratterizza infatti per l'attività organizzativa svolta dal Comune, che si esplica non solo nell'impianto del mercato e nella selezione degli operatori, ma anche nel il loro controllo²⁹. La concessione in uso diviene un atto/fatto organizzativo, anche in senso non escludente, quale esercizio della funzione di indirizzo e controllo dell'attività economica privata da parte dell'ente pubblico e regolazione per l'uso appropriato del bene-spazio pubblico, quale "piattaforma" di scambio aperta all'accesso generale³⁰.

L'organizzazione può essere concessa a privati. Il comune avvia in tali casi procedure a evidenza pubblica per l'individuazione del soggetto attuatore per la realizzazione di un mercato; il confronto fra candidati verte sul progetto, comprensivo di composizione del mercato (numero di banchi, categorie merceologiche, dimensione

²⁶ ALB. ROMANO, *Le concessioni dei posti di vendita nei mercati all'ingrosso*, cit., 1972.

²⁷ In particolare, dal legislatore regionale, nell'esplicazione della propria competenza normativa in materia di commercio.

²⁸ Ferma la gestione delle occupazioni giornaliere secondo il sistema della spunta, con il controllo dei vigili urbani, modalità valida per i mercati gestiti direttamente dal Comune.

²⁹ ALB. ROMANO, *Le concessioni dei posti di vendita nei mercati all'ingrosso*, cit.

³⁰ S. HOLZWEBER, *Market Definition for Multi-Sided Platforms: a Legal Reappraisal*, in *World Competition* 40, no. 4, 2017, 563-582; R.S. LEE, *Vertical Integration and Exclusivity in Platform and Two-Sided Markets*, in *The American Economic Review*, vol. 103, fasc. 7, 2013, 2960-3000; A. TIWANA, B. KONSYNSKI, A. A. BUSH, *Platform Evolution: Coevolution of Platform Architecture, Governance, and Environmental Dynamics*, in *Information Systems Research*, December 2010, vol. 21, fasc. 4, December 2010, 675-687; R. WARD, *Testing for Multisided Platform Effects in Antitrust Market Definition*, in *The University of Chicago Law Review*, vol. 84, no. 4, 2017, 2059-2102; C. BUSCH, H. SCHULTE-NÖLKE, A. WIEWIÓROWSKA-DOMAGALSKA, F. ZOLL, *The Rise of the Platform Economy: A New Challenge for EU Consumer Law?* In *EuCML*, fasc. 1, 2016; M. ARMSTRONG, J. WRIGHT, *Two-sided markets, competitive bottlenecks and exclusive contracts*, in *Economic Theory*, vol. 32, fasc. 2, August 2007, 353-380.

degli stalli), le attività di animazione sociale, culturale e territoriale che si intendono effettuare (compresa eventuale integrazione con le attività previste dalle associazioni senza scopo di lucro, quali ad esempio le Associazioni di Via).

Vista l'organizzazione come impianto e gestione – quest'ultima comprensiva di avvicinamento della domanda e dell'offerta mediante programmazione della composizione mercatale e del controllo – resta l'attività materiale dell'ente pubblico consistente nel mantenimento dell'area mercatale in buono stato di utilizzo, pavimentazione, fornitura degli allacciamenti idrici (acqua potabile e fognatura), dell'elettricità ed il mantenimento dell'area in uno stato di pulizia.

Attività, dunque, materiali (contrapposte ad attività giuridiche), sulla cui natura la dottrina si è interrogata, ad esempio valutandone l'interpretabilità come servizio pubblico, se singolarmente considerate, o nel complesso dell'"attività-mercato"³¹. Tale costruzione pone alcuni problemi di definizione della prestazione e delle categorie di utenti. La prestazione va oltre la pura utilizzazione delle aree e degli impianti, poiché l'ente istituisce il mercato e ne regola l'esercizio – si ribadisce a proposito come la concessione del "servizio-mercato" non possa corrispondere alla concessione delle aree di posteggio. Si può pensare all'approvvigionamento di derrate alimentari della città o all'incontro fra domanda e offerta, ma rimangono le criticità relative all'individuazione della categoria degli utenti.

Del mercato beneficiano infatti gli operatori economici e gli avventori, ma con interessi differenti, quando non contrapposti: la concessione dei posteggi, l'attrezzatura (elettricità, allacciamenti all'acquedotto e agli scarichi) da un lato, disponibilità di prodotti rispondenti a buoni standard qualitativi ed equa formazione del prezzo dall'altro. Ancora: prestazioni quali custodia delle merci o pesatura possono essere inquadrati come servizi accessori o come elementi costitutivi della prestazione principale³².

Non è dunque univoca l'interpretazione di quale sia effettivamente l'oggetto della *gestione* del mercato. Se si tratti della gestione di un bene - in particolare di un bene demaniale, secondo la qualificazione codicistica di mercato - o se la gestione sia piuttosto quella di un servizio - per la prestazione del quale, certo, dello *spazio-mercato* l'amministrazione si serve. Anche partendo dalla definizione del mercato come bene demaniale (art. 824 c.c.) si può pertanto discutere sulla natura giuridica dell'oggetto della sua *gestione e concessione* e sulla eventuale prevalenza della natura di bene o di servizio come disciplina di riferimento.

L'utilità di una indagine sulla natura dei mercati è duplice. Innanzitutto una definizione dell'essenza giuridica propria dei mercati comunali consentirebbe di comprendere quale disciplina applicare agli stessi, con particolare riferimento alla fruizione da parte della comunità, alle concessioni dei posteggi, alla disciplina del suolo pubblico occupato dai commercianti consentirebbe di definire l'area di discrezionalità del Comune, nell'ambito della propria attività di gestione, relativamente alla istituzione e soppressione dei mercati, alle pratiche di sdemanializzazione e trasformazione, di concessione dei posteggi.

³¹ ALB. ROMANO, *Le concessioni dei posti di vendita nei mercati all'ingrosso*, cit.

³² ALB. ROMANO, *Le concessioni dei posti di vendita nei mercati all'ingrosso*, cit.; A. AMORTH, voce *Mercati comunali, generali e ortofrutticoli*, in *Enc. del diritto*, vol. XXVI, 1976, 120.

In secondo luogo, si ritiene che i mercati, in virtù della loro essenza, che non risiede nel solo spazio fisico corrispondente all'area mercatale, né probabilmente nella semplice sommatoria delle componenti del mercato – spazio, persone, organizzazione, prestazioni materiali e per la loro storia evolutiva che ha radici antiche, rappresentino un valido caso di studio, la cui comprensione potrà risultare utile alla lettura dei fenomeni complessi che sempre più caratterizzano la realtà che ci circonda. Si tratta di fenomeni tipicamente urbani tipicamente connessi alle problematiche sulla città, tanto come centro regolatore di flussi - come ordine legale incaricato della regolazione degli stessi³³ - quanto come entità volta al soddisfacimento dei bisogni sociali. Si tratta della regolazione dei flussi di persone che nella città - come ai mercati - confluiscono. Dello sviluppo di relazioni fra interno ed esterno, fra città e campagna. Della creazione di *reti* che si articolano fra gli aggregati urbani che di tali reti sono i nodi (*hubs*) e che si sovrappongono ad altre reti costituite di nodi di specie diversa - punti di interesse e di scambio, come possono essere i mercati, che si pongono su livelli differenti. Interconnessioni che di ciascun punto di interesse amplificano la rilevanza, rendendoli “luoghi da cui si può raggiungere tutto”³⁴.

Posta dunque l'individuazione delle varie componenti del mercato, fra cui l'esistenza di un aspetto spaziale, di un carattere demaniale, dell'attività materiale di mantenimento in buono stato cui si affianca l'attività organizzativa del Comune, si può forse tentare di ricondurre ad unità la complessità del fenomeno – per comprendere quali fra dette componenti siano essenziali al mercato, quale prevalga influenzandone maggiormente la disciplina – avuto riguardo all'obiettivo principale, alla finalità cui è rivolto, nonché ai suoi destinatari. Bisogna pertanto tener presente la distinzione fra mercato in sede propria dotato di una copertura - che segue la disciplina del commercio ambulante - e quello che può essere un mercato coperto secondo la regolamentazione comunale.

2. Il mercato delle concessioni di beni demaniali: problemi di coerenza con il diritto Europeo e costituzionale. Uno spunto per la riflessione sui mercati.

La concessione di posteggi per il commercio su aree pubbliche è fra i mercati italiani che presentano criticità relative alla disciplina della concorrenza. È stata in particolare segnalata la necessità di ricorrere a modalità di affidamento competitive delle concessioni demaniali in scadenza, evitando rinnovi automatici, anche tramite criteri di selezione che favorendo fortemente i concessionari uscenti rendano di fatto vana la procedura di confronto competitivo fra gli operatori economici³⁵.

Sebbene anche in altri settori – quali quello autostradale, aeroportuale, di distribuzione del gas, delle derivazioni d'acqua per uso idroelettrico – siano stati

³³ R CAVALLO PERIN, G. M. RACCA, *Smart cities for an intelligent way of meeting social needs*, in *Le futur du droit administratif. The future of administrative law*, direction J. B. Auby, SciencesPo, LexisNexis, 2019, 431-437;

³⁴ R. CAVALLO PERIN, *L'ordinamento giuridico delle città*, cit., 365-383.

³⁵ AGCM, AS1730, Proposte di riforma concorrenziale ai fini della legge annuale per il mercato e la concorrenza, Boll. N. 13/2021; AS1720 – Comune di Roma/Rilascio concessione posteggi su aree pubbliche; AS1721 – Disciplina delle concessioni in Boll. N. 9/21.

segnalati disallineamenti rispetto alla disciplina delle concessioni, sono ultimamente salite all'onore delle cronache le vicende relative, appunto, al commercio ambulante e alle concessioni demaniali marittime per finalità turistico-ricreative.

Quest'ultimo caso ha visto l'Italia protagonista di due procedure di infrazione avviate dalla Commissione europea³⁶. Le concessioni del demanio marittimo, fluviale e lacuale a fini ricreativi (c.d. concessioni balneari), sono infatti caratterizzate, tanto a livello nazionale³⁷, quanto a livello regionale³⁸, da un sistema che porta di fatto al rinnovo automatico delle concessioni in essere.

Nonostante l'abrogazione³⁹ della disciplina che prevedeva criteri preferenziali per i concessionari uscenti nel sistema di assegnazione tramite gara - disciplina considerata in contrasto con il diritto dell'Unione, ancor prima del decorso dei termini per il recepimento della direttiva sui servizi nel mercato interno - veniva introdotto il rinnovo delle concessioni in essere (da ultimo fino al 31 dicembre 2020) nella validità di un sistema di proroghe automatiche di sei anni in sei anni⁴⁰, poi a sua volta abrogato dall'ordinamento italiano con la legge comunitaria per il 2010⁴¹ e con conseguente chiusura della prima procedura di infrazione⁴² da parte della Commissione europea (fine per il quale era avvenuta l'abrogazione).

Pur essendosi chiarito⁴³ che la normativa europea (tanto sulla libertà di stabilimento⁴⁴, quanto sui servizi nel mercato interno⁴⁵) non consente agli Stati membri di prevedere la proroga automatica delle concessioni demaniali marittime, in assenza di qualsiasi procedura di selezione fra i potenziali candidati, la questione si è recentemente

³⁶ Si tratta delle procedure: C (2008)4908, avviata con lettera di costituzione in mora del 29 gennaio 2009, integrata con lettera di messa in mora complementare del 5 maggio 2010, con cui la Commissione si esprime non solo relativamente all'incompatibilità della disciplina italiana con le norme europee sulla libertà di stabilimento, ma anche relativamente al rispetto della Direttiva n. 123/2006, il cui recepimento era previsto entro il 28 dicembre 2009. La seconda procedura di infrazione, C (2020) 7826, è stata avviata con lettera di messa in mora della Commissione del 3 dicembre 2020.

³⁷ Art. 37, co. 2 Codice della navigazione: "Al fine della tutela dell'ambiente costiero, per il rilascio di nuove concessioni demaniali marittime per attività turistico-ricreative è data preferenza alle richieste che importino attrezzature non fisse e completamente amovibili. E' altresì data preferenza alle precedenti concessioni, già rilasciate, in sede di rinnovo rispetto alle nuove istanze. Qualora non ricorrano le ragioni di preferenza di cui ai precedenti commi, si procede a licitazione privata".

³⁸ In particolare, la Commissione prendeva in esame la L.R. Friuli-Venezia Giulia che definiva il Piano di utilizzazione delle aree del demanio marittimo

³⁹ D. l. 30 dicembre 2009, n. 302, convertito in l. 26 febbraio 2010, n. 25: veniva così modificato il codice della navigazione, ma nel contempo venivano prorogate le concessioni al 31 dicembre 2015. La Commissione peraltro notava che la legge di conversione conteneva un rinvio, non previsto nel dl, all'art. 1 co. 2 del d.l. 5 ottobre 1993, n. 400, con l'introduzione di un rinnovo automatico di sei anni in sei anni.

⁴⁰ L'abrogazione della disposizione di cui al Cod. nav. avveniva con d.l. 30 dicembre 2009, n. 194, il cui comma 18 prevedeva un rinnovo delle concessioni in essere fino al 30 dicembre 2020, facendo altresì salve le disposizioni di cui all'art. 3, co. 4-bis, d.l. 5 ottobre 1993, n. 400, convertito in l. 4 dicembre 1993, n. 494. Il rinnovo di sei anni in sei anni previsto all'art. 1, co. 2 d.l. n. 400/93 è stato abrogato con L. 217/2011 (legge comunitaria 2010).

⁴¹ L. n. 217/2011.

⁴² La chiusura della procedura di infrazione avveniva il 27 febbraio 2012, a seguito dell'emanazione della legge comunitaria per il 2010, n. 217/2011.

⁴³ C.G.U.E., V sez, 14 luglio 2016, C-458/14 e C-67/15.

⁴⁴ Art. 49 TFUE.

⁴⁵ Art. 12, Dir. 123/2006.

riproposta con l'apertura di una nuova procedura di infrazione in seguito all'estensione temporale delle proroghe e all'applicazione delle medesime, già previste per il demanio marittimo, da ultimo a quello lacuale e fluviale e alle concessioni per la nautica da diporto⁴⁶.

L'applicabilità della direttiva sui servizi nel mercato interno⁴⁷ agli specifici settori delle concessioni demaniali marittime e dei posteggi nelle aree mercatali è connessa alla sussistenza di un interesse transfrontaliero certo alle concessioni – che porti l'amministrazione a dover procedere con affidamenti in regime di evidenza pubblica, oltre alla classificazione dell'attività svolta mediante concessione o sul bene concesso come attività di servizi e alla valutazione sulla scarsità del bene concesso e alla scarsità del bene in concessione - scarsità⁴⁸ da cui discende una limitazione dei titoli autorizzatori all'esercizio dell'attività di iniziativa economica privata che del bene concesso si serve.

Vi si affiancano le norme europee sui contratti pubblici⁴⁹, applicabili ai contratti che superano le soglie ivi definite e dei principi fondamentali del Trattato - in particolare i principi di non discriminazione in base alla nazionalità e di parità di trattamento, con l'obbligo di trasparenza da ciò derivato - attinenti ad ogni procedura sotto soglia che presenti interesse transnazionale, in quanto connesso alle libertà di circolazione (art. 49 TFUE) che costituiscono il cardine dell'Unione europea e del mercato interno.

⁴⁶ Procedura di infrazione n. 4118/2020;

⁴⁷ Sulla direttiva Servizi si veda: F. BREUSS; G. FINK; S. GRILLER, *Services Liberalisation in the internal market*, Vienna, 2008, 250; J. VAN DEN GRONDEN; H. DE WAELE, *All's well that bends well? The constitutional dimension to the Services Directive*, in ECLR 6 (3), 2010, 397-429; A. SEMPLE; M. ANDRECKA, *Classification, conflicts of interest and change of contractor: a critical look at the public sector procurement directive*, in EPPPL, 2015, 18; P. CRAIG, *A General Law on Administrative Procedure, Legislative Competence and Judicial Competence*, in *European Public Law*, 19(3), 2013, 503-524; V. HATZOPOULOS, *EU and WTO law on services: limits to the realization of General Interest policies within the services market*, in *E.L. Rev.*, 35 (4) 2010, 600-605; M. MÖLLER, *The impact of the European directive on Services in the internal market on Public administration*, in *Croat. Pub. Admin.*, vol. 8, 2008, 351; *The services directive proposal: Striking a balance between the promotion of the internal market and preserving the European social model?* Edi. Comments, in CMLR, vol. 43, 2006, 307-11; N. DUNNE, *Liberalisation and the pursuit of the internal market*, in *E.L. Rev.*, 43(6), 803-836; G. BERTOLA; L. MOLA, *Paths to Harmonization: Legal Evolution of Internal and External Trade in Services through Personal Mobility in the EU*, in *Legal Issues of Economic Integration* 35(4), 323-350, 2008; J. SCHWARZE, *The treaty establishing a Constitution for Europe. Some general reflections on its characters and its chances of realisation*, in *European Public Law*, 12, Issue 2, 2006; G. DAVIES, *The Services Directive: extending the country of origin principle, and reforming public administration*, *E.L. Rev.* 2007, 32(2), 232-245; S. GOBBATO, *Ten Years of State Beach Concession in Italy*, 13 EPPPL Rev., 2018, 61-63; V. HATZOPOULOS, *Regulating Services in the European Union*, Oxford, 2012, 472; V. HATZOPOULOS, *From Hard to Soft: Governance in the EU Internal Market*, 15 Cambridge Y.B. Eur. Legal Stud., 2012-2013, 101; F.F. GUZZI, *La direttiva Bolkenstein e la nuova disciplina dei servizi economici privati*, Giuffrè, Milano, 2016; F. TIRIO, *La regolamentazione dopo la direttiva Servizi*, Utet, Torino, 2016, 221.

⁴⁸ Sulla scarsità del bene concesso, in relazione alle concessioni demaniali marittime: C.G.U.E., V sez., 14 luglio 2016, C-458/14 e C-67/15; Cd.S., Ad plen, 9 novembre 2021, n. 17/2021; Cd.S., Ad plen, 9 novembre 2021, n. 18/2021. G. CARDOSI, *Stabilimenti Balneari: il rinnovo delle concessioni demaniali*, in *Disciplina del commercio e dei servizi*, 2010, 19-43; M.A. SANDULLI, *Introduzione al numero speciale sulle "concessioni balneari" alla luce delle sentenze nn. 17 e 18 del 2021 dell'Adunanza Plenaria*, in *Diritto e società*, numero speciale *La proroga delle "concessioni balneari" alla luce delle sentenze 17 e 18 del 2021 dell'Adunanza Plenaria*, fasc. 3, 2021.

⁴⁹ Direttive 23, 24 e 25/2014, del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014.

Indipendentemente dalla considerazione che l'autorizzazione all'esercizio dell'attività e la concessione demaniale o di bene pubblico costituiscano due provvedimenti distinti⁵⁰, ciò che conta è la limitazione quantitativa degli atti di assenso dell'autorità, che avviene anche per i mercati regionali.

L'interesse transnazionale può essere valutato dall'amministrazione che si appresta alla contrattazione⁵¹ o definito normativamente tramite la fissazione di criteri che avranno in ogni caso riguardo all'importo del contratto, al luogo di esecuzione, alle caratteristiche tecniche e ai beni oggetto del contratto. Il concetto di scarsità deve d'altro canto essere considerato in termini non assoluti, ma relativamente alla capacità di attrazione di domanda che il bene stesso presenta, il che coinvolge la valutazione di aspetti qualitativi oltre che quantitativi⁵².

La normativa italiana di trasposizione della direttiva sui servizi nel mercato interno⁵³ prevede che la disciplina delle concessioni di posteggi per il commercio su area pubblica ne sia esclusa dal campo di applicazione⁵⁴. Ciò avviene al di là di qualsiasi corrispondenza dell'attività economica in esame con i settori esclusi ai sensi della normativa europea – di cui l'elenco è considerato tassativo⁵⁵ e senza che peraltro l'attività di commercio su area pubblica – in particolare organizzata nel sistema mercatale di ciascun comune – goda di tale esenzione in virtù dell'assunzione di tale attività quale servizio di interesse generale – e dunque, secondo i parametri di diritto interno, quale pubblico servizio.

La normativa interna di recepimento della Direttiva servizi⁵⁶ precisa altresì la non applicazione alla materia del commercio su area pubblica della disciplina che prevede, in caso di scarsità delle risorse naturali o delle capacità tecniche utilizzabili per l'esercizio dell'attività economica⁵⁷, l'applicazione di una procedura di selezione fra

⁵⁰ Uno è infatti funzionale all'altro e la scarsità delle concessioni demaniali comporta la limitazione dei titoli autorizzatori, ai sensi dell'art. 12 della dir. 123/2006.

⁵¹ Così: Cd.S., Ad plen, 9 novembre 2021, n. 17/2021; Cd.S., Ad plen, 9 novembre 2021, n. 18/2021, che riprende C.G.U.E., 15 maggio 2008, C-147/06; C.G.U.E., V sez, 14 luglio 2016, C-458/14 e C-67/15. Si vedano: M. GOLLA, *Il Consiglio di Stato, l'Europa e le "concessioni balneari": si chiude una – annosa – vicenda o resta ancora aperta?*, in *Diritto e società*, numero speciale *La proroga delle "concessioni balneari" alla luce delle sentenze 17 e 18 del 2021 dell'Adunanza Plenaria*, fasc. 3, 2021; F. FERRARO, *Diritto dell'Unione europea e concessioni demaniali: più luci o più ombre nelle sentenze gemelle dell'Adunanza Plenaria?*, *ivi*; G. MORBIDELLI, *Stesse spiagge, stessi concessionari?*, *ivi*.

⁵² Così: Cd.S., Ad plen, 9 novembre 2021, n. 17/2021; Cd.S., Ad plen, 9 novembre 2021, n. 18/2021, che riprende C.G.U.E., 15 maggio 2008, C-147/06.

⁵³ Direttiva n. 123/2006, c.d. *Bolkestein*. Non ancora al centro dell'attenzione della Commissione, pur avendo sollevato numerose questioni interne – da ultimo l'Agcm si è pronunciata al riguardo (Bollettino Agcm n. 9 del 1° marzo 2021) – è la disciplina delle concessioni di posteggio per il commercio su area pubblica.

⁵⁴ D. lgs. 59/2010, art. 7 f-bis.

⁵⁵ Dir. 123/2006, art. 2. Gli Stati Membri possono escludere dei servizi se considerati di interesse generale e in quanto l'applicazione della disciplina ostacoli i fini di interesse generale, a maggior ragione. Ciò vale per le regole dei Trattati e quindi a maggior ragione per la direttiva.

⁵⁶ E. L. CAMILLI, *Il recepimento della direttiva servizi in Italia*, cit., 1239-1245; E. M. TRIPODI; M HILLERSTROM, *Qualche nota a margine del d. lgs. N. 59/2010 in attuazione della direttiva "Bolkestein"*, in *Disciplina del commercio e dei servizi*, fasc. 2, 2010, 47-64; D. PARADISI, *La Direttiva Bolkestein. Principi generali e campo di applicazione*, cit., 17 ss.; S. PANETTA, *L'impatto della direttiva Servizi sulle attività commerciali*, cit.; E. FIORE, *Le modifiche ai requisiti di accesso e di esercizio delle attività commerciali*, in *Disciplina del commercio e dei servizi*, fasc. 2, 2010, 65-91.

⁵⁷ D. lgs. 59/2010, art. 16 co. 4-bis, in riferimento all'art. 12 della direttiva 123/2006.

candidati ai fini del rilascio dell'autorizzazione all'esercizio dell'attività. Le concessioni dei posteggi nelle aree di mercato risultano ad oggi⁵⁸ valide fino al 31 dicembre 2032⁵⁹. Ciò in evidente contrasto con le disposizioni europee per cui il titolo autorizzativo deve essere rilasciato per una durata di tempo proporzionata, non rinnovabile automaticamente e senza che ai fini della selezione siano accordati vantaggi al titolare uscente o motivati da particolari legami con quest'ultimo⁶⁰.

L'esclusione della procedura di confronto competitivo per l'assegnazione di beni demaniali destinati ad attività economica – in particolare per la concessione in uso di porzioni del suolo pubblico ai fini dell'esercizio di una attività di carattere economico⁶¹ – è in contrasto con la libertà di stabilimento (art. 49 TFUE), quale libertà fondamentale dell'Unione, il cui godimento è inficiato tanto da restrizioni oggettive – cioè applicate alla totalità delle persone, indipendentemente da trattamenti di tipo

⁵⁸ In seguito a una serie di successive proroghe, da ultimo per ulteriori dodici anni. Prima della proroga da ultimo intervenuta, le concessioni risultavano in essere fino al 31 dicembre 2020, in virtù di quanto disposto con l. 145/2018 (legge di bilancio 2019), co. 686. La legge di bilancio 2019 abroga anche l'art. 70 del D.lgs. 59/2010, il quale prevedeva che in sede di Conferenza unificata Stato-Regioni fossero individuati, anche in deroga all'art. 16 d.lgs. 59/2010 e senza discriminazioni basate sulla forma giuridica dell'impresa, i criteri per il rilascio e il rinnovo delle concessioni dei posteggi per l'esercizio del commercio su aree pubbliche. L'intesa Stato-Regioni del 5 luglio 2012 stabiliva quale criterio prioritario di assegnazione quello della maggiore professionalità acquisita, definita in base all'anzianità di esercizio dell'impresa, anche nello specifico posteggio oggetto di selezione, con un peso nella valutazione pari ad almeno il 40%. Il 24 gennaio 2013 veniva adottato un documento delle regioni e province autonome, con cui era proposta l'adozione di una durata uniforme a livello nazionale per le concessioni di posteggi, pari a 12 anni. Tale durata era ritenuta adeguata anche al fine di consentire il recupero degli investimenti effettuati da parte dei concessionari. L'abrogazione dell'art. 70 D.lgs. 59/2010 fa venir meno la procedura dell'intesa in sede di Conferenza unificata, aprendo la strada alla necessità di un generale riordino della disciplina del commercio su aree pubbliche di cui dà conto lo stesso decreto rilancio D.l. n. 34/2020, convertito in legge n. 77/2020, art. 181, co. 4-ter.

⁵⁹ D.l. n. 34/2020, c.d. Decreto Rilancio, convertito in legge n. 77/2020, art. 181, co. 4-bis.

⁶⁰ D.lgs. 59/2010, art. 16 co. 4; art. 12 Dir. 123/06.

⁶¹ L'Autorità garante per la concorrenza e il mercato segnala il settore delle concessioni di posteggi per il commercio su aree pubbliche quale “impenetrabile all'applicazione dei principi della concorrenza (AGCM, AS1730, Boll. 13/2021, p. 56). Appare pertanto necessario capire in cosa si sostanziano tali “principi”, tentando di far ordine distinguendo fra regole di concorrenza, libertà fondamentali dell'Unione, principi generali dell'ordinamento europeo, norme dei Trattati – con effetto *self executing* – e norme costituzionali.

Si parla di norme *self-executing* per indicare quegli atti di diritto dell'Ue che non necessitano di recepimento nell'ordinamento dello Stato membro tramite emanazione di norme di diritto interno. Se per quanto attiene ai Regolamenti UE la diretta applicabilità degli stessi è stata accolta dalla corte costituzionale italiana già a partire dalla sentenza Granital (Corte Cost., 5 giugno 1984, n. 170), solo in seguito venne riconosciuto il carattere di diretta applicabilità delle direttive, nella parte in cui le disposizioni in esse contenute risultino sufficientemente chiare e dettagliate e la direttiva non lasci margine di discrezionalità allo Stato membro nella sua attuazione. La diretta applicabilità opera decorso il termine per il recepimento della direttiva medesima (Corte Cost., 2 febbraio 1990, n. 64; Corte Cost., 18 aprile 1991, n. 168). A ciò si affianca il riconoscimento del diritto della persona la cui posizione soggettiva sia intaccata dal mancato recepimento della direttiva europea di agire nei confronti dello Stato per il risarcimento del danno (C.G.C.E., 19 novembre 1991, cause riunite C 6/90 e C 9/90). Nel recepire gli atti dell'Unione gli Stati membri possono prevedere ulteriori misure o adempimenti, a condizione che ciò non pregiudichi i diritti acquisiti in forza degli atti europei medesimi (C.G.C.E., 6 giugno 1972, C-94/71; C.G.C.E. 31 gennaio 1978, C-94/77).

discriminatorio - quanto dalla soggezione a norme nazionali che violino il principio della parità di trattamento⁶².

Regimi particolari in deroga alla libertà di stabilimento sono infatti legittimi, ove motivati da ragioni di ordine pubblico, pubblica sicurezza, sanità pubblica (art. 52 TFUE) - che può rilevare nel caso dei mercati in relazione all'igiene - o nel caso in cui siano riferite ad attività che partecipino, sia pure occasionalmente, dell'esercizio di pubblici poteri (art. 51 TFUE). Anche quando giustificate, le misure di effetto equivalente non possono mai costituire un mezzo di discriminazione arbitraria o di discriminazione dissimulata, che può derivare da una applicazione discriminatoria delle norme in oggetto o da una applicazione che, pur uniforme, renda gli scambi più onerosi per gli operatori stabiliti in determinati Stati membri⁶³. Costituiscono una misura con effetto equivalente alla restrizione degli scambi anche discipline che alterino la procedura selettiva per le concessioni demaniali, impedendo l'accesso alle concessioni a qualsiasi soggetto che non ne sia già beneficiario.

La necessità di prevedere una durata limitata delle concessioni e di seguire criteri di aggiudicazione che non privilegino i concessionari uscenti ha il fine di non alterare il mercato interno, il cui funzionamento si fonda tanto sulle libertà fondamentali dell'Ue – libera circolazione di persone (art. 45 TFUE), merci (art. 34 TFUE), servizi (art. 56 TFUE) e capitali (art. 63 TFUE) – quanto sulle regole di concorrenza⁶⁴. Si deve ricordare che il mercato interno è un concetto che riguarda questioni non esclusivamente interne ad uno Stato membro, ossia dotate di un aspetto di transnazionalità⁶⁵. In questo senso, procedure di affidamento delle concessioni demaniali che adottino quale criterio preferenziale quello della maggiore professionalità acquisita, anche con riferimento allo specifico posteggio per cui è indetta la procedura di gara⁶⁶ risultano in contrasto con dette libertà, in quanto operano una evidente restrizione della possibilità di accesso degli operatori alla fruizione del bene demaniale in concessione.

Tale criterio figura tra quelli concordati in sede di Intesa Stato Regioni – al fine di garantire l'applicazione di una disciplina uniforme – da applicare nella procedura di selezione per l'assegnazione di posteggi su aree pubbliche⁶⁷ accanto a ... criterio poi ulteriormente rafforzato dalla previsione⁶⁸ della necessità di stabilire – sempre in sede di conferenza Stato-Regioni – specifiche modalità di assegnazione delle concessioni per coloro che nell'ultimo biennio precedente la procedura abbiano direttamente utilizzato le concessioni quale unica o prevalente fonte di reddito per sé e per il proprio nucleo familiare.

⁶² Lettera della Commissione di messa in mora dell'Italia nella procedura di infrazione C(2008) 4908, relativa al rinnovo automatico delle concessioni balneari; C.G.C.E., 13 luglio 1993, C-330/91; C.G.U.E., 14 luglio 2016, C-458/14 e C-67/15.

⁶³ C.G.C.E., 11 luglio 1974, C-8/74, *Caso Dassonville*; C.G.C.E., 10 febbraio 1979, C-120/78, *Caso Cassis de Dijon*.

⁶⁴ F. TRIMARCHI BANFI, *Il "principio di concorrenza", proprietà e fondamento*, in *Dir. amm.*, fasc. 1-2, 2013, 15 ss.

⁶⁵ S. WEATHERILL, *The Internal Market as a Legal Concept*, cit., 49 ss.

⁶⁶ Art. 1, co 2, lettera a) Intesa in Conferenza unificata Stato-Regioni, 5 luglio 2012.

⁶⁷ Conferenza unificata Stato-Regioni, 5 luglio 2012, in attuazione dell'art. 70, co. 5, d.lgs. 26 marzo 2010, n. 59.

⁶⁸ Commi 1180 e 1181 della legge 27 dicembre 2017, n. 205.

Pensati⁶⁹ per essere applicati *una tantum* al decorrere del primo periodo transitorio in proroga delle concessioni in essere dopo il recepimento nell'ordinamento italiano della direttiva sui Servizi nel mercato interno (fino al 7 maggio o al 6 luglio 2007), con possibilità solo in applicazioni successive alla prima di prescindere dalle riserve di attribuzione al precedente titolare del posteggio⁷⁰, hanno di fatto avuto una applicazione limitata in seguito alla serie di successive proroghe delle concessioni in essere⁷¹, salva la validità delle procedure nel frattempo concluse, a decorrere dal termine di scadenza della proroga⁷².

Anche la durata prolungata – con continue proroghe – dei titoli concessori si pone in contrasto con il principio della rotazione nell'accesso a beni pubblici (scarsi) – ove beni possono essere in proprietà pubbliche o la possibilità di contrattare con enti pubblici – che a ben riflettere hanno radice, in sede europea⁷³, nella medesima tutela della libertà di stabilimento e nelle libertà di circolazione o nelle regole di concorrenza – e più precisamente nel divieto di aiuti di stato (art. 107 TFUE) – nel solo caso in cui si tratti di imprese.

Principi su cui si fondano anche le direttive sui contratti pubblici, che hanno come base giuridica le disposizioni su libertà di stabilimento e libera circolazione dei servizi, mentre a livello costituzionale rilevano la libertà di iniziativa economica (art. 41 Cost) e il principio di non discriminazione (art. 3 Cost.), da cui appare evidente la derivazione dei primi⁷⁴.

⁶⁹ Ulteriormente definiti nel documento unitario delle Regioni e Province Autonome, approvato in data 24 gennaio 2013, che non corrisponde ad alcuna previsione normativa e che contiene indicazioni che recano.

⁷⁰ Risoluzione n. 34181, 9 febbraio 2016, del Ministero dello sviluppo economico; Conferenza unificata Stato-Regioni, 5 luglio 2012, punto 8.

⁷¹ D.l. 30 dicembre 2016, n. 244, art. 6, convertito in l. 27 febbraio n. 19, che ha prorogato le concessioni al 31 dicembre 2018; l. 27 dicembre 2017, n. 205, art. 1 co. 1180 e 1181, che ha prorogato le concessioni al 31 dicembre 2020; D.l. 19 maggio 2010, n. 34 (Decreto rilancio), convertito in l. 17 luglio 2020, n. 77, che proroga al 31 dicembre 2032 le concessioni in essere.

⁷¹ Risoluzione n. 87935, 7 marzo 2018, del Ministero dello sviluppo economico.

⁷² Risoluzione n. 87935, 7 marzo 2018, del Ministero dello sviluppo economico.

⁷³ Le direttive sui contratti pubblici 2014/24/UE del Parlamento e del consiglio hanno base giuridica negli articoli 53, par. 1, TFUE (libertà di stabilimento), 62 TFUE (libera circolazione di servizi) e 114 TFUE.

⁷⁴ Il nucleo di diritti e delle libertà fondamentali, risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri e che fanno parte del diritto dell'Unione in quanto principi generali (art. 6 TUE), hanno oggi lo stesso valore giuridico dei Trattati in quanto contemplati nella carta di Nizza (2004) cui tale valore è riconosciuto con il Trattato di Lisbona. Non contemplati originariamente dai Trattati, tali diritti e principii sono stati inizialmente introdotti nell'ordinamento dell'Unione tramite un lavoro interpretativo della Corte di Giustizia che ha ricostruito i principi generali del diritto comunitario, comprensivi dei diritti fondamentali della persona (C.G.C.E., 12 novembre 1969, C-29/69, par. 7) dalle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri (C.G.C.E., 13 dicembre 1979, C-44/79). Si veda anche: C.G.C.E., 27 settembre 1979, C-230/78. Alcune disposizioni dei Trattati operano un esplicito richiamo ai principi generali comuni agli Stati membri, come riferimento della disciplina di specifiche materie (ad es.: art. 340, co. 2 TFUE, in materia di responsabilità extracontrattuale). Si vedano, per tutti: D.U. GALETTA, *La tutela dei diritti fondamentali (in generale, e dei diritti sociali in particolare) nel diritto UE dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 1175 ss.; ID., *Il principio di proporzionalità fra diritto nazionale e diritto europeo (e con uno sguardo anche al di là dei confini del diritto dell'Unione europea)*, cit., 907 ss.; C. PINELLI, *Controlimiti e principi supremi*, in *Giur. Cost.*, fasc. 1, 2019, 491 ss.

Nell'ambito delle vicende normative che vedono i mercati regionali al centro delle diatribe sull'applicazione della Direttiva Bolkestein, in seguito alla più recente proroga⁷⁵ delle concessioni (al 31 dicembre 2032) e all'adozione delle linee guida per il rinnovo - pressoché automatico) delle stesse⁷⁶, il comune di Roma Capitale - sulla scorta del parere dell'Autorità garante per la concorrenza e il mercato - non applicando⁷⁷ la normativa interna in contrasto - secondo predetto parere e secondo la più recente giurisprudenza amministrativa e europea - con il diritto dell'Unione, ha provveduto in auto-annullamento fermando il procedimento di rinnovo delle concessioni mercatali in essere. I ricorsi avverso tale determina non hanno ad oggi trovato accoglimento⁷⁸, sebbene - in accordo con quanto stabilito dal Consiglio di Stato in adunanza plenaria che, al fine di modulare gli effetti della cessazione delle concessioni demaniali marittime e di consentire un riordino normativo della materia e la predisposizione delle procedure di gara da parte delle amministrazioni, aveva fissato un termine per tali concessioni al 31 dicembre 2023⁷⁹ - anche per i mercati di Roma sia stata stabilita una proroga delle concessioni alla medesima data.

3. Interesse transfrontaliero e definizione di bene scarso

Al di là delle più recenti vicende normative e giurisprudenziali relative alla concessione degli stalli nell'ambito dei mercati e all'esito che tali vicende di fatto avranno - merita affrontare il tema relativo all'applicabilità della direttiva sui servizi nel mercato interno al caso delle concessioni dei posteggi nei mercati. Si può innanzitutto notare come tanto la giurisprudenza, quanto l'Autorità garante per la concorrenza e il mercato si siano pronunciate sulla caratterizzazione del bene mercato in quanto scarso⁸⁰, facendo da ciò derivare la necessità di applicazione della Direttiva sui servizi nel mercato interno. È ricorrente il richiamo alle pronunce della Corte di Giustizia dell'Unione⁸¹ e del Consiglio di Stato⁸² e alla sanzione di illegittimità del rinnovo automatico delle concessioni demaniali, in quanto tale meccanismo risulta contrastare

⁷⁵ D.l. n. 34/2020, convertito in l. 77/2020, art. 181 co. 4 bis.

⁷⁶ Decreto del Ministero per lo sviluppo economico del 25 novembre 2020, mediante il quale il Ministero, sentite le Regioni, Le Associazioni di categoria del Commercio maggiormente rappresentative a livello nazionale e l'ANCI ha approvato le linee guida per il rinnovo delle concessioni dei posteggi per l'esercizio del commercio su aree pubbliche aventi scadenza al 31 dicembre 2020, rinnovo previsto per 12 anni.

⁷⁷ La non applicazione di norme di diritto interno che contrastino con il diritto europeo deve avvenire ad opera non solo del giudice, ma altresì delle autorità amministrative, con riferimento sia a Regolamenti europei, sia a direttive "self-executing", come è riconosciuta la direttiva Bolkestein, in virtù della specificità delle disposizioni in essa contenute - e in particolare all'art. 12. Se infatti si considerasse tale inapplicazione spettante al solo giudice (nel singolo caso di specie) si dovrebbe ritenere che l'amministrazione sia tenuta all'adozione di atti amministrativi illegittimi, destinati all'annullamento in sede giurisdizionale. Così: Cd.S., Ad plen, 9 novembre 2021, n. 17/2021; Cd.S., Ad plen, 9 novembre 2021, n. 18/2021; Tar Lazio - Roma, 25 gennaio 2022, n. 801, che riprende C.G.U.E., 15 maggio 2008, C-147/06.

⁷⁸ Tar Lazio - Roma, 25 gennaio 2022, n. 801.

⁷⁹ Cd.S., Ad plen, 9 novembre 2021, n. 17/2021; Cd.S., Ad plen, 9 novembre 2021, n. 18/2021.

⁸⁰ Tar Lazio - Roma, 25 gennaio 2022, n. 801; AGCM, AS1720.

⁸¹ C.G.U.E., 14 luglio 2016, C-458/14 e C-67/15.

⁸² Cd.S., Ad plen, 9 novembre 2021, n. 17/2021; Cd.S., Ad plen, 9 novembre 2021, n. 18/2021.

con le disposizioni del Trattato sulla libertà di stabilimento (art. 49 TFUE) e con la Direttiva servizi (art. 12).

D'altro canto, tali richiamate pronunce si riferiscono ad una fattispecie differente - quella delle concessioni demaniali - relativamente alla quale è stata riscontrata non solo la sussistenza del requisito della scarsità, condizione per la rilevanza della disciplina sui servizi in riferimento alla fattispecie in esame, ma anche quello della transnazionalità, che è condizione necessaria per la rilevanza della disciplina europea non solo sui servizi, ma in generale sul mercato interno. Tali valutazioni risultano invece assenti in relazione alle concessioni mercatali, mancanza che risulta difficilmente colmabile tramite un'analogia fra le concessioni delle spiagge e quelle relative ai banchi nei mercati nazionali, per la distanza tra le due fattispecie, che apparirà maggiormente evidente alla luce dei criteri sulla base dei quali si effettuano le valutazioni sulla sussistenza o meno di un interesse transfrontaliero.

La disciplina delle concessioni dei posteggi nei mercati, quale concessione di bene demaniale connessa all'esercizio di una attività di servizi - ossia da cui l'esercizio dell'attività di vendita nell'ambito del mercato dipende - è disciplina nazionale rientrante nella materia di competenza concorrente dell'Unione sulla creazione del mercato interno e nella materia trasversale di competenza esclusiva dell'Unione sulla definizione delle regole di concorrenza. In quanto tale, è regolata dalle norme dei Trattati concernenti le libertà fondamentali dell'Ue e in particolare richiede il rispetto delle condizioni affinché non sia limitata la libertà di stabilimento negli Stati membri (art. 49 TFUE).

È però da considerare che nei settori che abbiano costituito oggetto di un'armonizzazione completa a livello dell'Unione, le misure nazionali devono essere valutate in rapporto non alle disposizioni del diritto primario, ma a quelle della disciplina di armonizzazione⁸³. Tale risulta la direttiva sui servizi nel mercato interno, nel cui campo di applicazione rientra la concessione degli stalli mercatali, ove siano soddisfatte le condizioni della scarsità del bene concesso e della sussistenza di un interesse transfrontaliero all'accesso ai mercati.

Il concetto di scarsità deve essere considerato in termini non assoluti, ma relativamente alla capacità di attrazione di domanda che il bene stesso presenta, il che coinvolge la valutazione di aspetti qualitativi oltre che quantitativi⁸⁴. Con riferimento al caso dei mercati, il concetto di scarsità assume un significato peculiare. Il numero di autorizzazioni all'esercizio del commercio ambulante non è di per sé limitato. Lo diventa se si considerano le sole autorizzazioni c.d. di tipo A, ossia al commercio ambulante con concessione pluriennale di posteggio.

All'interno di ciascun mercato comunale, infatti, una quota di posteggi è riservata alle concessioni pluriennali, mentre i restanti stalli sono assegnati giornalmente agli ambulanti in possesso di autorizzazione all'esercizio dell'attività di commercio, per una determinata categorie merceologica. Ciò basterebbe di per sé ad escludere la sussistenza della condizione richiesta per l'applicazione della disciplina specifica sulla selezione dei candidati, che comporta la necessaria adozione di procedure tali da garantire imparzialità e trasparenza e che prevedano un'adeguata pubblicità dell'avvio della procedura e del suo svolgimento e completamento, la durata limitata

⁸³ C.G.C.E., 30 aprile 2014, C-475/12, punto 63.

⁸⁴ Così: Cd.S., Ad plen, 9 novembre 2021, n. 17/2021; Cd.S., Ad plen, 9 novembre 2021, n. 18/2021, che riprende C.G.U.E., 15 maggio 2008, C-147/06.

dell'autorizzazione (il che si traspone, nel caso di specie, alla durata della concessione) e che escluda il rinnovo automatico o altri vantaggi al prestatore uscente o a persone che con tale prestatore abbiano particolari legami⁸⁵ - salva la necessità di valutare i margini per l'applicazione del codice dei contratti pubblici.

Ragionando sul numero di posteggi, più che su quello delle autorizzazioni, si nota come si tratti certamente di una quantità finita, non però, come nel caso delle spiagge, in ragione di una effettiva impossibilità fisica di aumentarne il numero: è infatti l'amministrazione comunale che pianifica la rete mercatale, stabilendo le dimensioni di ciascun mercato, che possono essere modificate nel tempo - dunque con un aumento del numero di stalli. L'attività tanto di pianificazione, quanto di gestione della rete mercatale da parte del Comune comporta la variazione del numero di posteggi ed è particolarmente rilevante ai fini della definizione della scarsità del bene mercatale.

L'istituzione di nuovi mercati o la trasformazione di aree mercatali - rientranti nella definizione di mercati come beni demaniali - in aree a copertura commerciale, con sdemanializzazione del mercato. Ha infatti carattere tipicamente gestionale ed è di competenza dirigenziale - in quanto atto non politico - il provvedimento di sdemanializzazione⁸⁶. Sorgono quindi dei dubbi sull'effettiva possibilità di ricondurre le concessioni dei posteggi alla fattispecie normativa in discorso, dubbi che perdono però interesse in assenza di una valutazione sulla natura transnazionale dell'interesse per le procedure di concessione dei posteggi.

Quanto alla sussistenza di un interesse transfrontaliero, questa viene valutata caso per caso dall'amministrazione che si appresti alla contrattazione⁸⁷. Parametri indicativi della sussistenza di un interesse transnazionale sono generalmente l'importo del contratto, il luogo di esecuzione, le caratteristiche tecniche e ai beni oggetto del contratto. a ciò si può aggiungere l'esistenza di denunce presentate da operatori ubicati in altri Stati membri⁸⁸. La definizione in via normativa di standard per il riconoscimento di un interesse transfrontaliero, pur ammessa, crea un automatismo solo in senso positivo - ossia nel caso in cui la transnazionalità sia riconosciuta per sussistenza dei presupposti di legge - mentre non pare liberare l'amministrazione da una verifica sul caso di specie, ove la valutazione sulla base dei criteri normativi escluda l'interesse medesimo⁸⁹.

Alcune indicazioni per la valutazione della sussistenza di un interesse transnazionale sono presenti a livello normativo nel codice dei contratti pubblici, che

⁸⁵ Dir. n. 123/06, art. 12.

⁸⁶ F. TRESCA, *La circolazione dei beni dello Stato*, in *Riv. notariato*, 2018, 193 ss.

⁸⁷ Così: Cd.S., Ad plen, 9 novembre 2021, n. 17/2021; Cd.S., Ad plen, 9 novembre 2021, n. 18/2021, che riprende C.G.U.E., 15 maggio 2008, C-147/06, par. 30-31; C.G.U.E., V sez, 14 luglio 2016, C-458/14 e C-67/15; Si vedano: M. GOLA, *Il Consiglio di Stato, l'Europa e le "concessioni balneari": si chiude una - annosa - vicenda o resta ancora aperta?*, cit.; F. FERRARO, *Diritto dell'Unione europea e concessioni demaniali*, cit.; G. MORBIDELLI, *Stesse spiagge, stessi concessionari?*, cit.

⁸⁸ C.G.U.E., 6 ottobre 2016, C-318/15.

⁸⁹ C.G.U.E., 21 luglio 2005, causa C-231/03, punto 20: Una normativa può certamente stabilire, a livello nazionale o locale, criteri oggettivi che indichino l'esistenza di un interesse transfrontaliero certo. Tali criteri potrebbero sostanziarsi, in particolare, nell'importo di una certa consistenza dell'appalto in questione, in combinazione con il luogo di esecuzione dei lavori. Si potrebbe altresì escludere l'esistenza di un tale interesse nel caso, ad esempio, di un valore economico molto limitato dell'appalto in questione. È tuttavia necessario tenere conto del fatto che, in alcuni casi, le frontiere attraversano centri urbani situati sul territorio di Stati membri diversi e che, in tali circostanze, anche appalti di valore esiguo possono presentare un interesse transfrontaliero certo.

peraltro non si applica alle concessioni di beni, se non nella definizione dei principi generali cui l'amministrazione deve in ogni caso attenersi nelle procedure per l'affidamento, ove si riscontri la sussistenza di un interesse transnazionale: economicità, efficacia, imparzialità, parità di trattamento, trasparenza, proporzionalità, pubblicità, tutela dell'ambiente ed efficienza energetica⁹⁰.

La fissazione delle soglie di rilevanza per l'applicazione delle norme europee tiene conto delle indicazioni fornite nelle direttive sui contratti di appalto e concessione relativamente alle tipologie dei contratti e al valore minimo degli stessi per ritenere che l'interesse transfrontaliero sussista⁹¹. Per determinate categorie di servizi, come ad esempio taluni servizi sociali, sanitari e scolastici è la loro stessa natura a conferire agli stessi un una dimensione limitatamente transfrontaliera, in quanto prestati in un contesto culturale ben definito e caratteristico di ciascuno Stato membro, che rappresenta esso stesso una barriera alla circolazione dei servizi⁹².

In casi simili, l'esistenza di un interesse transfrontaliero può sussistere per situazioni contingenti, come l'esistenza di finanziamenti europei in relazione alla specifica attività di servizio⁹³. In altri casi, indipendentemente dal rilievo strategico del luogo in cui la stazione appaltante ha sede o in cui si colloca il bene concesso, la vicinanza stessa alla frontiera o l'esistenza di agglomerati urbani che si sviluppano a cavallo del confine fra due Stati membri comporta il sussistere di un rilievo transfrontaliero⁹⁴.

L'interesse transfrontaliero richiesto ai fini dell'applicazione della normativa europea è definito come "certo", il che fa propendere per una valutazione caso per caso sulla sussistenza dello stesso, con poco spazio agli automatismi. Con riferimento ai mercati, la valutazione riguarda la natura particolare di ciascuno di essi, le dimensioni, la collocazione geografica, che rendono il senso delle grandi differenze che sussistono fra mercati. Si pensi ad esempio al mercato torinese di Porta Palazzo - comunale, ma che non può definirsi rionale - le cui dimensioni e ampiezza nell'offerta merceologica può far presumere l'esistenza di un interesse transfrontaliero o al mercato di capoluoghi di province di frontiera, che per la propria dimensione e posizione geografica sono meta di commercianti stabiliti in altro Stato membro - può essere questo il caso del mercato di Cuneo. L'amministrazione che si appresti a concedere posteggi nei mercati comunali dovrà pertanto effettuare un'istruttoria che tenga conto delle informazioni a disposizione - o comunque ricavabili - sugli spostamenti di persone da e verso il mercato e sulle rispettive provenienze. In tal modo l'istruttoria risulterà completa e l'atto di concessione non viziato da eccesso di potere.

L'interesse transfrontaliero sta alla base non solo dell'applicazione della direttiva sui servizi nel mercato interno, ma presiede al necessario rispetto delle disposizioni del Trattato sulle libertà di circolazione nell'Unione - che costituiscono il cardine dell'Unione europea e del mercato interno - con particolare riguardo alla libertà di stabilimento (art. 49 TFUE) e alla necessità di osservare i principi di non

⁹⁰ D. lgs. 50/2016, art. 4.

⁹¹ Dir. 23/2014, cons. 23. La presente direttiva dovrebbe applicarsi unicamente ai contratti di concessione il cui valore sia pari o superiore a una determinata soglia, che dovrebbe riflettere il chiaro interesse transfrontaliero delle concessioni per gli operatori economici con sede in Stati membri diversi da quello dell'amministrazione aggiudicatrice o dell'ente aggiudicatore.

⁹² Dir. 24/2014, cons. 114-115.

⁹³ Dir. 24/2014, cons. 114-115.

⁹⁴ C.G.U.E., 21 luglio 2005, causa C-231/03, punto 20. Si veda anche C.d.S., Sezione Consultiva per gli affari normativi, affare n. 0424/2019, Parere richiesto dall'ANAC sulle linee guida n. 4 sulle procedure di affidamento dei contratti pubblici sottosoglia.

discriminazione in base alla nazionalità e di parità di trattamento e l'obbligo di trasparenza da ciò derivato.

Integrano un trattamento discriminatorio - e risultano pertanto illegittime - non solo norme che prevedano condizioni di accesso al bene demaniale – dunque all'attività economica cui lo stesso è funzionale – differenti a seconda dello Stato membro di provenienza dell'operatore economico, ma anche disposizioni che pur applicate uniformemente ad ogni operatore, rendano di fatto l'accesso a una determinata attività più difficoltoso per taluni operatori, in base alla provenienza da taluni Stati membri, in ragione delle condizioni oggettive relative alla disciplina dell'attività in questione nello Stato membro di provenienza - ad esempio perché si generi una duplicazione degli adempimenti burocratici per l'accesso a una attività⁹⁵. In tal senso, il meccanismo di rinnovo automatico delle concessioni e i criteri che favoriscano concessionari uscenti risultano contrastare con il diritto dell'Unione, sol che un interesse transnazionale certo sia riscontrabile e indipendentemente dall'effettiva scarsità del bene in concessione⁹⁶.

4. La direttiva Bolkestein e la liberalizzazione dei servizi nel mercato interno. Il sistema delle autorizzazioni e la pianificazione commerciale.

La direttiva sui servizi nel mercato interno è una norma di diritto derivato dell'Unione, volta ad agevolare l'esercizio di una libertà sancita nei Trattati – la libertà di stabilimento – avente già di per sé carattere *self-executing*⁹⁷. Nel fare ciò, intende

⁹⁵ Parlamento Europeo, Direzione generale politiche interne, Concessioni balneari in Italia e Direttiva 2006/123/CE nel contesto europeo, 29-30; C.G.U.E., 14 luglio 2016, C-458/14 e C-67/15. Una misura di effetto equivalente a restrizioni alle libertà di circolazione o alla libertà di stabilimento può derivare da normative nazionali che siano applicate in modo discriminatorio (situazioni equivalenti trattate in modo differente, in particolare a seconda dello Stato membro di appartenenza o stabilimento: argomento della discriminazione). Restrizioni di tal genere possono derivare da normative nazionali che possano ostacolare direttamente o indirettamente, in atto o in potenza, gli scambi intracomunitari, indipendentemente da un'applicazione di tipo discriminatorio (argomento della restrizione): Conclusioni dell'Avv. Gen. M. Bobek, 14 dicembre 2017, C-382/16; C.G.U.E., 15 luglio 2021, C-190/20 (caso risolto sulla base dell'argomento della misura discriminatoria); C.G.U.E., 21 gennaio 2010, C-311/08; C.G.U.E., 15 maggio 1997; C 250/95; C.G.U.E., 30 novembre 1995, C-55/94.

⁹⁶ C-8/74, Caso *Dassonville*: in assenza di normativa comunitaria che regoli la provenienza d'origine dei prodotti commerciati nel mercato interno, gli Stati membri possono stabilire regole interne che non ostacolino il commercio fra Stati membri, consentendo l'accessibilità ad ogni cittadino. Non così la normativa belga in quanto la stessa impone formalità cui solo gli importatori diretti possono rispondere senza gravi difficoltà. È misura di effetto equivalente ad una restrizione incompatibile con l'Ue ove uno Stato membro richieda un certificato d'origine più facilmente ottenibile da un importatore diretto, piuttosto che non da chi abbia acquistato regolarmente il medesimo prodotto in un altro Stato membro, diverso dal Paese d'origine, dove pure esso si trovava già in libera pratica (per via della normativa interna più permissiva dello stato stesso). Più di recente: C.G.U.E., 1° ottobre 2020, C-649/18; C.G.C.E., 18 settembre 2003, C-416/00.

⁹⁷ Sia le autorità amministrative, sia i giudici nazionali incaricati di applicare, nell'ambito delle loro rispettive competenze, le norme del diritto dell'Unione, hanno l'obbligo di garantire la piena efficacia di tali norme C.G.U.E., 5 marzo 2019, *Eesti Pagar*, C-349/17. Sulla diretta applicabilità delle norme del Trattato in materia agricola: C.G.C.E., 21 marzo 1972, C-81/71; Concl. Avv. gen. A. Trabucchi in C-2/73; B. NASCIBENE, *Commento a sentenza C.G.C.E., 12 luglio 1973, C-2/73*, in *Foro it.*, vol. 97, 1974, 11-22.

limitare l'intervento pubblico nell'economia, intervento che si sostanzia tradizionalmente in regole di accesso al mercato: atti di assenso – quali autorizzazioni, nulla osta, abilitazioni – e atti di concessione - in aree riservate al potere pubblico o in caso di scarsità delle risorse⁹⁸.

Le autorizzazioni sono definite come atti che rendono possibile l'esercizio di un diritto⁹⁹ che già appartiene al destinatario del provvedimento autorizzativo, in ciò distinguendosi – ad esempio – dalle concessioni che fanno sorgere un diritto nuovo in capo al concessionario. Il diritto esistente non può essere esercitato fintanto che l'autorizzazione non sia stata accordata, rimuovendo un limite cui il diritto stesso è soggetto¹⁰⁰.

Il potere di autorizzazione è definito discrezionale, anche se il rilascio della stessa dipende dalla verifica sul possesso dei requisiti stabiliti dalla legge per l'esercizio di una determinata attività. Il diritto sorge in capo all'individuo già soggetto al limite definito dalla legge (la legge statale definisce i diritti, i limiti agli stessi e i corrispondenti poteri della p.a.), che attribuisce all'amministrazione il potere non tanto di rimuovere discrezionalmente il limite, quanto di valutare la rispondenza dell'attività dell'individuo ai parametri (standard) definiti dall'ordinamento per ragioni di interesse pubblico¹⁰¹.

Con riferimento allo svolgimento di attività economiche, le autorizzazioni garantiscono controlli sulla sussistenza dei presupposti stabiliti dalla legge per l'esercizio dell'attività medesima¹⁰². Tali presupposti sono volti alla tutela di interessi ulteriori rispetto a quello di iniziativa economica privata, e consentono un bilanciamento fra interessi che si possono trovare di fatto contrapposti. Si pensi alla necessità di tutela della salute pubblica, che comporta controlli di tipo igienico sull'attività di somministrazione di alimenti e bevande, o alla necessità di tutelare l'ambiente¹⁰³, esercitando attività industriali nel rispetto dei limiti di emissioni o di standard di produzione, imposti dal legislatore al fine di preservare la salubrità dell'aria.

L'interesse contrapposto alla libertà che viene limitata può caratterizzarsi in modo differente. A ragioni imperative di interesse pubblico si accostano interessi non imperativi (vedere come sono definiti interessi imperativi)¹⁰⁴ o parziali. L'Ordinamento dell'Unione europea, già con i Trattati e poi con la disciplina sui servizi nel mercato interno (direttiva n. 123/2006, c.d. Bolkestein) ha posto in evidenza la necessità di graduare tali interessi, in modo tale che la libertà di iniziativa economica privata sorga

⁹⁸ G. CORSO, *Attività economica privata e deregulation*, in *Riv.trim.dir.pubbl.*, 1998, 633.

⁹⁹ P. GASPARRI, voce *Autorizzazione*, in *Enc. del diritto*, vol. IV, Giuffrè, Milano, 1959.

¹⁰⁰ C. DAL PIAZ, *Il trasferimento delle autorizzazioni e concessioni amministrative*, Giappichelli, Torino, 1962, 17.

¹⁰¹ Ibid.

¹⁰² P. GASPARRI, voce *Autorizzazione*, cit.; A. NEGRELLI, *Accesso al mercato e autorizzazioni amministrative nazionali*, Giuffrè, Milano, 2016, 271 ss.

¹⁰³ R. LOMBARDI, *Principi di diritto ambientale, funzioni amministrative ed enti locali: dal "diritto degli spazi" al "diritto del territorio"*, in *Principi generali del diritto amministrativo ed autonomie territoriali*, a cura di F. Astone, M. Caldarera, F. Manganaro, A. Romano Tassone, F. Saitta, Giappichelli, Torino, 2007. R. LOMBARDI, *Ambiente e mercato: note minime per una nuova prospettiva d'indagine sui beni comuni*, in *Scritti in onore di Franco Bassi*, Vol. II, Edizione Scientifiche Italiane, Napoli, 2015, 1451-1478.

¹⁰⁴ Vedi A. NEGRELLI, *Accesso al mercato e autorizzazioni amministrative nazionali*, cit., 266-7; Dir. n. 123/2006, cons. 54.

limitata da quei soli vincoli posti da ciascuno Stato membro a tutela di interessi generali imperativi¹⁰⁵.

Così le autorizzazioni accordate *a priori* (preventive) rispetto all'esercizio della libertà (condizionata) consistente nell'accesso ad una attività di servizi presuppongono la sussistenza dei requisiti richiesti, che devono risultare necessari, non discriminatori (in base alla nazionalità) e proporzionati rispetto all'obiettivo di tutela di un interesse imperativo generale¹⁰⁶. La nozione di motivi imperativi di interesse generale si riferisce all'elaborazione giurisprudenziale della Corte di Giustizia, principalmente con riferimento alla libertà di stabilimento¹⁰⁷ e alla materia agricola¹⁰⁸.

Comprende la tutela dell'ordine pubblico, della pubblica sicurezza e della sanità pubblica, il mantenimento dell'ordine sociale, gli obiettivi di politica sociale, la tutela dei destinatari di servizi, la tutela dei consumatori, la tutela dei lavoratori, compresa la protezione sociale dei lavoratori, il benessere degli animali, la salvaguardia dell'equilibrio finanziario del regime di sicurezza sociale, la prevenzione della frode, la prevenzione della concorrenza sleale, la protezione dell'ambiente e dell'ambiente urbano, compreso l'assetto territoriale in ambito urbano e rurale, la tutela dei creditori, la salvaguardia della sana amministrazione della giustizia, la sicurezza stradale, la tutela della proprietà intellettuale, gli obiettivi di politica culturale, compresa la salvaguardia della libertà di espressione dei vari elementi presenti nella società e, in particolare, dei valori sociali, culturali, religiosi e filosofici, la necessità di assicurare un elevato livello di istruzione, il mantenimento del pluralismo della stampa e la politica di promozione della lingua nazionale, la conservazione del patrimonio nazionale storico e artistico, e la politica veterinaria¹⁰⁹.

Istituti di semplificazione erano già stati introdotti nell'ordinamento italiano prima del recepimento della direttiva sui servizi: si pensi alla dichiarazione di inizio attività o all'istituto del silenzio assenso che si rispecchiano in quello che sarebbe poi stato il *favor* dell'Unione per istituti che spostino il controllo sull'attività intrapresa ad un momento successivo rispetto all'inizio dell'attività¹¹⁰ o nella previsione per cui in mancanza di risposta entro un determinato termine da parte dell'autorità competente per i controlli, l'autorizzazione si dovrebbe considerare rilasciata¹¹¹. Come già accennato, un provvedimento espresso da rilasciarsi *a priori* è oggi ammesso solo nel caso in cui ciò sia motivato dalla tutela di motivi imperativi di interesse generale, compresa la tutela di interessi legittimi di terzi¹¹².

¹⁰⁵ Dir. n. 123/2006.

¹⁰⁶ Dir. n. 123/2006, cons. 54.

¹⁰⁷ Art. 49 TFUE.

¹⁰⁸ Art. 43 TFUE.

¹⁰⁹ Dir. n. 123/2006, cons. 40.

¹¹⁰ Dir. n. 123/06, cons. 54.

¹¹¹ Dir. n. 123/06, cons. 63.

¹¹² Ciò in particolare con riferimento alla possibilità di mantenere un regime di autorizzazione espressa: Dir. n. 123/06, cons. 54. La direttiva precisa che, se giustificato, possano essere mantenuti regimi per cui in mancanza di risposta da parte dell'autorità competente, la domanda si considera respinta, salva la possibilità di impugnare tale rifiuto di fronte alle giurisdizioni competenti. Si veda: V. PARISIO, *Direttiva Bolkenstein, silenzio assenso, d.i.a., liberalizzazioni temperate, dopo la sentenza del Consiglio di Stato*, A.P. 29 luglio 2011 n. 155, in *Foro amm.-T.A.R.*, 2011, 2978.

Il silenzio assenso, già previsto nella legge sul procedimento amministrativo (l. n. 241/90, art. 20) inizialmente come applicabile in casi limitati, espressamente previsti dalla legge, per poi essere generalizzato nella sua applicazione (l. n. 80/2005), era escluso già originariamente per le ipotesi di tutela di interessi sensibili¹¹³, dal momento che un provvedimento espresso risulta maggiormente idoneo alla verifica del processo valutativo da parte dell'amministrazione sulla sussistenza di un pericolo per gli interessi tutelati.

Il recepimento della Direttiva europea sui servizi nel mercato interno – con un intervento su norme generali anziché una ridefinizione della normativa di settore - ha comportato l'assunzione della D.I.A. (oggi S.C.I.A.)¹¹⁴ ad istituto di generale applicazione¹¹⁵, con l'anticipazione dell'inizio attività da parte del dichiarante al momento della presentazione della dichiarazione medesima – senza cioè la necessaria dilazione di trenta giorni¹¹⁶.

Ancora, la liberalizzazione del commercio aveva portato a sostanziali modifiche nella disciplina interna, con l'introduzione di innovazioni apportate alla disciplina del commercio già dalla fine degli anni '90. Il sistema previgente prevedeva, accanto alle licenze per l'abilitazione soggettiva, il condizionamento del rilascio delle autorizzazioni alla rispondenza a piani commerciali elaborati a livello locale (comunale)¹¹⁷, con una generale restrizione all'accesso all'attività commerciale¹¹⁸. Furono pertanto dapprima introdotti meccanismi autorizzativi anche in deroga alla pianificazione commerciale, in favore degli operatori già in attività¹¹⁹. Solo successivamente, un'inversione di tendenza portò alla semplificazione dei procedimenti di autorizzazione, con l'introduzione del silenzio-assenso per apertura, ampliamento e trasferimento dell'esercizio commerciale¹²⁰ e poi con l'eliminazione della pianificazione commerciale¹²¹. Alla base della riforma vi era la necessità di contenere la crescita dei prezzi e frenare uno sviluppo del mercato che appariva distorto dai forti blocchi all'ingresso¹²². Obiettivi quali trasparenza del mercato, concorrenza, libertà di impresa e di circolazione delle merci, tutela del consumatore, efficienza e sviluppo della rete distributiva, contenimento dei

¹¹³ L. n. 241/90, art. 20, co. 4: il silenzio non vale mai assenso nel caso di procedimenti riguardanti patrimonio culturale e paesaggistico, ambiente, tutela del rischio idrogeologico, difesa nazionale, pubblica sicurezza, immigrazione, asilo e cittadinanza, salute e pubblica incolumità.

¹¹⁴ L. n. 241/90, art. 19; istituto introdotto con d.l. n. 78/2010 e ritoccato con il D.lgs. 59/2010.

¹¹⁵ D.lgs. 59/2010, art. 17.

¹¹⁶ V. PARISIO, *Direttiva Bolkenstein, silenzio assenso, d.i.a., liberalizzazioni temperate, dopo la sentenza del Consiglio di Stato*, cit., 2978.

¹¹⁷ R.D. 16 dicembre 1926, n. 2174, prevedeva un sistema di licenze amministrative; la programmazione commerciale è stata introdotta con l. 11 giugno 1971, n. 426. La regolamentazione in materia di commercio, fino al 1988, era contenuta nella l. 11 giugno 1971, n. 426 e nel d.m. 4 agosto 1988, n. 375.

¹¹⁸ L. CICI, *La liberalizzazione del commercio. Principi, requisiti soggettivi e tipologie merceologiche*, in *Gior. Dir. amm.*, fasc. 7, 1998, 618.

¹¹⁹ L. CICI, *La liberalizzazione del commercio. Principi, requisiti soggettivi e tipologie merceologiche*, cit., 618.

¹²⁰ L. n. 537/1993; DPR18 aprile 1994, n. 384.

¹²¹ D.lgs. 114/1998.

¹²² Autorità garante della concorrenza e del mercato, *Relazione presentata al Presidente del Consiglio dei Ministri, Regolamentazione della distribuzione commerciale e concorrenza*, gennaio 1993.

prezzi portarono all'introduzione di istituti volti a favorire la libera circolazione di merci e servizi e la libertà di iniziativa economica (d.lgs. 114/1998, art. 2).

L'intervento pubblico pur ridotto, non scompare del tutto nel settore commerciale, rimanendo come si è detto la necessità di tutela di interessi generali di verifica dei requisiti personali e professionali, limitatamente a talune categorie di prodotti, nonché del rispetto delle norme in materia di igiene e per la salute e tutela del consumatore e di pubblica sicurezza. Anche i residui interventi di programmazione non devono risultare motivati da ragioni puramente economiche, ma dalla necessità di tutelare interessi ulteriori (ambientali, paesaggistici, culturali, di garanzia di un adeguato approvvigionamento).

Con particolare riferimento al settore dei servizi - area in cui maggiormente l'interpretazione degli istituti interni di semplificazione del procedimento amministrativo si orienta a far propria la ratio della direttiva europea n. 123/2006 - il titolo autorizzatorio espresso è ancora necessario per talune attività oggetto di procedimento, che pertanto non possono considerarsi "liberalizzate", né "semplificate", per le quali i controlli a posteriori dell'amministrazione non risulterebbero sufficienti alla tutela di interessi generali, per l'impossibilità di constatare a posteriori le carenze dei servizi interessati e tenuto debito conto dei rischi e dei pericoli che potrebbero risultare dall'assenza di un controllo a priori. È questo il caso in cui l'inizio di una attività economica avviene previa segnalazione certificata di inizio attività.

A un livello subito inferiore nella scala della liberalizzazione si hanno i casi in cui sia pur prevista la necessità di un provvedimento espresso per l'inizio dell'attività - dal momento che l'attività stessa si inserisce in un contesto di programmazione o contingentamento o che essa risulta comunque soggetta a controlli per la tutela di interessi generali - ma in cui l'istanza del privato rientri fra quelle per cui vale il silenzio assenso, la cui natura per l'ordinamento interno non è propriamente quella di provvedimento, ma di mero fatto con effetti provvedimentali.

Rispetto a tali fattispecie, i privati possono dunque prescindere dal provvedimento espresso. Il silenzio assenso pone un limite all'eventualità che l'inerzia della pubblica amministrazione ritardi *ad infinitum* l'inizio dell'attività di servizio che deve essere autorizzata. Dal momento però che l'autorizzazione, secondo la *ratio* della disciplina europea, è necessaria ove presieda alla tutela di interessi generali¹²³ - e una attenuazione della rinuncia a tale presidio si ha nell'esclusione del silenzio assenso ove siano coinvolti interessi c.d. sensibili¹²⁴ - non pare ragionevole supporre una perdurante inerzia della pubblica amministrazione (pur ritardataria). Tanto che si è discusso della necessaria sussistenza dei requisiti definiti dalla legge per la valida formazione del silenzio assenso¹²⁵ e dell'efficacia di un diniego tardivo nel caso di verificata contrarietà all'interesse pubblico di un'autorizzazione, pur derivante da silenzio, problema che pare superato con l'introduzione della previsione espressa di inefficacia dei provvedimenti adottati dopo la scadenza dei termini, ivi compresi quelli per la

¹²³ Dir. n. 123/06, cons. 54.

¹²⁴ Patrimonio culturale e paesaggistico, l'ambiente, la tutela dal rischio idrogeologico, la difesa nazionale, la pubblica sicurezza, l'immigrazione, l'asilo e la cittadinanza, la salute e la pubblica incolumità.

¹²⁵ V. CERULLI IRELLI, *La semplificazione dell'azione amministrativa*, in *Dir. amm.*, fasc. 3-4, 2000, 617.

formazione del silenzio¹²⁶, potendo in tali casi l'amministrazione annullare agire in autotutela (l. n. 241/90, art. 21-*nonies*)¹²⁷.

I servizi nel settore commerciale non possono pertanto considerarsi "liberalizzati" nel pieno senso del termine, ma piuttosto semplificati, se non altro con riferimento agli istituti in esame¹²⁸, ancor più se si tiene conto dell'esistenza di una programmazione della rete commerciale e della necessità che alcune autorizzazioni siano soggette a contingentamento. I provvedimenti richiesti possono essere graduati dall'autorizzazione espressa, alternativa al silenzio, alla segnalazione certificata di inizio di attività e di quelle, per le quali una precisa individuazione è stata realizzata anche a fini ricognitivi¹²⁹. Accanto a queste vi sono ipotesi di mera comunicazione, per lo più ricondotte alla cessazione dell'attività – rispetto alla quale non paiono emergere questioni interpretative – e al subingresso – per cui non sembra che si possa affermare una perdita da parte dell'amministrazione dei propri poteri di controllo.

Il sistema delle autorizzazioni, ove mantenuto, deve in ogni caso conformarsi alla disciplina europea per quanto attiene ai requisiti che ne condizionano il rilascio. Sono vietati requisiti discriminatori in quanto fondati sulla cittadinanza o della residenza, condizioni di divieto relative al numero e/o alla collocazione delle sedi o all'iscrizione in albi o registri professionali di più Stati membri, condizioni di reciprocità fra Stati membri (in particolare con lo Stato membro nel quale il prestatore abbia uno stabilimento).

Quanto al commercio su area pubblica, l'atto istitutivo di una nuova area mercatale rientra nell'ambito della programmazione commerciale in senso lato e dei mercati in particolare, programmazione e istituzione che avvengono previa consultazione delle rappresentanze delle categorie coinvolte: commercianti, agricoltori e consumatori.

L'inizio dell'attività di commercio ambulante su posteggio in concessione (autorizzazione di tipo A) avviene in seguito al rilascio di autorizzazione, contestualmente alla concessione. La concessione per l'occupazione dell'area viene

¹²⁶ L. n. 241/90, art. 2, co. 8bis.

¹²⁷ Il silenzio assenso opera come rimedio contro l'inerzia dell'amministrazione e a differenza di quanto avviene nell'ordinamento dell'Unione, in cui il silenzio pare ammissibile per i procedimenti su cui il potere provvedimento è vincolato - senza che peraltro siano escluse ipotesi di accertamenti caratterizzati da particolare complessità, come nel caso del controllo di operazioni di concentrazione, ai sensi dell'art. 10, par. 6 regolamento 21 dicembre 1989, n. 4064/89 - nell'ordinamento interno si riferisce anche ai casi caratterizzati da discrezionalità – essendo invece la Scia riservata alle ipotesi di semplice verifica dei requisiti richiesti per l'inizio dell'attività. G. VESPERINI, *Celerità dell'azione amministrativa, tutela di interessi ambientali e regole di utilizzazione del silenzio assenso: alcune osservazioni in margine a una recente decisione della Corte di giustizia delle comunità europee*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1992, 900 ss., che fa presente come un'ipotesi di silenzio assenso nell'ordinamento dell'unione sia quella relativa art. 10, par. 6 del regolamento 21 dicembre 1989, n. 4064/89, relativo al controllo delle operazioni di concentrazione.

¹²⁸ M. OCCHIENA, *L'incidenza della semplificazione sul potere e sul procedimento amministrativo: riflessioni anche alla luce della nuova disciplina sul commercio*, in *Dir. e società*, 1998, 493 ss.

¹²⁹ D.lgs. 222/2016, che reca *individuazione di procedimenti oggetto di autorizzazione, segnalazione certificata di inizio di attività (SCIA), silenzio assenso e comunicazione e di definizione dei regimi amministrativi applicabili a determinate attività e procedimenti, ai sensi dell'articolo 5 della legge 7 agosto 2015, n. 124 e tabella A allegata.*

bandita dal Comune, e la gara si svolge secondo una procedura ad evidenza pubblica, tenuto conto dei criteri adottati a livello regionale. Nelle more delle vicende relative all'applicazione della normativa europea alle concessioni dei posteggi nei mercati, con il divieto di accordare vantaggi ai concessionari uscenti, i criteri adottati dalle regioni sono i medesimi approvati in sede di conferenza Stato regioni (2012) e dunque, nell'ordine: il maggior numero di presenze effettive in spunta maturate dal richiedente nell'ambito dello stesso mercato, la maggiore anzianità nell'attività di commercio su area pubblica del richiedente, la titolarità di autorizzazioni a posto fisso con il minor numero di posteggi settimanali. In subordine, la concessione è accordata a coloro che non abbiano altri posteggi in concessione nello stesso giorno o ai soggetti già titolari di autorizzazione senza posto fisso.

Anche per il commercio su area pubblica in spunta o in forma itinerante è necessaria un'autorizzazione dell'amministrazione: si tratta dell'autorizzazione di tipo B. L'autorizzazione tanto di tipo A, quanto di tipo B per l'avvio dell'attività di vendita di prodotti alimentari si accompagna ad una scia sanitaria, che consente all'amministrazione di effettuare a posteriori¹³⁰ i controlli sul rispetto dei requisiti igienico sanitari.

È contemplato il subingresso tanto nell'autorizzazione, quanto nella concessione, se pure autorizzazione e concessione non possano essere oggetto di cessione separatamente dall'azienda o dal ramo d'azienda cui queste siano riferite. In caso di subingresso per cessione della proprietà, il cessionario comunica al Comune l'avvenuta cessione ed autocertifica il possesso dei requisiti di accesso all'attività¹³¹, di tipo morale e professionale. Nel caso di subingresso per causa di morte, il subentrante che non sia in possesso dei requisiti professionali può continuare nell'esercizio dell'attività del dante causa in attesa dell'ottenimento dei requisiti, in ogni caso da ottenersi entro un anno dalla cessione.

Il subingresso nell'attività può avvenire in virtù di cessione in proprietà o in gestione dell'azienda o ramo d'azienda e l'autorizzazione rimane vincolata all'attività dell'azienda medesima. In caso di caso di subingresso in attività di vendita di alimentari, la comunicazione è sostituita da una scia unica - scia per subingresso e scia sanitaria). La cessazione dell'attività è invece soggetta a sola comunicazione.

Pare dunque che i titoli autorizzatori circolino con una certa libertà. Se pure autorizzazione e concessione restano legati all'azienda o al ramo d'azienda che viene ceduto, si crea nondimeno una disparità fra il soggetto che avvii una attività e che debba a tal fine attendere il provvedimento di autorizzazione e colui che tramite subingresso può invece incominciare ad esercitare l'attività indipendentemente da un previo controllo. Il cessionario eredita altresì l'anzianità di presenze sul mercato del cedente – non invece le assenze.

Se si considera la circolazione dei titoli non solo di autorizzazione, ma anche concessori (legati alle autorizzazioni di tipo A), e la libertà negoziale che porta alla cessione delle stesse fra privati, si nota come la questione relativa all'applicazione della Direttiva servizi, di cui sempre si parla in termini di liberalizzazione e di rimozione di freni alla libertà economica, possa essere analizzata in una prospettiva ribaltata, ove la

¹³⁰ L. n. 241/90, art. 19.

¹³¹ L. n. 114/98, art. 5.

sua applicazione, con una riduzione della durata delle concessioni e l'esclusione di rinnovi automatici consentirebbe invece all'amministrazione di mantenere un maggior controllo sul bene demaniale rappresentato dal mercato e dallo spazio concesso.

Capitolo 2

Caratteri e funzioni dei mercati fra programmazione e pianificazione

SOMMARIO: 1. Interesse pubblico e funzione dei mercati. 2. I mercati rionali: caratteri, requisiti e distinzione rispetto a mercati all'ingrosso e fiere. 3. La programmazione e la gestione dei mercati. La competenza normativa. 4. Il rapporto con la campagna e il mercato dei produttori. La concertazione e gli obiettivi della programmazione.

1. Interesse pubblico e funzione dei mercati.

L'importanza dei mercati sta innanzitutto nell'approvvigionamento alimentare – da un lato – e nella possibilità per i contadini di vendere i propri prodotti, dall'altro. Il problema dell'approvvigionamento è sempre stato una delle principali questioni da tenere in considerazione nel governo e nell'amministrazione di una collettività. Da ciò deriva l'importanza dell'agricoltura e dei prodotti agricoli come beni essenziali. Di tali prodotti deve essere garantita la produzione, favorendo le condizioni dei contadini ed incentivando l'attività. Ciò anche tramite la garanzia ai contadini di uno sbocco sul mercato per lo smercio dei propri prodotti.

Il mercato rende perciò possibile l'attività di vendita dei propri prodotti da parte dei contadini – che non avrebbero altrimenti una diretta collocazione nel mercato e un diretto rapporto con gli acquirenti – e nella misura in cui questa si svolge nel contesto di una pluralità di operatori. Tale pluralità, garantita dalla particolare composizione del mercato, fa del mercato un punto di incontro, di approvvigionamento, luogo di scambio e socialità. Consente il confronto della merce offerta agli acquirenti, utile alla formazione del prezzo e che contribuisce – accanto al sistema di autorizzazioni – al controllo sulla qualità.

Destinatari principali del mercato sono gli individui in quanto frequentatori della città come centro di passaggio e di relazione con la campagna: tanto i residenti del comune, quanto i produttori delle campagne (circostanti) e gli avventori occasionali. Gli individui che vi affluiscono per approvvigionarsi di beni di prima necessità e i produttori agricoli diretti, persone la cui peculiarità sta nel non coincidere con la popolazione residente¹³². I residenti rappresentano infatti solo una componente della

¹³² M. TORRESAN, *Roma, mercati rionali e contesto locale. Percorsi di analisi nella resilienza delle strutture del commercio tra relazioni, sviluppo e identità, XXXVIII conferenza italiana di scienze regionali*, Cagliari (CA), 20-22 Settembre 2017; D. PATTI, L. POLYAK, M. TORRESAN, *Il rilancio dei mercati. Spazio pubblico, servizi comunitari ed economia circolare*, Cooperative City Books, Vienna, 2019, 147 ss, 154 ss; M. ARAGRANDE, O. ARGENTI, *Studying food supply and distribution systems to cities in developing countries. Methodological and operational guide. Food into Cities Collection*, DT/36-99E, Rome, FAO, 1999; O. ARGENTI, *Food for cities. Food supply and distribution policies to reduce urban food insecurity. A briefing guide for mayors, city executives and planners in developing countries and countries in transition; Food into Cities Collection*, DT/43-00E, Rome, FAO, 2000; O. ARGENTI, *Urban food security and food marketing. A challenge to cities and local authorities. Food into Cities Collection*, DT/40-99E, Rome, FAO, 1999; M. BALBO, C. VISSER, O. ARGENTI, *Food supply and distribution to cities in developing countries. A guide for urban planners and managers. Food into Cities Collection*, DT/44-00E, Rome, FAO, 2000.

popolazione cittadina: gli abitanti della campagna, la popolazione in transito nella rete che le città originano fra centri urbani di maggiori o minori dimensioni ne sono un elemento costitutivo essenziale. La città è centro che regola i flussi (di merci, di persone, di informazioni) e collega un centro con un altro¹³³ e il mercato ne è, all'origine, uno dei principali motori.

Tale fu senz'altro per un periodo di tempo non irrilevante, in età medievale, sia nell'epoca del commercio sulle lunghe distanze fra i secoli VIII e X, periodo in cui i mercati erano nodi di scambio di reti estese per l'Europa e dall'oriente e i mercanti erano viaggiatori ai cui spostamenti erano essenziali le immunità conferite ai mercati¹³⁴. Sia fra il IX e l'XI secolo, in un periodo di declino dell'economia fondata sugli scambi di lungo corso, quando le invasioni islamiche limitavano gli spostamenti isolando le regioni continentali dal mediterraneo.

È in questo periodo che, ridotta al minimo la classe dei mercanti di professione, i mercati cittadini si alimentano dei prodotti dei fondi contigui alla città. L'economia è poco più che di sussistenza, essenzialmente agricola e basta a se stessa anche grazie ai mercatini locali creati per il vettovagliamento settimanale delle popolazioni mediante la vendita al dettaglio delle derrate alimentari delle campagne¹³⁵. Si pongono le basi per lo sviluppo urbano successivo: dall'XI secolo si afferma la divisione del lavoro fra città e campagna, divisione che è anche complementarità e reciproca dipendenza. Gli scambi si basano in questo periodo sul mercato cittadino.

Il mercato come punto di incontro fra aggregato urbano e campagna è evidente nella collocazione spaziale dello stesso: fuori dalle mura, adiacente ad esse. Crea osmosi fra i due ambienti e li collega, rappresenta la valvola che alimenta il flusso fra l'esterno e l'interno del nucleo antico – soprattutto in un'epoca, come quella medievale, ove tale delimitazione è resa particolarmente evidente dalle cinte murarie¹³⁶.

In alcuni casi, la fondazione del mercato precede quella del centro abitato - non bisogna dimenticare che l'origine dei comuni è controversa nella storiografia e che non sempre può essere ricondotta all'esistenza di un centro di scambio¹³⁷. Così Friburgo in Brisgovia risale al XII secolo, quando Corrado di Zaehringen fonda su terra propria un mercato (*forum*), convocando mercanti con i quali si costituisce in associazione giurata. In questo caso sono gli abitanti, non il signore, a ricevere il privilegio di fondazione del mercato: il possesso ereditario di un terreno fabbricabile di 50x100 piedi, contro il censo di un soldo annuo¹³⁸.

Il mercato cittadino ha anche in quest'epoca una forte connotazione spaziale ed organizzativa: spesso consisteva in una rete di banchi fissi, la cui sistemazione era pianificata. È questo il caso di Bonn¹³⁹, ma anche di Milano, il cui mercato consisteva

¹³³ R. CAVALLO PERIN, *L'ordinamento giuridico delle città*, cit., 365-383.

¹³⁴ European regional development fund, Central markets project, *Policy paper on the role of urban markets for local development and Urban regeneration*, a cura di F. Panozzo, Venezia, 2013, 4.

¹³⁵ H. PIRENNE, *Le città del Medioevo*, cit., 28.

¹³⁶ E. ENNEN, *Storia della città medievale*, cit., 86, 90.

¹³⁷ E. ENNEN, *Storia della città medievale*, cit., 104.

¹³⁸ E. ENNEN, *Storia della città medievale*, cit., 98.

¹³⁹ E. ENNEN, *Storia della città medievale*, cit., 92.

di banchi di vendita fissi (*stationes inibi banculas ante se habentes*)¹⁴⁰. Contigui ad essi, appezzamenti fra i cui proprietari figuravano anche alcuni partecipanti al mercato.

Essenziali per il mercato sono dunque gli individui che vi affluiscono, che ne sono fruitori e componenti. A loro e al rapporto con essi e fra essi si deve dunque rivolgere l'attenzione della pubblica amministrazione. Le scelte relative all'istituzione dei mercati, alla loro localizzazione e composizione determinano la capacità degli stessi di rivolgersi agli "utenti", di soddisfarne i bisogni, la domanda.

È la stessa Corte di Giustizia che, prendendo in considerazione l'attività dirette all'organizzazione di fiere, esposizioni e congressi – riconoscendone il carattere di attività di interesse generale – ne individua il fine principale e i destinatari: riunendo in un medesimo luogo geografico produttori e commercianti, l'organizzatore non agisce solamente nell'interesse particolare di questi ultimi, che beneficiano in tal modo di uno spazio di promozione per i loro prodotti e le loro merci, ma fornisce altresì ai consumatori che frequentano tali manifestazioni un'informazione che consente ai medesimi di effettuare le proprie scelte in condizioni ottimali¹⁴¹.

Cruciale al mercato è il tema dell'accesso – che sarà in seguito affrontato anche con riferimento alla natura giuridica del mercato, come bene – demaniale – quale è qualificato dal codice civile o come servizio. Si tratta dell'accesso al luogo fisico e all'insieme delle componenti in cui il mercato consiste e, mediatamente, dell'accesso al cibo, da un lato (della domanda) e alla città quale luogo frequentato e sede della domanda di prodotti, dall'altro.

Gli avventori giungono al mercato e ne fruiscono senza limitazioni. Lo studio degli spostamenti spontanei delle persone può servire per orientare l'amministrazione nella pianificazione mercatale – o al contrario si possono orientare tali flussi facendo leva sui fattori da cui si rileva che i flussi medesimi siano condizionati. I venditori accedono invece al mercato sulla base non solo di autorizzazioni all'esercizio dell'attività - condizione per l'accesso all'attività e garanzia di requisiti morali e professionali in capo al venditore - ma anche dell'atto di concessione dei posteggi. La selezione dei concessionari riveste dunque un ruolo di rilievo non solo in relazione alla garanzia delle libertà di circolazione (di persone, merci e servizi) e alle regole di derivazione europea. Infatti, accanto all'attività di pianificazione del mercato - con cui l'amministrazione stabilisce le dimensioni del mercato e le proporzioni fra varie tipologie di posteggio, la selezione dei venditori consente di mantenere l'offerta dei prodotti venduti nel mercato a livelli tali che l'attività di commercio nel mercato si mantenga conveniente. Una crescita dell'offerta potrebbe infatti comportare un eccessivo ribasso dei prezzi e rendere non conveniente la vendita nel mercato.

La selezione dei commercianti consente d'altro canto di realizzare l'accesso a cibo di qualità, con un particolare accento sulla funzione pubblica del mercato, che si distingue in ciò dalle forme private di vendita al dettaglio¹⁴². La Corte di Giustizia ha riconosciuto la sussistenza di un interesse generale nell'attività di avvicinamento di domanda e offerta in cui consiste l'organizzazione di esposizioni e congressi e in generale nell'organizzazione di occasioni di incontro fra pluralità di venditori e

¹⁴⁰ E. ENNEN, *Storia della città medievale*, cit., 79.

¹⁴¹ C.G.C.E., V sez, 22 maggio 2003, C-18/01, par. 43.

¹⁴² European regional development fund, Central markets project, *Policy paper on the role of urban markets for local development and Urban regeneration*, cit., 14.

acquirenti, anche qualora tale attività consista nell'iniziativa economica di un privato. Ferma restando la tendenza allo sviluppo di forme di auto-amministrazione, e di amministrazione c.d. "dal basso" con un ruolo attivo dei privati nel perseguimento degli interessi della collettività, è per lo più nel caso in cui la selezione dei commercianti avvenga ad opera dell'amministrazione, come nel caso dei mercati, che questa assume il ruolo di "leva" nell'ambito delle politiche di sviluppo urbano.

Negli ultimi anni, infatti, gli studi sullo sviluppo urbano, sulle smart cities e sullo sviluppo sostenibile si sono sempre più concentrati sui risvolti che la pianificazione stessa può avere sulla salute pubblica, sull'alimentazione, sulla coesione sociale, oltre che, come già da tempo, sullo sviluppo commerciale, sulla tutela dei centri storici e sulla valorizzazione dei beni di particolare valore artistico-culturale¹⁴³.

Nell'ambito della pianificazione, il mercato rappresenta un elemento di inestimabile valore, proprio per la molteplicità dei suoi significati e degli obiettivi che consente di raggiungere contemporaneamente¹⁴⁴. Costituisce un elemento fondamentale nell'ambito di quelli che sono definiti negli studi teorici e nella pratica della pianificazione e progettazione urbana i sistemi urbani del cibo (*urban food systems*), con ciò intendendosi la creazione di un sistema correlato alla produzione, preparazione e vendita di prodotti alimentari che faciliti da un lato la diffusione di abitudini alimentari sane, dall'altro produzioni a basso impatto ambientale¹⁴⁵. In quanto un punto di accesso al consumo di prodotti di prossimità e derivanti da filiere "corte", il mercato incentiva lo sviluppo di un'economia sostenibile. Il consumo di prodotti delle campagne circostanti la città comporta una riduzione della catena logistica con una conseguente riduzione delle emissioni di gas serra. Vi converge la tutela del diritto alla salute, sotto forma di accesso al cibo e a prodotti di buona qualità¹⁴⁶.

Cruciale è il rapporto con l'agricoltura, essenziale all'esistenza stessa del mercato, almeno alle sue origini e che ancora oggi ne rappresenta un elemento essenziale – salvi i casi di mercati tematici dedicati alla vendita di prodotti extra-alimentari. L'importanza dell'agricoltura come fonte di sostentamento ha portato le comunità europee a concentrare gran parte delle proprie risorse al settore agricolo, facendo di quella agricola la prima delle politiche comunitarie, che rappresenta ancor oggi una delle più consistenti voci del bilancio dell'Unione. Nei periodi di crisi, che siano questi dovuti a crisi finanziarie o tensioni e conflitti di tipo politico, si osservano spostamenti di capitali dai mercati immobiliari a quelli delle terre agricole, evento

¹⁴³ S. CARAMASCHI, *Public markets: redesccovering the centrality of markets in cities and their relevance to urban sustainable development*, in *The sustainable city*, IX, Vol 2, 2014; European regional development fund - Urbact, *Urban Markets, Heart, Soul and motor of cities. Making city markets the drivers of sustainable urban development; Ideas, inspirations and illustrations*, Barcellona, 2015.

¹⁴⁴ D. PATTI, L. POLYAK, M. TORRESAN, *Il rilancio dei mercati. Spazio pubblico, servizi comunitari ed economia circolare*, cit., 8 ss., 101 ss., 117 ss., 119 ss., 147 ss.

¹⁴⁵ MACHELL G., CARAHER M., *The role of municipal markets in urban food strategies: a case study*, in: Viljoen, A. M. and Wiskerke, J. S. C. (Eds.), *Sustainable Food Planning: evolving theory and practice*, Wageningen Academic Pub., 2012, 127-136; CHEN S. E., FLORAX R. J., SNYDER S. D., *Obesity and fast food in Urban markets: a new approach using geo referenced geo data*, in *Health Econ.*, vol. 22, 2013, 835–856; EVERTS J., PETER J., JURASCHECK K. A., *The socio-material practices of the transformation of urban food markets*, in *Area*. 2021, 389–397; GOLA M., *Pianificazione urbanistica e attività economiche cibo e spazio urbano: urbanistica e mercati agroalimentari*, in *Rivista Giuridica dell'Edilizia*, fasc. 3, 2016, pag. 209.

¹⁴⁶ CARAMASCHI S., *Public markets: redesccovering the centrality of markets in cities and their relevance to urban sustainable development*, cit.

verificatosi ad esempio nel 2007 e recentemente in occasione delle tensioni geopolitiche in atto.

La politica agricola europea (PAC) si sostanzia di misure di tipo eterogeneo che intervengono su vari aspetti del mercato agricolo, al fine di perseguire gli obiettivi stabiliti nei trattati (art. 39 TFUE). Sebbene tali interventi presentino una certa varietà, grande attenzione è posta al momento della vendita del prodotto, in particolare per quanto attiene alle misure dirette di mercato (Reg. (UE) n. 1308/2013): le politiche dei prezzi d'intervento (prezzi garantiti), delle restituzioni all'esportazione e dei prelievi all'importazione, degli ammassi pubblici e dell'aiuto degli ammassi privati. A queste si affiancano le misure indirette: contratti di filiera, organizzazioni dei produttori, organizzazioni interprofessionali, trasparenza, la regolazione dell'offerta dei prodotti con denominazioni di origine e le misure di sostegno al reddito (Reg. (UE) n. 1307/2013), nonché le misure di sostegno allo sviluppo rurale (Reg. (UE) n. 1306/2013).

Le politiche relative all'agricoltura e al commercio dei prodotti agricoli hanno anche costituito in anni recenti, una importante leva per la tutela di interessi ulteriori. Figurano oggi fra gli obiettivi della Pac per il 2023-27: l'azione per il contrasto ai cambiamenti climatici, la tutela dell'ambiente, la salvaguardia del paesaggio e della biodiversità, la promozione della conoscenza e dell'innovazione, la protezione della qualità dell'alimentazione e della salute. La continuità fra agricoltura e mercato si riflette nella omogeneità fra interessi tutelati ed è resa da ciò maggiormente evidente.

Al di là degli aspetti di tutela di agricoltori e consumatori, degli aspetti ambientali e di tutela della salute, il mercato è elemento che porta vita nei quartieri, popolando gli spazi pubblici e rendendoli luogo di incontro e scambio, di opinioni e conoscenza, oltre che di merci. Qui hanno libertà di esplicazione forme di associazionismo (associazioni di via, organizzazioni dei produttori, etc.) e si creano occasioni di lavoro anche per persone appartenenti ad alcune fasce deboli della popolazione. Incontro e scambio significano anche integrazione. Tipica del mercato è l'interazione e la convivenza fra gruppi etnici differenti, fra comunità di migranti che proprio nell'occasione del mercato entrano in contatto fra loro¹⁴⁷.

Riempire spazi pubblici, renderli "utilizzati", significa garantirne il mantenimento in buono stato. Si pensi anche solo al servizio di pulizia connesso alla manifestazione mercatale. Accanto a ciò: la garanzia di una pavimentazione di un certo tipo, in taluni casi gli allacciamenti alla rete idrica ed elettrica comportano una costante manutenzione dei luoghi, che difficilmente sfuggono in tal modo all'attenzione dell'amministrazione.

Le periferie beneficiano senz'altro di tale vitalizzazione o ri-vitalizzazione, non più dei centri, anche nel caso in cui si tratti di centri storici. La disciplina della pianificazione commerciale tiene conto dei vincoli derivanti dalla necessità di salvaguardare zone di pregio artistico, storico, architettonico e ambientale, con ciò prevedendo che siano posti limiti alle modalità di utilizzo delle aree da tutelare. Tutela dunque che si pone normativamente¹⁴⁸ in termini "restrittivi" del commercio su area pubblica, ma che in chiave opposta può essere letto come tutela del centro storico dall'espansione di forme di commercio più "invasive", come il commercio in sede fissa, o come completamento dell'offerta del commercio fisso tradizionale, in modo tale da

¹⁴⁷ D. PATTI, L. POLYAK, M. TORRESAN, *Il rilancio dei mercati. Spazio pubblico, servizi comunitari ed economia circolare*, cit., 8 ss., 101 ss., 104 ss., 106 ss., 117 ss.

¹⁴⁸ D. lgs. 114/98, art. 28, co. 13.

rendere superfluo l'insediamento di supermercati o catene di vendita di prodotti alimentari.

I mercati hanno peraltro vissuto momenti di crisi¹⁴⁹, dovuti al modificarsi della struttura urbana e delle abitudini alimentari, al sorgere di centri commerciali e supermercati che rappresentando una modalità alternativa per l'acquisto di prodotti, anche alimentari, ma che dal mercato si distanziano per la carenza del ruolo di coesione sociale e di valorizzazione culturale di cui si è detto. L'attrattiva dei supermercati è un dato di fatto ed è dovuta per lo più alla percezione dei consumatori relativa alla generale convenienza degli stessi in termini di prezzi e comodità: si pensi alla presenza di parcheggi, di una struttura "al chiuso" che consente di frequentare il mercato anche con condizioni atmosferiche non ottimali, alla comodità degli orari di apertura. In numerosi casi, ciò ha comportato una perdita di attrattività dei mercati, che non hanno saputo adattarsi alle mutate esigenze, ridimensionandosi e variando l'offerta anche in base al tessuto commerciale circostante. Adattamento che invece dovrebbe risultare particolarmente agevole proprio per il legame stretto con la collettività e il rapporto identitario che si instaura fra mercato e quartiere in cui lo stesso si colloca.

Il mercato non è solo comunale, ma rionale, con un accento sulla prossimità, sull'importanza delle collettività servite e del territorio anche inteso in senso più circoscritto e di non perfetta corrispondenza con i confini amministrativi del comune o delle circoscrizioni. Ben si adatta a quell'idea di co-amministrazione e auto-amministrazione, a sviluppo spontaneo e "dal basso", che rappresenta una forma emergente nel contesto dello sviluppo urbano in chiave *smart* e connessa alla produzione e gestione di beni e servizi orientata da un'analisi contestuale dei bisogni della collettività.

Ciò può avvenire sia tramite l'autoproduzione di servizi o la gestione di beni – si veda il caso dei beni comuni – volta a produrre utilità per una comunità anche non coincidente con il territorio di cui un'amministrazione pubblica sia esponenziale, sia ad opera delle amministrazioni, tramite la costante analisi dei dati – *big data analysis* – relativi al comportamento degli utenti e al modificarsi dello stesso, al variare delle circostanze.

Appare evidente come la pianificazione giochi un ruolo fondamentale nella sopravvivenza dei mercati rionali e nel loro pieno sfruttamento¹⁵⁰. Pianificazione intesa come elaborazione del piano dei mercati comunali, inserita nel contesto della pianificazione urbanistica e nel rispetto dei principi regionali fissati per la programmazione commerciale. Pianificazione significa altresì – su due scale differenti – inserimento nell'ambito delle politiche di finanziamento europee, che assumono la forma di strumenti di programmazione per finanziamenti e pianificazione a mezzo della *big data analysis*. O meglio: svolgimento dell'istruttoria su cui la pianificazione si fonda tramite l'utilizzo di strumenti che consentano l'analisi della grande quantità di informazioni relative al comportamento delle persone cui il mercato si rivolge. Lo studio della realtà dei fatti, ove tenga conto dei dati tecnici e scientifici disponibili¹⁵¹, è presupposto di una amministrazione adeguata e fondata su una istruttoria che non risulterebbe completa – e dunque comporterebbe il vizio di eccesso di potere – nel caso

¹⁴⁹ European regional development fund, Central markets project, *Policy paper on the role of urban markets for local development and Urban regeneration*, cit., 4.

¹⁵⁰ GOLA M., *Pianificazione urbanistica e attività economiche cibo e spazio urbano: urbanistica e mercati agroalimentari*, cit., 209.

¹⁵¹ Art. 191 TFUE.

in cui ignorasse le potenzialità conoscitive derivanti dalle informazioni che la p.a. ha disposizione.

Si tenterà pertanto di definire i caratteri fondamentali dei mercati rionali, gli aspetti relativi alla gestione e alla pianificazione, con una particolare attenzione all'attività dei produttori agricoli e al ruolo delle rappresentanze di categoria. Nel terzo capitolo sarà affrontata la questione relativa alla natura giuridica del mercato, al fine di trovare una sistematizzazione delle molteplici "funzioni" che per i mercati si possono individuare: come oggetto di un servizio, garanzia che si espliciti tramite l'accesso a un bene pubblico o funzione dell'amministrazione.

2. I mercati rionali: caratteri, requisiti e distinzione rispetto a mercati all'ingrosso e fiere.

Si parla genericamente di mercato quando si voglia indicare una manifestazione di commercio su area pubblica, la cui finalità si sostanzia nella commercializzazione per il consumo¹⁵². In ciò i mercati si distinguono dalle manifestazioni fieristiche – fiere, mostre ed esposizioni – il cui elemento caratterizzante consiste nella finalità di promozione da parte degli operatori della propria attività produttiva¹⁵³. Già dalla seconda metà dell'Ottocento la disciplina sull'istituzione dei mercati da parte dei Comuni associa i mercati alle fiere¹⁵⁴, per il fatto che le fiere venivano assimilate ai mercati all'ingrosso in relazione al più ampio bacino – in senso geografico – di interesse e influenza¹⁵⁵. È stato generalmente riconosciuto che le fiere si caratterizzassero, in epoca risalente, per una periodicità più diradata rispetto ai mercati e per il fatto di essere spesso connesse a festività o eventi religiosi. Dei due aspetti, si mantennero le caratteristiche di frequenza e si perse la concomitanza con eventi celebrativi, sostituita quest'ultima dalla necessità di approvvigionamento dei centri urbani di piccole dimensioni¹⁵⁶. Nella prima metà del XX secolo le fiere iniziano ad essere disciplinate separatamente dai mercati, distinte ulteriormente in fiere, mostre ed esposizioni, pur

¹⁵² CAIA G., *Mercati pubblici*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1990, vol. XX; LADU G., *Mercato, fiera ed esposizione*, in *Novissimo digesto*, appendice IV, Utet, Torino, 1983, 1272; GIANNINI M. S., *Sui mercati comunali*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1959, 3 ss., ora in *Scritti*, vol. IV, Giuffrè, Milano, 2004, 686 ss.

¹⁵³ DCR Piemonte, 1° marzo 2000, n. 626 – 3799; LADU G., *Mercato, fiera ed esposizione*, cit., 1272; GIANNINI M.S., *Sui mercati comunali*, cit., 686 ss.

¹⁵⁴ L. 17 maggio 1866, n. 2933, sull'istituzione di fiere e mercati da parte dei Consigli comunali. Ciò relativamente alle sole manifestazioni aventi luogo nel territorio comunale, la cui disciplina era stata successivamente recepita nel T.U. della legge comunale e provinciale (R. D. 15 febbraio 1915, n. 148; R.D. 3 marzo 1934, n. 383). Per le manifestazioni a carattere regionale, nazionale e internazionale era prevista una specifica disciplina: R. DL. 7 aprile 1927, n. 515 (convertito in L. 8 marzo 1928, n. 630).

¹⁵⁵ GIANNINI M. S., *Sui mercati comunali*, cit., 688: per tale motivo si richiedeva per l'istituzione delle fiere l'attivazione di un procedimento in contraddittorio con i comuni limitrofi. Secondo LADU G., *Mercato, fiera ed esposizione*, cit., 1272, la distinzione fra mercati e fiere non passava però necessariamente attraverso una differenza nell'area di influenza (locale, intercomunale, regionale, nazionale o internazionale). V. anche CASSETTA E., *Problemi giuridici dei mercati all'ingrosso nell'ambito della disciplina sul commercio*, in *Atti del XVI convegno di studi di scienza dell'Amministrazione*, Giuffrè, Varenna-Milano, 1972, 191 ss.

¹⁵⁶ GIANNINI M. S., *Sui mercati comunali*, cit., 693.

senza che ne sia fornita una chiara qualificazione giuridica¹⁵⁷. I centri urbani di maggiori dimensioni vedevano invece i mercati cittadini quotidiani frazionarsi in mercati rionali, tali da soddisfare i bisogni di rifornimento di generi alimentari e non a livello di quartiere e lo sviluppo di mercati all'ingrosso attrezzati per venire incontro alle crescenti esigenze di rifornimento e di rispetto di vincoli igienici¹⁵⁸.

Sono forme mercatali i mercati al minuto e all'ingrosso; i primi consistono principalmente in mercati sviluppatasi a livello rionale, i secondi¹⁵⁹ – anche definiti generali – ove convergono all'acquisto non solo commercianti al minuto, ma anche diretti consumatori. Oggetto della presente trattazione sono i mercati comunali al minuto, con ciò intendendosi le varie forme di commercio al dettaglio su area pubblica – o sulle aree private di cui il comune abbia la disponibilità¹⁶⁰ – per la vendita diretta di prodotti alimentari ed extra-alimentari. Spesso, in particolare nei comuni di maggiori dimensioni, il mercato comunale si frammenta in una rete di mercati cosiddetti rionali, ossia afferenti ad un determinato *rione* – o quartiere – come bacino di riferimento.

Rientrano nella categoria del mercato comunale al minuto (rionale), come i mercati in senso stretto, le aree destinate al commercio su area pubblica, i posteggi singoli o i gruppi di posteggi in numero limitato¹⁶¹, talvolta definiti come aree a copertura commerciale, con una terminologia volta a contrapporli ai mercati in senso stretto – come si vedrà, su strada o in sede propria – anche ai fini di una differente disciplina sulle infrastrutture necessarie e sul regime patrimoniale dell'area occupata. Sono talora previste zone di sosta prolungata, che possono essere adibite per l'offerta al consumo, anche stagionale. In tali aree la sosta è generalmente consentita per un massimo di ore giornaliere¹⁶². La pianificazione comunale urbanistica può prevedere zone per cui sia consentito il rilascio di autorizzazioni temporanee¹⁶³. Queste categorie si caratterizzano variamente a seconda delle differenti discipline regionali e comunali¹⁶⁴: alle regioni spetta infatti la definizione degli indirizzi generali per la gestione dei mercati, nel rispetto dei quali i comuni con atto deliberativo assumono scelte di ubicazione, dimensionamento e composizione merceologica¹⁶⁵.

¹⁵⁷ R.D. 29 gennaio 1934, n. 454, *Norme per il disciplinamento di mostre, fiere ed esposizioni* (convertito in L. 5 luglio 1934, n. 383).

¹⁵⁸ GIANNINI M. S., *Sui mercati comunali*, cit., 687, 693.

¹⁵⁹ In materia di mercati, fondamentale è la L. 25 marzo 1959, n. 125 recante *Norme sul commercio all'ingrosso dei prodotti ortofrutticoli, delle carni e dei prodotti ittici*, preceduta dal R. DL. 1932 del 1937 (convertito in L. 11 aprile 1938, n. 611) sulla disciplina dei mercati all'ingrosso dei prodotti ortofrutticoli.

¹⁶⁰ D. lgs. 114/1998, art. 27, co. 1, lett. a).

¹⁶¹ Da 2 a 6 secondo la previsione valida per la regione Piemonte: DGR, 2 aprile 2001, n. 32-2642.

¹⁶² 5 ore nel caso della Regione Piemonte, DCR Piemonte, 1° marzo 2000, n. 626 – 3799, art. 4.

¹⁶³ DCR Piemonte, 1° marzo 2000, n. 626 – 3799, art. 4.

¹⁶⁴ D. lgs. 31 marzo 1998, n. 114, art. 6.

¹⁶⁵ L'art. 117 della Costituzione attribuiva, prima della riforma costituzionale, alle Regioni la competenza in materia di fiere e mercati. La L. 10 febbraio 1953, n. 62 prevedeva, all'art. 9, piena e immediata potestà normativa delle Regioni in materia, a prescindere dalla fissazione di principii fondamentali a livello di normativa statale; tale disciplina fu modificata con l'entrata in vigore della L. 16 maggio 1970, n. 281, la quale completava il trasferimento delle competenze alle Regioni e concedeva delega al Governo per la disciplina del passaggio alle Regioni delle funzioni amministrative statali in materia di fiere e mercati. Tale delega venne attuata con il DPR 15 gennaio 1972, n. 7, il quale riservava alla competenza statale l'istituzione di fiere e mercati a carattere nazionale e internazionale, con una corrispondente limitazione della competenza

Si parla di commercio ambulante con riferimento in generale al commercio su area pubblica, intendendo con ciò sia il commercio su area pubblica in concessione pluriennale – rilevante ai fini dell’applicazione della direttiva europea sui servizi nel mercato interno¹⁶⁶ - sia il commercio in forma itinerante, senza occupazione annuale, né giornaliera di posteggi¹⁶⁷. Nel primo caso, gli ambulanti operano nel mercato in virtù di una autorizzazione all’esercizio del commercio (autorizzazione c.d. di tipo A) che è rilasciata dal comune nel quale ha sede il mercato, contestualmente alla concessione del posteggio. Il commercio ambulante è esercitato su posteggio anche in forza di autorizzazioni (c.d. di tipo B) all’esercizio del commercio su area pubblica in forma itinerante, che abilitano anche all’occupazione giornaliera dei posteggi non assegnati in concessione (la c.d. *spunta*). Le autorizzazioni di tipo B sono rilasciate dal comune presso il quale l’esercente intende avviare l’attività o nel comune di residenza del richiedente e, nel caso di società di persone, nel comune in cui ha sede legale la società.

Il metodo della *spunta* prevede che gli ambulanti già titolari di autorizzazione di tipo B si presentino la mattina presso l’area di mercato per l’assegnazione giornaliera di una delle aree posteggio non concesse. Questa avviene sulla base di una graduatoria, secondo criteri che possono variare, ma che già la normativa statale identifica nel maggior numero di presenze nel mercato di cui trattasi (D. lgs. 114/1998, art. 28, co. 11). Tale sistema comporta peraltro alcune inefficienze, se si considera che per “presenza” si intende la sola risposta all’appello, ossia il fatto della presenza in loco prima dell’orario di apertura di mercato, a prescindere dall’assegnazione. Infatti, i titolari di autorizzazione di tipo B che non siano riusciti ad ottenere un posteggio nel mercato per il quale abbiano presenziato all’appello, potranno divenire assegnatari di un posteggio rimasto vacante in altre aree mercatali, recandovisi in orario successivo all’apertura. Gli ambulanti che ambiscono a maturare punti per salire in graduatoria in successive spunte o per la concessione dei posti che vengano banditi devono pertanto presentarsi all’appello, nonostante la consapevolezza che quel medesimo giorno non riusciranno a posizionare il banco. La *spunta* si applica anche sui posteggi in concessione che siano rimasti inoccupati per assenza del concessionario.

I criteri generali nella definizione delle tipologie di autorizzazione e nei criteri che le condizionano sono fissati a livello statale, innanzitutto nella distinzione fra autorizzazioni di tipo “A”, ossia associate a una concessione permanente di posteggio e B, giornaliera. Per quanto attiene alle prime, vi è un generale rinvio ai criteri regionali¹⁶⁸, tale per cui il comune, sulla base delle disposizioni emanate dalle Regioni, stabilisce le

regionale. La Corte Costituzionale (con pronuncia 24 luglio 1972, n. 138) rigettò la questione di legittimità costituzionale sollevata relativamente a tale limitazione, sottolineando la stretta relazione tra la competenza dell’ente territoriale e l’area di influenza della competenza stessa: vi è infatti in materia una forte localizzazione territoriale degli interessi – connessione degli interessi con il territorio. Si consideri che in sede di istituzione e gestione dei mercati, grande rilievo viene concesso alla delimitazione dell’area di influenza del mercato. Il DPR 24 luglio 1977, n. 616, delegato dalla L. 22 luglio 1975, n. 328, si occupò di trasferire le funzioni amministrative nelle materie di competenza Regionale ai sensi dell’art. 117 Cost., ancora esercitate dagli organi centrali e periferici dello Stato. Ciò interessò tra l’altro l’attribuzione ai comuni le funzioni amministrative relative all’“impianto e alla gestione dei mercati all’ingrosso”.

¹⁶⁶ Dir. (UE), n. 123/2006, in particolare: art. 12.

¹⁶⁷ D. lgs. 114/1998.

¹⁶⁸ D. lgs. 114/1998, art. 28, co 12.

modalità di assegnazione dei posteggi¹⁶⁹. Ciascun comune definisce la disciplina di dettaglio, ossia i criteri per la concessione – ad oggi ciò avviene secondo le indicazioni stabilite in sede di conferenza Stato-regioni¹⁷⁰.

Il regime autorizzatorio prevede l'autorizzazione per l'inizio attività di commercio in settori non alimentari – è invece richiesta la sola comunicazione per il subingresso e la cessazione. Nel caso di vendita di prodotti agroalimentari, all'istanza di autorizzazione si aggiunge la scia sanitaria per la verifica dei requisiti igienico-sanitari. L'autorizzazione all'esercizio dell'attività sulle aree pubbliche abilita alla partecipazione alle fiere che si svolgono sia nell'ambito della regione cui appartiene il comune che l'ha rilasciata, sia nell'ambito delle altre regioni del territorio nazionale¹⁷¹. In caso di autorizzazione alimentare, l'abilitazione è anche alla somministrazione dei medesimi prodotti, se il titolare risulta in possesso dei requisiti prescritti per l'una e l'altra attività. L'abilitazione alla somministrazione deve risultare da apposita annotazione sul titolo autorizzatorio¹⁷².

L'esercizio dell'attività di commercio su area pubblica – e dunque la revoca dell'autorizzazione – è condizionato alla verifica annuale della regolarità contributiva¹⁷³, al rispetto delle disposizioni igienico-sanitarie e del settore merceologico per il quale l'autorizzazione è stata concessa e al permanere dei requisiti personali¹⁷⁴. Anche il mancato avvio dell'attività entro sei mesi dal rilascio dell'autorizzazione è condizione per la revoca della stessa, mentre nel caso di area in concessione, è il mancato uso del posteggio per assenza del concessionario a comportare decadenza dalla concessione. Le assenze rilevanti sono calcolate su base annuale e non

¹⁶⁹ D. lgs. 114/1998, art. 28, co. 15.

¹⁷⁰ Si veda al paragrafo seguente la vicenda relativa alla direttiva Bolkestein e alla necessità di applicare alle concessioni dei posteggi le regole sul confronto competitivo fra operatori economici.

¹⁷¹ D. lgs. 114/1998, art. 28, co. 6.

¹⁷² D. lgs. 114/1998, art. 28, co. 7.

¹⁷³ Con necessità di presentazione del DURC. In caso di presentazione iniziale del DURC, è prevista la sospensione di sei mesi nel caso di mancata presentazione annuale. Le regioni, nell'esercizio della potestà normativa in materia di disciplina delle attività economiche, possono stabilire che l'autorizzazione all'esercizio dell'attività di commercio su area pubblica sia soggetta alla presentazione da parte del richiedente del documento unico di regolarità contributiva (DURC), di cui all'articolo 1, comma 1176, della legge 27 dicembre 2006, n. 296. In tal caso, possono essere altresì stabilite le modalità attraverso le quali i comuni, anche avvalendosi della collaborazione gratuita delle associazioni di categoria riconosciute dal Consiglio nazionale dell'economia e del lavoro, possono essere chiamati al compimento di attività di verifica della sussistenza e regolarità della predetta documentazione. L'autorizzazione all'esercizio è in ogni caso rilasciata anche ai soggetti che hanno ottenuto dall'INPS la rateizzazione del debito contributivo. Il DURC, ai fini del presente articolo, deve essere rilasciato anche alle imprese individuali (art. 28, co. 2-bis, d. lgs. 114/1998).

In Piemonte l'esercizio dell'attività di commercio su area pubblica è soggetto alla verifica annuale della regolarità (VARA) della loro posizione ai fini previdenziali, fiscali e assistenziali, con riferimento all'anno fiscale precedente, pena la revoca dell'autorizzazione o, comunque, in caso di esercizio ad altro titolo, l'impossibilità di esercitare l'attività di vendita su area pubblica. Il VARA viene rilasciato previa presentazione del DURC o certificato di regolarità contributiva, certificati INPS, ricevuta attestante presentazione del Modello Unico, visura camerale (L.R. 12 novembre 1999, n. 28; D.G.R. 26 luglio 2010, n. 20-380, *Disposizioni sul commercio su area pubblica - indicazioni per la verifica della regolarità delle imprese del commercio su area pubblica*).

¹⁷⁴ D. lgs. n. 114/1998, art. 5.

possono superare i quattro mesi. I casi di assenza giustificata - malattia, gravidanza - possono essere ampliati nel caso in cui la disciplina regionale lo preveda.

Le autorizzazioni valgono generalmente per determinate categorie merceologiche, al di là di quella che è la principale distinzione fra settore alimentare ed extra alimentare. L'ampiezza delle aree da destinare all'esercizio dell'attività è definita infatti dai comuni, sulla base delle disposizioni regionali, con la definizione di criteri per l'assegnazione che possono vincolare il rilascio della concessione ad un determinato settore merceologico¹⁷⁵. Si dà il caso di ampliamento del settore merceologico con riferimento a ciascuna singola autorizzazione, nel caso in cui tale vincolo non sussista o nel caso di autorizzazione del comune che segua ad apposita istanza presentata dal titolare di una concessione di tipo A. Per le autorizzazioni di tipo B è invece sufficiente la comunicazione al Comune, che anche in questo caso può essere il Comune di residenza o quello di avvio dell'attività.

Relativamente alla forma e al posizionamento fisico dei posteggi, è possibile individuare alcune geometrie ricorrenti nella distribuzione degli stalli: sviluppo lineare a file contrapposte, sviluppo a file incrociate, sviluppo a più file contrapposte e forme miste, che vedono una combinazione di zone a sviluppo incrociato e a sviluppo lineare¹⁷⁶. Generalmente lo sviluppo incrociato si adatta ad occupare aree urbane di una certa ampiezza – piazze – mentre lo sviluppo lineare è tipico dei mercati di via. La forma del mercato non è indifferente ai fini dell'efficienza dello stesso. La distribuzione lineare favorisce l'efficienza del mercato, consentendo l'utilizzo di “settori trainanti” al fine di dirigere il flusso dei visitatori da un capo all'altro della teoria di banchi: i visitatori vengono invitati ad accostarsi alle estremità della via adibita a mercato attratti dall'offerta di salumi, formaggi o frutta e verdura. Ove per ciascuna appendice del filare di banchi siano offerti solo alcuni fra questi prodotti, i visitatori saranno più o meno consciamente portati a cercare gli altri, venendo così trascinati – con un effetto a “canna fumaria” – in una corrente diretta all'estremità opposta del mercato. Si ritiene che – dati come trainanti salumi, formaggi, frutta e verdura – frutta e verdura siano da considerarsi “prodotti forti”, da collocare perciò all'estremità collocata in posizione meno favorita del mercato. Tali strategie distributive possono essere adeguate ad ogni forma di sviluppo dei mercati, a seconda della pianificazione effettuata da ciascun Comune.

Anche la composizione merceologica complessiva viene regolata in sede comunale, tenuto conto degli indirizzi regionali¹⁷⁷. Si considerano a tal fine le dimensioni del mercato, il grado di specializzazione che allo stesso si vuole conferire in sede di pianificazione o re-istituzione, la funzione attribuita al mercato. Si individuano così differenti “livelli di servizio”¹⁷⁸. Una classificazione per dimensione è generalmente quella che distingue mercati di grandi, medie e piccole dimensioni. I mercati di grandi dimensioni si aggirano attorno ai 120-180 banchi – se si prendono come traccia gli indirizzi regionali piemontesi – con 70-90 banchi nei mercati di medie dimensioni e 10-20 banchi nel caso di mercati di piccola dimensione – ma si deve peraltro tenere conto della grande variabilità fra regioni e comuni.

¹⁷⁵ D. lgs. n. 114/1998, art. 28, co. 28.

¹⁷⁶ DCR Piemonte, 1° marzo 2000, n. 626 – 3799.

¹⁷⁷ D. lgs. 31 marzo 1998, n. 114, art. 28; L.R. Piemonte 12 novembre 1999, n. 28, art. 3-4.

¹⁷⁸ Secondo una terminologia utilizzata anche negli strumenti normative al livello regionale.

I mercati di grandi dimensioni si caratterizzano tendenzialmente per una vasta copertura merceologica. In sede di pianificazione si ritiene preferibile garantire una buona distribuzione dei prodotti offerti, evitando specializzazioni. Ciò comporta la necessità di dedicare spazi al settore extralimentare, così come a quello alimentare, anche vincolando le singole concessioni degli stalli a un determinato settore merceologico – con un notevole potere di indirizzo nello sviluppo del mercato, anche considerando che le possibilità di ampliamento nell’offerta merceologica, per ciascuna autorizzazione, rimangono tendenzialmente limitate a un *range* poco esteso. Un settore extralimentare tradizionalmente molto presente è quello del tessile e dell’abbigliamento, accanto al quale si può favorire la presenza di settori extralimentari alternativi. La settorializzazione alimentare tradizionalmente più diffusa è quella che vede una ripartizione per frutta e verdura, formaggi e salumi, carni consentite e altri alimenti. La distribuzione delle merceologie avviene tramite fissazioni di minimi e di massimi in termini di percentuali sul totale dei posti assegnati. I mercati di medie dimensioni mantengono in taluni casi una differenziazione merceologica, ma sono per loro natura più adeguati ad una specializzazione delle merci offerte.

La dimensione dei posteggi è connessa alla dimensione del mercato – intesa tanto come numero di stalli previsti, quanto come estensione della superficie di suolo pubblico occupabile. Nell’ambito di ciascun mercato, i posti-banco non sono necessariamente di pari dimensione. La differenziazione nelle dimensioni dei banchi è prevista al momento della realizzazione del mercato o si determina a mezzo di ripartizione successiva dei posteggi esistenti, come risposta all’insorgere della necessità di revisione della composizione merceologica dei mercati¹⁷⁹.

I requisiti per l’allestimento dei mercati sono suggeriti a livello ministeriale¹⁸⁰ sotto forma di *standard*¹⁸¹ igienico-sanitari e recepiti dalle singole Regioni¹⁸². Gli allestimenti utilizzabili per l’attività di vendita dei prodotti alimentari al dettaglio o la somministrazione di alimenti e bevande si riconducono a tre tipologie: banco temporaneo, negozio mobile e costruzione stabile. I banchi temporanei sono costituiti dall’insieme delle “attrezzature di esposizione”¹⁸³ mobili, tali che le stesse vengono montate in occasione del mercato e smontate al termine dell’intervallo orario interessato dall’attività di commercio. Le costruzioni stabili sono realizzate in corrispondenza degli spazi adibiti a mercato e consistono in manufatti fissati al suolo, atti ad ospitare l’attività di smercio. Si distinguono dai negozi non facenti parte del mercato per il fatto di occupare posteggi ed essere soggetti ad assegnazione. I negozi mobili – nel linguaggio comune indicati come *automarket* – sono veicoli speciali adibiti ad uso negozio – dunque conformati in modo da fungere da luogo di esposizione e vendita di prodotti alimentari – dotati di parete laterale con funzione di copertura protettiva dei banchi e delle apparecchiature, di impianto idraulico ed elettrico, funzionanti a mezzo di

¹⁷⁹ Ad esempio, nel caso in cui si renda necessario attivare spinte concorrenziali all’interno del mercato stesso; art. 9, punti 2 e 5, DCR Piemonte, 1° marzo 2000, n. 626 – 3799.

¹⁸⁰ Ordinanza del ministero della salute, 3 aprile 2002, recante *requisiti igienico-sanitari per il commercio dei prodotti alimentari su aree pubbliche*, pubbl. in Gazzetta Ufficiale n. 114 del 17 maggio 2002.

¹⁸¹ S. DI MACCO, *Mercati quotidiani alimentari igienicamente accettabili anche su strada nei centri storici*, in *disciplina comm.*, 2006.

¹⁸² DGR Piemonte 10 maggio 2004, n. 25-12456.

¹⁸³ Ordinanza del ministero della salute, 3 aprile 2002, *requisiti igienico-sanitari per il commercio dei prodotti alimentari su aree pubbliche*, pubbl. in Gazzetta Ufficiale n. 114 del 17 maggio 2002, art. 1.

allacciamento esterno o grazie a un serbatoio di acqua potabile e a un sistema autonomo di erogazione di energia elettrica.

Tali tipologie di allestimento si caratterizzano per standard propri e si combinano in vario modo a seconda della tipologia di area mercatale in cui si collocano. Mercato è l'area pubblica o privata di cui il Comune abbia la disponibilità, composta da più posteggi, attrezzata o meno, e destinata all'esercizio dell'attività per intervalli di tempo e con frequenza variabile¹⁸⁴. Il commercio su area pubblica può avvenire dunque tanto su area pubblica, quanto su area privata che sia però nella disponibilità del Comune. In particolare, si distingue il mercato in sede propria dal mercato su strada, ove il primo è dotato di un luogo esclusivo, destinato a tal uso nei documenti urbanistici, mentre il secondo occupa per un certo tempo spazi che sono altrimenti – e nelle restanti ore della giornata – destinati ad altro uso.

Per i mercati in sede propria sono previste particolari dotazioni: delimitazione o recinzione dell'area, pavimentazione con strato di finitura compatto e igienicamente corretto per l'uso, con pendenza idonea al deflusso delle acque e per consentire il lavaggio, canaline di scolo e allaccio fognario. Collegamento alla rete idrica ed elettrica, contenitori coperti per i rifiuti e servizi igienici. Principale elemento di discriminare è rappresentato dalla vendita di prodotti di tipo alimentare – e fra questi, di merce più o meno deperibile – e infatti ove i banchi dedicati agli alimentari siano circoscrivibili in una zona determinata, gli allestimenti richiesti per il mercato in sede propria possono essere a tale limitati.

Dotazioni che ben distinguono il mercato in sede propria da quello su strada, per il quale è possibile ipotizzare come unico requisito quello del mantenimento di condizioni igieniche per la definizione delle quali si fa riferimento a una generica *idoneità*¹⁸⁵ al commercio di prodotti alimentari. Tale idoneità varia a seconda della tipologia di prodotto alimentare, sulla base di macrocategorie che distinguono principalmente prodotti agroalimentari freschi e alimentari non deperibili, prodotti ittici, carni, prodotti di gastronomia cotti.

Le dotazioni di cui alle aree mercatali in sede propria “ritornano” in parte, nei mercati su strada, nella garanzia delle condizioni adeguate per la vendita di prodotti alimentari nei singoli banchi. Questi devono essere stabili, realizzati in materiale adeguato al contatto con gli alimenti e devono essere dotati di piani rialzati da terra per un'altezza non inferiore al metro – ai 50 cm per i prodotti ortofrutticoli e non deperibili – e devono essere muniti di sistemi per la protezione degli alimenti. La pavimentazione dell'area su cui si collocano i posteggi deve in ogni caso limitare la polverulenza e consentire un'adeguata pulizia, nonché il rapido smaltimento delle acque meteoriche¹⁸⁶. Requisiti ulteriori sono previsti per la vendita di prodotti ittici - e all'interno della categoria per prodotti ittici vivi e molluschi e carni - per lo smercio delle quali è possibile l'utilizzo di banchi temporanei, ma essendo invece necessario l'allestimento di costruzioni stabili o negozi mobili.

¹⁸⁴ D. lgs. 114/1998, art. 27, co. 1, lett. d); Ordinanza del ministero della salute, 3 aprile 2002, cit.

¹⁸⁵ Ministero della salute, Ordinanza 3 aprile 2002, cit., art. 2, 5.

¹⁸⁶ Ad esempio, per quanto attiene alla normativa della Regione Piemonte: DGR Piemonte, 10 maggio 2004, n. 25-12456.

In relazione ai prodotti per i quali sia richiesto l'allacciamento idrico, l'assenza di reti per allacciare ciascun posteggio all'acqua potabile, allo scarico delle acque reflue ed all'energia elettrica, ne limiterà l'utilizzo alle sole strutture mobili dotate dei rispettivi dispositivi autonomi di erogazione e scarico. Se da un lato non è pensabile pretendere che i banchi temporanei siano forniti di tutti gli accessori e le attrezzature necessari e prescritti per determinate attività di vendita e somministrazione, d'altro canto, una zona mercatale di per sé fornita di buoni servizi e allacciamenti può consentire anche ai venditori su banchi temporanei di ampliare la propria offerta alimentare, nel rispetto delle regole igienico-sanitarie. L'allacciamento alla rete idrica ed elettrica rende ad esempio possibile l'adeguamento dei banchi temporanei ai requisiti richiesti per la vendita dei prodotti della pesca¹⁸⁷: sistema di refrigerazione e lavello con erogatore automatico d'acqua.

Allo stesso modo, si crea un rapporto di complementarietà e dipendenza tra le caratteristiche di ciascun negozio mobile per cui l'autorizzazione sanitaria deve essere rilasciata e la sede del mercato cui la struttura è adibita¹⁸⁸: un negozio mobile dotato degli strumenti e attrezzature utili allo smercio anche dei prodotti maggiormente alterabili e per cui sia richiesta una maggiore attenzione igienica e più stringenti requisiti delle attrezzature espositive, ove non dotato di autonomo serbatoio d'acqua potabile e di autonomia energetica potrà collocarsi solo in aree mercatali dotate di appositi allacciamenti. Rimane teoricamente possibile l'allestimento di mercati del tutto privi di allacciamenti, dal momento che per la vendita di frutta e verdura e alimenti non deperibili ciò non risulta necessario. La vendita di prodotti ortofrutticoli richiede infatti solo una fonte di acqua potabile per la bagnatura.

È il Comune – o per esso il soggetto gestore del mercato – ad assicurare la conformità delle aree adibite a mercato. Una corrispondenza omogenea su scala nazionale fra mercati in senso stretto – distinti dai semplici raggruppamenti di posteggi o aree a copertura commerciale – e dotazioni infrastrutturali esiste con particolare riferimento ai mercati in sede propria ed è definita con ordinanza del Ministero della salute, sui requisiti igienico-sanitari per il commercio dei prodotti alimentari sulle aree pubbliche¹⁸⁹. I mercati in sede propria risultano essere gli unici che, proprio in virtù dell'occupazione di aree esclusivamente dedicate al mercato, risultano vincolati a requisiti infrastrutturali ben definiti, indipendentemente dalla tipologia merceologica di composizione del mercato. In tutti gli altri casi - mercati su strada o aree a copertura commerciale, le dotazioni dei banchi e i servizi che devono essere garantiti variano a seconda della composizione del mercato.

Non vi è in ogni caso una relazione ben definita fra tipologia di mercato e regime proprietario dell'area occupata, riferendosi i requisiti igienico-sanitari in generale alle aree pubbliche, senza precisare la natura demaniale o patrimoniale delle stesse. La definizione codicistica associa il mercato comunale alla demanialità, ma l'interpretazione del significato di mercato è, come si vede, varia.

¹⁸⁷ Ordinanza del ministero della salute, 3 aprile 2002, cit. art. 5.

¹⁸⁸ Si veda ad esempio la DGR Piemonte 10 maggio 2004, n. 25-12456, secondo cui: "Tenuto conto delle caratteristiche del negozio mobile, il parere rilasciato dai competenti servizi delle ASL deve indicare i requisiti minimi delle aree mercatali sulle quali il negozio mobile può svolgere l'attività; tali indicazioni devono essere richiamate nell'autorizzazione sanitaria".

¹⁸⁹ Ministero della salute, Ordinanza 3 aprile 2002, cit., art. 2, 5.

In taluni casi, ove l'adeguamento dei mercati cittadini ai parametri definiti in sede di programmazione e la variazione dei bisogni rilevati, con conseguente necessità di ripensamento della rete mercatale in un'ottica di adeguatezza della stessa, porti l'amministrazione comunale alla trasformazione dei mercati in aree a copertura commerciale (o gruppi di posteggi), l'amministrazione medesima può optare per una sdemanializzazione dell'area adibita a mercato, se questo è mercato in sede propria, "giustificando" così la riduzione dei servizi.

I mercati si distinguono poi anche per il fatto di essere mercati coperti o mercati scoperti. La normativa statale elenca fra le aree che possono essere sede di commercio su area pubblica aree coperte e aree scoperte, senza ulteriori distinzioni, né definizione dei caratteri. Solo relativamente alle costruzioni stabili è stabilito che debbano essere coperte – se non altrettanto protette in un mercato in sede propria – e delimitate da pareti¹⁹⁰. Le normative regionali in materia di commercio – la cui competenza è appunto regionale – solo nel caso della Liguria fanno esplicito riferimento ai mercati coperti, al di là della mera ripetizione delle suddette disposizioni di livello nazionale, che comprendono fra le aree potenzialmente soggette a disciplina del commercio su area pubblica aree tanto scoperte, quanto coperte¹⁹¹.

Sono generalmente i regolamenti comunali che disciplinano i mercati coperti facendone una *species* distinta nell'ambito dei mercati comunali. I mercati coperti possono essere definiti come strutture comunali attrezzate, costituite da più posteggi all'interno di locali coperti per il commercio al minuto in sede fissa. Si esce così dalla categoria del commercio definito come ambulante in virtù del fatto di svolgersi tramite strutture (i banchi) che si caratterizzano per il fatto di essere facilmente trasportate, di giorno in giorno montati e poi smontati al termine della giornata mercatale.

In taluni casi caratteristica peculiare dei mercati coperti è il fatto di essere dati in gestione ad associazioni o cooperative degli operatori del mercato, le quali gestiscono la concessione degli spazi nel mercato stesso, nonché i servizi di base (pulizia, acqua, elettricità). In questi casi, la titolarità della concessione è vincolata alla qualità di socio dell'associazione o della cooperativa di gestione del mercato.

3. La programmazione e la gestione dei mercati. La competenza normativa.

Nell'intreccio di competenze che caratterizza la materia in esame, fra quelle statali relative alla concorrenza e quelle regionali sul commercio, si innesta la competenza del Comune sulla programmazione del sistema mercatale urbano. Al Comune spetta anche la gestione della rete mercatale, in termini di operazioni relative alle concessioni ed autorizzazioni, nonché le operazioni relative ai servizi accessori - gestione aree, pulizia, rifiuti. Ciascun Comune definisce i criteri tanto relativamente alla programmazione, quanto concernenti le vicende giuridico-amministrative sulla

¹⁹⁰ Ministero della salute, Ordinanza 3 aprile 2002, cit., art. 3.

¹⁹¹ La Regione Liguria (L.R., 1/2002, art. 30) stabilisce che per i mercati coperti valgono modalità di concessione temporanea dei posteggi e il Comune stabilirà le modalità per la concessione temporanea dei posteggi vacanti nelle more dell'espletamento della procedura di assegnazione definitiva. È fatto divieto di assegnare le postazioni ove siano presenti attrezzature di proprietà di terzi.

concessione dei posteggi e le autorizzazioni all'esercizio del commercio. Nella programmazione e gestione dei mercati il Comune si trova nondimeno a relazionarsi con una normativa non solo regionale. Si tratta di atti normativi statali o regionali, che si affiancano ad atti amministrativi generali di indirizzo o pianificazione, ove generalmente questi ultimi si sostanziano nel piano mercati comunale.

La normativa nazionale¹⁹² incide sul settore del commercio innanzitutto nell'estrinsecare le competenze esclusive statali di carattere trasversale – concorrenza e garanzia dei livelli essenziali delle prestazioni: detta infatti i principi e criteri direttivi per l'instaurazione e l'esercizio dell'attività commerciale incidendovi con una disciplina relativa alla tutela della trasparenza del mercato, della concorrenza¹⁹³, della libertà di impresa, relativa alla libera circolazione delle merci, alla tutela del consumatore¹⁹⁴, all'efficienza, modernizzazione e sviluppo della rete distributiva, all'evoluzione tecnologica dell'offerta¹⁹⁵, alla valorizzazione e salvaguardia del servizio commerciale nelle aree urbane¹⁹⁶.

Nell'esercizio della competenza esclusiva statale (art. 117, co. 2, lettera p), Cost.) in materia di organizzazione politica¹⁹⁷, in cui rientra il conferimento delle funzioni amministrative alle Regioni e agli enti locali, sono state inoltre delegate al Governo¹⁹⁸ la ridefinizione e il riordino della disciplina relativa alle attività economiche e industriali e la distribuzione delle funzioni amministrative relative, trasferendo invece al Comune, insieme alla Regione, tutte le funzioni in materia di fiere e mercati¹⁹⁹.

Quanto alla ripartizione delle funzioni, la normativa nazionale assegna alle Regioni la fissazione delle norme concernenti le modalità di esercizio del commercio, i criteri e le procedure per il rilascio, la revoca e la sospensione e re-intestazione dell'autorizzazione e i criteri per l'assegnazione dei posteggi (concessioni)²⁰⁰. Oltre a un indirizzo in materia di orari, cui i sindaci si dovranno attenere nella fissazione degli orari di mercato, di loro competenza, le regioni stabiliscono i criteri generali cui i comuni si devono attenere nella determinazione delle aree e del numero dei posteggi da destinare allo svolgimento dell'attività²⁰¹.

È altresì regionale la fissazione di criteri relativamente all'istituzione, alla soppressione e allo spostamento dei mercati, nonché all'istituzione di mercati destinati a merceologie esclusive²⁰². L'emanazione di tali disposizioni, così come previste,

¹⁹² D. lgs. 114/1998.

¹⁹³ D. lgs. 114/1998, art. 2.

¹⁹⁴ Con particolare riguardo all'informazione, alla possibilità di approvvigionamento, al servizio di prossimità, all'assortimento e alla sicurezza dei prodotti (art. 1, D.lgs. 114/1998).

¹⁹⁵ Anche al fine del contenimento dei prezzi, il pluralismo e l'equilibrio tra le diverse tipologie delle strutture distributive e le diverse forme di vendita, con particolare riguardo al riconoscimento e alla valorizzazione del ruolo delle piccole e medie imprese (art. 1, D. lgs., 114/1998).

¹⁹⁶ Nonché rurali, montane, insulari (art. 1, D. lgs. 114/1998).

¹⁹⁷ L. MAZZAROLI, G. PERICU, A. ROMANO (a cura di), *Diritto Amministrativo, parte generale*, Monduzzi, Bologna, 2005, 131.

¹⁹⁸ L. delega n. 59/1997, art. 4, co. 4, lett. c); D. lgs. 112/98.

¹⁹⁹ D. lgs. 112/98, art. 41.

²⁰⁰ Si veda *infra* sul punto. Per i criteri fissati a livello nazionale, art. 28, d. lgs. 114/1998.

²⁰¹ D. lgs. 114/1998, art. 28, par 13. Si veda a livello regionale: DCR Piemonte, 1° marzo 2020, n. 626-3799, che si traduce poi nel Piano mercati del Comune di Torino.

²⁰² Le Regioni stabiliscono anche le caratteristiche tipologiche delle fiere e le modalità di partecipazione alle medesime. D. lgs. 114/1998, art. 28, par. 13.

avviene secondo l'ordinamento delle Regioni, con il vincolo di acquisizione del parere – dunque obbligatorio – dei rappresentanti degli enti locali e prevedendo forme di consultazione delle organizzazioni dei consumatori e delle imprese del commercio²⁰³.

La legge regionale²⁰⁴, recante la disciplina del commercio²⁰⁵, stabilisce gli indirizzi generali per l'insediamento delle attività commerciali²⁰⁶, in accordo con gli obiettivi fissati a livello nazionale²⁰⁷. Gli indirizzi generali per l'insediamento delle attività commerciali, compresi i criteri di programmazione urbanistica, possono risultare già da previsione legislativa oppure la loro adozione è indicata nella competenza del Consiglio regionale che li adotta con atto deliberativo su proposta della Giunta regionale. Tali indirizzi tengono conto dell'assetto territoriale della rete distributiva, delle caratteristiche morfologiche, socio-economiche e della densità abitativa al fine di individuare i sottosistemi del settore distributivo, quali aree di programmazione o bacini di utenza generanti un unico attrattore²⁰⁸, nonché altri interessi generali quali l'ordine e la sicurezza pubblica, la sicurezza stradale, la sanità pubblica, la tutela dei consumatori, dei destinatari di servizi e dei lavoratori, la lotta alla frode, la tutela dell'ambiente e dell'ambiente urbano incluso l'assetto territoriale in ambito urbano e rurale, la sostenibilità ambientale, sociale e di vivibilità, la conservazione del patrimonio storico ed artistico, la politica sociale e la politica culturale²⁰⁹.

Gli indirizzi sono funzionali all'adozione di atti di programmazione (pianificazione) commerciale, sia a livello regionale, sia comunale. La legge regionale riserva, infatti, uno spazio alla competenza comunale, precisando il contenuto minimo della pianificazione²¹⁰. Gli atti di pianificazione riguardano l'attività commerciale nel suo complesso e il commercio su area pubblica, cui sono riservati atti specifici e in taluni casi leggi regionali dedicate.

Con riferimento al commercio su area pubblica la normativa regionale disciplina altresì le modalità di esercizio dell'attività, i criteri relativi alle vicende giuridico-amministrative e la definizione di criteri e indirizzi di programmazione urbanistica e commerciale. La collocazione di tali indirizzi e disposizioni varia da regione a regione.

In alcuni casi la legge regionale fissa le modalità di esercizio dell'attività: su posteggi dati in concessione – senza specificazione della cadenza temporale – e su qualsiasi area purché in forma itinerante²¹¹, come semplice richiamo alla normativa nazionale (Liguria), oppure assegnando una durata alle concessioni demaniali. In quest'ultimo caso la durata può essere specificata in legge (Lombardia) o lasciata alla disciplina di Giunta Regionale relativa alle vicende giuridico – amministrative in materia (L.R. Piemonte, Emilia-Romagna). Ancora, sia in sede legislativa (Piemonte, fissata in via puntuale), sia con atto amministrativo generale (DGR) la durata può essere fissata in via puntuale (Emilia Romagna) o lasciando alle amministrazioni Comunali la

²⁰³ D. lgs. 114/1998, art. 28, par. 14.

²⁰⁴ Per la Regione Piemonte (L.R. n. 28/1999), sulla disciplina, sviluppo e incentivazione del commercio in Piemonte).

²⁰⁵ L. R. Piemonte n. 28 del 1999, recante la disciplina, sviluppo e incentivazione del commercio in Piemonte, in attuazione del D. lgs. 114/1998, art. 2.

²⁰⁶ L. R. Piemonte n. 28/1999, art. 3.

²⁰⁷ D. lgs. 114/98, art. 6, co. 1 e 2.

²⁰⁸ Art. 3, L. R. Piemonte n. 28/1999.

²⁰⁹ L. R. Lombardia 6/2010, art. 4.

²¹⁰ L. R. Lombardia 6/2010, art. 4.

²¹¹ Art. 10, L. R. Piemonte 28/99.

discrezionalità di fissare un termine non inferiore ai 9 e non superiore a 12 anni (Lombardia), in accordo con quanto stipulato in sede di conferenza Stato-Regioni al fine di fornire una disciplina quanto più uniforme nel territorio nazionale, accordo della cui peculiare valenza si parlerà in seguito, a proposito delle controverse vicende relative al recepimento della direttiva *Bolkestein* sui servizi nel mercato interno.

Anche in ciò consiste la definizione delle vicende giuridico-amministrative relative al commercio su area pubblica, che la normativa nazionale assegna alle Regioni come indicazione di criteri e procedure (d. lgs. 114/98, art. 28, co. 12) e che consiste nella fissazione delle tipologie di autorizzazione, della durata delle concessioni di suolo pubblico, delle modalità di assegnazione giornaliera dei posteggi liberi, dei requisiti per l'esercizio dell'attività. Salva la competenza comunale per il rilascio delle autorizzazioni, il legislatore regionale (Toscana) o la Giunta Regionale con atto generale approvano indicazioni ai comuni relative ai criteri di selezione per il rilascio di concessioni di posteggi già esistenti o nuovi nei mercati (Lombardia) criteri per l'assegnazione dei posteggi riservati agli agricoltori nei mercati, procedimento di concessione (indicazione degli elementi che il bando comunale deve contenere), criteri di preferenza per assegnazione dei posteggi, indicazione degli adempimenti dei comuni (Piemonte), modalità di verifica della regolarità contributiva (Emilia Romagna).

La definizione dei criteri di programmazione commerciale spetta generalmente al Consiglio Regionale per previsione di legge, accanto a uno spazio comunque riservato ai Comuni (d. lgs. 114/98, art. 28, co. 13) in relazione alla pianificazione urbanistica, di competenza comunale, dal momento che la prima esiste oggi solo come complemento della seconda²¹². I Comuni si attengono ai criteri generali regionali nella determinazione delle aree, del numero dei posteggi da destinare all'attività, nell'istituzione, soppressione o spostamento dei mercati, anche destinati a merceologie esclusive (Piano mercati). Il Consiglio regionale, su proposta della Giunta, definisce i criteri generali per individuazione delle aree da destinare all'esercizio del commercio su aree pubbliche, la tipologia delle manifestazioni, la localizzazione, dimensionamento e composizione merceologica (L. R. Piemonte n. 28 del 1999). La legge regionale ha spesso il ruolo di fissare gli obiettivi che devono essere perseguiti tanto a livello regionale nell'individuazione dei criteri, quanto a livello comunale. La Legge regionale lombarda ad esempio definisce con cadenza triennale gli obiettivi di presenza e sviluppo delle aree mercatali, tenendo conto della propensione al consumo della popolazione residente, della qualità del servizio da rendere al consumatore, degli obiettivi di sostenibilità ambientale e sociale nonché di viabilità, che rendano impossibile ulteriori flussi di acquisto nella zona senza incidere in modo 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, ferma la tutela delle zone di pregio artistico, storico, architettonico e ambientale (art. 17 L. R. Lombardia n. 6/10). In Piemonte la pianificazione del settore deve perseguire gli obiettivi di ottimizzazione del servizio, realizzazione di un adeguato equilibrio con le altre forme di distribuzione. Il Consiglio regionale può modificare i criteri sulla base delle esperienze applicative (art. 10 L. R. Piemonte n. 28/99).

²¹² Non esiste oggi una pianificazione commerciale a se stante. La pianificazione urbanistica si integra con la definizione delle aree da dedicare a determinate attività commerciali.

Vi è dunque generalmente una distinzione fra competenza di gestione – ove per gestione si intende l’istituzione del mercato, la selezione dei venditori e l’attività di controllo, oltre che la fornitura di servizi accessori quali la pulizia e la raccolta rifiuti – e di programmazione. La competenza di gestione dei mercati regionali è comunale, in accordo con i principi generali in ordine alle funzioni dei Comuni²¹³ indicati dalla normativa nazionale. Sono i comuni, infatti, che sulla base delle disposizioni della Regione, stabiliscono le modalità di assegnazione dei posteggi e la superficie degli stessi²¹⁴, avendo riguardo all’esclusione delle aree aventi valore archeologico, storico, artistico e ambientale²¹⁵. I Comuni definiscono nel dettaglio i criteri di assegnazione delle aree riservate agli imprenditori agricoli²¹⁶ e ad essi è assegnata la definizione delle norme procedurali per la presentazione e l’istruttoria delle domande di rilascio delle autorizzazioni al commercio ambulante e la fissazione del termine decorso il quale il silenzio corrisponde ad assenso²¹⁷.

Al di là degli aspetti di gestione, i mercati comunali si caratterizzano per una programmazione dettagliata e preponderante, che si caratterizza per il fatto di svolgersi a più livelli: dalla programmazione regionale, con la fissazione di principi e criteri direttivi in materia commerciale, secondo la ripartizione delle competenze, al livello comunale, con la pianificazione della rete dei mercati comunali.

La programmazione della rete distributiva spetta, nella definizione degli indirizzi generali, alle regioni. Gli obiettivi della programmazione sono già indicati a livello nazionale²¹⁸, in accordo con le prescrizioni del diritto europeo che vietano una programmazione economica fondata su logiche di mera redditività²¹⁹ e convenienza economica, e che richiedono invece la tutela di interessi ulteriori come fondamento dell’intervento pubblico nell’economia, la realizzazione di una rete distributiva che massimizzi la qualità dei servizi al consumatore e la produttività, il rispetto delle regole di concorrenza, e che tenga conto dell’impatto territoriale e ambientale, in particolare sulla mobilità, sul traffico e sull’inquinamento.

Indirizzi e criteri generali regionali di programmazione definiscono il commercio su area pubblica quale parte integrante della rete distributiva cittadina e sono volti a valorizzarlo quale elemento di integrazione del commercio in sede fissa²²⁰, fornendo uno strumento ai Comuni nella definizione del piano dei mercati urbani tramite lo strumento di programmazione che è talvolta definito come *piano mercati*.

Il piano dei mercati stabilisce le caratteristiche della rete mercatale urbana, tenendo presente dimensione e localizzazione dei mercati, tenendo conto delle caratteristiche economiche del territorio, della popolazione residente e fluttuante²²¹ e tenendo principalmente conto delle finalità di tutela delle zone di pregio storico e artistico, architettonico e ambientale. Resta ampia la discrezionalità in capo alle amministrazioni comunali relativamente al grado di dettaglio della pianificazione

²¹³ D. lgs. 267/2000, art. 4; art. 117 co. 2, lett. p), Cost.

²¹⁴ D. lgs. 114/1998, art. 28, par. 15.

²¹⁵ D. lgs. 114/1998, art. 28, par. 16.

²¹⁶ D. lgs. 114/1998, art. 28, par 15; d. lgs. 228/2001, art. 4.

²¹⁷ Comunque non superiore a 90 giorni. Il Comune fissa altresì le norme atte ad assicurare la trasparenza e snellezza dell’azione amministrativa.

²¹⁸ D. lgs. 114/98, art. 6.

²¹⁹ Dir. (UE) del Parlamento e del Consiglio, n. 1123/2006, art. 14, n. 5.

²²⁰ Ad esempio, DCR Piemonte 1° marzo 2000, n. 626 – 3799, art. 1.

²²¹ D. lgs. 114/98, art. 28, co. 13.

mercatale, dal momento che questa può fermarsi alla previsione dell'istituzione – o restituzione di mercati o zone in senso lato mercatali, nelle varie forme previste dalla disciplina di settore – aree a copertura commerciale, posteggi singoli, strutture coperte – con la definizione di quote riservate a determinate categorie merceologiche o ai produttori. L'istituzione di ciascun mercato avviene poi con delibera del Consiglio Comunale e può essere affidata ad operatori economici tramite procedura competitiva.

I posteggi sia in concessione, sia non assegnati possono essere vincolati a determinate categorie merceologiche, in relazione al singolo mercato e in seguito alla sua istituzione o anche in via generale con la fissazione di criteri di riserva a livello Regionale – come avviene di frequente con riferimento ai posteggi assegnati ai produttori agricoli – di modo tale che le aree riservate a determinati operatori (o categorie merceologiche) non possano essere occupate se non da operatori appartenenti a tali categorie o operanti nella vendita di tali prodotti.

Da un lato, l'ingerenza regionale risulta variabile, fermandosi talora a definire principi e criteri direttivi cui parametrare la pianificazione a livello Comunale e giungendo talaltra a stabilire in modo concreto i numeri di posteggi da assegnare ai nuovi mercati. Emblematico è a tal proposito il raffronto fra il caso della Lombardia e il caso Piemontese. La Regione Lombardia per il calcolo dei posteggi utilizza a livello regionale le informazioni e le analisi provenienti da ANCI – in tal modo è stato rilevato che in Lombardia la crisi economica ha ridotto la richiesta di concessione di posteggi. Una struttura regionale competente dà l'assenso all'istituzione di nuovi posteggi: la Giunta regionale fornisce i criteri che la struttura regionale competente tiene in considerazione per l'approvazione dei posteggi di nuova istituzione. In Piemonte l'intervento Regionale rimane contenuto, limitandosi alla fissazione in via generale di criteri per la programmazione comunale, che resta ai Comuni relativamente ai singoli mercati rionali – che si concretizza nell'approvazione del Piano mercati – e la gestione degli stessi.

D'altro canto, la pianificazione della rete mercatale ad opera del comune risulta, quale programmazione, particolarmente pervasiva, pur nel rispetto dei criteri direttivi indicati dalla regione. Se nella redazione dei piani urbanistici i comuni contribuiscono all'applicazione dei criteri definiti a livello regionale, fornendo indicazioni sulla destinazione d'uso di determinate aree e immobili, con la definizione del piano mercati urbano il Comune va oltre un mero orientamento "allocativo", delineando con maggior precisione quanti e quali saranno gli esercenti attivi in un determinato settore merceologico, ove collocheranno il loro banco, accanto a quali categorie merceologiche la loro merce sarà esposta. Si tratta di una vera e propria pianificazione, il cui significato può essere variamente interpretato.

Bisogna innanzitutto ricordare la prima qualificazione che del mercato fa all'interno dell'ordinamento italiano, quale bene demaniale e, in particolar modo, bene del demanio comunale. Ancor prima di aver approfonditamente esaminato la natura giuridica da attribuirsi ai mercati rionali, si può dire che vi sia all'interno del nostro ordinamento un rapporto privilegiato fra amministrazione comunale e mercato, in quanto entità pertinente al comune e per il fatto di esplicare la propria utilità nell'ambito

ristretto del comune, motivo per cui non si riscontra la necessità di esercizio unitario al livello regionale delle funzioni propriamente inerenti i mercati²²².

Indipendentemente poi dalla competenza statale per la disciplina sulla concorrenza e dalla competenza regionale in materia di commercio, ciascun Comune mantiene la potestà regolamentare in ordine alla disciplina dell'organizzazione e dello svolgimento delle funzioni allo stesso attribuite. Si è già parlato del significato attribuito ai mercati regionali, della loro utilità nell'approvvigionamento e garanzia di diritto al cibo, del valore non solo economico, ma anche culturale, quale luogo di riunione e confronto, garanzia di diritti. Quale sia la funzione cui il Comune adempie a mezzo dei mercati - e se una funzione in tal senso possa intravedersi - sarà in seguito oggetto di più approfondita analisi, onde comprendere il significato dell'ingerenza comunale nell'amministrazione degli stessi, la legittimità di una programmazione tanto dettagliata e l'autonomia che spetta ai comuni nella soluzione delle questioni relative alla concessione dei posteggi, nel rispetto della Direttiva Bolkestein. Certo è che non pare potersi dubitare della spettanza al Comune di una funzione esplicantesi a mezzo di un bene - o un istituto diversamente qualificato - comunale.

La pianificazione dei mercati si inserisce nel più ampio contesto della pianificazione urbanistico-commerciale. Dal punto di vista terminologico, si parla generalmente di programmazione delle attività e di pianificazione territoriale, che si intersecano e influenzano vicendevolmente²²³: ciò è evidente nell'imposizione di una distribuzione sul territorio di determinate attività economiche, o nella riserva che nei piani urbanistici si fa per l'uso di determinati immobili (destinazione d'uso).

Al di là di questa distinzione fra pianificazione del territorio e programmazione delle attività, la differenza lessicale pare assestarsi su una distinzione fra "più pervasivo" e "meno pervasivo" che distinguerebbe la pianificazione generale degli anni '50 e '60²²⁴ dalla programmazione settoriale e per incentivi derivata dall'instaurarsi dell'ordinamento dell'Unione, con l'affermarsi delle regole di concorrenza e lo sviluppo di un mercato improntato alla libertà di circolazione di persone, merci, servizi e capitali, come elemento fondamentale dell'ordinamento medesimo.

In realtà la pianificazione si è sempre caratterizzata per entrambe le componenti della pianificazione generale, cui si affiancano interventi settoriali. L'intervento dell'Unione non ha portato al superamento della programmazione in sé, ma ne ha modificato però alcuni aspetti. Cambia, da un lato, il criterio di definizione della necessità degli interventi: si passa infatti da una definizione a livello politico-amministrativo degli obiettivi di equilibrio di mercato, a interventi la cui *ratio* deve essere limitata a gestire o tutt'al più prevenire i fallimenti del mercato stesso²²⁵.

²²² Le leggi regionali, nelle materie e nei casi previsti dalla Costituzione, identificano gli interessi comunali in rapporto alle caratteristiche della popolazione e del territorio (D. lgs. 267/2000, art. 4; art. 117 co. 2, lett. p), Cost.). Al di là dei criteri definiti in sede regionale, le disposizioni di dettaglio sulla gestione spetta ai regolamenti comunali, nel rispetto delle norme statutarie. Nelle materie di propria competenza, infatti, le Regioni conferiscono ai Comuni tutte le funzioni che non richiedano esercizio unitario a livello regionale (L. n. 59/1997, art. 4).

²²³ N. RANGONE, *Le programmazioni economiche. L'intervento pubblico fra piani e regole*, Il mulino, Bologna, 2007, 33.

²²⁴ In un periodo in cui era forte anche l'intervento pubblico nell'economia tramite riserva di attività e proprietà pubblica delle imprese.

²²⁵ N. RANGONE, *Le programmazioni economiche*, cit., 185 ss.

La teoria economica neoclassica, trasposta nel mondo giuridico, non comporta peraltro l'assenza di regolamentazione²²⁶ in generale, né l'assenza di pianificazione o di intervento pubblico. Da un lato, la disciplina di diritto dell'Unione europea sulla concorrenza consiste di regole che influiscono sulla stessa libertà di iniziativa economica degli operatori – vietando comportamenti ritenuti lesivi per il mercato interno (art. 101-102, TFUE) e gli aiuti alle imprese concessi dagli Stati (art. 107, TFUE).

D'altro canto, la stessa pianificazione è stata talora presentata come strumento rientrante nella competenza statale di tutela della concorrenza, ove riferita alla gestione unitaria di un servizio di interesse economico generale con lo scopo di consentire il concreto superamento della sua frammentazione, in modo da razionalizzare il mercato del settore²²⁷. Si tratta della regolazione (*regulation*) come strumento di intervento pubblico volto a migliorare l'efficienza del mercato, a raggiungere una allocazione delle risorse pareto-efficiente, che non risponde però ad una equità distributiva delle stesse.

Agli interventi di *regulation* e, anzi, con un peso via via maggiore rispetto a questi, si affiancano altri tipi di intervento pubblico nell'economia: si tratta delle norme volte a raggiungere finalità redistributive – trasferimento di risorse a determinati gruppi sociali – o di stabilizzazione – si pensi alle norme volte a raggiungere la crescita economica, il miglioramento del livello occupazionale o la stabilità dei prezzi²²⁸.

Con l'avvento dell'ordinamento dell'Unione, accanto ad un incremento della regolazione – come strumento distinto e a sé stante – la programmazione tende ad assumere le forme di una programmazione indicativa, che ruota attorno alla definizione di obiettivi e si serve di strumenti di concertazione, di sussidi di scopo – secondo il modello dei finanziamenti condizionati ad un determinato utilizzo, per il perseguimento degli obiettivi fissati a livello politico – regolazioni dirette, con l'imposizione di tasse, prezzi o tariffe, che possono costituire a loro volta un incentivo. Un effetto di programmazione si ha anche con la creazione di mercati artificiali, ad esempio con la circolazione di diritti di emissione o la fissazione di *standards*²²⁹. Il diritto dell'Unione si fa altresì parametro di legittimità dell'intervento, nel senso di rispetto del principio di proporzionalità.

Si può parlare oggi preferibilmente di programmazione, al fine di mantenere una sfumatura di significato intesa a indicare la fase più recente - quella attuale - dell'intervento pianificatorio pubblico nell'economia. Con riferimento ai mercati regionali di un comune non si sbaglia se si parla di pianificazione, dal momento che ciascun comune redige un vero e proprio piano della rete mercatale, definito a un elevato grado di dettaglio.

Alcuni aspetti sono degni di nota, con riferimento alla programmazione in cui si inseriscono i mercati regionali e con la pianificazione dei mercati stessi: il rapporto fra programmazione e autorizzazioni, la rilevanza della concertazione, il procedere per obiettivi e in particolare l'orientarsi di tali obiettivi verso la realizzazione di finalità di interesse generale che possono interpretarsi in senso lato quali correzioni al fallimento

²²⁶ G. CORSO, *Attività economica privata e deregulation*, cit., 636 ss.

²²⁷ F. TRIMARCHI BANFI, *Il "principio di concorrenza": proprietà e fondamento*, cit., 15.

²²⁸ G. CORSO, *Attività economica privata e deregulation*, cit., 636.

²²⁹ N. RANGONE, *Le programmazioni economiche*, cit., 153 ss.

del mercato, ma che di fatto tornano ad orientare – come nelle pianificazioni di “vecchio stampo” – gli ordinamenti verso lo sviluppo di settori o modalità economiche ulteriori – che cioè richiedono un intervento “creativo” che va oltre la semplice rimozione di fallimenti di un mercato lasciato libero.

Quanto alle autorizzazioni, la pianificazione sia generale, sia settoriale, in materia economica e commerciale veniva in passato perseguita anche tramite un sistema di autorizzazioni condizionate al rispetto dei requisiti fissati dall'autorità competente e sulla base dei contingentamenti definiti nell'ambito della pianificazione stessa. Il divieto posto alle pubbliche autorità degli stati membri dell'Unione è verso qualsiasi forma di condizionamento e limitazione all'iniziativa economica privata, che sia dovuto a motivi puramente economici è sancito oggi una volta per tutte, con riferimento alle attività di servizi.

L'accesso all'esercizio di tali attività non può infatti essere subordinato a una verifica relativa all'esistenza di interessi puramente economici²³⁰, ossia all'esistenza di un bisogno economico o di una domanda di mercato, così come potrebbe essere definita a livello politico-amministrativo nell'ambito di una pianificazione²³¹. Tra i requisiti vietati vi sono anche la prova della capacità economica del prestatore²³², la valutazione degli effetti economici dell'attività, la valutazione dell'adeguatezza dell'attività rispetto agli obiettivi di programmazione economica stabiliti dall'autorità competente²³³.

La subordinazione dell'esercizio di un'attività di servizi all'autorizzazione della p.a. è legittima ove i requisiti non perseguano obiettivi economici, ma siano invece dettati da motivi imperativi d'interesse generale, mentre la tutela di interessi pubblici non imperativi è affidata a controlli successivi. Le autorizzazioni condizionano l'esercizio dell'attività di servizi alla verifica di requisiti oggettivi più che soggettivi e lo stesso procedimento amministrativo – di competenza comunale – di autorizzazione all'insediamento di attività produttive ha riguardo ai profili urbanistici, sanitari, della tutela ambientale e della sicurezza²³⁴. Requisiti oggettivi, che non possono attenere alla natura economico-commerciale dell'attività di servizio prestata, nondimeno possono riferirsi al livello qualitativo del servizio offerto, alle caratteristiche dello stesso che influiscano positivamente o meno sugli interessi che il piano intende tutelare, alla distribuzione territoriale come strumento per la valorizzazione di aree geografiche svantaggiate o di particolare interesse storico-culturale. Il divieto di programmazione è quindi limitato a quei programmi con finalità economica, ma lascia invece spazio alla programmazione volta a tutelare interessi di carattere generale²³⁵.

L'intervento pubblico nel settore commerciale è poi di fatto presente (oltre che per via delle autorizzazioni) sia a livello di regolamentazione – in particolare rientrante nella competenza regionale²³⁶ - sia a livello di pianificazione urbanistica – di

²³⁰ L'interesse economico dell'ente non si identifica con l'interesse pubblico.

²³¹ Dir. (UE) n. 123/2006, art. 14, n. 5.

²³² Dir. (CE) n. 123/2006 cons. 66: le prove vietate sono le prove economiche in quanto tali e non gli altri requisiti giustificati obiettivamente da motivi imperativi di interesse generale, come la tutela dell'ambiente urbano, la politica sociale e gli obiettivi in materia di sanità pubblica.

²³³ Dir. (CE) n. 123/2006, art. 14, n. 5.

²³⁴ D. lgs. 112/1998, art. 25.

²³⁵ Dir. (CE) n. 123/2006, art 14, n. 5.

²³⁶ Le regioni fissano i criteri per una migliore produttività e a tutela della qualità dei servizi per il consumatore, per garantire il coordinamento dello sviluppo coordinato di commercio e

competenza comunale, tramite strumenti di pianificazione urbanistica²³⁷ volti a creare un coordinamento del governo del territorio, inteso come allocazione degli spazi urbani, con politiche che per realizzare fini ulteriori rispetto alla razionale organizzazione degli spazi, sugli spazi stessi incidano²³⁸. L'eliminazione dei piani (strettamente) commerciali – ossia delle pianificazioni aventi riguardo al solo aspetto commerciale – svincola l'iniziativa economica dalle scelte degli organi di governo che coincidono con restrizioni artificiali del naturale funzionamento del mercato, in un'ottica di orientamento dell'attività economica alla concorrenza²³⁹ che, quale principio, si richiama alla razionalità dello sviluppo di questi, ossia alla loro naturale tendenza a realizzare la migliore allocazione delle risorse nell'economia.

Gli interessi caratterizzati da un profilo di localizzazione territoriale – dalla valorizzazione dei centri storici o delle zone periferiche a interessi di tipo “estetico”, alla tutela di interessi ambientali – sono infatti sensibili alle scelte di pianificazione²⁴⁰, che operano come leva per il perseguimento di interessi generali, nel superamento di una prospettiva dell’“ottimo paretiano”, secondo la quale la funzione redistributiva dell'intervento pubblico nel mercato appare come perseguimento di interessi particolari a scapito del benessere collettivo, identificato con la concorrenza quale mezzo e fine²⁴¹. Mediante la protezione di interessi particolari con norma di legge – il che conduce a limitare il diritto di proprietà e la libertà di iniziativa economica privata (limitazioni che, secondo il dettato costituzionale paiono più doverose che autorizzate) – tali interessi si fanno generali²⁴².

La pianificazione commerciale volta a favorire una più razionale evoluzione dell'apparato distributivo²⁴³ non è più concepibile, in quanto strumento vincolante l'iniziativa economica privata. D'altro canto, esigenze pubbliche connesse alla localizzazione degli esercizi commerciali sono perseguite, nell'intento della nuova disciplina sul commercio, tramite il recepimento negli strumenti urbanistici comunali degli indirizzi generali per l'insediamento delle attività commerciali, di competenza regionale (l. n. 59/1997; art. 117, Cost)²⁴⁴. L'insediamento delle attività commerciali, che non può più essere pianificato in modo vincolante, ma solo indirizzato, si fa quindi esso stesso strumento per il perseguimento di quei fini ulteriori (esigenze pubbliche) che della liberalizzazione commerciale non devono risentire²⁴⁵.

Programmazione e regolamentazione sono modelli alternativi a quello puramente concorrenziale, ove si renda necessario bilanciare la libertà di iniziativa economica con differenti interessi. Interessi che possono essere settoriali, ma che si fanno pubblici mediante intervento normativo di regolamentazione²⁴⁶, quale strumento

territorio, per la qualificazione e salvaguardia dei centri storici, delle zone montane, rurali e insulari.

²³⁷ Piani regolatori generali.

²³⁸ P. STELLA RICHTER, *Ripensare la disciplina urbanistica*, Giappichelli, Torino, 1997, 16.

²³⁹ D. l. 223/2006, art. 3, sulle regole di tutela della concorrenza nel settore commerciale.

²⁴⁰ C. DI SIERI, *Il sindacato del Giudice amministrativo sulla c.d. “urbanistica commerciale”*, nota a Tar Lombardia, Milano, Sez. I, 20 febbraio 2015, n. 521, in *Giornale di dir. amm.*, fasc. 3, 2015; P. STELLA RICHTER, *Ripensare la disciplina urbanistica*, cit., 16.

²⁴¹ F. TRIMARCHI BANFI, *Il “principio di concorrenza”: proprietà e fondamento*, cit., 15.

²⁴² G. CORSO, *Attività economica privata e deregulation*, cit., 637.

²⁴³ L. 11 giugno 1971, n. 426, art. 11.

²⁴⁴ G. CAIA, *Governo del territorio e attività economiche*, in *Dir. amm.*, fasc. 4, 2003, 707 ss.

²⁴⁵ Nelle intenzioni del legislatore dell'unione e italiano; D. lgs. 114/1998, art. 6.

²⁴⁶ G. CORSO, *Attività economica privata e deregulation*, cit., 637.

per la realizzazione di politiche pubbliche di settore²⁴⁷. Lo stesso Piano nazionale di ripresa e resilienza – che fissa fra gli obiettivi della legge annuale sulla concorrenza il rafforzamento dei divieti di proroga e rinnovo automatico delle concessioni – pone l’accento, da un lato, sulla necessità di promozione della concorrenza, dall’altro sulla mitigazione, tramite regolamentazione dei mercati, degli effetti negativi prodotti dalle misure introdotte²⁴⁸.

L’allontanamento dal modello puramente concorrenziale caratterizza variamente le politiche dell’Unione, raggiungendo un apice nel caso della politica agricola comune²⁴⁹, per la quale il Trattato sul funzionamento dell’Unione stabilisce che le regole di concorrenza sono applicabili solo nella misura determinata dal Parlamento e dal Consiglio (art. 42, TFUE), con un ribaltamento della regola (la concorrenza) in eccezione, in concreto risoltosi nell’applicazione in via generale delle disposizioni sulla concorrenza, salvi i casi specificati²⁵⁰. Il TFUE specifica che qualsiasi deroga alla concorrenza come principio generale che regge il mercato interno deve avere riguardo agli obiettivi della PAC (art. 39, TFUE).

L’agricoltura ha visto importanti interventi di programmazione e l’adozione di misure di mercato (fissazione di prezzi minimi, prelievi all’importazione e restituzioni all’esportazione, pagamenti diretti), in ogni caso strettamente legati all’analisi dei fabbisogni della popolazione agricola²⁵¹ e dei consumatori. Più recentemente, con la nuova pac e con l’approvazione del Next Generation EU, tra gli obiettivi della politica agricola sono fatti rientrare obiettivi di più largo respiro, come obiettivi di tutela ambientale e digitalizzazione.

Come settore di intervento dell’Unione, l’agricoltura è particolarmente rilevante nella trattazione dei mercati comunali, in quanto questi ultimi garantiscono un punto di raccordo fra campagna e contesto urbano, offrendo ai contadini uno sbocco per la propria produzione. Oltre a condizionare la pianificazione e gestione dei mercati, in ragione della disciplina speciale stabilita per i contadini e delle riserve di spazi ad essi dedicati nel mercato, la politica agricola risponde a modalità di “funzionamento” del tutto peculiari, che presentano però più di una analogia significativa con la disciplina dei mercati.

Si tratta del consistente apporto di pianificazione, del procedere per obiettivi, cui la pianificazione medesima è volta. Dell’analisi dei fabbisogni, principalmente alimentari dei consumatori, di approvvigionamento (garantire la sicurezza degli approvvigionamenti), di guadagno da parte dei contadini (assicurare un tenore di vita equo alla popolazione agricola), di equità dei prezzi (assicurare prezzi ragionevoli al

²⁴⁷ Lo stesso Piano nazionale di ripresa e resilienza – che ha fra gli obiettivi della legge annuale sulla concorrenza il rafforzamento dei divieti di proroga e rinnovo automatico delle concessioni – pone l’accento, da un lato, sulla necessità di promozione della concorrenza, dall’altro sulla mitigazione, tramite regolamentazione dei mercati, degli effetti negativi prodotti dalle misure introdotte (PNRR, Premessa; Riforme abilitanti: semplificazione e concorrenza).

²⁴⁸ PNRR, Premessa; Riforme abilitanti: semplificazione e concorrenza.

²⁴⁹ R. CAVALLO PERIN, voce *Agricoltura e agroalimentare*, in *Enc. del diritto*, Giuffrè, Milano, in corso di pubblicazione; M. MATTALIA, *I principi di amministrazione pubblica in agricoltura tra libertà di circolazione, innovazione sociale e regolazione*, Edizioni scientifiche italiane, Napoli, 2019.

²⁵⁰ Reg. (UE) del parlamento e del Consiglio n- 1308/2013.

²⁵¹ R. CAVALLO PERIN, voce *Agricoltura e agroalimentare*, cit.; M. MATTALIA, *I principi di amministrazione pubblica in agricoltura*, cit.

consumo)²⁵². Si tratta anche delle deroghe alla concorrenza e della rilevanza delle organizzazioni professionali (organizzazioni dei produttori) e della concertazione come metodo di programmazione o pianificazione.

4. Il rapporto con la campagna e il mercato dei produttori. La concertazione e gli obiettivi della programmazione.

Una particolare disciplina è quella dedicata ai produttori agricoli, intendendosi con già gli imprenditori agricoli, singoli o associati, iscritti nel registro delle imprese²⁵³, i quali vendano direttamente al dettaglio i prodotti provenienti in misura prevalente dalle rispettive aziende, o i prodotti agricoli e alimentari, appartenenti ad uno o più comparti agronomici diversi da quelli dei prodotti della propria azienda, purché direttamente acquistati da altri imprenditori agricoli, sempreché il fatturato derivante dalla vendita dei prodotti provenienti dalle rispettive aziende sia prevalente rispetto al fatturato proveniente dal totale dei prodotti acquistati da altri imprenditori agricoli²⁵⁴. La disciplina si applica anche nel caso di vendita di prodotti derivati, ottenuti a seguito di attività di manipolazione o trasformazione dei prodotti agricoli o zootecnici, finalizzate al completo sfruttamento del ciclo produttivo dell'impresa.

I contadini godono di un particolare regime amministrativo in relazione alla vendita dei prodotti del loro lavoro agricolo. L'attività di vendita diretta di prodotti agricoli di produzione propria è infatti soggetta a mera comunicazione all'amministrazione, nel caso in cui avvenga in forma itinerante. Vi si affianca la vendita diretta dei prodotti presso i locali dell'azienda agricola, che avviene liberamente, senza necessità di alcuna comunicazione. Tale regime amministrativo si differenzia da quello proprio della maggior parte delle attività definite "di servizi" nel senso di cui alla direttiva – ove con ciò si intendono le attività di iniziativa economica privata.

Elementi distintivi dell'attività in discorso sono: il fatto che soggetti ne siano i contadini e il carattere "diretto" della commercializzazione. Definiti come contadini – o produttori – gli imprenditori agricoli – singoli o associati – che vendano al dettaglio i prodotti provenienti dalle rispettive aziende²⁵⁵ - facendovi rientrare anche gli imprenditori agricoli che vendano direttamente al dettaglio prodotti agricoli e alimentari appartenenti a uno o più comparti agronomici diversi da quelli dei prodotti della propria azienda, purché siano direttamente acquistati da altri imprenditori agricoli²⁵⁶ - si nota come la vendita diretta necessiti del mercato come principale occasione per realizzarsi in un contesto di pluralità di scambi.

I mercati rionali si sono sviluppati e vivono in stretta relazione con il mondo agricolo. Sono il punto di congiunzione fra città e campagna di cui disciplinano il rapporto reciproco, in qualità di valvola di sfogo dei prodotti della terra verso il pubblico

²⁵² Art. 39 TFUE.

²⁵³ Art. 8, l. 29 dicembre 1993, n. 580.

²⁵⁴ D. lgs. 228/2001, art. 4.

²⁵⁵ D. lgs. 228/2001, art. 4.

²⁵⁶ D. lgs. 228/2001, art. 4.

dei consumatori. Questa caratterizzazione si è conservata, nonostante i mercati lascino ampio spazio ad altri settori merceologici - tanto che si dà il caso di mercati nazionali tematici non alimentari - come rapporto privilegiato del mercato con la categoria degli agricoltori.

Si tratta di una categoria i cui interessi sono stati oggetto di tutela nell'ambito di politiche di intervento pubblico nell'economia, accanto agli interessi dei consumatori - talora in contrapposizione, talora congiuntamente e in via direttamente proporzionale con gli stessi. L'attenzione al settore della produzione alimentare e la necessità di ingerenza pubblica - pur in un contesto di promozione della libertà degli scambi e della circolazione delle merci, quale è il mercato europeo - deriva dalla natura stessa del settore agricolo, che si caratterizza per l'incostanza dei risultati e dunque tanto del reddito degli agricoltori, quanto della soddisfazione dei bisogni dei consumatori.

Accanto a ciò, la rilevanza della produzione agricola come mezzo di approvvigionamento per la sussistenza, la cui garanzia si affianca come necessità a quella di mera tutela di una categoria - quella degli agricoltori - di per sé potenzialmente "fragile" - come si è detto per le caratteristiche intrinseche del settore. Necessità che si rispecchia nell'istituto degli ammassi (art. 237 c.c.), finalizzati a raccogliere quantitativi di determinati prodotti agricoli - tutta la produzione o parte della stessa, nel caso di ammasso per contingente - così sottratti all'immediata immissione sul mercato. Il conferimento all'ammasso - volontario o coattivo - comporta il trasferimento in gestione ad un ente appositamente istituito e si può configurare come una limitazione di diritto pubblico alla proprietà privata²⁵⁷. Il prezzo è pagato alla consegna o, previo versamento di un acconto, dopo la rendicontazione delle vendite²⁵⁸.

Il rapporto giuridico fra soggetto ammassante - il contadino che conferisce il proprio prodotto all'ammasso - ed ente ammassatore non è chiaramente definito in dottrina. Propendendo per l'inquadramento in un rapporto di diritto pubblico, vi si intravedono espropriazione, requisizione, espropriazione generale con istituzione di un monopolio di vendita, l'espropriazione generale mobiliare ad opera dello Stato²⁵⁹. Gli ammassi sono disciplinati da leggi speciali, in riferimento a specifici prodotti e in relazione a ciascuno di essi stabiliscono se vi sia o meno²⁶⁰ passaggio di proprietà all'ente ammassatore²⁶¹.

L'importanza dell'agricoltura come fonte di sostentamento ha portato le comunità europee a concentrare gran parte delle proprie risorse al settore agricolo, facendo di quella agricola la prima delle politiche comunitarie, che rappresenta ancor oggi una delle più consistenti voci del bilancio dell'Unione²⁶². La politica agricola europea (PAC) si sostanzia di misure di tipo eterogeneo, che intervengono su vari aspetti del mercato agricolo, al fine di perseguire gli obiettivi stabiliti nei trattati²⁶³. Sebbene tali interventi presentino una certa varietà, grande attenzione è posta al momento della

²⁵⁷ PALMA G., *Il regime giuridico della proprietà pubblica*, Eges, Torino, 1983, 205.

²⁵⁸ E. CASSETTA, voce *Ammassi*, in *Enc. del diritto*, II, Giuffrè, Milano, 1958, 118.

²⁵⁹ Cass., 14 aprile 1945, n. 234; Cass., 30 marzo 1951, n. 720. Si veda E. CASSETTA, voce *Ammassi*, cit., 119.

²⁶⁰ È stato questo, in passato, il caso di granoturco, olio, risone e avena.

²⁶¹ E. CASSETTA, voce *Ammassi*, cit., 119.

²⁶² R. CAVALLO PERIN, voce *Agricoltura e agroalimentare*, cit., 1.

²⁶³ Art. 39 TFUE.

vendita del prodotto²⁶⁴, in particolare per quanto attiene alle misure dirette di mercato²⁶⁵: le politiche dei prezzi d'intervento (prezzi garantiti), delle restituzioni all'esportazione e dei prelievi all'importazione, degli ammassi pubblici e dell'aiuto agli ammassi privati²⁶⁶.

La storia degli ammassi è quella della necessità di evitare speculazioni dei grandi commercianti la cui potenza economica consentirebbe di acquistare grandi quantità di prodotti in momenti di abbondanza, con il calo generale dei prezzi, nell'ottica di rivenderli successivamente a un prezzo maggiore. Si tratta in questo caso per lo più di ammassi volontari su iniziativa della categoria dei produttori e spesso con competenze di gestione in capo ai consorzi provinciali fra i produttori. A questi ultimi si sostituirono gli enti economici dell'agricoltura e i consorzi agrari provinciali²⁶⁷. Gli enti economici dell'agricoltura furono poi sostituiti dall'U.N.S.E.A., l'Ufficio nazionale statistico-economico dell'agricoltura²⁶⁸, poi cessato, con sopravvivenza dei soli consorzi agrari che erano inizialmente organi esecutivi degli enti economici dell'agricoltura.

Gli ammassi divennero poi prevalentemente strumenti di intervento pubblico nell'economia, previsti per i prodotti agricoli o industriali, ma generalmente utilizzati nel settore alimentare, per far fronte a particolari necessità di distribuzione di beni alimentari²⁶⁹ o come strumento per la stabilizzazione dei prezzi. Si tratta in questi casi per lo più di ammassi obbligatori. Gli ammassi pubblici e gli aiuti agli ammassi privati (Reg. (UE) n. 1308/2013) sono gestiti ad oggi negli Stati membri dagli enti pagatori, organismi di diritto pubblico con funzioni di autorizzazione (calcolo del quantitativo), erogazione e contabilizzazione dei pagamenti agricoli. Ciascuno Stato membro può istituire più organismi pagatori, sotto la direzione di un organismo di riferimento che è per l'Italia, l'Agenzia per le erogazioni in agricoltura (AGEA)²⁷⁰.

Ammassi pubblici e aiuti all'ammasso privato sono misure straordinarie promosse dalla Direzione generale Agricoltura e sviluppo rurale della Commissione europea in caso di crisi del mercato agroalimentare²⁷¹. Si tratta dunque di una gestione della produzione agricola e della sua distribuzione adeguata a momenti non ordinari. In ciò si affianca e si contrappone alla normale immissione nel commercio che – prima dell'introduzione delle moderne forme di distribuzione – avveniva principalmente nei mercati urbani, quale elemento fondamentale di contatto fra la campagna dei contadini e la città dei consumatori.

Ancor oggi il mercato nazionale è la sede, pressoché esclusiva, non della distribuzione in sé dei prodotti agricoli - la quale passa invece sempre attraverso il

²⁶⁴ L. COSTATO, L. RUSSO, *Corso di diritto agrario italiano e dell'Unione europea*, Giuffrè, Milano, 2019, 80.

²⁶⁵ Cui si affiancano le misure indirette (contratti di filiera, organizzazioni dei produttori, organizzazioni interprofessionali, trasparenza, la regolazione dell'offerta dei prodotti con denominazioni di origine) e le misure di sostegno al reddito (Reg. (UE) n. 1307/2013), nonché le misure di sostegno allo sviluppo rurale (Reg. (UE) n. 1306/2013).

²⁶⁶ Reg. (UE) n. 1308/2013.

²⁶⁷ L. 18 maggio 1942, n. 566, *Riordinamento degli Enti economici dell'agricoltura e dei Consorzi agrari*.

²⁶⁸ D. l. 26 aprile 1945, n. 367, art. 8; l. 22 febbraio 1951, n. 64, art. 1.

²⁶⁹ PALMA G., *Il regime giuridico della proprietà pubblica*, cit., 205.

²⁷⁰ R. CAVALLO PERIN, voce *Agricoltura e agroalimentare*, cit.

²⁷¹ Reg. (Ue) n. 1308/2013, art. 219 e 222.

mercato all'ingrosso – ma della vendita diretta da parte dei produttori. Ciò si sostanzia nella riserva di posteggi ai contadini nei mercati rionali, la cui quota varia a seconda delle scelte di programmazione del singolo comune²⁷² - così come variano i criteri di assegnazione degli stessi.

Il comune, sulla base delle disposizioni emanate dalle regioni, fissa criteri di assegnazione delle aree riservate agli imprenditori agricoli che esercitano la vendita diretta²⁷³. Per quanto attiene alla partecipazione al mercato in qualità di concessionari, i coltivatori diretti – o produttori – godono altresì della riserva di una quota di posteggi *in misura congrua sul totale*. La definizione di tale congruità rientra nell'ambito della programmazione della rete distributiva spettante, nella definizione degli indirizzi generali, alle regioni. Le regioni definiscono i criteri per la determinazione delle aree e del numero dei posteggi da destinare all'esercizio dell'attività di mercato, con ciò comprendendo anche la riserva di posteggi agli imprenditori agricoli. Si tratta di una riserva che deve essere congrua sul totale dei posteggi e nell'ambito del complesso dei mercati cittadini e tale da valorizzare il ruolo della produzione agricola attraverso la promozione della vendita diretta da parte dei propri prodotti da parte dei contadini²⁷⁴. Le aree riservate agli agricoltori si distinguono dalle restanti non solo per il fatto di non poter essere assegnate a categorie differenti di commercianti, nemmeno in spunta, ma altresì per i differenti criteri di assegnazione in concessione. Questi sono per lo più definiti a livello regionale, come criteri orientativi per i comuni.

I criteri per l'assegnazione dei posteggi ai produttori variano da regione a regione: possono ricalcare quelli validi per l'assegnazione ai non produttori o differenziarsi ampiamente da questi. In alcuni casi (Piemonte), le caratteristiche della categoria consentono di utilizzare i criteri di selezione per privilegiare le aziende iscritte all'albo degli operatori dell'agricoltura biologica, o che abbiano beneficiato di contributi dell'Unione Europea per tecniche di agricoltura a basso impatto ambientale²⁷⁵. Diffusa è la preferenza per le aziende la cui sede sia nel Comune dove è ubicato il posto richiesto e a parità di requisiti, per l'azienda il cui titolare abbia più giovane età²⁷⁶.

Si rileva uno sforzo delle regioni nell'orientare i criteri per la concessione dei posteggi alla promozione di un'agricoltura sostenibile, anche nell'ambito degli obiettivi definiti dall'Unione europea tramite la politica agricola comune. Figurano infatti fra i criteri preferenziali l'iscrizione all'elenco degli imprenditori dell'agricoltura biologica, il fatto di aver beneficiato di contributi europei – cui l'imprenditore agricolo può aver avuto diritto a vario titolo, per lo più in virtù di pratiche benefiche per l'ambiente. Vi è una generale tendenza a privilegiare le aziende agricole con sede nel comune in cui si svolge il mercato, a conferma della volontà di certe amministrazioni regionali e comunali di attribuire al mercato comunale un particolare significato nella promozione del consumo di prodotti sani e provenienti da una filiera sostenibile.

Appare qui evidente come la costruzione di un mercato, intesa come programmazione dello stesso che si riverbera poi nella gestione di dettaglio,

²⁷² D. lgs. 117/1998, art. 28, co. 15.

²⁷³ D. lgs. 228/2001, art. 4 e art. 28, co. 15.

²⁷⁴ D. lgs. 114/1998, art. 28, co. 13, 15.

²⁷⁵ Reg. CE n. 2078/1992.

²⁷⁶ Ad esempio: DGR Piemonte, 2 aprile 2001, n. 32-2642.

contribuisca ad indirizzare l'iniziativa economica privata nei mercati comunali²⁷⁷, verso fini di interesse pubblico, che possono variare nel tempo a seconda della maggiore o minore rilevanza delle politiche condotte anche a livello nazionale e dalle istituzioni europee. Il fine pubblico non si identifica peraltro mai con il profitto dell'ente territoriale che è titolare delle funzioni di programmazione e gestione.

Si nota ad esempio come alcuni criteri nell'assegnazione dei posteggi agli agricoltori diretti rispecchino le priorità dell'Unione nell'ambito della Politica agricola comune, in particolare con una analogia rispetto a quanto previsto nell'ambito delle misure e dei criteri di pagamento volti allo sviluppo rurale, al miglioramento della competitività del settore agricolo, allo sviluppo territoriale equilibrato delle zone rurali. È il sistema dei pagamenti connessi, supplementare rispetto ai pagamenti di base, sganciati dalla produzione, e condizionali al soddisfacimento di determinati requisiti o all'adozione di comportamenti ritenuti favorevoli al raggiungimento degli obiettivi di redistribuzione dei redditi²⁷⁸, di diffusione di pratiche benefiche per l'ambiente e il clima²⁷⁹ o per riequilibrare lo svantaggio connesso a zone soggette a vincoli naturali²⁸⁰. Nell'ambito della Pac rientrano misure a favore dei giovani agricoltori di età inferiore ai 40 anni, mentre i piccoli agricoltori possono beneficiare di un regime semplificato che li esoneri dai vincoli di inverdimento, a fronte di aiuti di modesta entità.

Un'analogia con l'organizzazione dei mercati agroalimentari – c.d. Ocm unica (Reg. (UE) 1308/2013) – sia ha nella rilevanza delle organizzazioni dei produttori, che sono misure di mercato c.d. "indirette" nell'ambito dell'Ocm unica, sotto forma di contratti di filiera, organizzazioni dei produttori, organizzazioni interprofessionali, in deroga rispetto alle regole sulla concorrenza definite dai Trattati (art. 101 ss. TFUE).

Nell'ordinamento italiano, le OP sono legate alla commercializzazione dei prodotti degli agricoltori aderenti e a determinati aspetti della produzione. In particolare, sono ad esse attribuite funzioni di programmazione e adeguamento della produzione stessa alla domanda, la promozione di pratiche colturali e tecniche di produzione rispettose per l'ambiente e il benessere degli animali. tali forme associative sono volte altresì alla riduzione dei costi di produzione, con conseguente stabilizzazione dei prezzi²⁸¹.

Sul fronte della commercializzazione dei prodotti, le OP concentrano l'offerta degli associati, assicurano la trasparenza e la regolarità dei rapporti economici con gli associati nella determinazione dei prezzi di vendita dei prodotti e partecipano alla gestione delle crisi di mercato relative ad uno o più fra i prodotti commercializzati dagli associati. Ciò significa che le OP possono deliberare di non commercializzare un determinato prodotto, nel caso in cui la situazione del relativo mercato comporti un eccessivo deprezzamento o squilibri nella filiera²⁸².

Le OP devono assumere forma di società di capitali aventi per oggetto sociale la commercializzazione dei prodotti agricoli, società cooperative agricole e loro consorzi o società consortili (2615-ter c.c.) costituite da imprenditori agricoli o loro

²⁷⁷ U. POTOTSCHNIG, *I pubblici servizi*, Cedam, Padova, 1964.

²⁷⁸ Reg. (UE) n. 1307/2013, art. 41 e ss.

²⁷⁹ Reg. (UE) n. 1307/2013, art. 43 e ss.

²⁸⁰ Reg. (UE) n. 1307/2013, art. 48 e ss.

²⁸¹ D. lgs. 27 maggio 2005, n. 102, art. 2.

²⁸² D. lgs. 27 maggio 2005, n. 102, art. 8.

forme societarie²⁸³ e sono riconosciute dalle regioni²⁸⁴. È istituito presso il Ministero delle politiche agricole e forestali l'Albo nazionale delle organizzazioni dei produttori, cui sono iscritte le OP riconosciute, secondo comunicazione effettuata dalle regioni tramite il Sistema informativo agricolo nazionale (SIAN)²⁸⁵. Le organizzazioni dei produttori riconosciute possono anche costituirsi in organizzazioni comuni, per perseguire i fini delle singole organizzazioni e per coordinarne le attività.

Nell'ambito dei mercati, tali organizzazioni sono coinvolte – accanto alle rappresentanze delle organizzazioni dei consumatori – nella definizione, in sede regionale, dei criteri per l'esercizio del commercio su area pubblica, compresi i criteri per il rilascio delle autorizzazioni, per la riserva di posteggi ai produttori e per la definizione degli indirizzi in materia di orari²⁸⁶.

Pare riproporsi nei mercati – in particolare nella loro organizzazione – come nell'agricoltura – cioè dell'organizzazione mercatale – un modello nel quale le regole di concorrenza sono derogate, nella misura in cui si ha riguardo all'analisi dei fabbisogni e alla programmazione²⁸⁷ come mezzo per il raggiungimento di determinati obiettivi: assicurare un tenore di vita equo alla popolazione agricola, stabilizzare i mercati, garantire la sicurezza degli approvvigionamenti e prezzi ragionevoli al consumo (art. 39 TFUE).

Obiettivi che sono previsti dal TFUE per la politica agricola, ma paiono sovrapporsi alle finalità perseguite tramite l'organizzazione dei mercati: consentire ai contadini di vendere i propri prodotti, garantire la disponibilità alla popolazione cittadina di beni di prima necessità, a prezzi che – pur non fissati dall'autorità pubblica, rimangono ragionevoli anche grazie ai minori costi che la vendita ambulante comporta. Garantire un confronto fra prezzi e di conseguenza una reciproca censura da parte dei venditori, il che contribuisce a conservare l'“accessibilità economica” del mercato rionale.

La programmazione si sostanzia tanto in misure di mercato e di sostegno al reddito, quanto in un modello per finanziamenti (per l'agricoltura), che si rispecchia oggi nella programmazione del Next generation EU e nel *Piano Nazionale di ripresa e resilienza* (PNRR 2021) e che definisce l'essenza stessa dei mercati rionali nei quali l'accesso al mercato, dal lato dell'offerta, risulta fortemente condizionato dalla programmazione²⁸⁸. Con la nuova Pac, il *Green Deal* europeo e ancor più, con il Piano di ripresa e resilienza, si ha oggi riguardo in agricoltura al contrasto ai cambiamenti climatici, alla tutela dell'ambiente, alla salvaguardia del paesaggio e della biodiversità, alla qualità dell'alimentazione e della salute, al ricambio generazionale, allo sviluppo di aree rurali dinamiche.

²⁸³ D. lgs. 27 maggio 2005, n. 102, art. 3.

²⁸⁴ D. lgs. 27 maggio 2005, n. 102, art. 4.

²⁸⁵ D. lgs. 27 maggio 2005, n. 102, art. 4.

²⁸⁶ D. lgs. 114/1998, art. 28, co. 2-bis e art. 14.

²⁸⁷ R. CAVALLO PERIN, voce *Agricoltura e agroalimentare*, cit.

²⁸⁸ La selezione degli operatori può essere vista come un atto di organizzazione. Si veda anche ALB. ROMANO, *Le concessioni dei posti di vendita*, cit. 223, secondo il quale per organizzazione si intende: tanto la fase di impianto del mercato, quanto la fase di gestione, consistente in avvicinamento e controllo. Alla gestione, come concessione e controllo, si contrappone l'aspetto di pianificazione, mentre l'organizzazione comprende entrambe.

L'analogia riscontrata fra originari obiettivi della politica agricola, espressamente definiti nei Trattati e finalità di fatto perseguite con la programmazione dei mercati dovrebbe forse riproporsi in fase di ripensamento dei mercati medesimi, per la definizione di criteri per la selezione dei partecipanti. Si è visto come la selezione dei produttori agricoli per la concessione di posteggi sia già orientata a criteri distinti rispetto a quelli definiti per la generalità delle autorizzazioni di tipo A.

La stessa definizione dei criteri per l'accesso al mercato da parte degli operatori, criteri per le concessioni, che comportano l'individuazione di operatori non solo idonei all'attività in sé (per cui un'autorizzazione sarebbe sufficiente), ma particolarmente idonei²⁸⁹ a far parte di un determinato mercato, può essere utilizzata per incentivare comportamenti favorevoli all'ambiente, alla tutela della salute e all'accesso da parte delle nuove generazioni anche con riferimento alle altre categorie di operatori economici nel mercato nazionale.

Si vede come, da un lato, l'immobilismo dei criteri di concessione, fondati prevalentemente sulle esperienze pregresse e sui rinnovi automatici sia in contrasto con la necessità di trasferire ai mercati i più recenti orientamenti indirizzato ai fini sociali dell'attività di iniziativa economica privata. Dall'altro, come una volta adottati simili criteri, la concessione degli stalli non possa del tutto figurare come sottrazione del bene-mercato all'uso generale, ma piuttosto come livello ulteriore di selezione degli operatori, a tutto favore dei consumatori, dell'ambiente e dell'agricoltura – ossia del raggiungimento di fini di interesse pubblico²⁹⁰.

D'altro canto la concessione di un bene pubblico, così come ogni attività dell'amministrazione, dovrebbe essere orientata al perseguimento del pubblico interesse e tale si qualifica l'interesse perseguito tramite i criteri definiti in sede di conferenza stato regioni per il rinnovo delle concessioni legate alle autorizzazioni di tipo A. Al di là delle questioni relative alla rilevanza transnazionale della concessione dei posteggi nei mercati comunali e dell'effettiva scarsità degli stessi, la questione da affrontare è forse quella di calibrare i criteri per la selezione dei commercianti nei mercati - e non solo dei contadini – al fine di ri-allineare tali criteri all'effettiva e condivisa percezione di ciò in cui consiste il pubblico interesse in relazione a tale settore dell'amministrazione.

²⁸⁹ ALB. ROMANO, *Le concessioni dei posti di vendita*, cit. 223.

²⁹⁰ Si richiama la pronuncia della Corte di Giustizia dell'Unione (C.G.C.E., V sez., 22 maggio 2003, C-18/01), che riconosce il carattere di interesse generale nell'attività di riunione e organizzazione di fiere e mercati, come luoghi di riunione di offerenti e acquirenti

Capitolo 3

I mercati rionali nella proprietà pubblica fra caratteri e funzioni dei beni demaniali e la tutela di diritti fondamentali.

SOMMARIO: 1. I mercati come beni demaniali e significato della proprietà pubblica. 2. La proprietà pubblica. Il demanio e distinzione rispetto ai beni patrimoniali. Proprietà pubblica e privata. 3. Il demanio e la garanzia dei diritti. 4. I mercati rionali come beni oltre il loro carattere meramente materiale.

1. I mercati come beni demaniali e significato della proprietà pubblica.

Il mercato figura nel codice civile come bene demaniale (art. 824 c.c.), in particolare appartenente al demanio comunale. Il regime demaniale si caratterizza per l'eccezionalità della relativa disciplina²⁹¹, da ricondursi a leggi speciali di diritto pubblico, in deroga all'appropriabilità da parte dei privati. La definizione dei mercati come bene demaniale porta alla necessità di approfondire parallelamente la natura della categoria del demanio e l'essenza del mercato.

Da un lato è utile comprendere quale sia il significato da attribuire alla qualificazione che dei mercati comunali è data dal legislatore, l'essenza della demanialità e la natura degli interessi che tramite tale qualificazione sono soddisfatti. Come si vedrà, i beni appartenenti al demanio, in quanto beni pubblici, sono legati ad un particolare utilizzo, che ne rivela l'attitudine a soddisfare un interesse pubblico.

Tale attitudine - o funzionalizzazione - dei beni pubblici - e in particolare quelli demaniali - non si esprime in modo eguale in ogni caso. Il bene può servire alla collettività per il solo fatto di esistere ed essere accessibile, non appropriabile da terzi e dunque sempre fruibile. Il bene demaniale è in questi casi strettamente legato alla conformazione di diritti, che trovano una garanzia tramite il regime in proprietà pubblica del bene - definito d'altro canto con norme di azione, che nell'attribuire un potere all'amministrazione, definiscono altresì diritti soggettivi.

In altri casi, il bene demaniale è funzionale all'erogazione di un servizio. L'utilità del bene per la collettività deriva dall'uso che la pubblica amministrazione ne faccia per fornire un servizio. L'aspetto della demanialità rileva nella disciplina del bene - che non può essere alienato, non può formare diritti in favore di terzi (art. 823 c.c.), ma a ciò si affianca e si sovrappone la disciplina del servizio pubblico che viene assunto dalla p.a. Il servizio pubblico sorge con l'assunzione da parte della pubblica amministrazione di una prestazione, che diventa così doverosa. L'amministrazione ne definisce i caratteri, in tal modo generando in capo agli utenti il diritto a pretendere conformità al programma di servizio²⁹².

²⁹¹ Si tratta di norme di azione, mentre le norme del codice civile che individuano i beni demaniali possono dirsi norme di relazione. Sul punto si veda G. PALMA, *Il regime giuridico della proprietà pubblica*, cit., 27.

²⁹² E. CASSETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, Giuffrè, Milano, 687.

Gli enti pubblici gestiscono i beni del proprio demanio tramite i quali sono garantiti diritti soggettivi esistenti in capo ai membri della comunità di cui sono esponenti. In modo differente, l'amministrazione assume un servizio al fine di soddisfare continuamente e secondo il principio della parità di trattamento un bisogno che rilevi pertinente alla collettività di riferimento. L'aspetto di organizzazione del servizio "prevale", per così dire, sulla gestione del bene demaniale, pur presente; l'accesso al servizio erogato prevale sull'accesso al bene pubblico e sulla regolazione di tale accesso.

Si pensi alle strade demaniali e agli acquedotti. Entrambi figurano fra i beni del demanio pubblico, ma le strade sono generalmente considerate come beni, gli acquedotti come servizio di acquedotto. Le distinzioni rilevano in termini di disciplina applicabile, di accesso al bene o al servizio, di pretese che i singoli possono avere nei confronti dell'amministrazione o del soggetto gestore.

Anche tramite i mercati comunali sono soddisfatti interessi pubblici. Se ciò avvenga tramite erogazione di un servizio pubblico cui il bene mercato è funzionalizzato o tramite accesso al bene è questione la cui soluzione richiede un esame della natura del mercato stesso: quali ne siano gli elementi costitutivi necessari, quali quelli sufficienti a costituire il mercato.

Ci si interroga innanzitutto su *cosa* sia un mercato, su quale ne sia l'essenza costitutiva, l'elemento caratterizzante che consente di definirlo come tale. Si è visto che il mercato è uno spazio pubblico, adibito all'incontro fra commercianti e acquirenti, ma lo spazio in sé, finché rimanga vuoto, privo delle persone che danno vita agli scambi, poco ha del mercato. Anzi, spesso gli spazi che sono adibiti a mercato tornano ad essere piazze e strade aperte alla circolazione in quei momenti della giornata in cui il mercato non ha luogo.

Se ne deduce che mercato non sia il mero bene materiale, il bene immobile che è lo spazio pubblico occupato dai banchi per la vendita dei prodotti e che è oggetto di concessione - per le autorizzazioni di tipo A - o di assegnazione - per le autorizzazioni di tipo B. D'altro canto, la demanialità è riservata, nel nostro ordinamento, ai beni immobili, non per definizione normativa della categoria e dei suoi caratteri, ma per circostanze che hanno portato - di fatto - ad una definizione di bene demaniale di soli beni immobili.

Definite le componenti del bene mercato e individuati elementi essenziali di questo - come beni materiali, immateriali, come organizzazione - ci si interroga in secondo luogo sulla possibilità di estendere la demanialità a beni non immobili. Infine, tracciati i "confini" del mercato e della sua demanialità, resta da ultimo comprendere se, nel caso dei mercati, prevalga il bene demaniale o si debba invece rilevare la sussistenza di un servizio pubblico, con le implicazioni che ne derivano dal punto di vista della disciplina giuridica.

L'inalienabilità propria dei beni demaniali non è concepita in termini assoluti, ma in virtù di disposizioni normative, la cui variazione può comportare la modifica del regime giuridico dei beni pubblici. Non è peraltro agevole identificare le caratteristiche che distinguono i beni demaniali da quelli appartenenti al patrimonio indisponibile degli enti pubblici. Questi ultimi, pur in proprietà pubblica, sono alienabili, nel rispetto del vincolo di destinazione per essi stabilito dalla legge.

I beni demaniali sono, nell'ordinamento italiano, beni immobili, per lo più suscettibili di appropriazione da parte dei privati. Tali caratteri non consentono di distinguere i beni demaniali per una essenza loro propria, onde pare necessario indagarne le funzioni, al fine di comprendere il significato della loro distinzione da altre categorie proprietarie.

Dal punto di vista della funzione, i beni appartenenti a questa categoria si caratterizzano generalmente per il fatto di soddisfare bisogni collettivi. Ciò, a seconda delle differenti prospettive dottrinarie, in quanto costituiscono beni c.d. di primo grado, ossia direttamente fruibili dalla generalità dei consociati, o in quanto sono funzionali alla garanzia di servizi indivisibili. Questi ultimi consistono nei servizi non misurabili, né ordinabili in relazione alla categoria degli utenti e che pertanto sono fruiti gratuitamente²⁹³. Il bene demaniale è anche visto come necessario allo svolgimento di funzioni proprie dell'ente stesso: talvolta anche in termini di esclusività della funzione di cui trattasi in capo all'ente cui il bene appartiene – cioè la funzione non può essere svolta da altri²⁹⁴.

Considerato il percorso storico che, dall'*Ancien Régime*, con l'identificazione nella persona del Sovrano della collettività e dello Stato, portò con la Rivoluzione francese all'appropriabilità dei beni pubblici, si può tentare di comprendere quale sia il tratto distintivo delle *choses publiques*, delle cose destinate all'uso generale e che a tale uso non sono sottratte – si ricordi, per disposizione normativa²⁹⁵.

L'identificazione della persona del Principe con quella dello Stato si accompagnava alla confusione della proprietà pubblica con quella del sovrano. I beni che in epoca romana erano lasciati all'uso della collettività iniziarono ad essere sfruttabili solo contro pagamento di un canone – a vantaggio del sovrano appunto. La signoria del Principe si estendeva su ogni porzione di terra, di fiume, di via praticabile. Da un lato, il sistema feudale dava origine, in quest'epoca, agli istituti della proprietà divisa - secondo una concezione che distingue l'appartenenza dall'uso²⁹⁶. Dall'altro alcuni interventi normativi tentano di arginare la dispersione dei beni del Sovrano, sancendone l'inalienabilità²⁹⁷.

Le concessioni feudali portavano al diffondersi dei diritti d'uso e di passaggio. In quest'epoca si moltiplicarono i dazi per il trasporto delle merci, lungo itinerari spesso obbligati e dipendenti dagli equilibri di potere fra i signori feudali e il sovrano. La signoria feudale gravava sulle vie di trasporto, terrestri e d'acqua, rendendo più difficoltosi gli spostamenti²⁹⁸.

In questo contesto che sorsero i privilegi di passaggio e di mercato, nei confronti del sovrano (regalie di mercato, ove per regalia si intende il titolo regale in forza del

²⁹³ G. PALMA, *Il regime giuridico della proprietà pubblica*, EGES, Torino, 1983; E. GUICCIARDI, *Il Demanio*, Cedam, Padova, 1934.

²⁹⁴ G. PALMA, *Il regime giuridico della proprietà pubblica*, EGES, Torino, 1983; E. GUICCIARDI, *Il Demanio*, cit.

²⁹⁵ Si tratta dunque in ogni caso di una scelta normativa. La legge può definire il carattere demaniale o meno di un bene pubblico.

²⁹⁶ Questa è d'altro canto l'essenza stessa della proprietà pubblica.

²⁹⁷ Ordinanza del Moulins, di Carlo IX di Francia, emanata nella seconda metà del 500.

²⁹⁸ CAMMEO, voce *Demanio*, in *Dig. it.*, Parte I, Torino, 1881-1889, vol. IX.

quale si ha la disponibilità di un dato bene)²⁹⁹, come diritti dei signori di arrogarsi la regolamentazione dei passaggi delle merci su un determinato percorso, garantendo protezione ai mercanti nei loro spostamenti o come diritto di fondazione di mercati, centri di scambio da cui si originavano poi spesso città. I diritti di mercato erano però anche diritti della comunità di mercanti nei confronti del signore, diritti legati al locus di mercato, consistenti nella possibilità di deroga allo *ius commune* in favore della *lex mercatoria*.

I beni di cui i signori disponevano per diritto feudale uscivano così dal commercio – tendenza che si invertirà dopo la Rivoluzione francese, per tutti quei beni suscettibili di rendita – e d’altro canto venivano sottratti all’uso comune – il che risulta particolarmente gravoso nei confronti della collettività in relazione a quei beni il cui godimento generale era funzionale, per la natura stessa dei beni, al godimento di libertà dell’individuo – libertà personale, libertà di circolazione.

Il tentativo (Domat, Loyseau)³⁰⁰ di distinguere beni del patrimonio del Principe suscettibili di appropriabilità e beni pubblici di godimento generale ebbe il fine di limitare su quest’ultima categoria di beni le pretese dei signori, i quali sempre più tentavano di trasformare in permanenti le regalie di cui erano titolari. Traccia di tale fenomeno si ha d’altronde – ad esempio – nelle leggi civili dell’unificazione in Italia, che concepiscono la sopravvivenza di concessioni perpetue – pur autorizzabili solo con legge – di taluni beni pur definiti demaniali, con effetti analoghi all’alienazione.

Lo smantellamento progressivo della società così costruita come *nell’Ancien Regime*, l’affermarsi di nuove priorità, anche nella scala delle libertà: libertà dei commerci e di iniziativa economica, libertà degli spostamenti, comporta un’inversione di tendenza. Sorge l’interesse a non lasciare fuori commercio i beni produttivi di rendite e a garantire l’uso generale di quei beni il cui godimento è funzionale all’esercizio delle libertà dell’individuo.

Proprietà pubblica contrapposta dunque alla proprietà privata, come alternativa alla stessa. La proprietà pubblica sorge come migliore alternativa dell’ordinamento al fine di trarre utilità dal bene stesso. Ove cioè l’interesse del singolo individuo alla proprietà privata si contrapponga a interessi generali, ritenuti dall’ordinamento prevalenti.

Motivi di interesse generale comportano già che il diritto di proprietà individuale nasca limitato: il diritto di godere e disporre del bene termina ove inizia il diritto di altri – diritto di proprietà, ma non solo: ad essere tutelate sono le libertà fondamentali dell’individuo, prima fra tutte la libertà personale – ove tale tutela corrisponda, appunto, a un interesse pubblico. Oggi, la proprietà privata è limitata e vincolata secondo l’ordinamento giuridico: limiti e obblighi devono assicurarne la funzione sociale e l’accessibilità a tutti (art. 42 Cost.). In tali casi però la proprietà privata esiste come tale,

Il prevalere dell’interesse pubblico sulla proprietà privata, tale da comportarne l’estinzione in favore di un diritto di proprietà pubblica che si può definire come del

²⁹⁹ E. ENNEN, *Storia della città medioevale*, cit. 80.

³⁰⁰ G. PALMA, *Il regime giuridico della proprietà pubblica*, cit., 17.

tutto distinto dal primo³⁰¹ – non solo in relazione alla titolarità, ma nelle sue componenti fondamentali – può avvenire relativamente a singoli beni e in determinati contingenti: è il caso delle espropriazioni³⁰², delle requisizioni, degli ammassi.

In altri casi, è la legge stessa che definisce la pubblicità – e demanialità – in via generale e astratta – di determinate categorie di beni, per le quali l'ordinamento ritiene che tale regime proprietario costituisca la garanzia di interessi pubblici, concretizzandosi talvolta nella tutela di libertà fondamentali – libertà che sono per loro natura individuali. Ciò che rileva è l'effettività della garanzia che di tali libertà si ottiene tramite questi beni.

Si pensi alla libertà di iniziativa economica che con la fine del feudalesimo e poi con la rivoluzione industriale assume rilevanza di libertà fondamentale, esplicazione della piena libertà individuale. Da un lato, la proprietà privata è strumento per la sua esplicazione e per il pieno godimento della vita³⁰³. Inizia a diffondersi innanzitutto la proprietà terriera, con lo sviluppo delle *enclosures* in Inghilterra. In seguito, con la rivoluzione industriale, la proprietà cui si accompagna e che maggiormente consente l'esplicazione della libertà di iniziativa economica è quella dei mezzi di produzione³⁰⁴.

D'altro canto, sono le limitazioni stesse alla proprietà che ne garantiscono la piena utilità sociale. La proprietà terriera, alla base dell'economia agraria dominante per molti secoli e che ancor oggi rappresenta una rilevante parte dell'economia e delle politiche dell'Unione, rispetta obblighi, vincoli e limiti alla sua estensione, al fine di garantire un razionale sfruttamento del suolo e l'instaurazione di rapporti sociali equi (art. 44 Cost; art. 846 ss., c.c.). La demanialità delle principali vie di comunicazione (vie, fiumi) è garanzia della libertà di circolazione: impedendone l'appropriazione da parte di privati, se ne garantisce infatti il godimento generale, negato il quale ad essere leso è non tanto il diritto proprietario della comunità, quanto la stessa libertà personale di chi di tali vie di comunicazione debba far uso³⁰⁵.

Si rinviene qui il rapporto fra poteri dello Stato e diritti individuali, ove la limitazione dei diritti può avvenire solo tramite legge statale – cd di relazione – che attribuisce poteri agli organi dello Stato. Le norme che pongono le competenze dello Stato definiscono i diritti limitandoli³⁰⁶. Così, specularmente, l'attribuzione della qualità demaniale a un bene, con norma di diritto pubblico, garantisce i diritti di libertà individuali, rafforzandoli con una ulteriore garanzia. La demanialità pare infatti costituire una garanzia di libertà degli individui, innanzitutto nei confronti dello Stato. La proprietà pubblica si caratterizza infatti per l'uso generale, la limitazione del quale costituisce violazione di un diritto di libertà personale: si pensi al noto esempio del

³⁰¹ S. ROMANO, *La teoria dei diritti pubblici subiettivi*, in V.E. ORLANDO, *Primo Trattato Completo di Diritto Amministrativo Italiano*, I, Milano, 1900, 137-8.

³⁰² Art. 42, co.3, Cost.

³⁰³ G. PALMA, *Il regime giuridico della proprietà pubblica*, cit., 20.

³⁰⁴ Si veda M. WEBER, *La storia economica*, Donzelli, Roma, 2007.

³⁰⁵ G. PALMA, *Il regime giuridico della proprietà pubblica*, cit., 23; G. CAPITANI, G. E. GARELLI DELLA MOREA, *Strade ordinarie*, in *Digesto italiano XXII* vol. II, Torino, 1895, 641-869; A. GILARDONI, *Acque pubbliche e impianti elettrici*, vol. 3, Società Editrice del Foro Italiano, Roma, 1937.

³⁰⁶ La garanzia dei diritti, tanto pubblici, quanto privati, deriva dalla costituzione, intesa non tanto quale carta costituzionale, quanto come organizzazione dello Stato, come ordinamento nella sua effettività. Infatti, è chiaro come i diritti, anche privati, non potrebbero esistere se non in quanto garantiti nell'ordinamento e in quanto trovino protezione nel diritto pubblico.

fiume (Santi Romano), il pubblico funzionario che volesse impedire di traversare il fiume (bene demaniale) violerebbe una libertà personale.

I diritti consistono in relazioni fra soggetti: così i diritti privati riguardano il rapporto fra soggetti privati, mentre quelli pubblici attengono alla relazione fra soggetti pubblici e privati. O, più precisamente, i diritti pubblici sono quelli in cui lo Stato interviene come sovrano³⁰⁷: anche i diritti privati sono infatti garantiti dallo Stato, garanzia senza la quale non esisterebbero³⁰⁸ - fondamento dei diritti pubblici e privati è d'altra parte l'esistenza di un interesse individuale cui corrisponde un interesse dello Stato, tale che questo li riconosca. È altresì da tener presente che fra un soggetto e un oggetto non sussiste alcun diritto. Dunque, il diritto su una res esiste in quanto lo si possa rivendicare nei confronti di una persona, fisica o giuridica. In caso contrario, si avrà un semplice esercizio di forza sulla res o sull'individuo privo di personalità giuridica, ma non si avranno soggetti di diritto.

Si può affermare che il diritto pubblico consista in un riconoscimento e nella protezione giuridica che ne consegue³⁰⁹. Riconoscimento che può essere di uno status, ove per status si intende un rapporto che allarghi o restringa la sfera giuridica del soggetto. Tali sono i diritti civili (*status civitatis*) – fra cui il principale è quello di protezione giuridica all'interno dello Stato – i quali si caratterizzano, fra i diritti pubblici, per il fatto che gli individui possono pretendere una prestazione dallo Stato.

I diritti pubblici³¹⁰ si caratterizzano variamente, a seconda del rapporto che si instaura fra Stato e individui. I diritti di supremazia consistono in quei rapporti che vedono gli individui in completa soggezione rispetto allo Stato e che appunto danno luogo a uno status di soggezione degli individui: vi rientrano il diritto all'ubbidienza e alla fedeltà (art. 54 Cost) e il diritto dello Stato al riconoscimento dei suoi atti.

Al contrario, i diritti di libertà sono quei rapporti che segnano il riconoscimento di un limite alla potestà dello Stato. Lo Stato si autolimita definendo l'area delle proprie competenze – ovvero delle competenze dei propri organi. Tale riconoscimento rende giuridica l'irrelevanza dei comportamenti individuali al di fuori della sfera di competenza Statale³¹¹. Il diritto di libertà è pertanto la facoltà di respingere le limitazioni dello Stato alle attività materiali individuali, ove queste si collochino al di fuori della sfera di competenza dello Stato. Ne è mezzo di esplicazione e modo ordinario di esercizio la resistenza individuale: il diritto – civico - alla protezione giuridica ne è solo effetto secondario³¹².

La demanialità garantisce ogni individuo nel godimento di proprie libertà, anche nei confronti di terzi: impedendo l'appropriabilità delle vie di terra e di mare – almeno di alcune di esse – lo Stato garantisce che non possa esservi piena esclusione dal godimento di vie di passaggio di tutti coloro che non siano titolari di diritti reali privati

³⁰⁷ S. ROMANO, *La teoria dei diritti pubblici subiettivi*, cit., 130.

³⁰⁸ Protezione che deriva dalla forza coercitiva dello stato.

³⁰⁹ S. ROMANO, *La teoria dei diritti pubblici subiettivi*, cit., 138.

³¹⁰ I diritti pubblici in generale – e quelli patrimoniali in particolare - sono per la maggior parte strettamente personali, inerenti al soggetto al punto che non risultino trasmissibili senza che il diritto subisca una trasfigurazione, cambiando la propria natura (S. ROMANO, *La teoria dei diritti pubblici subiettivi*, cit., 137).

³¹¹ S. ROMANO, *La teoria dei diritti pubblici subiettivi*, cit., 161.

³¹² S. ROMANO, *La teoria dei diritti pubblici subiettivi*, cit., 169.

sulle stesse. Cioè evita una totale esclusione di qualcuno dal diritto di godere e disporre di qualsiasi bene.

2. *La proprietà pubblica. Il demanio e distinzione rispetto ai beni patrimoniali. Proprietà pubblica e privata.*

Il discorso sui beni pubblici parte da una prima considerazione, ossia dall'indagine su quale sia l'elemento che li caratterizza principalmente. Nell'ordinamento italiano la definizione di bene pubblico sembra non assumere un carattere omogeneo relativamente alle caratteristiche dei beni stessi, caratteristiche cioè intrinseche da cui discenda la riconduzione del bene stesso alla titolarità pubblica. Al di là di una - più o meno "accidentale", come si vedrà - riconduzione del demanio a beni immobili³¹³, elemento unificatore risulta essere l'appartenenza pubblica come scelta legislativa. In particolare, il codice civile fornisce un elenco di beni pubblici, distinguendoli fra: beni demaniali e beni appartenenti al patrimonio dello Stato (e degli enti territoriali). Fra questi ultimi sono comprese le due categorie del patrimonio disponibile e del patrimonio indisponibile. Carattere comune alle tre categorie è la titolarità del diritto proprietario in capo allo Stato o altro ente territoriale.

Appartengono allo Stato e fanno parte del demanio pubblico: il lido del mare, la spiaggia, le rade e i porti, i fiumi, i torrenti, i laghi e le altre acque definite pubbliche dalle leggi in materia (art. 822 c.c.). Vi si affiancano le opere destinate alla difesa nazionale. Fanno parte del demanio pubblico se appartengono allo Stato le strade, le autostrade e le strade ferrate, gli aerodromi, gli acquedotti, gli immobili riconosciuti di interesse storico, archeologico e artistico a norma delle leggi in materia; le raccolte dei musei, delle pinacoteche, degli archivi, delle biblioteche e i beni che sono assoggettati dalla legge al regime del demanio pubblico (art. 822 c.c.).

Il codice stabilisce poi quella dei beni patrimoniali come categoria residuale - stante l'appartenenza allo Stato o ad altri enti territoriali³¹⁴: i beni appartenenti allo Stato, alle province, ai comuni, che non siano della categoria dei beni demaniali, costituiscono il patrimonio dello Stato o degli enti territoriali (art. 826 c.c.). I beni patrimoniali si distinguono in beni appartenenti al patrimonio disponibile e al patrimonio indisponibile. I primi sono elencati dal codice: le foreste che a norma delle leggi in materia fanno parte del demanio forestale dello Stato, le miniere, le cave e le torbiere - quando la disponibilità ne sia sottratta al proprietario del fondo - le cose di interesse storico, archeologico, paleontologico, paleontologico e artistico ritrovate nel sottosuolo, i beni costituenti la dotazione della presidenza della repubblica, le caserme, gli armamenti, gli aeromobili militari e le navi da guerra (art. 826 c.c.).

Fanno parte del patrimonio indisponibile dello Stato o delle province e dei comuni secondo la rispettiva appartenenza gli edifici destinati a sede di uffici pubblici, i loro arredi e gli altri beni destinati a un pubblico servizio (art. 826 c.c.).

Come si è detto, non è facile individuare un elemento comune ai beni pubblici che riguardi la loro essenza. Lo stesso codice civile da un lato affianca l'elencazione dei

³¹³ F. FERRARA, *Trattato di diritto civile*, cit., 763.

³¹⁴ R. RESTA, *Beni pubblici*, in *Commentario del codice civile*, Scialoja e Branca, Zanichelli e Roma Società Editrice del Foro Italiano, Bologna-Roma, 1946, 80.

beni pubblici alla clausola di flessibilità/apertura a qualsiasi scelta legislativa che intenda ampliare le categorie e d'altro canto, si concentra più che sulla descrizione dei beni pubblici, sulla loro disciplina (art. 822, u.c., c.c.³¹⁵, art. 826 co. 2, c.c.³¹⁶). Le caratteristiche dei beni pubblici non rilevano che in via indiretta: riguardano cioè le scelte politico-normative sull'opportunità di ricondurre determinati beni alla disciplina della proprietà pubblica - derogatoria rispetto a quella comune. Tale opportunità è valutata in relazione alla necessità di proteggere determinati interessi, che si fanno pubblici per disposizione normativa. La proprietà pubblica è istituita infatti tramite norme di diritto pubblico - norme di relazione tramite le quali la pubblica amministrazione è investita della titolarità di tale diritto e con ciò di un potere che si esercita per fini di interesse pubblico³¹⁷.

La proprietà nasce, per disposizione costituzionale, orientata alla funzione sociale (art. 42 Cost.) e conosce i vincoli derivanti dalla protezione dei diritti altrui e della protezione dei pubblici interessi. La facoltà di godere e disporre della cosa - contenuto fondamentale del diritto - è piena ed esclusiva pur nel rispetto di vincoli ed obblighi posti dall'ordinamento (art. 832 c.c.)³¹⁸. Si tratta di vincoli di diritto privato - si pensi ad esempio al divieto di atti emulativi (art. 833 c.c.) - e di diritto pubblico, sancite queste ultime per garantire la funzione sociale del bene.

Quando l'interesse che contrasta con l'assolutezza del diritto proprietario è un interesse pubblico, interviene il regime amministrativo cui sono sottoposti determinati beni - ad esempio i beni di interesse culturale o storico e - in diverso grado - gli immobili compresi nei piani regolatori. Nell'ambito del regime amministrativo che riguarda ormai a tutti gli immobili, questi sono assoggettati a una disciplina che attiene principalmente alla destinazione d'uso degli stessi o alle trasformazioni esteriori alla forma che è determinata dall'autorità amministrativa³¹⁹. Ciò significa che i privati, pur titolari del diritto di proprietà su tali immobili, possono disporne entro tali limiti fissati dall'autorità amministrativa. Il diritto di godere e disporre del bene continua, peraltro, a estendersi fino al diritto di non usare il bene stesso o di distruggerlo (*ius utendi e ius abutendi*)³²⁰. Nel caso di utilizzo devono essere rispettati i vincoli amministrativi.

L'interesse pubblico si esprime in questi casi sotto forma di utilizzo controllato dei beni privati - cd beni di interesse pubblico - con disposizioni normative alternativamente volte a indirizzare l'uso del bene a un interesse pubblico specifico - proprietà edilizia, proprietà agricola³²¹ - o a impedire usi che all'interesse pubblico rechino nocimento - beni paesaggistici³²². Entrambi i profili si prospettano per l'apertura dei beni di interesse culturale alla fruizione pubblica e gli obblighi di tutela e

³¹⁵ E gli altri beni che sono dalla legge assoggettati al regime proprio del demanio pubblico;

³¹⁶ Le foreste che a norma delle leggi in materia costituiscono il demanio accidentale dello Stato.

³¹⁷ V. CERULLI IRELLI, *Proprietà pubblica e diritti collettivi*, Cedam, Padova, 1983, 8.

³¹⁸ M. BIANCA, *La Proprietà*, in *Diritto civile*, Giuffrè, Milano, 1999., 147 ss.

³¹⁹ V. CERULLI IRELLI, *Proprietà pubblica e diritti collettivi*, cit., 62.

³²⁰ M. BIANCA, *La Proprietà*, in *Diritto civile*, Giuffrè, Milano, 1999, 147 ss.

³²¹ M. S. GIANNINI, *I beni pubblici*, Mario Bulzoni Editore, Roma, 1963, 26-27: la proprietà edilizia deve essere usata in accordo ai piani regolatori (zonizzazioni, vincoli sulla tipologia degli edifici e sul loro uso); la proprietà agricola può essere vincolata a determinati usi. Si nota peraltro come recentemente e in particolare relazione all'agricoltura, la destinazione dei terreni a specifiche colture e utilizzi sia, più che vincolata, incentivata tramite misure di mercato. Tali misure di mercato sono stabilite sulla base di una programmazione di medio periodo.

³²² M. S. GIANNINI, *I beni pubblici*, cit., 26-27.

valorizzazione degli stessi. In altri casi la disciplina sui beni di interesse pubblico può riguardare la circolazione degli stessi³²³, come per la circolazione di automobili, navi, aeromobili. Ancora, riguarda un bilanciamento fra interesse pubblico e regole di concorrenza: la limitazione delle facoltà di protezione della proprietà intellettuale.

L'intervento pubblico nella limitazione del diritto di proprietà può arrivare sino all'espropriazione per motivi di pubblico interesse e dunque alla proprietà pubblica, che può essere anche riservata a priori per determinate categorie di beni. I soggetti della pubblica amministrazione divengono così titolari di un diritto di proprietà che si configura diversamente a seconda delle categorie di beni che ne sono oggetto, ma che sicuramente va oltre la disposizione di poteri amministrativi sui beni altrui ed evidentemente, comporta per il titolare del dominio e in riferimento all'interesse pubblico perseguito poteri e facoltà differenziati rispetto a quanto previsto dal semplice regime amministrativo³²⁴.

La proprietà, si è detto, comporta la facoltà di godere e disporre della cosa che della proprietà è oggetto. Tali facoltà sorgono generalmente in capo al titolare del diritto proprietario. I poteri del titolare del diritto sulla cosa coincidono cioè con i poteri di fatto esercitabili sulla cosa da parte del medesimo; i rapporti giuridici costituiti in relazione alla cosa sono - nei rapporti di diritto comune - tutti quelli contemplati dall'ordinamento in relazione alla cosa stessa. Al titolare spettano inoltre i frutti del bene, lo *ius excludendi alios* dal godimento della cosa e le azioni a difesa della proprietà - in particolare l'azione di rivendicazione³²⁵.

Il regime proprietario pubblico si caratterizza non solo per il carattere - appunto pubblico: Stato o enti territoriali - del titolare del diritto, ma altresì per il fatto che il godimento e la disposizione del bene possono, a seconda dei casi, sussistere in capo al titolare - soggetto pubblico - o alla generalità dei consociati. Inoltre, in ogni caso, le scelte di gestione del bene stesso sono legate a un interesse distinto da quello del titolare³²⁶.

Regole fondamentali che caratterizzano la disciplina sui beni pubblici sono innanzitutto riferite al regime dei diritti reali di cui gli stessi sono oggetto ed in particolare alla titolarità di tali diritti, al contenuto degli stessi - ossia come tali diritti si configurano con riferimento a determinati beni o, se si preferisce, a una determinata titolarità - e all'interesse perseguito a mezzo di tali beni - tramite la sola riserva o titolarità o anche tramite la gestione degli stessi e destinazione ad un determinato fine³²⁷. Si individuano tratti fondamentali, i quali danno origine a una disciplina dei beni pubblici che si orienta attorno ai concetti di *dominio* e di *funzione* dei beni stessi.

In particolare, rilevano: inalienabilità e indisponibilità, cui si affianca la riserva, la destinazione, il godimento del bene e l'interesse pubblico. L'inalienabilità consiste nell'impossibilità per soggetti differenti da quelli cui determinati beni sono riservati di acquisire la titolarità dei beni stessi. Tale carattere è in particolare riferito ai beni

³²³ M. S. GIANNINI, *I beni pubblici*, cit., 26-27.

³²⁴ V. CERULLI IRELLI, *Proprietà pubblica e diritti collettivi*, cit., 38.

³²⁵ V. CERULLI IRELLI, *Proprietà pubblica e diritti collettivi*, cit., 32; V. CAPUTI JAMBRENGHI, *I beni pubblici e d'interesse pubblico*, in *Diritto amministrativo*, a cura di L. Mazzaroli, G. Pericu, A. Romano, F. A. Roversi Monaco, F. G. Scoca, Monduzzi, Bologna, 1993, 1107.

³²⁶ V. CERULLI IRELLI, *Proprietà pubblica e diritti collettivi*, cit., 8.

³²⁷ V. CERULLI IRELLI, *Proprietà pubblica e diritti collettivi*, cit.

demaniali, mentre l'indisponibilità - come impossibilità di sottrarre il bene alla sua peculiare destinazione, salvo forme previste dalla legge - si estende ai beni del patrimonio indisponibile. Inalienabilità e indisponibilità si riferiscono rispettivamente al *dominio* e alla *funzione* dei beni pubblici - quali profili della disciplina di detti beni - e danno origine a una inalienabilità assoluta - nel primo caso - e relativa - nel secondo³²⁸.

Dominio e *funzione* sono altresì associati rispettivamente alla riserva e alla destinazione dei beni pubblici. Alcuni beni sono riservati al dominio dello Stato. Si tratta di quei beni appartenenti al demanio necessario dello Stato (art. 822, co. 1 c.c.), rispetto ai quali non si dà un'appartenenza diversa rispetto a quella statale. Tutti i beni riconoscibili come rientranti nelle categorie del demanio necessario - fissate per legge - ne fanno parte. La riconduzione al demanio riservato avviene a mezzo di una valutazione che può essere in taluni casi strettamente legata alla sussistenza di caratteri fisico-geografici - come nel caso dei lidi del mare - o a valutazioni anche tecnico-discrezionali da parte della pubblica amministrazione, nel caso in cui sia necessario riconoscere non solo una tendenziale corrispondenza della cosa concretamente considerata alla categoria di riferimento, ma anche l'attitudine della cosa stessa all'utilizzo (di pubblico interesse) cui la categoria è astrattamente destinata dalla legge - può essere ad esempio questo il caso dei porti³²⁹.

Si parla di astratta destinazione dei beni riservati proprio in virtù del carattere distintivo dei beni riservati rispetto a quelli di destinazione pubblica. Questi ultimi rientrano infatti nella categoria di riferimento in quanto concretamente destinati allo scopo per essi individuato: si tratta degli immobili destinati a sede di pubblici uffici e di tutti i beni destinati a pubblico servizio - beni appartenenti al patrimonio pubblico indisponibile (art. 826, co 3 c.c.), ma anche degli altri beni annoverati fra il patrimonio indisponibile dello Stato. Le foreste che a norma delle leggi in materia costituiscono il demanio forestale dello Stato, le miniere, le cave e le torbiere quando la disponibilità ne è sottratta al proprietario del fondo - se pure per tali beni l'utilità pubblica si riconosca, più che in una destinazione, nell'amministrazione statale per gli interessi generali³³⁰. Le cose di interesse storico, archeologico, paleontologico, paleontologico e artistico, da chiunque e in qualunque modo ritrovate nel sottosuolo, i beni costituenti la dotazione del Presidente della Repubblica, le caserme, gli armamenti, gli aeromobili militari, e le navi da guerra - dal momento che tratto peculiare della disciplina ne è appunto la indisponibilità: si deve pertanto presumere che nascano come destinati alla funzione resa palese dalla loro natura.

Per i beni di destinazione pubblica, la cessazione della destinazione comporta l'uscita dal patrimonio pubblico, così come per i beni riservati la perdita dei caratteri fisico-geografici o dell'astratta idoneità alla destinazione definita per la categoria di

³²⁸ V. CERULLI IRELLI, *Proprietà pubblica e diritti collettivi*, cit., 84; Le due regole sono indipendenti l'una dall'altra e si sovrappongono, proprio nel senso che la regola della indisponibilità copre, oltre ai beni del patrimonio indisponibile, anche quelli demaniali. Siamo sicuri che la demanialità comporti anche indisponibilità? in realtà il bene demaniale è tale poiché l'interesse pubblico si realizza tramite la titolarità pubblica del bene. L'inalienabilità è il tratto caratteristico. Fra questi beni occorre esaminare: quali sono destinati a una funzione e quali al godimento generale. Questa valutazione delinea i confini della indisponibilità dei beni demaniali. Ciò vale anche per i mercati.

³²⁹ V. CERULLI IRELLI, *Proprietà pubblica e diritti collettivi*, cit., 68 ss.

³³⁰ M. S. GIANNINI, *I beni pubblici*, cit., 69.

appartenenza. Per alcuni fra i beni riservati si aggiunge la procedura di sdemanializzazione, la quale consente alla pubblica amministrazione di determinare la fuoriuscita di un bene - pur idoneo alla funzione cui sarebbe destinato - dal patrimonio pubblico - è questo il caso della sdemanializzazione prevista per il lido del mare (art. 35 cod. navigazione). Il provvedimento di sdemanializzazione rientra fra gli atti aventi carattere gestionale - non politico - ed è di competenza dirigenziale³³¹.

Le due categorie sembrano distinguersi con riferimento al non uso, dal momento che l'astratta adeguatezza all'uso è sufficiente perché un bene demaniale riservato sia tale - indipendentemente dall'effettivo utilizzo - a differenza di quanto avviene per un bene destinato al pubblico utilizzo, che perde tale carattere nel momento in cui a tale uso sia sottratto. Si nota come le categorie di beni riservati e destinati a funzione pubblica da un lato non esauriscano il novero dei beni pubblici e d'altro canto, non coincidano perfettamente con la distinzione fra beni del demanio e beni appartenenti al patrimonio indisponibile degli enti territoriali³³².

Vi sono infatti fra i beni demaniali anche cose di appartenenza non necessariamente pubblica: si tratta di quei beni per i quali cioè non sussiste una riserva, per così dire assoluta di proprietà da parte degli enti territoriali, i quali vengono comunque ricondotti a un interesse pubblico nel caso in cui - per accidente - appartengano allo Stato, alle Province o ai Comuni. Si tratta fra gli altri di strade, autostrade, acquedotti, ferrovie, di immobili di interesse storico e archeologico, di archivi e biblioteche³³³. Si tratta anche dei cimiteri e dei mercati comunali. In quanto beni demaniali, sono assoggettati al regime della inalienabilità, quale elemento caratterizzante della categoria di beni pubblici.

Per i beni demaniali, infatti, lo scopo di pubblico interesse cui i beni pubblici sono destinati³³⁴ si esplica fundamentalmente tramite la garanzia della titolarità del bene in capo a una pubblica amministrazione. Così, per i beni aventi una determinata destinazione, è proprio tale utilizzo a costituire elemento fondamentale per il raggiungimento del pubblico interesse: in tal caso l'appartenenza pubblica rappresenta garanzia o mezzo (in caso di espropriazione) perché tale destinazione sia mantenuta³³⁵. La legge non esclude di per sé che il bene possa passare di proprietà, purché tale destinazione sia garantita. In quest'ottica, l'espropriazione di un bene privato rappresenta il provvedimento che dai vincoli amministrativi posti a un bene conduce

³³¹ F. TRESCA, *La circolazione dei beni dello Stato*, cit., 193 ss.

³³² A.M. SANDULLI, voce *Beni Pubblici*, in *Enc. del diritto*, V, Giuffrè, Milano, 1959, 277 ss.

³³³ Art. 822 co 2 c.c.: Strade, autostrade, strade ferrate, aerodromi, acquedotti, immobili riconosciuti di interesse storico, archeologico e artistico a norma delle leggi in materia; raccolte di musei, pinacoteche, archivi, biblioteche; infine, gli altri beni che sono assoggettati dalla legge al regime proprio del demanio pubblico. art. 826 co. 2 e 3 c.c.: fanno parte del patrimonio indisponibile dello stato le foreste che a norma delle leggi in materia costituiscono il demanio forestale dello Stato, le miniere, le cave e le torbiere quando la disponibilità ne è sottratta al proprietario del fondo, le cose di interesse storico, archeologico, paleontologico, paleontologico e artistico, da chiunque e in qualunque modo ritrovate nel sottosuolo, i beni costituenti la dotazione del Presidente della Repubblica, le caserme, gli armamenti, gli aeromobili militari, e le navi da guerra.

³³⁴ V. CERULLI IRELLI, *Proprietà pubblica e diritti collettivi*, cit., 50 ss.

³³⁵ A.M. SANDULLI, voce *Beni Pubblici*, cit., 277 ss; R. CAVALLO PERIN, *Proprietà pubblica e uso comune dei beni tra diritti di libertà e doveri di solidarietà*, in *Dir. amm.*, 4/2018, 847.

all'estrema ratio del passaggio alla proprietà pubblica, al fine di vincolare un determinato bene ad un fine (art. 834 c.c., art. 42, co. 3, Cost.).

Si è detto, con riferimento ai beni del demanio necessario, che il carattere della demanialità si associa a una astratta idoneità al fine (o utilizzo) che è reso evidente dalla natura stessa del bene - o alla riconoscibilità fisico-geografica del bene stesso in quanto tale (appartenente a una determinata categoria), il che comporta una non automatica cessazione del carattere demaniale per il solo fatto del non uso da parte della pubblica amministrazione.

Con riferimento ai beni del demanio accidentale, posto che in quanto demaniali - e applicando ad essi le stesse proprietà attribuite al demanio necessario - tali beni sono principalmente legati alla titolarità pubblica e realizzerebbero dunque il loro scopo di pubblico interesse innanzitutto a mezzo della stessa appartenenza pubblica, pare però impossibile affermare che fra i beni rientranti in tali categorie non figurino (per lo più) cose la cui stessa natura ne renda evidente la tipica destinazione: strade, autostrade, ferrovie, cimiteri, mercati. Sembra pertanto che il pubblico interesse si colleghi altresì alla loro destinazione a un tipico utilizzo. I due profili esaminati della riserva e della destinazione si intersecano e si confondono fra loro³³⁶.

Sul demanio accidentale - di particolare interesse per la sua ampiezza e per la natura dei beni che vi rientrano: strade, autostrade, acquedotti e non da ultimo i mercati comunali - ci si interroga pertanto (in virtù cioè della mancanza di una nitida separazione fra le categorie e sul loro significato) sulla disciplina della riserva di proprietà e sull'ammissibilità del non uso. Una soluzione a tali questioni va ricercata nell'analisi del significato da attribuire alla titolarità pubblica e sul modo in cui tali beni siano utili ai fini di pubblico interesse: se l'utilità pubblica consista nell'utilizzo degli stessi per una pubblica funzione o nella garanzia del generale godimento da parte dei consociati³³⁷.

A tal fine può risultare utile la distinzione fra beni pubblici che si rinviene in alcuni ordinamenti europei - quali ad esempio l'ordinamento francese o quello tedesco - proprio con riferimento alle modalità di utilizzo a fini pubblici. È in particolare nell'ordinamento tedesco che si rinviene una chiara distinzione delle *oeffentliche Sachen* (cose pubbliche) basata sulla modalità tramite le quali queste servono all'interesse pubblico: tramite disposizione all'uso generale (*Sachen in Gemeinbrauch*) o tramite utilizzo delle medesime per svolgimento di un pubblico servizio (*Sachen in oeffentlich Dienst*)³³⁸.

³³⁶ V. CERULLI IRELLI, *Proprietà pubblica e diritti collettivi*, cit., 50 ss.

³³⁷ Il godimento generale è carattere proprio dei beni demaniali, anche appartenenti al demanio necessario dello Stato. Con riferimento a questi ultimi però la legge stabilisce che non possa sussistere una titolarità differente da quella pubblica e la disciplina dell'uso generale viene di fatto derogata ad esempio nel caso di concessione. Su beni destinati a un pubblico servizio e beni destinati a fruizione generale si veda anche: M. S. GIANNINI, *I beni pubblici*, cit., 63 ss; G. CHIARA, *Beni pubblici - Artt. 826-830 c.c.*, in *Commentario al codice civile*, a cura di P. Schlesinger e F.D. Busnelli, 2008, 10.

³³⁸ E. GUICCIARDI, *Il Demanio*, cit., 4 ss: negli ordinamenti rispettivamente Francese e Belga, da un lato e Tedesco ed Austriaco dall'altro, i beni pubblici si distinguono a seconda che gli stessi costituiscano il patrimonio finanziario della pubblica amministrazione, ossia rappresentino un valore capitale e di rendita - si tratta del *Finanzvermoegen* del diritto tedesco e del *domaine privé non affecté* del diritto francese, che a grandi linee si possono accostare al patrimonio disponibile pubblico del diritto italiano - o invece rappresentino il patrimonio dell'amministrazione (*Verwaltungsvermoegen* tedesco e *domaine public* francese).

Tornando all'ordinamento italiano, per i beni del demanio accidentale - cui appartengono anche i mercati comunali - non sussiste una riserva assoluta di proprietà pubblica, ma si può forse riconoscere la sussistenza di una riserva per così dire relativa, ove con ciò si intenda la necessità che una quota di tali tipologie di beni sia garantita alla proprietà pubblica. Da un lato, di tali beni si garantisce l'inalienabilità nel caso in cui - per accidente - si trovino ad essere di appartenenza pubblica. D'altro canto, però, si consente ai privati di essere titolari di beni della stessa specie - cioè non è necessario che tutte le strade, tutti i mercati siano pubblici.

La necessità di una riserva "*relativa*" - ovvero la necessità che una quota di tali tipologie di beni sia garantita alla proprietà pubblica - si riscontra in relazione alla *ratio* dell'esistenza di tali beni come pubblici: ove tale *ratio* stia nella garanzia di un godimento generale del bene stesso (*Sachen in Gemeinbrauch*: pinacoteche, archivi, biblioteche) o nell'esercizio di un servizio o di una funzione essenziale dell'ente (*Sachen im öffentlich Dienst* - cose destinate al pubblico servizio: acquedotti)³³⁹.

Non è da escludere, per alcuni beni, una sovrapposizione fra i due profili - relativi all'uso quale godimento generale e all'utilizzo per un pubblico servizio o una funzione - ossia l'esistenza di casi in cui una pubblica funzione o un pubblico servizio siano svolti tramite l'utilizzo di un bene pubblico e lasciando tale bene al pubblico godimento (autostrade), ma sembra in ogni caso rinvenibile un profilo di prevalenza (godimento generale del bene o servizio tramite il bene; nel caso dell'autostrada a prevalere è il bene).

Anche quanto al non uso dei beni demaniali si può ragionare in termini di prevalenza fra i profili di accessibilità del bene (uso generale) o connessione del bene a una funzione (o servizio). Nel primo caso, il non uso specifico del bene da parte dell'amministrazione pare non solo possibile, ma per così dire necessario e tale da consentire la disponibilità per l'uso (non esclusivo) da parte della generalità dei consociati. In questi casi, per indicare un comportamento dell'amministrazione che sia dannoso per la collettività, più che di non uso si deve parlare di mancato apprestamento delle condizioni per la fruizione pubblica del bene stesso e quindi di mancata ammissione al godimento del pubblico istituto o bene pubblico³⁴⁰. Nel secondo caso invece il non uso del bene sottrarrebbe di fatto alla comunità l'utilità del bene stesso. Si pensi ad esempio ad un acquedotto pubblico che resti inutilizzato. Simili situazioni di mancato utilizzo di beni non adatti al godimento generale porrebbe la questione della perdita di utilità dello stesso e della possibilità di disporre da parte di comunità di privati.

Pare che la valutazione relativa al non uso sia da effettuarsi caso per caso, in relazione al particolare interesse pubblico che tramite il bene stesso viene perseguito. La possibilità che sia tollerato un non uso del bene o un mancato apprestamento delle condizioni per la fruizione generale dello stesso attiene all'effettiva garanzia dei diritti che tramite il bene pubblico - come si vedrà³⁴¹ - sono tutelati o dei bisogni che a mezzo

³³⁹ Cass., 21 aprile 1999, n. 3950: il bene demaniale ha come requisito essenziale il fatto di essere destinato a fini pubblici. a tal proposito: F. TRESKA, *La circolazione dei beni dello Stato*, cit., 193 ss.; A.M. SANDULLI, voce *Beni Pubblici*, cit., 277 ss.

³⁴⁰ R. CAVALLO PERIN, *Proprietà pubblica e uso comune dei beni tra diritti di libertà e doveri di solidarietà*, cit., 848-9.

³⁴¹ Sui diritti e le libertà correlate alla proprietà pubblica, si veda il par. 3.

di esso sono soddisfatti dall'amministrazione. Tale tutela - di diritti o soddisfacimento di bisogni - comporta la scelta³⁴² fra garanzia dell'accesso al bene e delle condizioni per il godimento collettivo dello stesso o assunzione di un pubblico servizio erogato a mezzo del bene - con il sorgere di un diritto di credito verso l'amministrazione³⁴³. Si può ipotizzare che il non uso sia tollerabile fintantoché l'esercizio delle libertà fondamentali correlate al godimento del bene pubblico e la tutela dei diritti che di tali beni si serva riceva adeguata protezione - salva la possibilità di riconoscere forme alternative di fruizione e gestione di beni di interesse generale, riconducibili alla teoria dei beni comuni.

Una ipotesi di non utilizzo da parte della p.a. di beni inadatti al godimento generale si può peraltro riscontrare nel caso di beni pubblici la cui utilità consiste nel fatto di esistere a disposizione della pubblica amministrazione per il caso di necessità - si pensi ad esempio alle opere destinate alla difesa nazionale (art. 822 c.c.)³⁴⁴. Ancora, relativamente a beni quali gli immobili di interesse storico, artistico, archeologico, gli archivi, i musei, le pinacoteche, l'interesse pubblico risiede anche nella semplice conservazione e valorizzazione del bene, al di là dell'uso³⁴⁵.

Si è detto che la proprietà pubblica è legata al godimento generale. Il godimento generale come apertura all'uso e fruizione di tutti caratterizza le "cose a fruizione pubblica"³⁴⁶ ove con ciò si intendono quei beni rispetto ai quali la titolarità del diritto reale non limita - come generalmente avviene (art. 841 c.c.) - l'accesso al bene stesso. L'apertura a tutti si fa principio di conservazione della libertà personale dei consociati³⁴⁷, ove il bene considerato consista in porzioni di territorio che non sono pertanto sottratte al diritto di libera circolazione³⁴⁸.

Le "cose a fruizione pubblica" possono essere sia beni pubblici, cioè cose di proprietà pubblica, sia beni in proprietà privata. In relazione ai beni in proprietà pubblica, i beni aperti al godimento collettivo coincidono per lo più con i beni demaniali e fra questi quelli destinati dalla legge a fruizione pubblica. Con riferimento ai beni privati, un diritto di fruizione si riscontra con riferimento a determinate categorie di beni (si pensi ai beni culturali) senza che ciò coincida con un vero e proprio diritto d'uso. Tale carattere di apertura al pubblico con la fruizione collettiva che ne deriva - *effectus domini* senza la titolarità del bene - non corrisponde a un diritto reale d'uso in capo alla generalità dei consociati (non necessariamente) e si distingue dagli usi civici. Questi nello specifico indicano diritti reali parziari di godimento e d'uso spettanti a una collettività di persone su fondi privati o di proprietà pubblica³⁴⁹ - gli unici diritti di tal genere oggetto di una normazione puntuale - diritti c.d. di promiscuo godimento, fra gli

³⁴² Sull'alternativa beni-servizi, con particolare riferimento ai mercati comunali: si veda il capitolo quarto.

³⁴³ R. CAVALLO PERIN, *Proprietà pubblica e uso comune dei beni tra diritti di libertà e doveri di solidarietà*, cit., 847.

³⁴⁴ E. GUICCIARDI, *Il Demanio*, cit., 259-260.

³⁴⁵ A.M. SANDULLI, voce *Beni pubblici*, cit., 131.

³⁴⁶ V. CERULLI IRELLI, *Proprietà pubblica e diritti collettivi*, cit., le chiama "cose pubbliche"; M. S. GIANNINI, *I beni pubblici*, cit., distingue tra beni destinati a fruizione collettiva (che fa corrispondere ai beni demaniali) e beni collettivi come quelli imputati a una collettività (demani civici e domini collettivi).

³⁴⁷ S. ROMANO, *La teoria dei diritti pubblici subiettivi*, cit.

³⁴⁸ V. CERULLI IRELLI, *Proprietà pubblica e diritti collettivi*, cit., 165-6.

³⁴⁹ M. S. GIANNINI, *I beni pubblici*, cit., 39 ss.

utenti e il proprietario, delle *utilitates* che dalla cosa derivano e che sono liquidabili secondo apposite procedure. I fondi soggetti a usi civici divengono cose pubbliche in virtù dei diritti civici, che partecipano del dominio, diviso fra la titolarità privata e il diritto di godimento collettivo, la cui natura cedevole è resa evidente dalla possibilità di liquidazione³⁵⁰.

Gli usi civici³⁵¹ hanno anch'essi a proprio fondamento il perseguimento di una utilità che se non può dirsi pubblica nel senso della generale destinazione alla totalità dei consociati, si identifica se non altro con il vantaggio di una collettività definita e circoscritta secondo criteri - di residenza o appartenenza ad una categoria, per lo più con base territoriale - non ancora coincidenti con quello della territorialità riferita alle attuali articolazioni dell'amministrazione negli enti territoriali. Il legame fra il bene e il fine di interesse collettivo è evidente, anche nel momento della sua trasformazione che in epoca recente ha portato non tanto allo smantellamento di tali istituti, quanto ad un adattamento della loro finalizzazione a nuovi interessi - questa volta aventi una più ampia portata, in quanto propriamente pubblici - quali ad esempio quello ambientale.³⁵²

È stata quindi ritenuta infondata³⁵³ la questione di legittimità costituzionale sollevata in relazione alle disposizioni normative che, introducendo vincoli paesaggistici sulle aree originariamente soggette ad usi civici, di fatto bloccano le procedure di liquidazione degli stessi³⁵⁴. Si nota come l'imporsi sul bene di un interesse generale, più esteso rispetto a quello proprio della collettività di riferimento dell'uso civico abbia comportato un mutamento anche nella disciplina del bene tramite il quale l'interesse stesso è perseguito.

Il concetto di bene collettivo³⁵⁵, con cui pure si vuole indicare un bene oggetto di godimento da parte di una collettività di persone³⁵⁶, presuppone invece la titolarità della proprietà o di altro diritto reale in capo a tale comunità, senza una sostanziale identificazione fra la comunità e l'ente territoriale prossimo alla medesima. Si tratta in questo caso della proprietà comunitaria³⁵⁷ come categoria di appartenenza a carattere permanente (non liquidabile), il cui tratto fondamentale non sta però - come nel caso della proprietà individuale - nell'appartenenza, ma invece nel godimento delle utilità

³⁵⁰ I. 1766/1927; P. STELLA RICHTER, *Proprietà collettive, usi civici ed interesse pubblico*, in *Dir.amm.* 1983, 189.

³⁵¹ P. GROSSI, *Un altro modo di possedere, l'emersione di forme alternative di proprietà alla coscienza civica post-unitaria*, Milano, Giuffrè, 1977; P. STELLA RICHTER, *Proprietà collettive, usi civici ed interesse pubblico*, cit., 189; V. CERULLI IRELLI, *Apprendere "per laudo". saggio sulla proprietà collettiva*, in *Quaderni fiorentini*, 2016.

³⁵² L. PRINCIPATO, *I profili costituzionali degli usi civici in re aliena e dei domini collettivi*, in *Giur. Cost.*, 1, 2015, 207; G. MARI, *I beni di collettivo godimento nella recente giurisprudenza costituzionale*, in *Riv. giur. edil.*, 6, 2019, 489; M. BROCCA, *Paesaggio e agricoltura a confronto, riflessioni sul "paesaggio agrario"*, in *Riv. giur. edil.*, 1-2, 2016.

³⁵³ Corte cost., 1° aprile 1993, n. 133. Si veda anche Corte cost., 22 luglio 1998, n. 316. A tal proposito: L. PRINCIPATO, *I profili costituzionali degli usi civici in re aliena e dei domini collettivi*, cit., 207.

³⁵⁴ D.l. n. 312 del 1985, conv. in l. n. 431 del 1985 — che ha introdotto l'art. 82 comma 5 lett h) d.P.R. n. 616 del 1977.

³⁵⁵ E così di proprietà collettiva o diritto collettivo.

³⁵⁶ V. CERULLI IRELLI, *Proprietà pubblica e diritti collettivi*, cit., 167; La possibilità di riconoscere differenti porzioni del diritto reale su di un bene, e dunque di trarre un diritto di uso generale della proprietà privata o pubblica, corrispondenti alle plurime utilità dallo stesso traibili, risulta ancora più comprensibile in considerazione della nozione di condominio *iuris germanici*.

³⁵⁷ M. S. GIANNINI, *I beni pubblici*, cit., 39 ss.

che dalla cosa promanano³⁵⁸. Come gli usi civici, le proprietà comunitarie hanno origine dagli antichi domini collettivi: forme di sfruttamento - raccolta ed uso dei frutti o beni disponibili in un determinato fondo - o utilizzo rotativo del fondo - per la produzione di frutti - dei beni da parte di una collettività di persone - gruppi edilizi, familiari, persone abitati un castello - amministrati dalla collettività medesima.

La mancanza di soggettività delle collettività titolari del diritto ne impediva l'azione in giudizio a difesa del dominio. Ciò portò al costituirsi delle collettività in persone giuridiche associative, con la trasformazione delle proprietà collettive in proprietà comunitarie, che giungono fino a noi come università agrarie e le comunità montane³⁵⁹.

Ha carattere permanente e godimento dell'utilità del bene come tratto tipico anche la fruizione generale che caratterizza il demanio, la quale è però tipicamente collegata ad una tutela offerta dall'ente pubblico (ente territoriale a fini generali)³⁶⁰ che è esponente della comunità residente in un dato territorio - o competente per lo specifico bene: a partire dalla difesa dei diritti d'uso consolidatisi, anche su beni privati, per consuetudine³⁶¹ (e poi positivizzati nella legislazione speciale) agli strumenti amministrativi a difesa della fruizione generale sui beni privati di interesse pubblico (beni culturali, ma si possono anche richiamare le riflessioni sui limiti stabiliti dalla legge alla tutela dei diritti di proprietà intellettuale), alla garanzia di accesso ai beni pubblici (demaniali). In tutti questi casi si tratta di una fruizione *sui generis*, che non corrisponde alla titolarità di un bene o di un vero e proprio diritto reale. Si tratta dunque di un godimento non esclusivo e stabilito per l'utilità di un'intera collettività di persone, identificabile con la popolazione residente in un determinato territorio.

I demani comunali costituiscono la forma più antica di proprietà collettiva demaniale e in un certo senso punto di passaggio nella diffusione di quella forma di proprietà collettiva demaniale nel senso fatto proprio oggi dal codice civile. I demani comunali discendono principalmente da diritti d'uso agricolo parziale goduto da collettività comunali su fondi privati - ma vi si annoverano anche forme di fruizione da parte di collettività su beni di proprietà individuale del Comune (usi civici) e diritti d'uso riconosciuti in capo ad associazioni più circoscritte, sempre su beni comunali - da cui poi il passaggio a collettività territorialmente caratterizzate e alla titolarità della proprietà in capo all'ente territoriale³⁶².

³⁵⁸ M. S. GIANNINI, *I beni pubblici*, cit., 33-34.

³⁵⁹ M. S. GIANNINI, *I beni pubblici*, cit., 33-34.

³⁶⁰ In questo caso cioè non si crea un ente associativo *ad hoc*. Titolare della proprietà collettiva è l'ente pubblico territoriale.

³⁶¹ V. CERULLI IRELLI, *Proprietà pubblica e diritti collettivi*, cit., 174: L'Autore fa riferimento a un celebre caso giurisprudenziale risalente al 1885, in cui era posto in discussione il passaggio esercitato per oltre due secoli dalla popolazione romana attraverso Villa Borghese e in particolare della possibilità di identificarvi un diritto e di quale tipo. Tribunale e Corte di Cassazione si pronunciavano nel senso di riconoscere un diritto d'uso pubblico della collettività costituita dalla popolazione Romana, di cui il Comune poteva farsi portavoce. Si trattava appunto non di una semplice servitù, ma di un diritto d'uso "sui generis", cioè non esclusivo e stabilito per l'utilità dell'intera popolazione.

³⁶² M. S. GIANNINI, *I beni pubblici*, cit., 48.

3. Il demanio e la garanzia dei diritti.

I mercati sono beni demaniali, appartenenti al demanio comunale, e in particolare del demanio speciale dei comuni, accanto ai cimiteri (e ai mattatoi). Il demanio comunale si distingue infatti in demanio normale e speciale a seconda che si tratti di beni che, per tipologia, possono rientrare o meno nel demanio statale. Nel primo caso, si tratta di beni rispetto ai quali i Comuni esercitano una funzione analoga a quella statale, ma in riferimento a interessi su scala locale³⁶³: si pensi alle strade e alle acque comunali. nel secondo caso, ai comuni è affidata la cura di interessi che vengono perseguiti a livello locale. I mercati rientrano dunque nel demanio speciale dei Comuni, in quanto non esistono, ai sensi della normativa vigente, mercati demaniali statali.

Il demanio comunale è inoltre parte del demanio accidentale, in quanto non vige una riserva di titolarità dei mercati in capo all'ente pubblico. Ciò si può desumere sia dal codice civile, che definisce in modo preciso il novero dei beni demaniali statali, sia per analogia³⁶⁴ con la normativa speciale relativa a cimiteri³⁶⁵ e mattatoi³⁶⁶, la quale prevede la facoltà di istituire cimiteri e mattatoi privati. È in ogni caso per essi prevista una vigilanza speciale, nonché particolari prescrizioni che devono essere seguite dai privati nella gestione e nello svolgimento dell'attività, per l'essere ad essa sotteso un pubblico interesse. Si deve parlare al riguardo di autorizzazione all'esercizio dell'attività, autorizzazione che può essere interpretata come rimozione del limite che grava sulla proprietà fondiaria privata, consistente nell'impossibilità per il proprietario del fondo di adibirlo a cimitero o mercato³⁶⁷.

Posti i diritti come relazioni fra soggetti e i beni come cose che possono divenire oggetto di diritti, i tratti distintivi del diritto di proprietà pubblica, rispetto al contenuto della proprietà privata, si rinvengono proprio nell'atteggiarsi della relazione fra soggetti coinvolti e nel rapporto fra soggetti e beni che del diritto di proprietà sono oggetto³⁶⁸.

Quanto a quest'ultimo aspetto, ovvero al contenuto in senso lato della proprietà - al bene (oggetto mediato) e all'insieme di comportamenti dovuti in riferimento al bene stesso (talvolta indicato come oggetto immediato) - al diritto di pienamente godere e disporre della cosa che caratterizza la proprietà privata si contrappone, nella proprietà pubblica, un contenuto finalistico che lega il bene al titolare della proprietà sul medesimo. Quello che è, per il privato proprietario, un diritto di godere e disporre della cosa, si distingue in potere - di diritto pubblico, conferito cioè con norma di relazione - dell'Ente titolare di disposizione del bene e in diritto della collettività a godere del bene stesso. Ciò può avvenire tramite l'uso generale del bene o a mezzo del godimento dell'interesse pubblico perseguito dall'ente titolare.

³⁶³ E. GUICCIARDI, *Il Demanio*, cit., 148.

³⁶⁴ E. GUICCIARDI, *Il Demanio*, cit., 148; S. ROMANO, *Principii di diritto amministrativo*, Firenze, 1901, 535; F. CAMMEO, *Il Demanio*, in *Nov. Dig. It.*, Unione torinese, Torino, 1957, 884; F. CAMMEO, *Corso di diritto amministrativo, Vol II*, Giuffrè, Milano, 1914, 1002; L. MEUCCI, *Istituzioni di diritto amministrativo*, Fratelli Bocca, Torino, 1909, 372; E. PRESUTTI, *Istituzioni di diritto amministrativo, Vol. I*, Athenaeum, Roma, 1920, 229; L. RAGGI, *Diritto amministrativo, Vol III*, Cedam, Padova, 1932, 230.

³⁶⁵ Regolamento di polizia mortuaria, 25 luglio 1892, n. 448.

³⁶⁶ RD 20 dicembre 1928, n. 3298, art. 1-5.

³⁶⁷ E. GUICCIARDI, *Il Demanio*, CEDAM, Padova, 1934, 154-5.

³⁶⁸ R. RESTA, *Beni pubblici*, cit., 70 ss.

L'esclusività che caratterizza il diritto di proprietà si concretizza nello *ius excludendi* della proprietà privata nei confronti dei terzi (*alios*) da un lato, nei particolari poteri di autotutela di cui dispone l'amministrazione in ordine ai beni pubblici, nella peculiarità del rapporto con i terzi - che non sono nel caso della proprietà pubblica estranei al rapporto, ma *cives* destinatari dell'utilità che dal bene pubblico deriva - nel potere di conformare il diritto di proprietà pubblica in modo che il rapporto con i terzi (*cives*) corrisponda ad un uso generale o a un uso particolare - potendosi quindi sottrarre il bene al godimento di parte dei consociati, per darne l'esclusiva disponibilità ad alcuni di essi³⁶⁹.

Il carattere demaniale o indisponibile dipende principalmente dall'appartenenza ad un tipo definito dalla legge e dalla destinazione alla funzione che a tale tipo di bene - demaniale o indisponibile - è associata³⁷⁰. Due i rilievi. Innanzitutto, la demanialità sorge per determinate categorie di beni - mai con riferimento a un singolo bene³⁷¹ - definite con atto generale e astratto sulla base di caratteristiche specifiche e della destinazione a una funzione definita dallo stesso atto normativo. Ciò significa che tutti i beni di quella *species*, destinati alla funzione per essi prevista, entreranno a far parte del demanio o del patrimonio indisponibile una volta che essi siano venuti ad esistenza con quelle caratteristiche proprie della specie di riferimento, siano nella titolarità di un ente pubblico territoriale e destinati alla particolare utilità per essi prevista - la demanialità o l'indisponibilità non sorgono invece nel caso in cui il bene pur dotato dei caratteri previsti normativamente, sia destinato a una funzione differente³⁷².

In secondo luogo, a differenza dei casi in cui la destinazione è elemento integrante del tipo, il requisito della destinazione si configura talvolta come semplice idoneità o destinazione potenziale. È per lo più il caso dei beni del demanio necessario, la cui stessa esistenza concretizza l'appartenenza alla categoria demaniale. Come conseguenza di ciò, i beni del demanio necessario si caratterizzano anche per il fatto che, relativamente ad essi, l'atto di destinazione del bene a un determinato uso non assume carattere essenziale al fine del sorgere della qualità di bene pubblico³⁷³.

Se l'atto di volontà della pubblica amministrazione, volto a definire la destinazione del bene, si caratterizza per essere generalmente costitutivo della demanialità, salvi i casi citati di demanialità necessaria, tali non sono gli atti di ricognizione del demanio o del patrimonio pubblico operati dall'amministrazione tramite l'inserimento in elenchi, aventi carattere puramente dichiarativo³⁷⁴.

³⁶⁹ R. RESTA, *Beni pubblici*, cit., 80 ss; E. GUICCIARDI, *Il Demanio*, cit., 201 ss.

³⁷⁰ S. ROMANO, *La determinazione della demanialità da parte dell'autorità amministrativa*, Palermo, Stabilimento tipografico Virzi, 1898. La definizione del tipo avviene con atto normativo, mentre la concreta destinazione a un utilizzo è definita con provvedimento amministrativo.

³⁷¹ E. GUICCIARDI, *Il Demanio*, cit., 176.

³⁷² A.M. SANDULLI, voce *Beni pubblici*, cit., 140; A.M. SANDULLI, *Appunti in tema di inizio e cessazione della demanialità*, in *Giur. it.*, 1956, I, 523.

³⁷³ E. GUICCIARDI, *Il Demanio*, cit., 170 ss.

³⁷⁴ Si tratta dell'inserimento negli elenchi previsti da leggi speciali e negli inventari. Con il termine "atti di classificazione" si intendono alternativamente in dottrina gli atti aventi valore meramente dichiarativo (A.M. SANDULLI, voce *Beni pubblici*, cit., 139) o gli atti costitutivi della demanialità consistenti nella manifestazione della volontà dell'ente di destinare il bene ad una funzione pubblica (E. GUICCIARDI, *Il Demanio*, cit., 170 ss).

Oltre al possesso delle caratteristiche oggettive necessarie ad essere sussunto in una categoria definita, il bene deve entrare nella titolarità di un ente pubblico territoriale. Il momento dell'acquisto della demanialità - o dell'indisponibilità - coincide pertanto con l'acquisto alla proprietà dell'ente pubblico, nel caso in cui lo stesso possedesse già precedentemente i caratteri della categoria di riferimento.

La qualità di bene pubblico è soggetta a modificazioni, quali il passaggio dal demanio a bene indisponibile o viceversa, passaggio dal demanio o patrimonio di un ente territoriale a quelli di un altro ente territoriale o, infine, passaggio fra proprietà di un ente territoriale e proprietà di un ente istituzionale. Variazioni che sono conseguenza del mutamento di una o più delle condizioni di appartenenza alle categorie della proprietà pubblica: caratteri obiettivi che ne condizionano la sussunzione ad una determinata categoria o l'idoneità a una funzione, destinazione effettiva alla funzione propria della categoria di appartenenza, titolarità del diritto di proprietà in capo ad un ente³⁷⁵.

La variazione degli elementi costitutivi della demanialità (o della categoria dei beni del patrimonio indisponibile) comportano dunque passaggi di categoria che in taluni casi assumono il significato di perdita della demanialità - o dell'indisponibilità. Perdita di destinazione, dei caratteri costitutivi del *tipo* e della titolarità si graduano in ordine alle conseguenze sulla demanialità. Per quanto attiene alla destinazione effettiva, si è detto come questa non sia essenziale per i beni appartenenti al demanio necessario. La perdita di destinazione produce invece un passaggio al patrimonio disponibile in ogni altro caso. La perdita di titolarità da parte dell'ente territoriale, che ha come diretta conseguenza l'uscita dalla categoria dei beni pubblici, non si produce, di regola, per il solo effetto della sdemanializzazione o della perdita di indisponibilità - ad eccezione di alcuni casi isolati, come ad esempio avviene nel caso di incrementi delle rive di fiumi e torrenti dovuti ad alluvioni (829 c.c.)³⁷⁶.

Le amministrazioni titolari di beni pubblici possono agire sugli stessi e sulle categorie di appartenenza mediante atti di trasferimento della proprietà o modificandone la destinazione e in alcuni casi - in particolare si pensi ai beni che si definiscono come "costruiti", non esistenti in natura - le caratteristiche loro proprie che ne condizionano l'appartenenza al demanio o al patrimonio indisponibile. Le manifestazioni di volontà dell'amministrazione relative all'abbandono di una o dell'altra categoria hanno mero valore dichiarativo, salvo il caso del demanio marittimo per il quale è prevista (art. 35 cod. nav.) una ulteriore ipotesi di sdemanializzazione a mezzo di decreto ministeriale (ministro delle comunicazioni di concerto con il ministro delle finanze)³⁷⁷.

Il modo ordinario di godimento della proprietà pubblica consiste nell'uso comune che è quello conforme alla destinazione originaria del bene, cui sia ammessa la generalità dei consociati, senza necessità di atti dell'amministrazione ulteriori rispetto all'originario atto di destinazione che ne abbia costituito la qualità di bene pubblico. Si tratta di una forma di godimento che garantisce alla collettività modalità uniformi di

³⁷⁵ Ne sono esempi: il passaggio di una strada dal demanio comunale a quello provinciale, la costruzione di una strada litoranea, con passaggio della porzione di suolo coinvolta dal demanio statale marittimo al demanio stradale, il passaggio di una fortificazione dismessa dal demanio militare a quello di interesse storico-culturale.

³⁷⁶ A.M. SANDULLI, voce *Beni pubblici*, cit., 141.

³⁷⁷ Come si è già ricordato, la sdemanializzazione è atto di carattere gestionale e come tale è di competenza dirigenziale. Si veda: F. TRESCA, *La circolazione dei beni dello Stato*, cit., 193 ss.

accesso alla proprietà pubblica, senza esclusione di parti di essa dall'uso dei medesimi beni. Per questo motivo l'uso comune dei beni coincide per lo più con il loro uso generale, contrapposto agli usi particolari che ne vengano fatti qualora l'amministrazione conferisca facoltà ulteriori solo a determinati soggetti - uso speciale³⁷⁸ - o addirittura escluda chiunque altro dal godimento del bene pubblico al di fuori di un determinato concessionario - uso eccezionale³⁷⁹.

Il diritto di godimento del bene demaniale da parte di una collettività, già precedentemente indicato come diritto *sui generis* - tale è principalmente in ambito civilistico - è stato alternativamente interpretato come diritto reale di cui sono titolari i singoli individui, ossia come limite posto al diritto dello Stato - o dell'ente titolare - al potere di godere e disporre dei beni demaniali. Come mera utilità, il godimento generale del bene pubblico è una facoltà giuridica di godimento del bene che dipende dalla destinazione di fatto del bene al suo uso tipico, destinazione che può anche cessare (senza che i singoli possano in qualche modo essere perciò tutelati)³⁸⁰.

Il diritto di uso generale come interesse civico vantato dalla collettività nei confronti dello Stato corrisponde a un interesse legittimo al corretto esercizio da parte dell'ente dei poteri ad esso conferiti per il perseguimento dell'interesse pubblico. In questo senso si evidenzia come l'attribuzione della proprietà allo Stato - o alle province e ai Comuni - con norma di diritto pubblico (norma di relazione) rispecchi l'attribuzione di un potere volto al perseguimento di determinati fini di pubblici.

La collettività gode dunque di un interesse legittimo a che l'ente pubblico eserciti correttamente il potere attribuito mediante l'attribuzione della proprietà, il che si concretizza nel caso dei beni demaniali con un interesse della collettività alla prestazione del bene³⁸¹, ossia all'attività materiale di preparazione e costruzione dello stesso, all'apertura del bene alla collettività ed alla tutela di tale accesso, mediante strumenti di diritto pubblico (polizia amministrativa)³⁸².

L'interesse legittimo al corretto esercizio del potere attribuito all'ente pubblico per il perseguimento di un fine pubblico non deve peraltro essere confuso con l'interesse pubblico perseguito a mezzo di tale potere, che può anche coincidere con la garanzia di diritti soggettivi, ove una norma di diritto pubblico attribuisca all'amministrazione un potere volto a perseguirli.

Se si prendono in considerazione i beni in proprietà pubblica, si nota come la demanialità si possa facilmente collegare alla garanzia di libertà o diritti fondamentali o riconosciuti come diritti universali³⁸³: libertà di circolazione, per le strade, accesso all'acqua - come estensione del diritto alla vita riconosciuto dalla dichiarazione universale dei diritti dell'uomo -, diritto al bene culturale³⁸⁴, per i beni di interesse

³⁷⁸ Si pensi ad esempio a determinate forme di trasporto eccezionale su vie d'acqua o di terra, permessi di circolazione a mezzo di veicoli eccedenti le dimensioni generalmente consentite.

³⁷⁹ E. GUICCIARDI, *Il Demanio*, cit., 263 ss; A.M. SANDULLI, voce *Beni pubblici*, cit., 130-1.

³⁸⁰ E. GUICCIARDI, *Il Demanio*, cit., 275, secondo cui bisogna tener presente che le facoltà di godimento di un bene sono facoltà giuridiche e non vantaggi di fatto.

³⁸¹ E. GUICCIARDI, *Il Demanio*, cit., 290.

³⁸² G. ZANOBINI, *Il concetto di proprietà pubblica e i requisiti giuridici della demanialità*, in *Studi senesi*, XXXVIII, 1923, ora in Id., *Scritti vari di diritto pubblico*, Giuffrè, Milano 1955.

³⁸³ R. CAVALLO PERIN, *Proprietà pubblica e uso comune dei beni fra diritti di libertà e doveri di solidarietà*, cit., 847 ss.

³⁸⁴ R. CAVALLO PERIN, *Il diritto al bene culturale*, in *Dir. amm.*, 4, 2016, 495.

storico, artistico e archeologico. Si tratta di diritti della personalità la cui garanzia è interesse pubblico perseguito a mezzo del bene demaniale. Si tratta di quei diritti soggettivi di cui ciascun individuo è titolare di fronte all'ente che abbia apprestato un bene pubblico all'uso generale: il diritto del singolo all'uso del bene demaniale, che permane in quanto tale finché l'amministrazione non sottragga a tale uso generale il bene stesso, agendo nei limiti della propria discrezionalità³⁸⁵.

Tale interesse pubblico, come obiettivo o oggetto del potere di cui è titolare l'ente a mezzo della proprietà si riconduce a ben vedere all'esercizio di una funzione propria dell'ente - ossia è realizzato a mezzo del potere pubblico, nell'esercizio di una funzione. Nel caso dei beni demaniali caratterizzati dall'uso generale, il godimento degli stessi da parte dell'ente - la titolarità pubblica di un bene secondo le modalità di godimento e disposizione proprie del demanio - è funzione pubblica di cui la collettività si pone quale destinataria e tramite la quale i singoli possono avere accesso al bene stesso³⁸⁶. La distinzione del demanio fra beni in uso pubblico e beni destinati al pubblico servizio si ricompone dunque nella funzione pubblica, intesa come categoria generale cui si riconducono poi distinte utilità (funzioni): il godimento e la disposizione del bene, tali da garantire l'accesso generale al bene stesso o l'esercizio di un servizio.

Si può quindi dire che il bene pubblico sia in taluni casi *funzionalizzato* al pubblico servizio³⁸⁷, ma anche alla funzione consistente nel particolare utilizzo del bene stesso, che ne consenta la fruizione pubblica. E tramite la fruizione generale del bene, a ben vedere, l'amministrazione esercita altresì di volta in volta una funzione di garanzia, nel caso concreto, di diritti aventi rango costituzionale. È il caso del diritto di libertà personale³⁸⁸ garantito dalle limitazioni alla potestà pubblica poste dall'istituzione della proprietà pubblica: come infatti la limitazione dei diritti da parte dello Stato può avvenire solo con norme di relazione che attribuiscono pubblici poteri, così queste leggi ne definiscono i limiti.

L'istituzione del demanio attribuisce all'ente pubblico un potere di godere e disporre del bene demaniale stesso, pur nell'osservanza dei particolari limiti previsti dall'istituto della demanialità. L'esistenza di beni demaniali garantisce la libertà degli individui nei confronti dello Stato tramite l'accesso all'uso generale, limitando il quale si viola di un diritto di libertà personale - si pensi al fiume di Santi Romano³⁸⁹. La demanialità garantisce ogni individuo nel godimento della libertà personale, anche nei confronti di terzi: impedendo la piena esclusione dalla fruizione del godimento di vie di passaggio di tutti coloro che non siano titolari di diritti reali privati sulle stesse.

L'uso comune e generale del bene pubblico risponde dunque all'interesse civico della generalità dei consociati alla disponibilità del bene - e al diritto soggettivo tutelato tramite il bene stesso, di cui parimenti gode ogni individuo, indipendentemente dalla

³⁸⁵ E. GUICCIARDI, *Il Demanio*, cit., 260; F. FERRARA, *Trattato di diritto civile*, cit., 293. È il divieto di accesso al bene posto al singolo individuo che costituisce invece una violazione del diritto soggettivo dello stesso.

³⁸⁶ E. GUICCIARDI, *Il Demanio*, cit., 260; F. FERRARA, *Trattato di diritto civile*, cit., 756.

³⁸⁷ A. GIANNELLI, *Concessione di beni e concorrenza. Contributo in tema di compatibilità tra logica pro-concorrenziale e principi di diritto interno in tema di gestione dei beni pubblici*, Editoriale Scientifica, Napoli, 25 ss.

³⁸⁸ S. ROMANO, *La teoria dei diritti pubblici subiettivi*, cit.

³⁸⁹ S. ROMANO, *La teoria dei diritti pubblici subiettivi*, cit. Il pubblico funzionario che volesse impedire di traversare il fiume (bene demaniale) violerebbe una libertà personale.

cittadinanza³⁹⁰. A un interesse ulteriore, se pure non contrastante con quello civico di accesso al bene, risponde la destinazione ad uso speciale, a fondamento della quale sono autorizzazioni dell'amministrazione titolare o autorizzazioni di polizia. Ne sono esempi forme di trasporto eccezionale su vie d'acqua o di terra, permessi di circolazione a mezzo di veicoli eccedenti le dimensioni generalmente consentite.

L'uso eccezionale sottrae invece il bene all'uso generale e alla sua normale destinazione, ponendo in capo al titolare facoltà giuridiche che si distinguono dall'interesse civico alla disponibilità del bene pubblico - sebbene si possa a rigor di logica affermare una rispondenza dell'uso eccezionale all'interesse pubblico che dalla pubblica amministrazione deve essere sempre perseguito.

L'atto di concessione³⁹¹ è il provvedimento amministrativo che tale uso eccezionale istituisce, che si caratterizza tradizionalmente per il connotato di ampliamento della sfera giuridica del destinatario dell'atto - a differenza di quanto avviene nel caso delle autorizzazioni che nella più diffusa interpretazione rimuovono un limite all'esercizio di un diritto già esistente in capo al soggetto autorizzato.

In costanza di sottrazione all'uso generale, si nota come nel caso di concessione di beni pubblici si possano distinguere due situazioni, coincidenti rispettivamente con la concessione per uso che differisce da quello normale - si pensi all'occupazione di suolo pubblico ad uso dehor - o concessione di bene pubblico che è anche concessione della gestione dello stesso per un uso che coincide con quello proprio del tipo di appartenenza³⁹² - cioè il concessionario risulta vincolato, nella gestione, alla funzione cui il bene è destinato.

Peculiare risulta nei mercati comunali la concessione dei posteggi in relazione all'intersecarsi dei distinti interessi coinvolti. Se, come si è detto, l'uso eccezionale del bene pubblico generalmente contrasta con l'interesse civico all'accesso generale, si nota come nel mercato - bene appartenente al demanio comunale - la concessione dei posteggi non solo non generi tale contrasto, ma alla fruizione del mercato da parte della collettività risulti del tutto funzionale. Inoltre, la concessione non configura in tal caso un vero e proprio uso eccezionale, nell'accezione del termine che indica un uso alternativo a quello normale proprio del bene: la concessione dei posteggi è infatti alla base dell'uso del mercato e della sua normale utilità.

Sempre con riferimento ai mercati, alcuni rilievi possono essere fatti in ordine al configurarsi dell'accesso al bene mercato: con la concessione dei posteggi non viene

³⁹⁰ E. GUICCIARDI, *Il Demanio*, cit., 298-9.

³⁹¹ A. GIANNELLI, *Concessioni di beni e concorrenza, contributo in tema di compatibilità fra logica pro-concorrenziale e principi di diritto interno in tema di gestione dei beni pubblici*, Editoriale scientifica, Napoli, 2017; F. ARMENANTE, *La non disciplina delle concessioni demaniali: dall'abrogazione dell'innaturale diritto di insistenza alle plurime asistematiche proroghe anticomunitarie*, in *Riv. giur. edil.*, 4, 2020, 261; A. MOLITERNI, *Il regime giuridico delle concessioni di pubblico servizio fra specialità e diritto comune*, in *Dir. Amm.*, 2012; ALB. ROMANO, *Le concessioni dei posti di vendita nei mercati all'ingrosso*, cit.; R. CAVALLO PERIN, *La struttura della concessione di servizio pubblico locale*, Giappichelli, Torino; G. CARDOSI, *Stabilimenti Balneari: il rinnovo delle concessioni demaniali*, cit., 19-43; O. RANELLETTI, *Teoria generale delle autorizzazioni e concessioni amministrative*, Parte I, *Concetto e natura delle autorizzazioni e concessioni amministrative*, in *Giur. it.*, XLVI, 1984, IV.

³⁹² M. CERUTI, *La procedura negoziata competitiva nel campo dei beni demaniali e pubblici: problemi di definizione, disciplina e prassi nell'ordinamento giuridico nazionale*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 1, 2018, 27.

alterato l'uso generale in capo alla popolazione, per così dire, dei convenuti-acquirenti, mentre è limitato l'accesso dei venditori. Si tratta di un uso generale che presenta la peculiarità di dover essere valutato con riferimento alle distinte categorie dei venditori e degli acquirenti o avventori.

Il godimento pieno ed esclusivo del bene pubblico, nonché la sua conservazione, sono garantiti - in virtù del rapporto di titolarità della pubblica amministrazione - tramite l'esercizio dell'autotutela amministrativa e (art. 21 *quinquies* e 21 *nonies* l. 241/90) nonché dei poteri di polizia amministrativa, oltre che con i comuni mezzi di tutela giurisdizionale offerti dal codice civile³⁹³. Si tratta di poteri attribuiti all'amministrazione in relazione alle funzioni³⁹⁴ da essa esercitate e quindi connesse ai poteri che alla stessa sono attribuiti. La tutela del corretto svolgimento dell'attività amministrativa corrisponde anche a garanzia nei confronti dei terzi interessati al corretto svolgimento della stessa.

Con particolare riferimento ai beni pubblici si rinviene la tutela rivolta all'interesse civico di godimento generale, all'interesse legittimo del concessionario nei confronti dell'amministrazione. La protezione del bene demaniale e le azioni contro le turbative che possano essere poste in essere sulle attività che a mezzo di tale bene si esplicano hanno un diretto effetto di protezione dei diritti soggettivi così garantiti: tanto i diritti di libertà e gli altri diritti della personalità che dell'accesso al bene demaniale si servono - libertà di circolazione, per le strade, accesso all'acqua - come estensione del diritto alla vita riconosciuto dalla dichiarazione universale dei diritti dell'uomo, diritto al bene culturale³⁹⁵ - quanto i diritti dei concessionari nei confronti dei terzi.

Come complesso di poteri attribuiti alla p.a. per garantirne l'attività, quella di polizia è funzione amministrativa, sia nell'accezione di garanzia dell'ordine pubblico - come polizia di sicurezza - sia per quanto corrispondente a quel complesso di attività preminenti in discipline settoriali - polizia sanitaria, del commercio, delle miniere, dei trasporti - che corrisponde alla cd polizia amministrativa in senso proprio, la quale, anche in ragione dell'affermarsi del principio di legalità³⁹⁶, si configura quale parte integrante dell'attività amministrativa, volta alla realizzazione di fini di interesse pubblico³⁹⁷, in connessione alle attività di sviluppo ordinarie, più che come entità autonoma.

Riferimenti alla polizia amministrativa sono quasi completamente assenti in Costituzione - a differenza di quanto avviene invece per la polizia giudiziaria³⁹⁸ (art. 109 Cost.), di cui dispone l'autorità giudiziaria e per la polizia di sicurezza, alle cui funzioni preventive e di garanzia dell'ordine pubblico si riferiscono, quant'anche implicitamente, numerose disposizioni costituzionali³⁹⁹. Solo nell'attribuzione delle

³⁹³ A.M. SANDULLI, voce *Beni pubblici*, cit., 141.

³⁹⁴ Sul concetto di funzione: F. BENVENUTI, *Funzione amministrativa, procedimento, processo*, Giuffrè, Milano, 1952.

³⁹⁵ R. CAVALLO PERIN, *Il diritto al bene culturale*, cit., 495.

³⁹⁶ Che impedisce all'amministrazione di agire autonomamente in limitazione dei diritti individuali.

³⁹⁷ A. NOVA, voce *Polizia amministrativa*, in *Digesto (disc. pubbl.)* Vol. XI, Utet, Torino, 1996, 314.

³⁹⁸ Art. 109 Cost.

³⁹⁹ Art. 13 Cost, il quale si riferisce tanto alle funzioni di polizia di sicurezza, quanto a quelle di polizia giudiziaria. ArtT. 16, 17 co.3, 18, 21 co. 2 e 6, 41 co 2.

competenze alle regioni (art. 117, co. 2, Cost.), si fa riferimento alla polizia amministrativa locale, per escluderla dalla competenza esclusiva statale.

La polizia amministrativa si identifica dunque sempre più con le funzioni di polizia ordinaria, in ragione di disposizioni normative che collocano nell'ordinaria gestione amministrativa i tradizionali interventi di polizia e tramite una reinterpretazione delle funzioni di polizia che dall'accezione in negativo di prevenzione si spostano al supporto dell'attività di regolamentazione e gestione che risulta prevalente nell'amministrare pubblico⁴⁰⁰. Ne sono esempi il settore della sanità pubblica, nell'ambito del quale l'istituzione del servizio sanitario nazionale ha sancito il mutato approccio alla tutela della salute, con un passaggio dalla logica di intervento di polizia a quella di gestione e produzione di servizi volta a fini sociali. Altrettanto avviene in materia di beni culturali, che sono oggi mezzo per l'attuazione di una funzione sociale al di là della mera difesa del loro valore estetico a mezzo di divieti e limitazioni all'attività privata⁴⁰¹.

Le funzioni amministrative di polizia a tutela dell'amministrazione stessa, dei beni pubblici e della loro gestione appartengono dunque alla polizia di sicurezza o alla polizia amministrativa, quest'ultima intesa come parte dell'apparato amministrativo per l'esercizio delle funzioni e la produzione di servizi o come branca a sé stante dell'amministrazione solo nel caso in cui la particolare organizzazione interna abbia portato all'individuazione di uffici nei quali sono prevalentemente svolte le funzioni di polizia amministrativa nella tradizionale accezione.

4. I mercati rionali come beni oltre il loro carattere meramente materiale.

Compreso il significato della demanialità, si vuole comprendere in cosa consista il bene demaniale "mercato" e quali ne siano gli elementi costitutivi. Al mercato si pensa generalmente come allo spazio materiale adibito a luogo di riunione fra commercianti e acquirenti. Spazio pubblico che però, a ben vedere, ben poco ha del mercato ove non si considerino altresì il complesso organizzativo che caratterizza il mercato e di cui si è detto parlando di pianificazione e gestione, che comprende l'attività giuridica di autorizzazione e concessione⁴⁰², dunque di selezione dei partecipanti al mercato nel lato dell'offerta. Organizzazione che caratterizza ciascun singolo mercato e che ne è elemento identitario, molto più che non l'effettiva collocazione spaziale dello stesso. Il mercato è anche l'insieme dei concessionari e degli spuntisti che di volta in volta vi prendono parte, delle relazioni fra loro e dell'interazione con gli avventori. Si tratta di un fenomeno complesso, di un sistema che in qualità di bene pare caratterizzarsi non tanto come bene materiale o bene immobile, ma piuttosto come bene composito, in vario modo caratterizzato.

Ciò considerato, appare certamente riduttivo associare la demanialità comunale prevista dal codice civile al solo aspetto spaziale e fisico del mercato, che non ne rispecchia l'essenza. D'altro canto, la demanialità si associa, come si è visto, alla tutela di interessi pubblici e alla garanzia di diritti, garanzia che nel caso dei mercati risulta discendere dal complesso di elementi che li compongono. A partire da un esame delle

⁴⁰⁰ A. CHIAPPETTI, voce *Polizia (Dir. Pubbl.)*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XXXIV, Giuffrè, Milano, 1985, 154.

⁴⁰¹ A. CHIAPPETTI, voce *Polizia (Dir. Pubbl.)*, cit., 154.

⁴⁰² A. ROMANO, *Le concessioni dei posti di vendita nei mercati all'ingrosso*, cit., 216.

tipologie di beni riconosciute nel nostro ordinamento, si può tentare di comprendere come la demanialità sia riconducibile al mercato come complesso organizzato di beni eterogenei.

La definizione che il codice civile dà dei beni risulta aperta a varie interpretazioni. Sono beni le cose che possono divenire oggetto di diritti (art. 810 c.c.), ove per diritto si intende, come già ricordato, una relazione (fra più soggetti). La cosa è oggetto mediato di tale relazione giuridica, ove oggetto immediato ne è il comportamento dovuto⁴⁰³. Nell'analisi dei beni, rilevano pertanto i due aspetti della natura della cosa e della natura del diritto che ha ad oggetto la cosa medesima. Il codice civile non definisce la cosa ed è pertanto necessario ricostruirne il significato. Rimane il dubbio relativo al rapporto genere-specie che lega *cose* e *beni*.

Si può infatti pensare che la categoria dei beni sia più estesa rispetto a quella delle cose – in quanto le cose che formano oggetto di diritto sono beni, ma rientrano nella suddetta categoria entità che dalle cose si distinguono. O, al contrario, si può ritenere che la categoria delle cose sia più ampia di quella dei beni, comprendendo anche tutte quelle cose che non formano oggetto di diritti⁴⁰⁴. Essendo difficilmente rinvenibile una organica teoria generale sui beni e sulle cose, risulta utile appoggiarsi alle teorie filosofiche, sociologiche e formaliste, per le quali cosa è generalmente considerata l'entità esterna al soggetto pensante.

Quanto alla natura della *cosa*, non si può accoglierne la definizione filosofica per cui sarebbe una entità concepibile dalla mente umana, indipendentemente dalla sua esistenza nel mondo reale⁴⁰⁵. Vi si riferisce talvolta come ad entità materiale (nozione delle scienze fisiche), il che però escluderebbe la possibilità di concepire l'esistenza di beni immateriali, a meno di far rientrare nel novero dei beni anche entità che cose non sono⁴⁰⁶. Si può pensare alla cosa come categoria logica⁴⁰⁷, oggetto di scienza e quindi come oggetto di disciplina giuridica⁴⁰⁸ o come entità del mondo reale, suscettibili di essere percepite con i sensi. Il concetto relativo risulta extra giuridico e anzi più che altro assimilabile a quanto assunto dalle scienze economiche ove se ne evidenzia l'utilizzabilità e appropriabilità.

Che indichino un'entità materiale o immateriale⁴⁰⁹, tali definizioni rimangono prive di rilevanza giuridica, finché non si consideri il diritto di cui la cosa può divenire oggetto. Si considera allora la cosa come entità esterna non tanto al soggetto pensante, quanto al soggetto del diritto, e che ne è anzi l'oggetto. Non tutte le cose hanno rilevanza

⁴⁰³ M. ALLARA, *Le nozioni fondamentali del diritto civile*, Torino, Giappichelli, 1945, 203: quando si parla della cosa come di oggetto del rapporto giuridico diritto, si intende un oggetto mediato. Oggetto immediato ne è infatti il dovere giuridico (comportamento dovuto), che si esercita sul bene.

⁴⁰⁴ M. ALLARA, *Dei beni*, Giuffrè, Milano, 1984, 27.

⁴⁰⁵ M. ALLARA, *Le nozioni fondamentali del diritto civile*, cit., 204.

⁴⁰⁶ V. ZENO-ZENCOVICH, *Cosa*, in *Digesto, disc. priv.*, 1989.

⁴⁰⁷ S. PEROZZI, *Istituzioni di diritto romano*, Athenaeum, Roma, 1928.

⁴⁰⁸ B. BIONDI, *I beni*, Torino, Unione tipografico-editrice Torinese, 1953, 9.

⁴⁰⁹ Parte della dottrina considera le cose come caratterizzate dalla materialità, assumendo poi che fra i beni possano figurare anche entità che dalle cose restano distinte: v. V. ZENO-ZENCOVICH, *Cosa*, cit.; Per altri Autori la materialità non è invece un carattere essenziale della nozione di cosa.

giuridica costituendo oggetto di diritti⁴¹⁰, circostanza su cui si fonda la distinzione fra il concetto giuridico di bene e il concetto di semplice cosa.

A differenza della nozione di *cosa*, quella di *bene*, è una nozione giuridica dotata di propria autonomia⁴¹¹, sebbene dalla teoria economica si possano trarre se non elementi essenziali alla caratterizzazione del bene in quanto tale, almeno parametri di classificazione dei beni stessi⁴¹²: la *limitatezza* ha la funzione di consentire l'individuazione del bene, mentre *utilità* e *scarsità* rilevano in termini di disciplina – anche pubblicistica⁴¹³ – sui beni stessi: si pensi alla disciplina della direttiva servizi sull'autorizzazione alle attività connesse a beni scarsi – per cui si rende necessaria la concessione selettiva fra gli operatori economici - o alla disciplina degli usi civici⁴¹⁴ e in generale della fruizione dei beni pubblici, oltre che delle servitù su beni privati⁴¹⁵.

La *materialità* assume per il diritto un particolare significato, innanzitutto quale parametro di classificazione fra beni materiali e immateriali⁴¹⁶. Se infatti le cose sono entità del mondo reale, suscettibili di essere percepite con i sensi – e il concetto relativo risulta extra giuridico – i beni prescindono invece – secondo la concezione giuridica – da qualsiasi aspetto di fisicità, potendo essere materiali o immateriali⁴¹⁷.

Oggetto di diritti (art. 810 c.c.) – ossia di una particolare relazione che si instaura fra due o più soggetti – possono essere sia le cose esistenti nel mondo fisico, sia le cose immateriali. Se è vero che Gaio distingueva fra cose corporali *quae tangi possunt* e cose incorporali *quae tangi non possunt*, identificando queste ultime nei diritti–contrapposizione conservata nel codice civile del 1865 – tale classificazione appare oggi superata. La *cosa*, quale entità di fatto (che precede una nozione giuridica) non può appartenere allo stesso *genus* del diritto (rapporto giuridico), che è invece fenomeno eminentemente giuridico⁴¹⁸.

I beni immateriali sono dunque anch'essi entità *pre-giuridiche*, utilità esistenti in natura o frutto dell'ingegno umano, che nascono come categoria giuridica in risposta alla accresciuta sensibilità sulla necessità di disporre di una disciplina a tutela delle stesse. Si tratta innanzitutto delle produzioni intellettuali – opere d'ingegno, invenzioni

⁴¹⁰ B. BIONDI, *I beni*, cit., 9; V. ZENO-ZENCOVICH, *Cosa*, cit.; M. ALLARA, *Dei beni*, cit.; G. CORSALINI, *Cose mobili e immobili*, in *Digesto, disc. priv.*, 1994; S. PUGLIATTI, *Cosa (teoria generale)*, in *Enc. nel diritto*, Giuffrè, Milano, XI, 1962; S. PUGLIATTI, *Beni*, in *Enc. nel diritto*, V, 1959; M. BIANCA, *La Proprietà*, in *Diritto civile*, Giuffrè, Milano, 1999.

⁴¹¹ V. ZENO-ZENCOVICH, *Cosa*, cit.

⁴¹² S. PUGLIATTI, *Beni*, cit., 168.

⁴¹³ Si veda la disciplina della direttiva Bolkestein relativamente alla concessione dei beni scarsi o alla disciplina degli usi civici.

⁴¹⁴ L. PRINCIPATO, *I profili costituzionali degli usi civici in re aliena e dei domini collettivi*, cit.; P. GROSSI, *Un altro modo di possedere, l'emersione di forme alternative di proprietà alla coscienza civica post unitaria*, cit., F. G. SCOCA, *Usi civici e irragionevolezza regionale*, in *Giur. Cost.* 1997, 3397; P. STELLA RICHTER, *Proprietà collettive, usi civici ed interesse pubblico*, in *Dir. amm.* 1983, 189; P. GROSSI, *beni: itinerari fra "moderno" e "post-moderno"*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, fasc.4, 2012, pag. 1059.

⁴¹⁵ V. CERULLI IRELLI, *Proprietà pubblica e diritti collettivi*, cit., 184-85, 204 ss.

⁴¹⁶ S. PUGLIATTI, *Beni*, cit., 169.

⁴¹⁷ V. ZENO-ZENCOVICH, *Cosa*, cit.

⁴¹⁸ M. ALLARA, *Dei beni*, cit., 35.

industriali – e artistiche, ove la disciplina giuridica relativa al supporto materiale delle stesse si affianca a quella dedicata al loro aspetto immateriale⁴¹⁹.

La scissione e duplicazione del bene in supporto materiale e valore-entità immateriale – o meglio la consapevolezza dell'esistenza di un aspetto di immaterialità insito in taluni beni materiali – emerge all'attenzione dei giuristi con l'invenzione della stampa (sec. XV) e la conseguente possibilità di riproduzione pressoché illimitata di quegli scritti che, precedentemente, si identificavano più facilmente con la (o le poche) copie in circolazione⁴²⁰.

Il concetto di bene immateriale – e dunque di cosa immateriale, che diviene bene in quanto possibile oggetto di diritto - si è sviluppato prescindendo dalla definizione in negativo sull'assenza di materialità, intesa come tangibilità, su cui si fondavano i primi tentativi definitivi⁴²¹ – il che sarebbe risultato ingannevole nella classificazione di beni non tangibili, ma pure materiali, come le energie. La definizione non si è peraltro valsa di una indicazione più precisa, relativa ad esempio alla non percepibilità con i sensi. Più adeguato è parso invece identificare le cose immateriali con la natura ideale che si riscontrava nelle stesse, facendone entità per lo più intellettuali. La cosa immateriale è metafisica, ha una natura che sfugge alla piena comprensione, ma nondimeno ha rilevanza giuridica ed è oggetto di relazioni giuridiche (diritti)⁴²².

È da ricordare a tal proposito che la categoria – e con le relative forme di tutela – si è sviluppata sulla scia delle discipline di settore, affiancatesi a quelle tradizionali sui beni materiali, proprio in riferimento a opere dell'ingegno, acquisendo beni immateriali rilevanza giuridica in virtù di discipline normative che li distinguevano dalla generalità delle entità intellettuali⁴²³. Su tali categorie si è delineata una definizione unitaria di bene immateriale, cui si fanno corrispondere determinati tratti distintivi: necessità di estrinsecazione – cioè la necessità che il bene immateriale entri a far parte del mondo reale tramite un supporto materiale o altra forma di esternazione (ad esempio del caso di una performance canora o musicale). Tale carattere si accompagna a quello della trascendenza rispetto al supporto: il bene immateriale esiste infatti prima di qualsiasi sua estrinsecazione. Vi si aggiungono circolarità e riproducibilità, indistruttibilità, possibilità di integrale godimento contemporaneo da parte di soggetti distinti e insuscettibili di un immediato godimento economico⁴²⁴, tutte proprietà che discendono dalla separazione fra il bene e le modalità in cui tale bene si manifesta nel mondo sensibile⁴²⁵.

⁴¹⁹ M. ARE, voce *Beni immateriali (dir. Priv.)*, in *Enc. nel diritto*, vol V, 1959; P. GRECO, *I diritti sui beni immateriali*, Torino, Giappichelli, 1948, 7.

⁴²⁰ M. ARE, voce *Beni immateriali*, cit.

⁴²¹ Come già ricordato, la definizione di Gaio si basa sulla distinzione fra *res quae tangi possunt* e *res quae tangi non possunt*. Cujacio parlava di *res quae sensibus non percipiuntur, sed intellectu abstrahitur et apprehenditur*. Carnelutti (*Teoria generale del diritto*), afferma che “trattasi di un quid non fisico, ma metafisico, non tanto naturale quanto soprannaturale. Il giurista non dovrebbe pretendere di sapere cosa sia questo quid, ma nemmeno negare che esista, come prova il fatto che gli uomini compiono su di esso i loro affari, contratti e delitti, e il diritto ne fa perciò oggetto dei suoi rapporti”.

⁴²² F. CARNELUTTI, *Teoria generale del diritto*, Foro italiano, Roma, 1940.

⁴²³ M. ARE, voce *Beni immateriali*, cit.

⁴²⁴ M. ARE, voce *Beni immateriali*, cit.; M. ALLARA, *Dei beni*, cit., 35.

⁴²⁵ T. ASCARELLI, *Teoria della concorrenza e dei beni immateriali*, Milano, 1957, 202

Su taluni beni immateriali si instaura una relazione giuridica, un diritto appunto, che si caratterizza per l'utilizzo assoluto in capo al titolare, cioè all'impossibilità per i terzi di attuare l'estrinsecazione del bene stesso⁴²⁶. Tale diritto assoluto non viene in essere in riferimento ad ogni bene immateriale, cioè ad ogni cosa che sia potenzialmente oggetto di diritti e che si caratterizzi per le qualità sopra esaminate. In generale, alla base delle differenti forme di tutela accordate alle categorie di beni immateriali e dunque al sorgere di diritti aventi ad oggetto tali beni stanno motivi di tutela di pubblico interesse⁴²⁷, nella mediazione fra il più ampio accesso possibile a prodotti della scienza e dell'ingegno la cui generalizzata fruizione risulti fondamentale per la collettività e il contrapposto interesse alla concorrenza fra più operatori economici, alla possibilità di sfruttamento esclusivo dei beni stessi, che secondo le teorie della concorrenza favorisce la selezione di prodotti particolarmente convenienti per il consumatore e fornisce altresì una spinta per gli operatori economici allo sviluppo di soluzioni sempre "migliori"⁴²⁸.

Si pensi al caso dei medicinali, relativamente ai quali era stata fissata con norma di legge (l. 3731 del 1985, art. 6, n. 4) l'assoluta impossibilità che questi formassero oggetto di tutela (esclusione della privativa), vista l'importanza di una loro diffusione e generalizzata capacità di fruizione – si può dire dell'uso generale di queste – a tutela di un interesse pubblico quale la salute pubblica (art. 6, lett. a) TFUE, art. 32 Cost). Tale esclusione non atteneva però ai processi produttivi, ritenendo il legislatore che la protezione di questi ultimi con diritto di esclusiva fosse funzionale a garantire un graduale perfezionamento degli stessi da parte degli operatori economici⁴²⁹.

Limitazioni al diritto di privativa esistono in generale come circoscrizione del periodo di vigenza dello stesso e come oneri di attuazione. Si tratta di limitazioni che ben si accordano anche con la funzione sociale della proprietà⁴³⁰ caratterizza anche la disciplina dei beni culturali - sottoposti a vincoli d'uso, tutela e valorizzazione - e che

⁴²⁶ T. ASCARELLI, *Teoria della concorrenza e dei beni immateriali*, Milano, 1957, 202; R. FRANCESCHELLI, *Contenuto e limiti del diritto industriale*, in *Riv. dir. ind.*, 1952, I, 7; Id., *beni immateriali*, in *Riv. dir. ind.*, 1956, I, 381 ss.

⁴²⁷ T. ASCARELLI, *Teoria della concorrenza e dei beni immateriali*, Milano, 1957, 210-11.;221-22.

⁴²⁸ CHIRONI, *Note in tema di proprietà industriale*, in *Riv. dir. commerciale*, 1916, II, 106 ss: specifica che nel caso della proprietà industriale il contenuto del diritto rimane identico a se stesso (il diritto di proprietà non perde cioè i suoi tratti essenziali e la sua struttura): il diritto si adatta nei suoi tratti alla peculiarità dell'oggetto. Per questo motivo il diritto di proprietà industriale, ossia il diritto di proprietà sulle opere dell'ingegno, ha una durata limitata. Si tratta non di una modifica alla struttura del diritto di proprietà, ma una conseguenza del carattere del suo oggetto. Innanzi tutto, tali opere di ingegno, per la loro specifica qualità e destinazione economica e per la posizione in cui si trova il proprietario di esse, recano vantaggio (profitto al proprietario e utilità alla comunità in generale) con la loro più ampia diffusione. Da ciò deriva la necessità di tutela della privativa, che se però fosse perpetua costituirebbe un forte ostacolo allo sviluppo di nuove idee che dalle prime potrebbero derivare. Inoltre, con il passare del tempo l'idea stessa originaria finirebbe per divenire obsoleta, con perdita di vantaggio per lo stesso titolare del diritto di proprietà.

⁴²⁹ P. GRECO, *I diritti sui beni immateriali*, cit., 401-2. Il diritto di privativa era escluso per i metodi di produzione nel Regio Decreto 29 giugno 1939, n. 1127, art. 14, ma tale norma venne ritenuta poi anticostituzionale e con R.D. L. 24 febbraio 1939 n. 317 (conv. I L. 2 giugno 1939, n. 739) il governo fu delegato ad attuare la disciplina previgente, prevedendo forme di privativa per i metodi di produzione; R. LOMBARDI, *La disciplina delle farmacie tra servizio pubblico e libera concorrenza*, in *Giust. Amm.*, 2009.

⁴³⁰ P. GRECO, *I diritti sui beni immateriali*, cit., 428.

può essere pensata come momento nodale nella disciplina dell'apertura dei dati personali all'uso per fini pubblici⁴³¹.

I beni immateriali sono dunque un numero chiuso, in quanto tutelati tramite riconoscimento di un diritto d'uso esclusivo: si tratta delle opere dell'ingegno - opere letterarie, musicali, delle arti figurative – dei segni distintivi, delle invenzioni industriali, compresi modelli e ornamenti. È richiesto in tali casi il requisito della novità, che si aggiunge ai caratteri propri che riguardano l'essenza del bene immateriale. Ciò non deve peraltro trarre in inganno nel percorso di indagine sulla natura dei beni immateriali e nel tentativo di comprendere se a tale categoria possano essere ricondotte determinate entità oggetto della presente analisi. Tanto più che, a ben vedere, alcune categorie di beni sembrano consentire un accostamento nella stessa categoria delle due tipologie della materialità e dell'immaterialità - beni culturali - o addirittura una compresenza di parti materiali e immateriali nello stesso singolo bene - si pensi alla disciplina dell'azienda, di cui si parlerà in seguito.

Il bene culturale⁴³² consta di quella entità che porta in sé un valore di tipo culturale, ove per culturale si intende in senso lato valore storico, artistico demo-etno-antropologico, archeologico. Si tratta di un concetto molto ampio, poiché da un lato, non ne esiste una definizione univoca a livello europeo o internazionale. D'altro canto, il concetto medesimo, il *genus*, risulta aperto a comprendere più *species*, al di là di quelle fino ad ora individuate e le definizioni valide nell'ordinamento interno (art. 2, Dlgs 42/2004, cd codice dei beni culturali), così come a livello europeo⁴³³ (art. 167 TFUE, Reg. (CE) n. 116/2009⁴³⁴ del Consiglio e Dir. (UE) n. 60/2014⁴³⁵, del Parlamento e del Consiglio) o per l'applicazione di convenzioni internazionali sono facilmente interpretabili in via estensiva⁴³⁶.

Se la definizione ad oggi vigente nell'ordinamento italiano - in particolare la definizione c.d. codicistica in quanto fornita dal codice dei beni culturali) contempla i soli beni culturali caratterizzati da materialità, le convenzioni Unesco⁴³⁷ per la

⁴³¹ Reg. Ue 2018/1725, del Parlamento e del Consiglio, del 23 ottobre 2018, sulla tutela delle persone fisiche in relazione al trattamento dei dati personali da parte delle istituzioni, degli organi e degli organismi dell'Unione e sulla libera circolazione di tali dati, e che abroga il regolamento (CE) n. 45/2001 e la decisione n. 1247/2002/CE; Reg. (UE) 2016/679, del Parlamento e del Consiglio, 27 aprile 2016, relativo alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati e che abroga la direttiva 95/46/CE (regolamento generale sulla protezione dei dati).

⁴³² R. CAVALLO PERIN, *Il diritto al bene culturale*, cit., 495; G. VOLPE, *La tutela del patrimonio storico-artistico nella problematica definizione delle materie regionali*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1971, 359; S. CASSESE, *Il futuro della disciplina dei beni culturali*, in *Giorn. dir. amm.*, 2012, 7, pag. 781.

⁴³³ I beni culturali furono presi in considerazione dall'unione europea ed entrarono nella Giurisprudenza della Corte di Giustizia innanzitutto con riferimento alla loro natura di merci, e in quanto soggette alla disciplina sulla circolazione dei beni (art. 36 TFUE): CGCE, 10 dicembre 1968, C-7/68, *Commissione v. Italia*.

⁴³⁴ Relativo all'esportazione di beni culturali.

⁴³⁵ Relativa alla restituzione dei beni culturali usciti illecitamente dal territorio di uno Stato membro.

⁴³⁶ Giuri su interpretazione di bene culturale e sua definizione. Si veda: G. SCIULLO, *I beni culturali quale risorsa collettiva da tutelare. Una spesa, un investimento*, in *Aedon*, 2017, 3.

⁴³⁷ Convenzione Unesco per la salvaguardia del patrimonio culturale immateriale e per la protezione e promozione delle diversità culturali, del 2003 e 2005. Il Codice dei beni culturali italiano assoggetta le espressioni di identità culturale ivi tutelate alla disciplina codicistica in quanto siano dotate di un supporto materiale. Ai sensi della prima, per "patrimonio culturale

salvaguardia del patrimonio culturale immateriale e per la protezione e promozione delle diversità culturali non lasciano dubbi sulla possibilità di comprendere nel patrimonio culturale (*Cultural heritage*) anche beni immateriali. L'adozione di misure speciali di tutela e fruizione dei siti e degli elementi italiani di interesse culturale, paesaggistico e ambientale, inseriti nella *lista del patrimonio mondiale*, posti sotto la tutela dell'Unesco (l. 20 febbraio 2006, n. 77) ha portato all'introduzione di forme di tutela dei beni culturali immateriali anche nell'ordinamento interno⁴³⁸.

D'altronde la stessa Costituzione tutela, accanto al patrimonio artistico, la cultura (art. 9), la cui interpretazione fornita dalle scienze sociologiche è comprensiva dei modi di vita trasmessi di generazione in generazione, l'insieme delle conoscenze, dei valori, delle capacità costruite e tramandate nell'ambito di una comunità. È dunque evidente come la e il cui significato non può dunque fermarsi alle manifestazioni dotate di un supporto materiale⁴³⁹.

La categoria del bene culturale, con la sua comprensività e varietà di manifestazioni, risulta particolarmente utile nell'ottica di una analisi volta a rinvenire forme giuridiche applicabili a *nuovi beni*⁴⁴⁰ o a rivisitare le tradizionali forme di gestione di beni di "antica tradizione", quali possono essere i mercati comunali. Proprio in accostamento ai mercati rionali, nel cercare punti di contatto fra le discipline, si rileva come i beni culturali comprendano entità immateriali quali gli aspetti della tradizione nei modi di vivere di una comunità, le sue espressioni non solo artistiche nel senso stretto del termine, le abitudini che ne divengono una espressione caratteristica e identitaria. Vi rientrano anche determinati caratteri della città e porzioni del centro abitato⁴⁴¹, i centri storici, quali zone delimitabili costituenti strutture insediative, che presentando un particolare valore di civiltà e caratteri espressivi di identità culturale, sono da conservare al godimento della collettività⁴⁴².

I centri storici⁴⁴³ rivestono un ruolo identitario non solo in ragione del pregio culturale insito negli edifici storici, ma altresì in virtù delle attività tradizionali che vi si

immateriale" s'intendono le prassi, le rappresentazioni, le espressioni, le conoscenze, il know-how – come pure gli strumenti, gli oggetti, i manufatti e gli spazi culturali associati agli stessi – che le comunità, i gruppi e in alcuni casi gli individui riconoscono in quanto parte del loro patrimonio culturale. Si veda: A. GUALDANI, *I beni culturali immateriali, una categoria in cerca di autonomia*, in Aedon, I, 2019; A. GUALDANI, *I beni culturali immateriali: ancora senza ali*, in Aedon, I, 2014.

⁴³⁸ L. 8 marzo 2017, n. 44, che modifica la L. 20 febbraio 2006, n. 77.

⁴³⁹ A. GUALDANI, *I beni culturali immateriali, una categoria in cerca di autonomia*, cit.

⁴⁴⁰ C. CAMARDI, *Cose, beni e nuovi beni, tra diritto europeo e diritto interno*, in *Europa e dir. priv.*, 3, 2018, 955.

⁴⁴¹ A. SIMONATI, *Il Giudice amministrativo nei meandri del centro storico, alla ricerca di un paradigma unitario, fra governo del territorio e salvaguardia del patrimonio culturale*, in *Nuove Autonomie*; C. VIDETTA, *Centri storici al crocevia tra disciplina dei beni culturali, disciplina del paesaggio e urbanistica: profili critici*, in Aedon, 3, 2012; R. LOMBARDI, *Legislazione dei beni paesaggistici*, in *Manuale di Governo del Territorio*, a cura di A. Police, M. R. Spasiano, Giappichelli, Giappichelli, Torino, 2016, 224-254.

⁴⁴² Commissione d'indagine per la tutela e la valorizzazione del patrimonio storico, archeologico, artistico e del paesaggio, istituita con l. 26 aprile 1964 n. 310 e conosciuta anche come "Commissione Franceschini".

⁴⁴³ A. SIMONATI, *Il Giudice amministrativo nei meandri del centro storico, alla ricerca di un paradigma unitario, fra governo del territorio e salvaguardia del patrimonio culturale*, cit.; C. VIDETTA, *Centri storici al crocevia tra disciplina dei beni culturali, disciplina del paesaggio e urbanistica: profili critici*, cit.

svolgono, che possono anzi arrivare a identificarsi con il principale fattore identitario e dunque di rilevanza culturale del luogo. Attività che caratterizzano la città e che si connettono al carattere di luogo di scambi, anche commerciali, fra la popolazione residente e quella delle campagne, coinvolgendo talvolta anche gli abitanti di centri urbani ulteriori. Non è dunque forse un caso che proprio la disciplina del commercio abbia innanzitutto consentito di coordinare gli obiettivi di programmazione della rete distributiva alla salvaguardia e riqualificazione dei centri storici e che tali obiettivi siano da perseguire mantenendo le caratteristiche morfologiche degli insediamenti, il rispetto dei vincoli attinenti alla tutela del patrimonio artistico e ambientale. Gli indirizzi della programmazione commerciale definiti a livello regionale sono volti alla salvaguardia e alla qualificazione delle attività artigianali e commerciali in grado di svolgere un servizio di vicinato, alla tutela degli esercizi aventi valore storico e artistico e ad evitare il processo di espulsione delle attività di commercio e artigianato. I criteri regionali di programmazione urbanistica riferiti al settore commerciale devono tener conto dei limiti cui - tramite gli strumenti urbanistici comunali - sono sottoposti gli insediamenti commerciali in relazione alla tutela dei beni artistici, culturali e ambientali e di arredo urbano cui sottoporre le attività commerciali nei centri storici e nelle località di interesse storico e artistico⁴⁴⁴.

Principalmente riferita al mondo dei beni materiali è la distinzione fra beni immobili e beni mobili, anche se si può poi estendere tale classificazione al mondo dei beni immateriali, facendoli rientrare nella categoria dei beni mobili. La distinzione fra beni mobili e immobili consiste oggi in una ripartizione - per disciplina codicistica - fra beni immobili c.d. *per natura* - fra cui si distinguono le sotto-categorie degli immobili *per elementi intrinseci*, degli immobili *per incorporazione* e *per congiunzione qualificata* - e beni mobili: il bene separato dal suolo, le energie naturali e, come si è detto, vi si possono ricondurre i beni immateriali⁴⁴⁵.

Ciò che interessa osservare, ai fini della presente analisi, è il rilievo che l'appartenenza a una o all'altra categoria e dunque la sottoposizione a uno o all'altro regime discende - e ciò per antica tradizione e non solo recentemente - non tanto dall'essenza intrinseca delle cose, dall'attitudine di queste ad essere trasportate da un luogo ad un altro, ma dalla importanza, prima familiare (per la familia romana) poi sociale dei beni stessi⁴⁴⁶.

Il codice del 1865 comprendeva, accanto agli immobili per natura⁴⁴⁷, gli immobili per destinazione⁴⁴⁸ e da ultimo la categoria degli immobili per l'oggetto cui il bene si riferisce (o immobili per determinazione della legge)⁴⁴⁹. È evidente da tale classificazione, ma anche da quella odierna, la scissione fra considerazioni relative alla natura (essenza) del bene e disciplina normativa. Mentre il bene immobile per elementi intrinseci si riferisce alle caratteristiche intrinseche del bene, così come la categoria

⁴⁴⁴ Dlgs 114/1998, art. 6.

⁴⁴⁵ M. ALLARA, *Dei beni*, cit., 55 ss.

⁴⁴⁶ B. BIONDI, *I beni*, cit. In particolare, tale interesse si riconduce principalmente all'interesse familiare fino alla Rivoluzione francese.

⁴⁴⁷ Art. 408-412 cod. abrog.

⁴⁴⁸ Art. 413-414 cod. abrog.

⁴⁴⁹ Art. 415 cod. abrog.

delle energie e quella dei beni immateriali, le restanti categorie prendono in considerazione i beni nella loro relazione con altre cose (principalmente con il suolo⁴⁵⁰).

Origine di tale modalità classificatoria risale all'epoca romana, quando la disciplina del suolo - in quanto fattore fondamentale per l'economia agricola su cui si fondava la società dell'epoca - era distinta da quella cui venivano sottoposti beni di differente natura. Già le XII tavole parlavano di *fundi* e *ceterae res*. In seguito, la distinzione principale fu fra *res Mancipi* e *res nec Mancipi*. Le *res Mancipi* arrivarono a comprendere tutti i beni inerenti all'agricoltura: anche il bestiame, le servitù di acquedotto, gli schiavi, mentre nelle *res nec Mancipi* entrarono a far parte la maggior parte degli altri beni, compreso il suolo provinciale.

La classificazione fu poi abolita da Giustiniano e sostituita da quella da cui poi si originò la categorizzazione in beni mobili e immobili. Le due discipline, riferite a vari diritti aventi ad oggetto i beni considerati, differivano per qualità e quantità di garanzie, maggiore o minore facilità nel trasferimento dei diritti. Volendo fare un altro esempio, nell'ordinamento feudale francese gli immobili godevano di garanzie speciali, non associate invece ai beni mobili, fortuna questa della categoria immobiliare goduta anche presso diritto germanico⁴⁵¹.

Di grande rilevanza sono due considerazioni. Innanzitutto, l'incorporazione di certi beni nella categoria degli immobili, in considerazione della loro rilevanza sociale in determinate fasi storiche. Pothier testimonia ad esempio come le rendite fossero considerate beni immobili per la loro rilevanza nell'economia familiare⁴⁵².

In secondo luogo, lo sviluppo della società porta ad un evidente scollamento fra la rilevanza di determinati beni e la loro attinenza alla categoria degli immobili. Se è pur vero che la legge aveva sempre determinato la disciplina applicabile alle *res*, in virtù, come detto, della loro importanza in una determinata fase storica, è altresì indubbio che almeno originariamente una certa associazione fra beni immobili come categoria legata al suolo, al fondo e maggiore rilevanza per l'economia si fosse mantenuta. Con l'evoluzione economica, tecnologica e sociale, acquisiscono rilevanza beni che sempre meno hanno a che fare con la terra e l'economia agricola.

Si deve poi tener presente come l'interesse familiare sia rimasto al centro delle valutazioni sulla disciplina da assegnare a determinate categorie di beni almeno fino alla Rivoluzione francese, dopo di che a prevalere fu l'interesse sociale. Se con il codice del 1865 la categoria dei beni di importanza sociale si identificava ancora con la categoria immobiliare, con il codice del 1942 iniziano ad emergere discipline basate non più solo sulla distinzione fra beni mobili e beni immobili, ma altresì sull'interesse pubblico insito nei beni stessi⁴⁵³. Lo stesso vale poi anche per le leggi speciali relative ai singoli beni (o alle singole categorie di beni), che via via sono state emanate per disciplinare gli stessi in virtù della loro particolare funzione sociale⁴⁵⁴.

⁴⁵⁰ M. ALLARA, *Dei beni*, cit., 55 ss.

⁴⁵¹ Tale distinzione è documentata anche da Pothier.

⁴⁵² B. BIONDI, *I beni*, cit., 60.

⁴⁵³ Art. 839 cc: cose mobili e immobili che presentano un particolare interesse storico, artistico, geografico o archeologico; art. 835 cc: relativo alle requisizioni, non si basa sulla distinzione fra beni mobili e beni immobili, così come l'art. 1854 sulle espropriazioni.

⁴⁵⁴ B. BIONDI, *I beni*, cit., 60.

Così si spiega l'associazione fra demanialità e carattere materiale e immobiliare dei beni, con la correlazione sussistente tra l'interesse pubblico rappresentato dal bene stesso, tanto con la disciplina demaniale che tale interesse tutela e sfrutta a vantaggio della collettività, quanto, come si è detto e storicamente con la categoria dei beni immobili. Un esempio della correlazione fra demanialità - di beni immobiliari - e rilevanza sociale, che può scardinare il nesso diretto fra regime demaniale e carattere immobiliare, spostandolo sulla connessione fra demanialità e, appunto, rilevanza del bene per l'ordinamento, è il passaggio delle risorse idriche - per quanto non di tutte le acque - a un regime di diritto pubblico e demanialità, in ragione degli interessi generali che vi sono inerenti. Tali interessi consistono nello sfruttamento delle utilità che le acque hanno per l'agricoltura (irrigazione), per il commercio (trasporti), per l'industria e comportano, da un lato, la necessità di poteri di tutela e vigilanza sulle acque tanto pubbliche quanto private⁴⁵⁵, dall'altro la necessità di una riserva di proprietà pubblica sulle acque, che consentano la fruizione generale e l'utilizzo delle acque per fini pubblici. Si nota qui come la proprietà si dimostri per quel diritto suscettibile di espansione o limitazione e che in conseguenza di tali variazioni di estensione non perde tuttavia la propria essenza. La cosa di interesse pubblico è insuscettibile di appropriazione piena, dal momento che la rilevanza pubblica concretizza in essa una signoria della collettività che interferisce sempre con quella privata⁴⁵⁶.

Il rapporto fra proprietà pubblica e privata, fra diritto privato e interessi pubblici varia a seconda della rilevanza di tali interessi. Se il diritto di proprietà privata nasce di per sé limitato (832 c.c.), in modo tale che la pienezza e l'esclusività del godimento non possono di fatto dirsi pieni ed esclusivi - tanto che appare evidente e non controverso che il diritto di proprietà finisca ove inizia la proprietà altrui o la compressione di un altro diritto altrui - tale limitazione può prendere la forma di limiti o servitù di diritto pubblico, quando ad essere in contrasto con la proprietà sia un interesse della cui rilevanza si faccia portavoce l'amministrazione. Si può trattare di interessi di una collettività territorialmente definita, di cui l'ente esponenziale curi gli interessi, in quanto di tale collettività rappresentativo - è questo per lo più il caso delle servitù - o di limiti che siano posti alla proprietà privata in modo tale da consentire all'amministrazione l'esercizio dei poteri ad essa conferiti per perseguire interessi pubblici - senza che l'esercizio del diritto privato possa ostacolarne l'attività⁴⁵⁷.

Limiti e servitù di diritto pubblico (demaniali, art. 825 c.c.) nascono tradizionalmente su proprietà private di tipo fondiario. Si è d'altro canto visto come il carattere immobiliare dei beni demaniali sia dovuto al mero accidente storico della tradizionale rilevanza di tali categorie di beni, la quale ha portato ad associarvi una disciplina di particolare tutela degli interessi coinvolti. Con l'evoluzione sociale e tecnologica, la rilevanza dei fondi è stata affiancata e poi (solo) parzialmente sostituita da quella di altre categorie di beni⁴⁵⁸. Si tratta di opere dell'ingegno, beni culturali, medicinali e nell'ottica dello sviluppo tecnologico e dell'informatizzazione, dei dati e delle loro raccolte. I molteplici interessi all'uso del bene non possono, in ragione della

⁴⁵⁵ O. RANELLETTI, *Concetto, natura e limiti del demanio pubblico. Capitolo II: i beni demaniali nel nostro diritto positivo*, in *Giurisprudenza italiana*, 1898, IV, 137-8.

⁴⁵⁶ O. RANELLETTI, *Concetto, natura e limiti del demanio pubblico.*, cit., 140.

⁴⁵⁷ O. RANELLETTI, *Concetto, natura e limiti del demanio pubblico.*, cit., 182.

⁴⁵⁸ Cass., 21 aprile 1999: contraddistingue il carattere della demanialità, come suo tratto essenziale, la destinazione a fini pubblici. Si veda: F. TRESCA, *La circolazione dei beni dello Stato*, cit., 193 ss.

loro rilevanza, essere del tutto compresi, ma presuppongono un bilanciamento: la loro reciproca limitazione non fa venir meno il diritto di proprietà, ma anzi ne garantisce la tutela⁴⁵⁹.

L'importanza della distinzione fra beni mobili e immobili si relativizza dunque molto, fino al punto che, proprio in ragione della rilevanza ad essi sottesa e che si vuol riconoscere quale fondamento del regime demaniale, seguendo il percorso che dai limiti di diritto pubblico alla proprietà privata - limiti che possono essere via via più pervasivi - giunge all'espropriazione per motivi di pubblico interesse, con il passaggio nel patrimonio pubblico indisponibile, fino all'ingresso nel demanio pubblico con una riserva di proprietà in capo all'amministrazione, la demanialità può essere estesa a beni non immobili.

Tale percorso interpretativo verso l'associazione della demanialità ad una particolare funzione di interesse pubblico, con l'inclusione nella categoria dei beni che a tale funzione rispondano, indipendentemente dalla loro natura "fisica" pare ricevere supporto dal già avvenuto riconoscimento della demanialità di alcune universalità di mobili, quali le raccolte dei musei, delle pinacoteche degli archivi e delle biblioteche⁴⁶⁰, ove appartengano allo Stato o ad altri enti territoriali. Si tratta di pluralità di cose, di entità separate fisicamente, che vengono ricondotte ad unità non appunto da una connessione fisica, ma da unità dello scopo economico⁴⁶¹ o giuridico. L'universalità di cose è caratterizzata da un collegamento di tipo funzionale fra cose materialmente distinte fra loro⁴⁶². Si può così interpretativamente arrivare ad associare la demanialità stabilita dalla legge per il mercato comunale non solo al suo aspetto materiale, di spazio pubblico - spazio che effettivamente è un bene immobile - ma anche all'insieme degli elementi che lo costituiscono, fra cui persone, beni materiali (mobili) e il complesso organizzativo che caratterizza il mercato e di cui si è detto parlando di pianificazione e gestione, che comprende l'attività giuridica di autorizzazione e concessione⁴⁶³.

Ciò in quanto il mercato, con le sue componenti e la sua organizzazione risponde al perseguimento di un pubblico interesse, che si identifica con l'approvvigionamento della popolazione urbana, la creazione di un ambiente di incontro e scambio culturale, di integrazione e promozione di abitudini vantaggiose per la salute, la rigenerazione urbana e l'ambiente. Bene in questo caso non inteso come immobile o mobile, materiale o immateriale, ma come complesso di beni, persone e organizzazione. Se si pensa poi che lo spazio del mercato può divenire virtuale - ove lo si immagini come piattaforma di contatto fra domanda e offerta, indipendente dall'esistenza di uno spazio fisico - si può arrivare a dire che del demanio fanno parte, fra i beni immobili, anche i beni immateriali.

Il riconoscimento di un aspetto organizzativo come parte di un bene è già presente nella definizione dell'azienda. L'azienda è definita come complesso di beni organizzati dall'imprenditore per l'esercizio dell'impresa (art. 2555 c.c.). Quanto alla natura dell'azienda come cosa oggetto di diritti, ossia come bene, è diffusa l'opinione

⁴⁵⁹ . RANELLETTI, *Concetto, natura e limiti del demanio pubblico.*, cit., 140.

⁴⁶⁰ Art. 822 cc:

⁴⁶¹ F. CARNELUTTI, *Valore giuridico della nozione di azienda commerciale*, in *Riv. dir comm*, 1924, I, 162.

⁴⁶² M. TRIMARCHI, voce *Universalità di cose*, in *Enciclopedia del diritto*, XVI, Giuffrè, 1992.

⁴⁶³ ALB. ROMANO, *Le concessioni dei posti di vendita nei mercati all'ingrosso*, cit., 216.

secondo la quale l'azienda costituisce un'universalità di beni⁴⁶⁴, alternativamente come universalità di diritto⁴⁶⁵ o universalità di fatto⁴⁶⁶. La lettura che vede l'azienda come una universalità di beni ne considera quale carattere distintivo l'identificarsi della stessa in un complesso di beni, il cui insieme si distingue dalle singole parti - che pure sono dotate di una propria individualità - accomunati da una medesima destinazione giuridica - per le universalità di diritto - o economica - e si ha allora una universalità di fatto.

I beni che compongono l'azienda hanno varia natura⁴⁶⁷: beni mobili, immobili, materiali e immateriali. In particolare, con riferimento ai beni immateriali, alcuni di essi sono unanimemente riconosciuti come tali e come afferenti all'azienda. Si tratta dei segni distintivi - ditta, insegna, marchio - e delle opere dell'ingegno. Più complessa è la questione relativamente alla clientela, all'avviamento e all'organizzazione.

La clientela può essere libera o vincolata - nel caso di monopoli di fatto o legali. La clientela viene riconosciuta come effetto diretto dell'avviamento - con qualche riserva nei casi di monopolio legale, dal momento che in questo caso può ritenersi che la clientela vincolata dipenda da elementi esterni rispetto alle qualità dell'azienda⁴⁶⁸. Anche relativamente alla clientela si pone la questione se si tratti di una semplice qualità dell'azienda o se si possa parlare di cosa distinta dal complesso dei beni aziendali e in quanto tale oggetto autonomo di diritti, questione risolta nel primo senso⁴⁶⁹.

Simili considerazioni valgono per l'avviamento. Sebbene si consideri l'avviamento come una entità dotata del carattere della separabilità - argomento questo che influisce, come si vedrà, sulla definizione della natura dell'organizzazione - e dunque possibile oggetto di diritti⁴⁷⁰, non è unanime l'opinione che nell'avviamento possa identificarsi un bene immateriale facente parte di quella universalità di beni che è l'azienda o se si tratti di un semplice modo di essere della stessa⁴⁷¹.

Fra il complesso di beni che compongono l'azienda, non pare che se ne possa rinvenire una categoria essenziale al costituirsi dell'azienda come tale. È invece l'organizzazione l'elemento determinante l'essenza di azienda, ove per organizzazione

⁴⁶⁴ Favorevoli a tale lettura: M. ROTONDI, *La nozione giuridica dell'azienda*, in *Riv. dir. comm.*, 1930. Di avviso contrario è T. ASCARELLI, *Divieto di concorrenza e vendita dell'azienda*, in *Riv. dir. comm.*, 1930, 580 ss, il quale (richiamandosi alla dottrina autorevole di V. Sciajola, Pietro Bonfante e Nicola Coviello, afferma che l'azienda, al pari di avviamento e clientela, non possa essere considerata un autonomo oggetto di diritto, se pure come unità economica acquisisca una certa rilevanza anche nel mondo del diritto, come nel caso delle regole sulla concorrenza.

Parte della dottrina ritiene che l'azienda abbia natura di quota del patrimonio.

⁴⁶⁵ Fra questi si ricordano: La Lumia, Biondi. V. Bianca, *Diritto civile. La proprietà*, Giuffrè, Milano, 1999, 88.

⁴⁶⁶ C. M. BIANCA, *Diritto civile. La proprietà*, Giuffrè, Milano, 1999, 88; A. BRACCI, *Problemi concernenti il sequestro conservativo dell'universitas*, Milano, 1956, 98.

⁴⁶⁷ P. GRECO, *Corso di diritto commerciale. Impresa - azienda*, La goliardica, Milano, 1955.

⁴⁶⁸ P. GRECO, *Corso di diritto commerciale. Impresa - azienda*, cit., 194.

⁴⁶⁹ P. GRECO, *Corso di diritto commerciale. Impresa - azienda*, cit., 195; T. ASCARELLI, *Divieto di concorrenza e vendita dell'azienda*, in *Riv. dir. comm.*, 1930, 580 ss.

⁴⁷⁰ P. GRECO, *Corso di diritto commerciale. Impresa - azienda*, cit., 188.

⁴⁷¹ In dottrina sono favorevoli a considerare l'avviamento come bene immateriale P. GRECO, *Corso di diritto commerciale. Impresa - azienda*, cit., 195; in senso contrario T. ASCARELLI, *Divieto di concorrenza e vendita dell'azienda*, in *Riv. dir. comm.*, 1930, 202; T. ASCARELLI, *Divieto di concorrenza e vendita dell'azienda*, in *Riv. dir. comm.*, 1930, 580 ss.; M. ALLARA, *Le nozioni fondamentali del diritto civile*, Torino, Giappichelli, 1945, 204; F. CARNELUTTI, *Valore giuridico della nozione di azienda commerciale*, in *Riv. dir. comm.*, 1924, I, 166-7.

si intende quel fattore che consente al complesso di beni di connettersi in maniera finalizzata ad una funzione produttiva⁴⁷².

L'organizzazione si riferisce agli elementi oggettivi dell'azienda, ma dipende da fattori strettamente connessi ai soggetti che operano in essa. È anzi un'entità che consiste principalmente nell'ideazione della specifica connessione fra le componenti dell'azienda, nella scelta di tali elementi e della loro qualità⁴⁷³ e poi nella tradizione che da tale ideazione derivi. In tal senso vi è uno stretto collegamento con l'avviamento, che non consiste solo in un avviamento oggettivo - caratteristiche e condizioni dei beni organizzati e del loro complesso: beni materiali e immateriali, localizzazione - ma anche soggettivo - capacità e caratteri dei soggetti coinvolti nell'esercizio dell'attività di impresa: l'imprenditore e i suoi collaboratori.

L'azienda è dunque entità composta di elementi eterogenei, per lo più ricondotta alla categoria delle cose⁴⁷⁴, escludendosi che possa essere considerata quale soggetto autonomo di diritti o che a rilevare possa essere la sola organizzazione. Come si è visto, fra le classificazioni dei beni, l'azienda viene fatta rientrare fra le universalità - con prevalenza per la qualificazione come universalità di fatto, stante la unitaria destinazione economica. L'unitarietà degli elementi che compongono l'azienda riguarda dunque principalmente la destinazione economica della stessa⁴⁷⁵: quando si considerino i diritti e i negozi giuridici che hanno ad oggetto l'azienda, si nota come in realtà essi assumano carattere differente e seguano sorti le proprie di ciascun elemento - o categoria di elementi - che compongono l'azienda⁴⁷⁶. All'azienda non viene cioè riconosciuta una vera unitarietà giuridica⁴⁷⁷. Con riferimento ad istituti quali rivendicazione, possesso, usufrutto, pegno, ipoteca l'azienda non pare infatti caratterizzarsi come unità, dotata di una rilevanza giuridica propria, ma al contrario ogni sua componente seguirebbe una distinta disciplina.

È peraltro indubbia l'esistenza di un carattere unitario del complesso aziendale, carattere che è reso evidente dalla stessa definizione normativa come “complesso dei beni organizzati”. Lo stesso diritto di proprietà sembra difficilmente applicabile all'azienda in toto, senza cioè che siano considerati i distinti caratteri degli oggetti di cui l'azienda si compone, caratteri che, pur non alterando l'essenza del diritto, ne modificano le modalità di applicazione: si pensi solo ai beni immateriali, che tanto spazio hanno nel complesso aziendale e che si circondano di particolari tutele in

⁴⁷² P. GRECO, *Corso di diritto commerciale. Impresa - azienda*, cit., 179 ss.

⁴⁷³ P. GRECO, *Corso di diritto commerciale. Impresa - azienda*, cit. 179 ss.

⁴⁷⁴ M. ROTONDI, *La nozione giuridica dell'azienda*, in *Riv. dir. comm.*, 1930, 68 ss; F. FERRARA, *Trattato di diritto civile italiano*, cit.

⁴⁷⁵ M. ROTONDI, *La nozione giuridica dell'azienda*, in *Riv. dir. comm.*, 1930, 70.

⁴⁷⁶ M. ROTONDI, *La nozione giuridica dell'azienda*, in *Riv. dir. comm.*, 1930, 70, il quale indica V. Sciajola come primo fra coloro che mise in discussione il carattere unitario dell'azienda (in n. a Cass. Roma 24 novembre 1882, in *Foro it.*, 1883, I, 705 segg.) In ciò l'azienda si distingue da altre universalità, quali ad esempio il gregge, rispetto alle quali il carattere unitario risulta utile al fine dei negozi giuridici e dei diritti reali che abbiano ad oggetto l'universalità stessa.

⁴⁷⁷ G. VALERI, *Elementi Obiettivi e d elementi subiettivi dell'azienda commerciale*, in *Riv. dir. comm.*, 1928, II, 108 ss: come si vedrà in seguito si tratta della teoria atomistica per cui l'azienda non è oggetto autonomo di diritti indipendentemente dai singoli beni di cui è composta. Secondo Valeri la lettura di F. FERRARA, *Trattato di diritto civile*, ESI, Roma, 1921, che attribuisce all'azienda la qualità di istituzione, consente di riconoscere una individualità economica della stessa senza che una individualità giuridica sia attribuita tramite un atto normativo.

relazione al diritto proprietario (e al diritto di privativa)⁴⁷⁸ - in ciò l'azienda come universalità differisce ad esempio dal gregge o dalla biblioteca, nella disomogeneità delle cose che la compongono, il che comporta tali necessità di adattamento nell'applicazione del diritto.

Due considerazioni. I diritti reali rimangono tali indipendentemente dall'oggetto cui si riferiscono. Così come ciò vale per i beni immateriali, rispetto ai quali la proprietà è circondata di particolari limiti - ma la proprietà tanto privata, quanto pubblica, nasce di per sé limitata al fine di garantirne la funzione sociale⁴⁷⁹ - lo stesso si può applicare ad un'universalità di beni eterogenei come l'azienda. Non si vuole negare l'esistenza di un diritto proprietario sull'azienda, quanto concentrare l'attenzione sul particolare atteggiarsi del medesimo.

In considerazione di ciò, il significato di universalità assume un rilievo suo proprio in connessione con l'idea di appartenenza dell'azienda, più che di proprietà - sussistendo, per la proprietà, le difficoltà di applicazione unitaria di cui si è parlato. L'appartenenza intesa come rilevanza giuridica (indiretta) riferita all'amministrazione del complesso di cose: elemento di interpretazione di volontà o criterio per la gestione⁴⁸⁰.

Tale idea di appartenenza, di unitarietà come indice di volontà che le componenti dell'azienda - pur nella loro variegata conformazione - seguano le medesime vicende giuridiche, che è poi tutt'uno con la comune destinazione dei beni che caratterizza l'azienda, si accosta all'organizzazione come qualificazione ulteriore di tale unitarietà. L'organizzazione è dunque quell'elemento unificante i beni che compongono l'azienda, secondo una comune finalità di carattere economico o sociale. Ciò che differenzia l'organizzazione dall'unitarietà di una biblioteca o di un gregge (che pure sono pluralità di cose accomunate da un'unica destinazione, che sia essa economica o giuridica), l'elemento ulteriore che caratterizza l'organizzazione, è l'attività umana. L'intelligente connessione fra le sue componenti, che non consiste nella semplice destinazione - cioè soggezione allo stesso regime giuridico, destinazione ad esempio d'uso o uguale "destino" delle cose che compongono l'universalità (per cui l'universalità sussiste ed è riconosciuta per il solo esistere insieme di cose destinate allo stesso fine) - ma che è studiata e volta a raggiungere un determinato fine, in assenza della quale (intelligente connessione) il mero accostamento delle cose risulterebbe inerte⁴⁸¹.

La cosa⁴⁸² organizzata - o meglio l'insieme di cose organizzate - non si identifica quindi nella semplice universalità, ma presenta un *quid pluris* che la fa rientrare in una categoria ulteriore: quella delle istituzioni o organizzazioni (ove si

⁴⁷⁸ CHIRONI, *Note in tema di proprietà industriale*, in *Riv. dir. commerciale*, 1916, II, 106 ss.

⁴⁷⁹ Art. 42 Cost.

⁴⁸⁰ Si parla, con riferimento a questa concezione dell'azienda come pluralità di beni eterogenei, di concezione atomistica. Si veda: M. ROTONDI, *La nozione giuridica dell'azienda*, in *Riv. dir. comm.*, 1930, 71 ss; G. VALERI, *Elementi Obiettivi ed elementi subiettivi dell'azienda commerciale*, in *Riv. dir. comm.*, 1928, II, 108 ss.

⁴⁸¹ M. ROTONDI, *La nozione giuridica dell'azienda*, in *Riv. dir. comm.*, 1930, 71 ss; F. FERRARA, *Trattato di diritto Civile italiano*, cit.; F. FERRARA, *La teoria giuridica dell'azienda*, *Il Castellaccio*, 1945; F. FERRARA, *Impresa e azienda*, in *Scritti minori*, Giuffrè, Milano, 1977.

⁴⁸² L'azienda, anche considerata quale istituzione o stabilimento in virtù dell'organizzazione che la caratterizza è ricondotta alla categoria delle cose e quindi dei beni: F. FERRARA, *Trattato di diritto Civile italiano*, ESI, Roma, 1921.

utilizzi questo termine per indicare non solo l'elemento organizzativo, ma il complesso di cose, organizzazione ed eventualmente, persone).

Resta da ragionare sull'elemento soggettivo coinvolto. Se si prende in considerazione l'azienda come bene, non si può di certo affermare che nella stessa sia compreso l'elemento umano, se non, appunto, come intelligente connessione fra le cose, come elemento organizzativo, risultando difficile giungere ad affermare che persone fisiche siano elemento costitutivo di un bene. In questo senso, a voler considerare come parte del mercato l'elemento umano, pare più facile l'accostamento fra mercato e ufficio nell'ambito della pubblica amministrazione, ove per ufficio si intende il complesso di mezzi materiali (luogo fisico in cui si svolge il lavoro degli uffici, risorse materiali impiegate a tal fine) e personali impiegati nell'attività dell'ufficio e dell'organizzazione dello stesso⁴⁸³, nel complesso volti al perseguimento di un determinato fine, nell'esercizio delle competenze dell'amministrazione.

Rigirando la questione, si può affermare che una cosa - un complesso di cose - e quindi un bene sia qualificato come istituzione solo ove si tenga presente una nozione restrittiva di istituzione. O, ancora, un bene (complesso di cose) può identificarsi con una istituzione in quanto suo elemento "oggettivo". Si può trattare di un complesso di cose il cui elemento unificante ha - necessariamente (poiché altrimenti il complesso di cose non avrebbe senso/utilità) - quel carattere organizzativo (che già testimonia l'attività umana in quanto connessione intelligente: ordinamento e modo di impiego delle cose che discende da facoltà umane, poi oggettivizzato e estrinsecato in *know how* e tradizione⁴⁸⁴) che, unitamente all'attività umana (elemento soggettivo) dà consistenza ad una istituzione.

⁴⁸³ E. CASSETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., 170.

⁴⁸⁴ P. GRECO, *Corso di diritto commerciale, Impresa - azienda*, cit., 183 ss.

CAPITOLO 4

I mercati rionali come beni e come servizi e amministrazione con i big data

SOMMARIO : 1. Mercato come bene o servizio: immaterialità e aspetti organizzativi. 2. - (segue): mercati fra interesse pubblico, servizio e funzione. 3. Città e mercati come elementi costitutivi di un sistema complesso. Urbanizzazione e fenomeno *smart*. 4. Mercati rionali e digitalizzazione: un caso di machine learning applicato all'amministrazione

1. Mercato come bene o servizio: immaterialità e aspetti organizzativi.

Volendosi affermare che il mercato, in quanto bene appartenente al demanio comunale, non si identifichi con il mero spazio fisico in cui commercianti e acquirenti si incontrano e volendosi perciò estendere la demanialità a beni non immobili e non materiali, si è provato a dimostrare come da un lato, il carattere di demanialità si associ per puro accidente a beni immobili, in virtù della rilevanza per fini sociali da questi beni rivestita nella storia, dall'altro come il mercato consista in qualcosa di più che nell'area - strada o piazza - assegnata giornalmente o data in concessione ai commercianti. In altre parole la piazza o strada non fanno, in assenza dell'apparato organizzativo e dell'attività umana - un mercato.

Il luogo di incontro è elemento caratterizzante la fattispecie mercato, essenziale pur non sufficiente a definirlo come tale. Soprattutto, non come spazio fisico, quanto come spazio di scambio purché sia - inteso anche come spazio virtuale - più che come luogo fisicamente tangibile. Si può pertanto facilmente immaginare un mercato parzialmente dematerializzato, quale piattaforma⁴⁸⁵ per l'incontro di domanda e offerta, qualificato da un'organizzazione che ne sia elemento identitario e che funga da fattore di regolamentazione dell'accesso alla piattaforma stessa.

La dematerializzazione del mercato ne accentuerebbe tra l'altro - secondo quanto rilevato dagli studi in materia di economia delle piattaforme - l'impatto urbano, locale e sociale dei mercati, anche grazie a un ampliamento dell'effetto c.d. "a rete", già proprio del sistema mercatale nel contesto della città, rete degli spostamenti di persone e dello scambio di merci. La città è infatti addensamento di popolazione attorno a un nucleo in cui si concentrano scambi commerciali, politici e culturali. L'urbanizzazione, intesa come graduale e continuo aumento della popolazione urbana ha condotto a un assetto dell'organizzazione pubblica tale per cui le città sono state valorizzate come centri principali di erogazione di servizi pubblici, i quali sono rivolti all'ambito territoriale di riferimento, urbano o extra-urbano.

Considerato nella sua demanialità, il mercato è concepibile dunque come bene immateriale, se si pensa che lo spazio del mercato può divenire virtuale - ove lo si

⁴⁸⁵ Sull'economia delle piattaforme di incontro fra due lati dell'offerta e della domanda: P. TERESZKIEWICZ, *Digital Platforms: regulation and liability in the EU*, in *Eu. Rev. of Private Law*, 6, 2019, 903 ss, I. GRAEF, *Market definition and Market Power in Data: the case of online platforms*, in *World competition*, 2015, 473 ss; R.S. LEE, *Vertical integration and Exclusivity in Platform and Two-side markets*, in *The American Economic Review*, 2013, 2960 ss; T. SCASSA, *Information Law in the Platform economy: Ownership, Control and Reuse of Platform Data, in Law and the "Sharing economy". Regulating Online market Platforms*, a cura di D. McKee, F. Makela, T. Scassa, University of Ottawa press, 2018.

immagini come piattaforma di contatto fra domanda e offerta, indipendente dall'esistenza di uno spazio fisico. Allo spazio del mercato - materiale o immateriale - si associa però sempre l'attività organizzativa, svolta dall'amministrazione titolare del bene, consiste nell'attività di pianificazione e gestione del mercato e nell'attività di selezione dei partecipanti al mercato stesso⁴⁸⁶.

L'aspetto organizzativo del mercato appare essenziale all'essenza dello stesso. tramite l'organizzazione delle sue componenti il mercato risponde al perseguimento di un pubblico interesse, che si identifica con l'approvvigionamento della popolazione urbana, la creazione di un ambiente di incontro e scambio culturale, di integrazione e promozione di abitudini vantaggiose per la salute, la rigenerazione urbana e la protezione dell'ambiente.

Ci si interroga sulla qualificazione che all'organizzazione si può attribuire: da un lato, intesa come componente del bene demaniale mercato - e in tal caso come componente immateriale dello stesso - l'organizzazione contribuisce a caratterizzare la demanialità del bene nella sua attitudine a garantire diritti della persona, che possono essere diritti di libertà o altri diritti fondamentali come il diritto al cibo). Tale qualificazione richiede peraltro che sia possibile riconoscere l'organizzazione quale componente del bene demaniale mercato. D'altro canto, intesa come attività dell'amministrazione titolare del bene, fa emergere l'idea del mercato come servizio fornito alla collettività, ove l'amministrazione comunale si servirebbe dello spazio pubblico adibito a mercato per erogare il servizio⁴⁸⁷. Come si vedrà, tale seconda ipotesi ricostruttiva non è esente da difficoltà.

Il riconoscimento di un aspetto organizzativo come parte di un bene è già presente nella definizione dell'azienda, definita come complesso di beni organizzati dall'imprenditore per l'esercizio dell'impresa (art. 2555 cc). Quanto alla natura dell'azienda come cosa oggetto di diritti, ossia come bene, è diffusa l'opinione secondo la quale l'azienda costituisce un'universalità di beni⁴⁸⁸, alternativamente come universalità di diritto⁴⁸⁹ o universalità di fatto⁴⁹⁰. La lettura che vede l'azienda come una universalità di beni ne considera quale carattere distintivo l'identificarsi della stessa in un complesso di beni il cui insieme si distingue dalle singole parti - che pure sono dotate di una propria individualità - accomunati da una medesima destinazione giuridica (per le universalità di diritto) o economica (e si ha allora una universalità di fatto).

⁴⁸⁶ ALB. ROMANO, *Le concessioni dei posti di vendita nei mercati all'ingrosso*, in *L'indennità di espropriazione. I mercati all'ingrosso (Atti del XVI Convegno di studi di scienze dell'amministrazione promosso dalla Amministrazione provinciale di Como, Varenna, Villa Monastero, 17-20 settembre 1970)*, Giuffrè, Milano, 1972, 215.

⁴⁸⁷ ALB. ROMANO, *Le concessioni dei posti di vendita nei mercati all'ingrosso*, cit., 215

⁴⁸⁸ Di avviso contrario è T. ASCARELLI, *Divieto di concorrenza e vendita dell'azienda*, in *Riv. dir. comm.*, 1930, 580 ss., il quale (richiamandosi alla dottrina autorevole di V. Sciajola, Pietro Bonfante e Nicola Coviello, afferma che l'azienda, al pari di avviamento e clientela, non possa essere considerata un autonomo oggetto di diritto, se pure come unità economica acquisisca una certa rilevanza anche nel mondo del diritto, come nel caso del elle regole sulla concorrenza.

⁴⁸⁹ Fra questi si ricordano: La Lumia, Biondi. V. C.M.BIANCA, *Diritto civile. La proprietà*, Giuffrè, Milano, 1999, 88.

⁴⁹⁰ C.M.BIANCA, *Diritto civile. La proprietà*, cit.88; A. BRACCI, *Problemi concernenti il sequestro conservativo dell'universitas*, Milano, 1956, 98.

I beni che compongono l'azienda hanno varia natura⁴⁹¹: beni mobili, immobili, materiali e immateriali. In particolare, con riferimento ai beni immateriali, alcuni di essi sono unanimemente riconosciuti come tali e come afferenti all'azienda. Si tratta dei segni distintivi - ditta, insegna, marchio - e delle opere dell'ingegno. Più complessa è la questione relativa alla clientela, all'avviamento e all'organizzazione. La clientela può essere libera o vincolata - nel caso di monopoli di fatto o legali e viene riconosciuta come effetto diretto dell'avviamento - con qualche riserva nei casi di monopolio legale, dal momento che in questo caso può ritenersi che la clientela vincolata dipenda da elementi esterni rispetto alle qualità dell'azienda⁴⁹². Anche relativamente alla clientela si pone la questione se si tratti di una semplice qualità dell'azienda o se si possa parlare di cosa distinta dal complesso dei beni aziendali e in quanto tale oggetto autonomo di diritti, questione risolta nel primo senso.

Considerazioni simili valgono per l'avviamento. Sebbene si consideri l'avviamento come entità dotata del carattere della separabilità - argomento questo che influisce, come si vedrà, sulla definizione della natura dell'organizzazione - e dunque possibile oggetto di diritti⁴⁹³, non è unanime l'opinione che nell'avviamento possa identificarsi un bene immateriale facente parte di quella universalità di beni che è l'azienda o se si tratti di un semplice modo di essere della stessa⁴⁹⁴.

Fra il complesso di beni che compongono l'azienda, non pare che se ne possa rinvenire una categoria essenziale al costituirsi dell'azienda come tale. E' invece l'organizzazione l'elemento determinante l'essenza di azienda, ove per organizzazione si intende quel fattore che consente al complesso di beni di connettersi in maniera finalizzata ad una funzione produttiva⁴⁹⁵.

L'organizzazione si riferisce agli elementi oggettivi dell'azienda, ma dipende da fattori strettamente connessi ai soggetti che operano in essa. E' anzi un'entità che consiste principalmente nell'ideazione della specifica connessione fra le componenti dell'azienda, nella scelta di tali elementi e della loro qualità⁴⁹⁶ e poi nella tradizione che da tale ideazione derivi. In tal senso vi è uno stretto collegamento con l'avviamento, che non consiste solo in un avviamento oggettivo - caratteristiche e condizioni dei beni organizzati e del loro complesso: beni materiali e immateriali, localizzazione - ma anche soggettivo - capacità e caratteri dei soggetti coinvolti nell'esercizio dell'attività di impresa: l'imprenditore e i suoi collaboratori.

L'azienda è dunque entità composta di elementi eterogenei, per lo più ricondotta alla categoria delle cose⁴⁹⁷, escludendosi che possa essere considerata quale soggetto

⁴⁹¹ P. GRECO, *Corso di diritto commerciale. Impresa - azienda*, La goliardica, Milano, 1955.

⁴⁹² P. GRECO, *Corso di diritto commerciale. Impresa - azienda*, cit., 194.

⁴⁹³ P. GRECO, *Corso di diritto commerciale. Impresa - azienda*, cit. 188.

⁴⁹⁴ In dottrina sono favorevoli a considerare l'avviamento come bene immateriale: La Lumia, P. Greco. In senso contrario T. ASCARELLI, *Teoria della concorrenza e dei beni immateriali*, Milano, 1957, 202; T. ASCARELLI, *Divieto di concorrenza e vendita dell'azienda*, in *Riv. dir. comm.*, 1930, 580 ss.; M. Allara, *Le nozioni fondamentali del diritto civile*, Torino, Giappichelli, 1945, 204; F. CARNELUTTI, *Valore giuridico della nozione di azienda commerciale*, in *Riv. dir. comm.*, 1924, I, 166-7

⁴⁹⁵ P. GRECO, *Corso di diritto commerciale. Impresa - azienda*, cit. 179 ss.

⁴⁹⁶ P. GRECO, *Corso di diritto commerciale. Impresa - azienda*, cit., 179 ss.

⁴⁹⁷ M. ROTONDI, *La nozione giuridica dell'azienda*, in *Riv. dir. comm.*, 1930, 68 ss; F. FERARRA, *Trattato di diritto civile italiano*, 1921.

autonomo di diritti o che a rilevare possa essere la sola organizzazione. Come si è visto, fra le classificazioni dei beni, l'azienda viene fatta rientrare fra le universalità - con prevalenza per la qualificazione come universalità di fatto, stante la unitaria destinazione economica. L'unitarietà degli elementi che compongono l'azienda riguarda dunque principalmente la destinazione economica della stessa⁴⁹⁸: quando si considerino i diritti e i negozi giuridici che hanno ad oggetto l'azienda, si nota come in realtà essi assumano carattere differente e seguano le sorti proprie di ciascun elemento - o categoria di elementi - che compongono l'azienda⁴⁹⁹. All'azienda non viene cioè riconosciuta una vera unitarietà giuridica⁵⁰⁰. Con riferimento ad istituti quali rivendicazione, possesso, usufrutto, pegno, ipoteca l'azienda non pare infatti caratterizzarsi come unità, dotata di una rilevanza giuridica propria, ma al contrario ogni sua componente seguirebbe una distinta disciplina.

E' peraltro indubbia l'esistenza di un carattere unitario del complesso aziendale, carattere che è reso evidente dalla stessa definizione normativa come "complesso dei beni organizzati". Lo stesso diritto di proprietà sembra difficilmente applicabile all'azienda *in toto*, senza cioè che siano considerati i distinti caratteri degli oggetti di cui l'azienda si compone, caratteri che, pur non alterando l'essenza del diritto, ne modificano le modalità di applicazione: si pensi solo ai beni immateriali, che tanto spazio hanno nel complesso aziendale e che si circondano di particolari tutele in relazione al diritto proprietario (e al diritto di privativa)⁵⁰¹ - in ciò l'azienda come universalità differisce ad esempio dal gregge o dalla biblioteca, nella disomogeneità delle cose che la compongono, il che comporta tali necessità di adattamento nell'applicazione del diritto.

Due considerazioni. I diritti reali rimangono tali indipendentemente dall'oggetto cui si riferiscono. Così come ciò vale per i beni immateriali, rispetto ai quali la proprietà è circondata di particolari limiti - ma la proprietà tanto privata, quanto pubblica, nasce di per sé limitata al fine di garantirne la funzione sociale⁵⁰² - lo stesso si può applicare ad un'universalità di beni eterogenei come l'azienda. Non si vuole negare l'esistenza di un diritto proprietario sull'azienda, quanto concentrare l'attenzione sul particolare atteggiarsi del medesimo.

In considerazione di ciò, il significato di universalità assume un rilievo suo proprio in connessione con l'idea di appartenenza dell'azienda, più che di proprietà - sussistendo, per la proprietà, le difficoltà di applicazione unitaria di cui si è parlato. L'appartenenza intesa come rilevanza giuridica (indiretta) riferita

⁴⁹⁸ M. ROTONDI, *La nozione giuridica dell'azienda*, cit., 1930, 70;

⁴⁹⁹ M. ROTONDI, *La nozione giuridica dell'azienda*, cit., 1930, 70, il quale indica V. Sciajola come primo fra coloro che mise in discussione il carattere unitario dell'azienda (in n. a Cass. Roma 24 novembre 1882, in Foro it., 1883, I, 705 segg. In ciò l'azienda si distingue da altre universalità, quali ad esempio il gregge, rispetto alle quali il carattere unitario risulta utile al fine dei negozi giuridici e dei diritti reali che abbiano ad oggetto l'universalità stessa.

⁵⁰⁰ G. VALERI, *Elementi obiettivi ed elementi subjetivi dell'azienda commerciale*, in *Riv. dir. comm.*, 1928, II, 108 ss: come si vedrà in seguito si tratta della teoria atomistica per cui l'azienda non è oggetto autonomo di diritti indipendentemente dai singoli beni di cui è composta. Secondo Valeri la lettura di F. Ferrara, *Trattato di diritto civile*, ESI, Roma, 1921, che attribuisce all'azienda la qualità di istituzione, consente di riconoscere una individualità economica della stessa senza che una individualità giuridica sia attribuita tramite un atto normativo.

⁵⁰¹ CHIRONI, *Note in tema di proprietà industriale*, in *Riv. dir. commerciale*, 1916, II, 106 ss:

⁵⁰² Art. 42 Cost.

all'amministrazione⁵⁰³ del complesso di cose: elemento di interpretazione di volontà o criterio per la gestione⁵⁰⁴.

Tale idea di appartenenza, di unitarietà come indice di volontà che le componenti dell'azienda - pur nella loro variegata conformazione - seguano le medesime vicende giuridiche, che è poi tutt'uno con la comune destinazione dei beni che caratterizza l'azienda, si accosta all'organizzazione come qualificazione ulteriore di tale unitarietà. L'organizzazione è dunque quell'elemento unificante i beni che compongono l'azienda, secondo una comune finalità di carattere economico o sociale. Ciò che differenzia l'organizzazione dall'unitarietà di una biblioteca o di un gregge (che pure sono pluralità di cose accomunate da un'unica destinazione, che sia essa economica o giuridica), l'elemento ulteriore che caratterizza l'organizzazione, è l'attività umana. L'intelligente connessione fra le sue componenti, che non consiste nella semplice destinazione - cioè soggezione allo stesso regime giuridico, destinazione ad esempio d'uso o uguale "destino" delle cose che compongono l'universalità (per cui l'universalità sussiste ed è riconosciuta per il solo esistere insieme di cose destinate allo stesso fine) - ma che è studiata e volta a raggiungere un determinato fine, in assenza della quale (intelligente connessione) il mero accostamento delle cose risulterebbe inerte⁵⁰⁵.

La cosa⁵⁰⁶ organizzata - o meglio l'insieme di cose organizzate - non si identifica quindi nella semplice universalità, ma presenta un *quid pluris* che la fa rientrare in una categoria ulteriore: quella delle istituzioni o organizzazioni (ove si utilizzi questo termine per indicare non solo l'elemento organizzativo, ma il complesso di cose, organizzazione ed eventualmente, persone).

Resta da ragionare sull'elemento soggettivo coinvolto. Se si prende in considerazione l'azienda come bene, non si può di certo affermare che nella stessa sia compreso l'elemento umano, se non, appunto, come intelligente connessione fra le cose, come elemento organizzativo, risultando difficile giungere ad affermare che persone fisiche siano elemento costitutivo di un bene. In questo senso, a voler considerare come parte del mercato l'elemento umano, pare più facile l'accostamento fra mercato e ufficio nell'ambito della pubblica amministrazione, ove per ufficio si intende il complesso di mezzi materiali (luogo fisico in cui si svolge il lavoro degli uffici, risorse materiali impiegate a tal fine) e personali impiegati nell'attività dell'ufficio e dell'organizzazione dello stesso⁵⁰⁷, nel complesso volti al perseguimento di un determinato fine, nell'esercizio delle competenze dell'amministrazione.

Rigirando la questione e con riferimento ai mercati, si può affermare che una cosa - un complesso di cose - e quindi un bene possa identificarsi con una istituzione in

⁵⁰³ Gestione del bene produttivo.

⁵⁰⁴ Si parla, con riferimento a questa concezione dell'azienda come pluralità di beni eterogenei, di concezione atomistica. Si veda: M. ROTONDI, *La nozione giuridica dell'azienda*, cit., 1930, 71 ss G. VALERI, *Elementi obiettivi ed elementi subiettivi dell'azienda commerciale*, cit.108 ss.

⁵⁰⁵ M. ROTONDI, *La nozione giuridica dell'azienda*, cit., 1930, 71 ss; F. FERRARA, *Trattato di diritto Civile italiano*, ESI, Roma, 1921; ID., *La teoria giuridica dell'azienda, Il Castellaccio*, 1945; ID., *Impresa e azienda*, in *Scritti minori*, Giuffrè, Milano, 1977.

⁵⁰⁶ L'azienda, anche considerata quale istituzione o stabilimento in virtù dell'organizzazione che la caratterizza è ricondotta alla categoria delle cose e quindi dei beni: F. FERRARA, *Trattato di diritto Civile italiano*, cit.;

⁵⁰⁷ E. CASSETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, Giuffrè Milano, 2020, 170.

quanto suo elemento “oggettivo”. Si può trattare di un complesso di cose il cui elemento unificante ha - necessariamente (poiché altrimenti il complesso di cose non avrebbe senso/utilità) - quel carattere organizzativo (che già testimonia l’attività umana in quanto connessione intelligente: ordinamento e modo di impiego delle cose che discende da facoltà umane, poi oggettivizzato e estrinsecato in know how e tradizione⁵⁰⁸) che, unitamente all’attività umana (elemento soggettivo) dà consistenza ad una istituzione. Il mercato può dunque intendersi come bene composto di parti eterogenee, fra le quali un elemento oggettivo della sua stessa organizzazione, avente nel suo insieme un carattere demaniale. Si ritorna invece all’organizzazione (“soggettivamente” intesa) come attività amministrativa e alla distinzione fra gestione e approntato del mercato al godimento collettivo o mercato come servizio pubblico.

L’identificazione dell’organizzazione quale elemento caratterizzante il mercato rafforza l’idea che l’essenza dello stesso quale bene demaniale non sia da ricercare nello spazio materiale occupato dai commercianti - con ricadute in termini di applicazione della direttiva sui servizi e sull’interpretazione dei motivi per cui il numero delle autorizzazioni o concessioni nei mercati può risultare limitato⁵⁰⁹. Si può infatti immaginare di spostare la collocazione fisica di un mercato - o di portare il mercato su una piattaforma virtuale, pur senza che ne siano persi gli elementi identitari: questi consistono infatti soprattutto nell’apparato organizzativo, nei criteri di selezione ed accesso al mercato da parte dei commercianti e nella composizione merceologica definita per il singolo mercato.

Posta cioè l’organizzazione quale elemento caratterizzante e identitario del bene mercato, ci si interroga sulla natura dell’organizzazione come servizio o come preparazione del bene per la collettività e cioè sulla natura dell’organizzazione come attività materiale o giuridica.

2. - (segue): mercati fra interesse pubblico, servizio e funzione.

Una qualificazione legislativa dei mercati come servizio⁵¹⁰ si ha con la legge sulle municipalizzazioni⁵¹¹, proprio con riferimento all’attività di gestione dei mercati, ossia alla loro organizzazione. Disposizioni, queste, riferite in realtà ai soli mercati all’ingrosso che si distinguevano⁵¹² dalle altre manifestazioni di commercio su area pubblica per una forte caratterizzazione in quanto luoghi attrezzati – rispondenti così a necessità commerciali e igieniche – destinati a concentrare l’offerta e a rendere così possibile un confronto competitivo fra i venditori.

Si evitava in tal modo un’eccessiva differenziazione dei prezzi nell’ambito di uno stesso bacino di approvvigionamento, consentendo un assestamento dei prezzi

⁵⁰⁸ P. GRECO, *Corso di diritto commerciale*, cit., 183 ss.

⁵⁰⁹ V. infra.

⁵¹⁰ Sui servizi pubblici, si veda per tutti: R. CAVALLO PERIN, *La struttura della concessione di servizio pubblico locale*, Torino, Giappichelli Editore, 1998; ID., *Comuni e provincia nella gestione dei servizi pubblici*, Napoli, Jovene, 1993; ID. *I servizi pubblici tra enti locali e Regione*, in *Lineamenti di Diritto Costituzionale della Regione Piemonte*, a cura di M. Dogliani, J. Luther, A. Poggi, Torino, Giappichelli Editore, 2018, 290-298.

⁵¹¹ L. 29 marzo 1903, n. 103; T.U. n. 2578, 1925.

⁵¹² Già a partire dalla loro prima distinzione e autonoma configurazione: L. 17 maggio 1866, n. 2933, sull’istituzione di fiere e mercati da parte dei Consigli comunali.

assegnare alle stesse un ruolo nel contesto del pubblico servizio. La funzione (il servizio) di scambio si riferisce all'incontro tra venditori e acquirenti. Le due categorie si frammentano a loro volta, ove fra i venditori siano presenti i grossisti così come i produttori e fra gli acquirenti si consideri la presenza dei venditori al dettaglio e dei consumatori diretti. In questo quadro, per esempio, i grossisti in quanto venditori hanno un ruolo e degli interessi del tutto eterogenei rispetto agli acquirenti; potranno essere considerati come utenti del servizio di mercato offerto dal comune, o privati esercenti del pubblico servizio⁵¹⁹. Non si riesce pertanto a individuare nello scambio commerciale l'attività peculiare del fornitore di servizio, il che (l'individuazione dell'attività peculiare) risulta invece più agevole ove si consideri la funzione di mercato quale servizio di gestione⁵²⁰.

Ciò che vale per il mercato all'ingrosso ancor più si complica per i mercati rionali. Per lungo tempo configurati come semplici aree dedicate allo smercio al minuto, coperti, su piazza o su strada, talora scarsamente attrezzati, regolati interamente dai comuni, che su di essi svolgevano pressoché esclusivamente attività di vigilanza igienica, commerciale – prevenzione di frodi – e di ordine – polizia di mercato⁵²¹ – appare per essi ancor più difficoltosa una precisa identificazione della prestazione oggetto del servizio⁵²². Pur nella difficoltà di identificare esattamente la funzione attribuita anche ai mercati all'ingrosso, era facilmente rilevabile – nel caso dei mercati rionali – che questi non avessero, ad esempio, un esplicito compito di regolazione dei prezzi o di controllo dell'offerta. Non è peraltro da trascurare quanto osservato⁵²³ sull'influenza che indirettamente il mercato all'ingrosso esercita sui prezzi di distribuzione al dettaglio.

La disciplina dei mercati rionali comprende oggi l'istituzione del mercato (fase di impianto), la predisposizione di locali adeguati alla vendita - nel rispetto di parametri igienici e di sicurezza - e ulteriori funzioni che vengono alla luce dall'esame della normativa sui mercati – linee guida regionali e regolamenti comunali. In particolare, centrale nell'istituzione di un mercato è la realizzazione un adeguato *servizio al consumo*⁵²⁴. A seconda delle proprie caratteristiche di dimensione, collocazione e composizione merceologica un mercato al minuto risponde a differenti esigenze, sostanziando differenti *livelli di servizio*. Con tale espressione si intende l'organizzazione della rete di mercato, compresa la selezione dei settori merceologici che ciascun quartiere avrà a disposizione. L'eventuale specializzazione merceologica di un mercato rionale darà origine a un livello di servizio differente rispetto a un mercato a composizione variegata o ancora ad un mercato di piccole dimensioni, realizzato con intento integrativo rispetto a una rilevata situazione di carenza del commercio fisso.

⁵¹⁹ ALB. ROMANO, *Le concessioni dei posti di vendita nei mercati all'ingrosso*, cit., 211-213.

⁵²⁰ ALB. ROMANO, *Le concessioni dei posti di vendita nei mercati all'ingrosso* cit., 213; CASSETTA E., *Problemi giuridici dei mercati all'ingrosso nell'ambito della disciplina sul commercio*, cit., 192. Da ampliare.

⁵²¹ M. S. GIANNINI, *Sui mercati comunali*, cit., 692.

⁵²² Tanto più che attorno ai mercati rionali non si raccoglievano le risorse di gestione comunale e mancando tale organico supporto organizzativo, da parte del comune, si riteneva che non si esplicasse alcuna attività di servizio pubblico da parte di quest'ultimo; Giannini, ad esempio, vi riconosce una mera utilità.

⁵²³ ALB. ROMANO, *Le concessioni dei posti di vendita nei mercati all'ingrosso*, cit., 213.

⁵²⁴ DCR Piemonte 1 marzo 2000, n. 626-3799, art. 8 co 1.

L'attività di organizzazione - in senso soggettivo - associata al servizio pubblico consiste in attività amministrativa materiale e giuridica, con un prevalere di quest'ultima⁵²⁵, comprensiva dei provvedimenti di autorizzazione e concessione, sulla base della programmazione relativa ai livelli di servizio da soddisfare, nonché dell'attività di controllo sulla regolarità nello svolgimento dell'attività di commercio.

Se con riferimento ai beni demaniali sorge l'interrogativo sulla prevalenza del bene o del servizio, come modalità di perseguimento di un pubblico interesse, posta l'organizzazione quale elemento caratterizzante e identitario del bene mercato, ci si interroga sulla natura dell'organizzazione come servizio o come preparazione del bene per la collettività e cioè sulla natura dell'organizzazione come attività materiale o giuridica. O, meglio, sul significato e sul contenuto dell'attività tanto materiale, quanto giuridica in cui, come si è detto, consiste l'organizzazione dei mercati regionali.

I servizi sono generalmente intesi come attività non giuridica dell'amministrazione, volta a soddisfare bisogni sociali che l'amministrazione rilevi come necessità contingenti della comunità di cui sia esponenziale. In ciò i servizi si distinguono dalle funzioni, quali "ragioni essenziali dell'ordinamento"⁵²⁶, poiché rispondono a bisogni che siano di volta in volta percepiti come rilevanti.

Il servizio pubblico è connesso pertanto ad una autonoma decisione di assunzione dello stesso da parte dell'amministrazione, la quale definisce - *eterodefinisce* - il contenuto della prestazione, le caratteristiche - i requisiti minimi - della stessa - il ritmo dell'erogazione. Il servizio pubblico, o meglio, la prestazione che ne è oggetto, si caratterizza generalmente per la continuità nel tempo e per il fatto di rivolgersi a porzioni della domanda verso le quali l'attività economica di iniziativa privata non sarebbe rivolta, per mancanza di economicità.

Si vede come il servizio pubblico non si differenzi da un'attività di iniziativa economica privata, nella sostanza del suo contenuto, ma piuttosto nelle condizioni, nelle circostanze nelle quali ne è intrapresa la fornitura. E' noto come l'intervento della pubblica amministrazione nel garantire un pubblico servizio sia necessario in quei casi in cui gli investimenti necessari al soddisfacimento della domanda non sarebbero sostenibili - allo stato dei fatti - da soggetti privati.

Si è detto che il servizio pubblico è caratterizzato dall'*eterodefinizione* del contenuto della prestazione, che si sostanzia poi in eterodefinizione dell'obbligazione che si instaura fra utenti e gestore del servizio, il quale può essere un soggetto privato. Posta altresì la sostanziale omogeneità dell'attività di iniziativa economica privata e dell'attività di servizio, si nota come l'eterodefinizione dei fini e delle modalità di erogazione che qualifica il servizio come tale possa coincidere con una attività di programmazione e controllo sull'attività economica privata, tanto da influire appunto su determinati elementi della prestazione - quelli cioè che l'amministrazione vuole garantire alla collettività⁵²⁷.

⁵²⁵ ALB. ROMANO., *Le concessioni dei posti di vendita nei mercati all'ingrosso*, cit., 215..

⁵²⁶ R. CAVALLO PERIN, *art. 112*, in *Commentario breve al testo unico sulle autonomie locali*, in *Breviaria Iuris*, diretto R. Cavallo Perin e Alb. Romano, Padova, Cedam, 2006, 609;

⁵²⁷ U. POTOTSCHNIG, *I pubblici servizi*, Padova, 1964, 291-293.

Anche il servizio pubblico presenta dunque aspetti di organizzazione e può anzi essere definito come “organizzazione dell’attività economica per la produzione di utilità non giuridiche”⁵²⁸. D’altro canto, l’attività di programmazione e controllo dell’iniziativa economica privata esiste in capo all’amministrazione come esercizio di una funzione di indirizzo e coordinamento dell’attività economica stessa a fini sociali (art. 41, co. 3 cost.), ancor prima che come organizzazione finalizzata alla garanzia di un servizio pubblico.

Alle difficoltà che si associano alla riconduzione del mercato a una definizione di servizio pubblico, quanto all’identificazione della prestazione e dei destinatari e alle esaurire nella categoria giuridica di servizio il fenomeno mercatale, si affianca la difficoltà nell’indagare la natura dell’attività organizzativa che caratterizza il mercato come eterodefinizione di una prestazione di servizio o, altrimenti, come funzione di indirizzo e coordinamento a fini sociali dell’iniziativa economica privata dei commercianti che al mercato prendono parte.

Posto dunque che l’elemento organizzativo - tanto nella sua componente materiale, tanto in quella giuridica e prevalente - non è d’aiuto nella scelta della definizione del mercato come bene o come servizio, pare utile rivolgersi a due ulteriori aspetti che caratterizzano variamente tanto il bene demaniale, quanto il servizio pubblico e la cui differente configurazione in relazione ai mercati nazionali può risultare utile alla qualificazione degli stessi: la doverosità e l’interesse perseguito. Infine, pare utile riflettere sulla regolamentazione dell’accesso al mercato (selezione dei partecipanti), come aspetto determinante, nell’ambito dell’organizzazione dello stesso, la natura di ciò “a cui si accede”.

L’uso generale che caratterizza i beni del demanio - non esclusivo ed erga omnes (non del titolare)⁵²⁹ - correlato alla garanzia di libertà individuali e diritti fondamentali non genera un’obbligazione dell’amministrazione: non sorge cioè in capo ai cittadini un diritto propriamente detto a che l’amministrazione titolare di un bene demaniale lo appresti per consentirne il godimento. D’altra parte, la connessione del bene demaniale alla garanzia di diritti fondamentali condiziona la doverosità dell’attività amministrativa diretta alla garanzia degli stessi, ove alla pa sia attribuito un potere⁵³⁰ - identificato nella titolarità del bene pubblico e quindi nella titolarità della gestione - volto alla tutela di interessi costituzionalmente garantiti - come può essere il

⁵²⁸ R. CAVALLO PERIN, *art. 112, in Commentario breve al testo unico sulle autonomie locali*, in *Breviaria Iuris*, diretto R. Cavallo Perin e Alb. Romano, Padova, Cedam, 2006, 609; U. POTOTSCHNIG, *I pubblici servizi*, cit. 291-293.

⁵²⁹ R. CAVALLO PERIN, *Proprietà pubblica e uso comune dei beni tra diritti di libertà e doveri di solidarietà*, in *Diritto e processo amministrativo. Giornate di studio in onore di Enrico Follieri*, a cura di V. Fanti, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2019, 309-327; già in *Diritto amministrativo*, 4/2018, 839-862;

⁵³⁰ E. CASETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, cit. 170, F. BENVENUTI, *Eccesso di potere amministrativo per vizio della funzione*, Napoli, Jovene, 1950; ID., *Funzione amministrativa, procedimento, processo*, Milano, Giuffrè, 1992. Se il procedimento è forma della funzione amministrativa[#], si può definire la funzione come l’attività - giuridica - che

diritto di libertà⁵³¹, il diritto alla salute⁵³² e in via mediata il diritto al cibo. Il pubblico interesse garantito dall'amministrazione tramite il bene demaniale può coincidere altresì con l'indirizzo a fini sociali dell'attività di iniziativa economica privata (art. 41, co. 3 Cost.) e con la relativa funzione.

Al contrario, l'assunzione di un servizio comporta il sorgere di un'obbligazione in capo alla pubblica amministrazione e il corrispettivo diritto degli utenti a ricevere la prestazione come definita con l'atto di assunzione. Quanto alla doverosità insita nell'assunzione del servizio, stante la libertà dell'amministrazione del decidere se assumere o meno un servizio come pubblico, si ritiene che essa sia anche in questo caso connessa alla garanzia di diritti costituzionalmente tutelati.

Aspetti di doverosità, tutela di interessi pubblici e garanzia di diritti costituzionalmente garantiti caratterizzano in vario modo la gestione dei beni demaniali e i servizi pubblici. D'altro canto, l'organizzazione come selezione dei concessionari dei posteggi, degli spuntisti in occupazione giornaliera e delle categorie merceologiche appare, ad oggi, configurarsi come regolazione dell'accesso al mercato da parte dei commercianti - accesso che risulta libero per gli acquirenti - più che come organizzazione dell'attività economica degli ambulanti.

La selezione dei venditori risulta necessaria in ragione della funzione stessa cui tramite il mercato si adempie, di regolamentazione dell'attività economica privata a tutela di interessi generali, fra cui rientra il mantenimento di uno stato di concorrenzialità nell'ambito del mercato nazionale, tale che per gli ambulanti e in particolar modo per i contadini il mercato si mantenga luogo di scambio economicamente "conveniente", con conseguente garanzia dell'accesso al cibo alla popolazione urbana. tale concorrenzialità e il bilanciamento della rete mercatale con i bisogni alimentari della popolazione cittadina non sarebbe garantito in caso di accesso indiscriminato all'attività mercatale.

Di qui si può altresì ricavare la necessità che siano definiti criteri per l'assegnazione dei posteggi che rispettino i principi di trasparenza e parità di trattamento e che - pur tenendo in debita considerazione l'interesse dei concessionari a godere di tale stabilità che consenta loro un ammortamento degli investimenti e un reale impegno nel mercato - tenga altresì conto delle mutate capacità degli operatori, delle migliori capacità di nuovi operatori e dell'emergere di nuove esigenze nel contesto urbano⁵³³. Ciò, indipendentemente dall'effettiva scarsità del bene mercato⁵³⁴ - scarsità che si è visto essere un concetto relativo - o dalla rilevanza transnazionale delle concessioni mercatali⁵³⁵.

Determinate le condizioni per l'accesso al mercato, non si ha peraltro una garanzia minima di prestazioni - approvvigionamenti - né l'amministrazione entra nel

⁵³¹ Art. 13 Cost. E' il caso del fiume portato come esempio da Santi Romano: la limitazione del diritto al godimento del fiume quale bene pubblico è limitazione non tanto del diritto di proprietà, quanto del diritto di libertà personale. Si veda: SANTI ROMANO, *La teoria dei diritti pubblici subiettivi*, in *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano*, a cura di V.E. Orlando, Milano, 1900, 187.

⁵³² Art. 32 Cost.

⁵³³ ALB. ROMANO., *Le concessioni dei posti di vendita nei mercati all'ingrosso*, cit. 225.

⁵³⁴ Dir. (UE), n. 123/2006, art. 12.

⁵³⁵ Art. 49 TFUE.

merito dell'attività di vendita da parte degli ambulanti - salvo il rispetto della categoria merceologica corrispondente all'atto autorizzativo e la decadenza dalla concessione per prolungata assenza. L'organizzazione del mercato pare configurarsi, ad oggi, più come regolamentazione dell'accesso al bene mercato, che come organizzazione dell'attività commerciale degli ambulanti, volta a garantire un pubblico servizio.

L'attività di gestione della rete mercatale, intesa come gestione di bene pubblico, comprende l'attività di programmazione della rete stessa, in accordo con la normativa sul commercio⁵³⁶ e tenuto conto del divieto di condizionare il rilascio delle autorizzazioni a verifiche di natura meramente economica - esistenza di un bisogno economico, di una domanda di mercato valutazione degli effetti economici potenziali o effettivi dell'attività⁵³⁷. tali valutazioni possono essere effettuate se funzionali al perseguimento di un interesse altro rispetto a quello meramente economico.

Tale risulta l'interesse a un sufficiente e omogeneo approvvigionamento della popolazione urbana, che porta l'amministrazione a definire il piano mercati cittadino sulla base di un'analisi dei bisogni della popolazione stessa, in modo tale da creare le condizioni per un'efficiente amministrazione del bene mercato. Nel caso in cui l'amministrazione verificasse l'esistenza di carenze nella copertura commerciale fornita tramite i mercati, ad esempio per una percepita dis-economicità dell'attività di commercio su area pubblica in determinati quartieri urbani, potrebbe ritenere necessaria l'assunzione del mercato come servizio, al fine di garantire la copertura minima cui l'iniziativa economica privata dovesse mancare.

3. Città e mercati come elementi costitutivi di un sistema complesso. Urbanizzazione e fenomeno smart.

La definizione di smart city non è univoca, anche se si può chiamare smart la città che affronti questioni di interesse pubblico sulla base di soluzioni dell'Information and Communication Technology (ICT), secondo una prospettiva che tenga conto dei molteplici interessi e delle parti coinvolte⁵³⁸.

In un contesto di costante crescita della popolazione urbana e di correlata necessità di rafforzare l'apparato per la fornitura di servizi, emerge la rilevanza delle città come centri in cui sperimentare l'applicazione delle nuove tecnologie all'amministrare pubblico e alla gestione delle risorse dell'information and communication technology, con lo sfruttamento delle informazioni derivanti dall'elaborazione dei dati a disposizione dell'amministrazione - *big data analysis* - e con l'utilizzo di tali informazioni come mezzo per la ridefinizione dei servizi e la gestione dei beni urbani.

Il concetto di smart city emerge non solo come nuovo e "moderno" approccio all'amministrazione urbana, ma come strumento e occasione per la soluzione di problemi quali l'informatizzazione e la digitalizzazione dei servizi⁵³⁹, la riduzione del

⁵³⁶ Dlgs. n. 114/1998, art. 27 ss.

⁵³⁷ Dir. (UE), n. 123/2006, art. 12.

⁵³⁸ Agid, *Architettura per le comunità intelligenti*, 2012

⁵³⁹ D. DONATI, *La digitalizzazione del patrimonio culturale. Caratteri strutturali e valore dei beni, tra disciplina amministrativa e tutela opere d'ingegno*, in *P.a. persone e amministrazione*,

digital divide e dell'ingiustizia sociale, questioni relative allo sviluppo sostenibile, alla sostenibilità ambientale, alla food safety e food security.

Sono sei gli assi identificati come fondanti il concetto di smart city, anche se non univoco è l'approccio relativo alla consistenza minima di requisiti affinché una città possa definirsi "smart" - in alcuni casi si richiede la contemporanea esistenza di tutti i sei aspetti di sviluppo intelligente⁵⁴⁰, mentre in altri casi si ritiene che uno dei sei elementi basti a configurare la smart city - interpretazione, questa, adottata dal Parlamento europeo⁵⁴¹.

La specializzazione dei servizi - anche quale leva di sviluppo sostenibile - diventa un elemento fondamentale della città - e della qualificazione stessa del centro urbano quale città. Nel contesto *smart*, si richiede che i servizi siano sostenibili, efficienti, riutilizzabili e utilizzabili in condivisione, oltre che guidati dall'utilizzo dei dati come fonte di informazione su cui valutare programmazione e valutazione dell'adeguatezza dei servizi medesimi. La specializzazione dei servizi è elemento di modernità, ma non si deve peraltro scordare come "Città" sia in origine stato titolo d'onore di derivazione nobiliare che veniva attribuito ai centri urbani insigni per particolare attuale importanza⁵⁴². Tale titolo venne poi accolto nell'ordinamento della Repubblica Italiana e mantenuto in capo ai comuni ove questi rispettassero la condizione, originariamente prevista nel testo unico degli enti locali ed oggi abrogata, di aver provveduto lodevolmente a tutti i pubblici servizi e in particolar modo alla pubblica assistenza⁵⁴³.

La città dunque come addensamento di popolazione attorno a un nucleo in cui si concentrano scambi commerciali, politici e culturali. L'urbanizzazione, intesa come graduale e continuo aumento della popolazione urbana, ha condotto a un assetto dell'organizzazione pubblica tale per cui le città sono state valorizzate come centri principali di erogazione di servizi pubblici, i quali sono rivolti all'ambito territoriale di riferimento, urbano o extra-urbano.

Proprio il rapporto fra città e campagna, fra centro urbano di maggiore e minore dimensione, come conseguenza degli scambi di beni e servizi e al transito di persone (flussi), fa della città un punto di collegamento nel transito che unisce centri diversi. In questo senso le città possono essere interpretate, secondo i parametri della network science - ossia della scienza delle reti - come nodi di una rete. In quanto centri di regolazione dei flussi che le attraversano, le città indirizzano i flussi medesimi da un

2019, 323-327; E. CARLONI, *Algoritmi su carta. Politiche di digitalizzazione e trasformazione digitale delle amministrazioni*, in *Diritto pubblico*, 2019, 363 ss; G. CARULLO, *Gestione, fruizione e diffusione dei dati dell'amministrazione digitale e funzione amministrativa*, Torino, 2017; F. COSTANTINO, *Autonomia dell'Amministrazione e innovazione digitale*, Napoli, 2012; D.U. GALETTA, *Algoritmi, procedimento amministrativo e garanzie: brevi riflessioni, anche alla luce degli ultimi arresti giurisprudenziali in materia*, *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, 2020, 501.

⁵⁴⁰ Comitato economico e sociale europeo, parere d'iniziativa, «Le città intelligenti quale volano di sviluppo di una nuova politica industriale europea», Relatrice Daniela Rondinelli, TEN/568, Bruxelles, 1.7.2015

⁵⁴¹ Report *Mapping smart cities in Eu*, DG for the internal policies, 2014.

⁵⁴² R. CAVALLO PERIN, *L'ordinamento giuridico delle città*, in *Scritti in onore di Franco Pizzetti*, a cura di C. Bertolino, T. Cerruti, M. Orofino, A. Poggi, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2020, 367; R. CAVALLO PERIN, G. M. RACCA, *Smart Cities for an Intelligent Way of Meeting Social Needs*, in *Le futur du droit administratif. The future of administrative law*, direction J. B. Auby, SciencesPo, LexisNexis, 2019, 431-437.

⁵⁴³ Art. 18 dlgs 267/2000, già r.d. 7 giugno 1943, n. 651

nodo (città o centro minore) all'altro della rete. I nodi più connessi costituiscono *hubs* ossia punti di riferimento per i nodi minori e meno connessi, tramite i quali i nodi periferici vengono connessi a i centri principali e connessi fra loro. Si pensi al flusso di persone che da centri minori confluisca nel capoluogo e lì si incontrano per scambiare merci: in questo caso la distanza fra centri minori è topograficamente – non geograficamente – maggiore rispetto a quella fra centro minore e centro maggiore.

La città così intesa è un “elemento” che preso in considerazione con altri elementi dà origine a un sistema, ove per sistema si intende un insieme di varie componenti, considerate in relazione fra loro. Il sistema è dunque ciò che si genera dall'unione degli elementi che lo compongono e dalle relazioni che si instaurano fra essi. Ciascun sistema gode di determinate proprietà, che possono appartenere esclusivamente al singolo sistema preso in esame o essere da questo condivise con altri. In particolare, i sistemi definiti “complessi” condividono alcune caratteristiche comuni.

Si tratta di sistemi fortemente interconnessi, il cui comportamento e le cui proprietà non possono essere ricavate dalla semplice sommatoria delle caratteristiche delle singole componenti. I sistemi complessi evolvono nel tempo, in forza delle interconnessioni che si creano fra i loro elementi. Si parla di connessione fra elementi, il che rimanda all'idea di flussi: sono proprio i flussi (di informazioni, persone, servizi, merci, energia) che creano le connessioni, generando un sistema a rete, che ben può essere rappresentato secondo le modalità della *network science*⁵⁴⁴.

Sono numerosi i sistemi a rete che ci circondano e che presentano i caratteri della complessità, dai sistemi biologici come quelli rappresentativi delle interazioni fra geni, proteine e metaboliti all'interno dei sistemi cellulari (network cellulari), il sistema delle relazioni interpersonali, compresi i legami familiari, di amicizia e professionali (network sociali), le reti per la trasmissione di energia, le reti commerciali e di comunicazione.

Particolarmente esemplificativa risulta la rete rappresentata da Internet, che si sviluppa seguendo le proprietà tipiche dei sistemi complessi ed è adatto a spiegare il fenomeno dell'invarianza di scala. Una rete a invarianza di scala è tale per cui il rapporto fra il numero di nodi e il numero delle loro connessioni è esponenziale negativo. Il termine fu introdotto da Albert-László Barabási⁵⁴⁵ per spiegare il fenomeno caratteristico dei sistemi complessi per cui se un nodo deve stabilire un nuovo collegamento, questo si dirigerà verso un nodo già molto collegato e non verso un nodo "periferico". Tale fenomeno ha come conseguenza che pochi nodi saranno sempre più connessi (questi nodi sono chiamati *hubs*) mentre molti nodi avranno una scarsa connettività.

L'invarianza di scala dà origine a una distribuzione statistica cosiddetta *long tail*, che si contrappone alla distribuzione secondo la curva gaussiana. Nei sistemi long-tailed, come si è detto, vi sono pochi elementi caratterizzati da alto coefficiente di clustering (connettività) e molti elementi poco connessi. Se si trattasse di una rete casuale, la distribuzione dei punti sarebbe quella gaussiana per cui a un gran numero di

⁵⁴⁴ ALBERT-LÁSZLÓ BARABÁSI, *Network science*, Cambridge University Press, Cambridge, 2016; Id., *Link, la scienza delle reti*, Einaudi, 2004; S. Thurner, R. Hanel, P. Klimek, *Introduction to the Theory of Complex Systems*, Oxford University Press, 2018.

⁵⁴⁵ ALBERT-LÁSZLÓ BARABÁSI, *Network science*, Cambridge University Press, Cambridge, 2016, 113 ss.

punti con un valore medio di connessioni si affiancherebbero pochi punti molto connessi e pochi punti poco connessi.

I sistemi complessi - e internet - si caratterizzano altresì per la proprietà c.d. *small world*, tale per cui luoghi geograficamente molto distanti risultano topologicamente vicini, in considerazione delle connessioni tra essi stabilite. Si nota come gli hubs possano pertanto risultare topologicamente più vicini (in quanto meglio connessi), rispetto a nodi geograficamente più vicini, ma meno connessi. E' il caso evidente dei sistemi di trasporto pubblico: risulta talvolta più veloce spostarsi da un capoluogo a un altro, piuttosto che fra due paesi montani poco connessi fra loro.

Internet è un sistema a crescita spontanea, la cui evoluzione su larga scala è effetto dell'interazione cooperativa fra soggetti a livello locale - si può dire che si tratti di un *sistema complesso auto-organizzantesi*. Auto-organizzazione e cooperazione dunque come elementi caratteristici: lo sviluppo della rete si basa su uno scambio di idee e sull'accesso libero a standard tecnici. A ben vedere, si può affermare che in internet viga il principio di effettività⁵⁴⁶. Gli standard su cui si basa il comportamento di internet vengono introdotti e se funzionano "si fissano" divenendo una "regola" di internet. Sono inoltre vagliati da un'autorità che è tale in quanto riconosciuta dagli utenti e si affermano come consuetudini. Lo sviluppo è dinamico, dovuto alla presenza di un flusso di informazioni che dà origine a collegamenti fra punti della rete. I sistemi stanno poi fra loro in rapporti di intersezione, per cui è possibile che anche ciascun singolo sistema per sé considerato possa rappresentare un nodo di una rete.

La fenomenologia a rete - e lo studio dei meccanismi di funzionamento delle reti - risultano utili se applicati all'erogazione dei servizi nella smart city, con particolare riferimento allo studio delle forme di gestione dei beni urbani e all'erogazione di servizi a rete (trasporti, elettricità, acqua, poste). I sistemi complessi in quanto fenomeni a sviluppo spontaneo e auto organizzantesi si comportano secondo meccanismi che sempre più assumono interesse in relazione a forme emergenti di amministrazione e auto-amministrazione a sviluppo spontaneo "dal basso"⁵⁴⁷. Si sviluppa cioè l'idea di una produzione e gestione di beni e servizi che sia non solo rigidamente definita dall'amministrazione a priori, ma almeno in parte orientata e condizionata da un'analisi contestuale dei bisogni della collettività.

Ciò può avvenire sia tramite l'autoproduzione di servizi o la gestione di beni - si veda il caso dei beni comuni - volta a produrre utilità per una comunità anche non coincidente con il territorio di cui un'amministrazione pubblica sia esponenziale, sia ad opera delle amministrazioni, tramite la costante analisi dei dati - *big data analysis* -

⁵⁴⁶ R. CAVALLO PERIN; G. COLOMBINI; F. MERUSI; A. ROMANO (a cura di), *Attualità e necessità del pensiero di Santi Romano*, Pisa 14-15 giugno 2018, Napoli, Editoriale Scientifica, 2019

⁵⁴⁷ F. GIGLIONI, *La "domanda" di amministrazione delle reti intelligenti*, in *Istituzioni del federalismo*, 2015, 1049; D. DONATI, *Principi di sussidiarietà verticale e orizzontale* in *Il diritto amministrativo nella giurisprudenza*, a cura di M. de Donno, G. Gardini, M. Magri, Maggioli, 2022 101-118; ID. *Il principio di sussidiarietà orizzontale nella legislazione regionale in Territori e autonomie. Un'analisi economico-giuridica*, a cura di F. Bassanini, F. Cerniglia, A. Quadrio Curzio, L. Vandelli, Bologna, Il Mulino, 2016, 181-199; R. LOMBARDI, *Principi di diritto ambientale, funzioni amministrative ed enti locali: dal "diritto degli spazi" al "diritto del territorio"*, in *Principi generali del diritto amministrativo ed autonomie territoriali*, a cura di F. Astone, M. Calderera, F. Manganaro, A. Romano Tassone, F. Saitta, Giappichelli, Torino, 2007; ID., *Ambiente e mercato: note minime per una nuova prospettiva d'indagine sui beni comuni*, in *Scritti in onore di Franco Bassi*, Vol. II, Edizione Scientifiche Italiane, Napoli, 2015, 1451-1478.

relativi al comportamento degli utenti e al modificarsi dello stesso, al variare delle circostanze.

Il concetto di *smartness* concilia dunque due elementi dell'utilizzo delle ICT e dell'auto amministrazione (o amministrazione spontanea) in ogni caso nell'ottica di un "avvicinamento" dei servizi ai bisogni della collettività, ossia di una maggiore rispondenza agli stessi, in senso di istruttoria dinamica e continuativa nel tempo. La *smartness* indica altresì la capacità di amministrare in modo "comprensivo", utilizzando beni e servizi ai fini di uno sviluppo sostenibile e che coinvolga il soddisfacimento di più bisogni (servizi ri-utilizzabili e co-utilizzabili)⁵⁴⁸.

Si tratta di servizi co-prodotti, generati cioè tanto da una programmazione dall'alto, quanto da fenomeni generati dal basso (sussidiarietà intesa in senso orizzontale, art. 118 cost)⁵⁴⁹. In questo contesto, due sono i rilievi. da un lato, l'importanza del territorio come elemento che caratterizza le eterogenee esperienze amministrative: i fenomeni di gestione dal basso di un bene o di un servizio si riferiscono infatti a comunità che fanno capo a un determinato ambito, solitamente di carattere territoriale. In secondo luogo, emerge il ruolo dell'amministrazione quale elemento unificante le varie esperienze, quale soggetto coordinatore in grado di ricondurre la pluralità delle esperienze ad una unità che, appunto, assume le forme di una rete intelligente - di una c.d. *smart grid*⁵⁵⁰.

Negli ultimi anni, gli studi sullo sviluppo urbano, sulle smart cities e sullo sviluppo sostenibile si sono sempre più concentrati sui risvolti che la pianificazione stessa può avere sulla salute pubblica, sull'alimentazione, sulla coesione sociale, oltre che, come già da tempo, sullo sviluppo commerciale, sulla tutela dei centri storici e sulla valorizzazione dei beni di particolare valore artistico-culturale. Nell'ambito della pianificazione, il mercato rappresenta un elemento di inestimabile valore, proprio per la molteplicità dei suoi significati e degli obiettivi che consente di raggiungere contemporaneamente.

I mercati rionali, con i loro spazi dedicati ai produttori agricoli, rappresentano non solo uno sbocco commerciale per i contadini, ma sono oggi punto di accesso a buon cibo a prezzo contenuto. Garantiscono in tal modo il diritto al cibo - sano - e tramite questo, alla salute. Rappresentano un elemento fondamentale nell'ambito di quelli che sono definiti negli studi teorici e nella pratica della pianificazione e progettazione urbana i sistemi urbani del cibo (urban food systems). A ciò si aggiunga il loro ruolo come punti di incontro e facilitazione delle relazioni sociali e il loro ruolo nella creazione di occasioni di lavoro e integrazione anche per alcune fasce deboli della popolazione.

Si è parlato della città come luogo di governo dei flussi: all'interno della città il mercato rionale è una delle "valvole" tramite le quali tali flussi transitano. Inoltre, i mercati tendono a relazionarsi con il commercio in sede fissa, dando origine ad aggregazioni commerciali che possono essere studiate secondo il modello dei sistemi complessi. I mercati rischiano peraltro di vivere momenti di crisi, dovuti al modificarsi della struttura urbana e delle abitudini alimentari, al sorgere di centri commerciali e supermercati che rappresentando una modalità alternativa per l'acquisto di prodotti,

⁵⁴⁸ European commission, Urban data platform, <https://urban.jrc.ec.europa.eu/thefutureofcities/provision-of-services>

⁵⁴⁹ D. DONATI, *Principi di sussidiarietà verticale e orizzontale* cit. 101-118;

⁵⁵⁰ F. GIGLIONI, *La "domanda" di amministrazione delle reti intelligenti*, cit. 1049;

anche alimentari, ma che dal mercato si distanziano per la carenza del ruolo di coesione sociale e di valorizzazione culturale di cui si è detto.

4. Mercati rionali e digitalizzazione: un caso di machine learning applicato all'amministrazione

I mercati rionali esistono non in quanto entità autonome, ma in stretta e sinergica connessione con l'ambiente circostante, con il quale entrano in relazione, creando reti e connessioni. Questo collegamento con il mondo circostante riguarda sia il bacino di utenza – in quanto al momento della creazione del mercato un importante elemento valutativo consiste nel calcolo dell'area di interesse del mercato stesso, in termini di metratura di raggio⁵⁵¹ – sia il commercio in sede fissa. I due aspetti si rivelano intrinsecamente collegati in relazione alla selezione dell'offerta merceologica, in quanto questa dipenderà dalle necessità di integrazione dell'offerta in sede fissa, variabile a seconda dell'area urbana – raggio – di interesse.

La relazione tra commercio su area pubblica e commercio in sede fissa varia secondo criteri che possono essere ipotizzati secondo un ragionamento logico. Si può ipotizzare ad esempio che i mercati di medie dimensioni e specializzati si integrino con gli addensamenti commerciali urbani preferibilmente consolidati. I mercati di grandi dimensioni, completi e con forte grado di attrattività, pur potendo esistere autonomamente rispetto al commercio in sede fissa, sono preferibilmente collocati nei pressi di addensamenti commerciali fissi, in modo che non si crei un effetto di sviamento dell'affluenza dei clienti. In questo caso è il commercio fisso a beneficiare maggiormente del rapporto sinergico. Uguale reciproca influenza riguarda i mercati di piccole dimensioni, ma in senso inverso: nel senso cioè che l'assenza di uno – il commercio in sede fissa – determina la necessaria/auspicabile presenza dell'altro – commercio su area pubblica.

Nella gestione dei mercati, l'amministrazione comunale si trova nella necessità di compiere valutazioni di tal sorta, con un ampio margine di discrezionalità – tenuto anche conto del fatto che negli enti territoriali, uno dei rapporti più caratteristici fra la popolazione e il territorio consiste nel fatto e nella maniera della distribuzione della popolazione sul territorio⁵⁵². Le scelte comunali circa la localizzazione delle attività commerciali in aree pubbliche di interesse storico artistico operate adottando un apposito regolamento di polizia urbana⁵⁵³ non possono ritenersi sindacabili in sede di legittimità, se non per macroscopici vizi logici⁵⁵⁴. Logicità e congruità nell'esercizio di tale potere discrezionale possono essere sindacate – nella predisposizione di politiche o nei poteri di gestione – tenendo conto delle conoscenze e dei dati tecnici e scientifici che la stessa aveva a disposizione al momento di provvedere⁵⁵⁵.

⁵⁵¹ DCR Piemonte 1 marzo 2000, n. 626-3799, art. 8; Regolamento n. 305 della Città di Torino, approvato con deliberazione del Consiglio Comunale 21/2/2005, art. 3.

⁵⁵² M. C. ROMANO, *Autonomie comunali e situazioni giuridiche soggettive, I regolamenti conformativi*, Napoli, 2012. P. 65

⁵⁵³ L. 28 marzo 1991, n. 112, art. 3, co. 13,

⁵⁵⁴ C. Stato, sez VI, 19 aprile 2002, n. 2131, Repertorio, 2002

⁵⁵⁵ Art. 191 TFUE, in materia di politica ambientale; CGUE:XXXX

Distribuzione commerciale, popolazione residente e flussi di persone sono fatti o fenomeni, per ciò solo associati a dati e informazioni che è possibile raccogliere ed analizzare – ove tale possibilità è parametrata non solo alla loro materiale disponibilità, ma anche allo sviluppo di tecniche di analisi dei dati e di machine learning. Comportamenti e relazioni vengono individuati ed evidenziati dagli algoritmi associati a modelli di *machine learning*, senza dover essere intuitivamente “inferite”. Una osservazione analitica si sostituisce alla nozione di senso comune: tramite la *data analysis* è in grado di indicare quali fattori influenzino maggiormente i fenomeni studiati. Ci si chiede dunque se, alla luce della disponibilità di tecnologie che rendono possibile l’acquisizione di un tal grado di conoscenza, non se ne debba tener conto nella valutazione della proporzionalità dei provvedimenti dell’amministrazione e nell’adeguatezza delle scelte di gestione⁵⁵⁶.

L’analisi dei fenomeni complessi e a rete si presta particolarmente all’utilizzo di sistemi di *machine learning*. tramite l’utilizzo di algoritmi. A tal fine è necessario individuare un problema cui possa darsi una soluzione, elaborare un algoritmo che rappresenti il processo di soluzione del problema (*output*) a partire da dati a disposizione (*input*) e creazione di un set di dati organizzati da cui il software di machine learning (il modello) riesca a trarre informazioni.

Studi in materia di intelligenza artificiale hanno dimostrato che, ai fini del risultato finale, la disponibilità di una grande quantità di dati supera in efficacia l’utilizzo di algoritmi “migliori” per la lettura dei dati medesimi. Il processo di creazione di un modello di machine learning prevede una prima fase di di istruzione e allenamento (training session), una fase di verifica (test session) e una fase di elaborazione di dati⁵⁵⁷. Nella prima fase, una parte (la più consistente in termini quantitativi) dei dati a disposizione per l’analisi è utilizzata associando input e output conosciuti. Nella fase di test, sono inseriti gli input. Gli output sono conosciuti e vengono utilizzati per la verifica dell’esito dell’analisi dati (buon funzionamento del modello). La terza e ultima fase comporta l’inserimento di input per i quali sarà la macchina di machine learning a prevedere l’output non conosciuto a priori).

I modelli di machine learning si servono di algoritmi, che sono sequenze di operazioni, dette anche istruzioni, volta alla soluzione di un problema. Un algoritmo deve essere costituito da una serie definita di operazioni. Deve essere inoltre strutturato in modo tale per cui a partire dai medesimi input si arrivi agli stessi dati in output (deterministico). Non deve portare a risultati ambigui nella interpretazione. Gli algoritmi possono quindi essere utilizzati a fini istruttori, a partire dalla grande quantità di dati di cui le amministrazioni sono in possesso - o possono entrare in possesso acquisendole da terzi - la cui disponibilità deriva dall’utilizzo massivo di tecnologie dell’informazione e della comunicazione. Queste ultime comportano infatti spesso la raccolta di informazioni - si pensi all’accesso a piattaforme online o alla registrazione di informazioni sia ambientali, sia relative agli utenti, che si connettono con lo sfruttamento delle tecnologie dell’IoT o alla raccolta di dati ulteriori, anche non necessari all’uso nell’ambito del quale sono stati rilevati. O ancora alle informazioni che si possono ricavare dai rilievi fotografici effettuati tramite servizi di navigazione

⁵⁵⁶ C.G.U.E., sez V, 17 ottobre 2013, C-101/12;

⁵⁵⁷ C. TASSO, *Attori, processi, meriti e responsabilità nell’utilizzo di algoritmi di Intelligenza Artificiale: il caso del Machine Learning*, in *L’amministrazione pubblica con i big data: da Torino un dibattito sull’intelligenza artificiale*, a cura di R. Cavallo Perin, Torino, *Quaderni del Dipartimento di Giurisprudenza dell’Università di Torino*, 2021, 19.

satellitare o rilievi fotografici volti ad alimentare sistemi di “mappatura” e che possono essere sfruttate ad esempio al fine di verificare lo stato dei luoghi in un determinato momento nel passato (recente è il caso giudiziario nel quale rilievi fotografici di tal genere erano utilizzati per verificare la sussistenza o meno di abusi edilizi⁵⁵⁸.

Gli algoritmi rientrano in realtà fra gli strumenti già utilizzati ai fini di quella che si può definire come “informatica tradizionale”, volta ad una dematerializzazione e informatizzazione di determinati compiti e procedure, come possono essere, per esempio, i procedimenti amministrativi di competenza comunale. Obiettivi dell’informatizzazione sono il miglioramento nella fornitura ed accessibilità dei servizi, aumento della trasparenza, contenimento dei costi e potenziamento dei supporti conoscitivi della pa (obiettivi già individuati dal d.lgs. 12 febbraio 1993, n. 39, art. 1)⁵⁵⁹.

L’informatizzazione della p.a. ne precede cronologicamente e logicamente la digitalizzazione, intesa quest’ultima non come semplice dematerializzazione e automatizzazione, bensì come applicazione di sistemi di apprendimento automatico e di elaborazione di previsioni sulla base dell’esperienza pregressa. Si tratta dei sistemi di intelligenza artificiale, di *big data analysis* e di *machine learning*, nell’ambito dei quali gli algoritmi vengono utilizzati per “processare” i dati che dall’insieme di tutti i dati a disposizione (*data lake*) vengono selezionati e organizzati in modo funzionale ai fini istruttori che con l’analisi ci si pone⁵⁶⁰.

Si tratta di obiettivi conoscitivi, che risultano particolarmente utili all’amministrazione nella fase istruttoria di ciascun procedimento e nella definizione dei servizi che intende fornire alla collettività. L’utilità si estende alla gestione dei beni pubblici e alle attività di programmazione e pianificazione. L’amministrazione mediante big data - ove nei dati si trova la sostanza di quelle esperienze pregresse di cui si è detto: i precedenti o la fotografia dello stato attuale di un fenomeno - diviene essenziale, una volta possibile⁵⁶¹, ai fini dell’adeguatezza dell’amministrazione e di una istruttoria sufficiente (eccesso di potere)⁵⁶². Nel caso dei mercati, per fare un esempio, l’esame dei dati relativi agli spostamenti di persone nei punti di localizzazione dei mercati potrebbe risultare utile al fine della valutazione dell’interesse transfrontaliero connesso alle concessioni degli stalli mercatali, con conseguente applicazione della disciplina europea sulle concessioni⁵⁶³.

L’utilizzo dell’algoritmo ai fini dell’amministrazione comporta un’interazione sinergica fra competenze giuridiche, matematico-informatiche e di *big data analysis*, tale da impostare il modello di analisi in modo differente a seconda che l’attività amministrativa sia vincolata o discrezionale. A tal fine è volta l’attività di *data preparation* ossia di organizzazione dei dati contenuti nel *data lake*.

⁵⁵⁸ Cass. n. 45900/2021

⁵⁵⁹ R. CAVALLO PERIN, *Pubblica amministrazione e data analysis*, in *L’amministrazione pubblica con i big data: da Torino un dibattito sull’intelligenza artificiale*, a cura di R. Cavallo Perin, Torino, Quaderni del Dipartimento di Giurisprudenza dell’Università di Torino, 2021, 11-18; C. TASSO, *Attori, processi, meriti e responsabilità nell’utilizzo di algoritmi di Intelligenza Artificiale: il caso del Machine Learning*, cit., 19.

⁵⁶⁰ R. CAVALLO PERIN, *art. 112*, in *Commentario breve al testo unico sulle autonomie locali*, cit. 606; R. CAVALLO PERIN, *Pubblica amministrazione e data analysis*, cit., 14.

⁵⁶¹ Art. 191 TFUE

⁵⁶² R. CAVALLO PERIN, *art. 112*, in *Commentario breve al testo unico sulle autonomie locali*, cit. 606; R. CAVALLO PERIN, *Pubblica amministrazione e data analysis*, cit., 14.

⁵⁶³ Dir. UE, n. 123/2006, art. 12; art. 49 TFUE.

A partire da un *data lake* - “luogo” destinato alla raccolta dei dati in differenti formati - siano essi strutturati o non strutturati, la *data preparation* ha come obiettivo la costruzione di un dataset adatto all’applicazione di un algoritmo, per l’“interrogazione” dei dati stessi, ove per *dataset* si intende un insieme di dati strutturati in forma relazionale, corrispondente alla tabella di cui ogni colonna rappresenta una variabile e ogni riga rappresenta un elemento del *dataset*. I singoli elementi contenuti nelle celle della tabella prendono il nome di *record*.

Nell’attività vincolata, le variabili del *dataset* corrispondono ai criteri fissati con legge per l’esercizio del potere amministrativo⁵⁶⁴. Si tratta di quei criteri rappresentanti lo standard da applicare ai casi concreti, alle fattispecie rappresentate dalle righe (cioè dagli elementi) del *dataset*. E’ da sottolineare come i criteri o standard siano comunque il frutto di una interpretazione delle disposizioni normative in cui sono fissati. Diversamente accade per i casi di attività discrezionale, relativamente ai quali le variabili del dataset sono rappresentate dai precedenti applicativi.

Si è detto che la pianificazione dei mercati si fonda, se non su motivi meramente economici, sulla valutazione di motivi di interesse generale. Un’amministrazione adeguata e la cui attività istruttoria risulti sufficiente, dunque non viziata da eccesso di potere, si fonda sull’esame di *tutti gli elementi a disposizione dell’amministrazione*, ai fini della valutazione in merito alla sussistenza di tali interessi pubblici.

L’utilizzo delle tecnologie di *big data analysis* e *machine learning* pare soddisfare il requisito posto alla base di una completa istruttoria nella pianificazione dei mercati, consentendo di conoscere la migliore strutturazione della rete mercatale, che massimizzi l’interesse pubblico perseguito dall’amministrazione, tenuto anche conto delle variazioni che si producono di volta in volta nei bisogni della collettività che la rete mercatale è volta a soddisfare - si è infatti visto come sia propria dei sistemi complessi e reticolari la tendenza ad evolvere e le nuove forme di amministrazione che si servono degli strumenti algoritmici possono adeguarsi a tali fenomenologie.

Si tratta di definire la collocazione dei mercati nel tessuto urbano, di definire la dimensione degli stessi e la composizione merceologica che ne massimizzi l’attrattività. Massimizzare l’attrattività dei mercati ha come fine quello di evitare fenomeni di “abbandono” di alcune aree mercatali, con una riduzione della domanda di posizionamento dei posteggi che comporta lo svuotamento del mercato, a fronte peraltro dell’impossibilità di soddisfare, in altre aree mercatali, la domanda di occupazione dei posteggi da parte degli ambulanti.

In conseguenza di tale mancanza di uniformità, si alimentano da un lato le inefficienze del sistema di “spunta”, mentre, d’altro canto, l’amministrazione comunale si trova a dover deliberare lo smantellamento dei mercati meno funzionanti, lasciando così scoperti quartieri che, poco attrattivi per le caratteristiche ad essi intrinseche, invece grandemente gioverebbero proprio dalla presenza di un mercato rionale fiorente, con tutti i vantaggi in termini di riqualificazione e valorizzazione.

Il progetto di *big data analysis* posto in essere dal gruppo di ricerca del Prof. Cavallo Perin (Dipartimento di Giurisprudenza, Università degli Studi di Torino) in collaborazione con il CSI Piemonte (Consorzio per i servizi informatici della Regione Piemonte) consiste proprio nell’elaborazione di un modello di *machine learning* che

⁵⁶⁴ R. CAVALLO PERIN, *Pubblica amministrazione e data analysis*, cit., 16.

renda possibile, a partire dai dati a disposizione relativi alla collocazione dei mercati, alla loro disposizione, alla superficie e al numero di banchi dedicati a ciascun settore merceologico, comprendere quale “combinazione” di fattori comporti una maggiore attrattività del mercato.

Ciò consente di comprendere se, fissa la collocazione in una determinata circoscrizione della città, modificare le caratteristiche di composizione del mercato - e nel caso, quali - risulti utile o meno a modificarne l'indice di attrattività, rendendo così l'attività di pianificazione realmente parametrata sullo studio della realtà dei fatti, tenuto conto dei dati tecnici e scientifici disponibili.

Il progetto si è concentrato sullo studio del tessuto mercatale e del commercio fisso torinese. Al fine di studiare l'attrattività dei mercati rionali, si è pensato di analizzare i flussi di persone per i punti corrispondenti alla collocazione di 20 (sui 43 totali) mercati torinesi. I flussi sono ricavati dalle informazioni relative all'aggancio dei telefoni cellulari alla cella telefonica corrispondente al punto di collocazione del mercato, preso in esame⁵⁶⁵.

Le informazioni così ricavate riguardano: il numero di passaggi, la frequenza delle visite su base settimanale, durata media della visita. I dati ricavati dall'aggancio alle celle telefoniche forniscono altresì informazioni sulla provenienza dei passanti e sulla loro tipologia: residenti, lavoratori, pendolari, passanti (presenza occasionale) e turisti. Si tratta di categorie ricavate associando una “qualificazione” a determinati comportamenti della persona: ad esempio sarà qualificata come residente quella persona che risulti presente nel punto di aggancio della cella telefonica per la maggior parte delle ore notturne. Al contrario, saranno identificati come lavoratori coloro che in fascia oraria tipicamente lavorativa risulteranno presenti nel punto corrispondente al mercato. Sono fornite alcune informazioni anagrafiche, quali età e sesso, pur considerato che i dati anagrafici possono riferirsi alla persona intestataria dell'abbonamento, più che al possessore del telefono.

Quanto ai dati relativi ai mercati, sono stati raccolti e inseriti nella piattaforma per l'elaborazione del modello le informazioni relative a collocazione dei mercati, numero posteggi, percentuale posteggi e superficie media (in concessione di tipo A, liberi per spuntisti, categoria dei battitori), rapporto fra numero di posteggi occupati e liberi, rispettivamente numero di posteggi, percentuale di posteggi e superficie media riferiti alle autorizzazioni per vendita di alimentari, extralimentari e produttori, rispettivamente numero di posteggi e superficie media riferiti ai settori merceologici alimentari (ortofrutta, prodotti ittici), extralimentari (fiori, vendita usato), categoria viaria e fascia di mercato⁵⁶⁶.

La fase di *data preparation*, consistita nella combinazione delle tabelle di partenza e volta a creare un dataframe/set che sia composto di una sola tabella che contenga per intero l'informazione di cui l'analisi si serve, ha condotto alla scelta degli algoritmi più adeguati allo studio della rete mercatale. Un modello di regressione lineare è stato scelto per lo studio sull'attrattività dei mercati rionali torinesi. Definito un indice

⁵⁶⁵ I dati sono stati acquistati da uno dei maggiori operatori telefonici attivi in Italia e forniscono informazioni tramite un aggiustamento statistico sui dati forniti, corrispondenti ad una quota pari a circa il 33 % degli abbonamenti telefonici. Non si trascura il fatto che le informazioni anagrafiche sui titolari degli abbonamenti non sempre corrispondono alle informazioni relative ai possessori del telefono, i cui spostamenti vengono di fatto rilevati.

⁵⁶⁶ Reg. del Comune di Torino di disciplina del canone di concessione per l'occupazione delle arre destinate al commercio su area pubblica.

di attrattività come rapporto fra numero di passaggi per il punto-mercato (aggancio alla cella telefonica corrispondente) e il numero di banchi componenti il mercato stesso, l'algoritmo di regressione lineare ha "estratto" l'indicazione delle variabili più influenti sull'indice di attrattività - ove l'influenza può essere negativa, cioè inversamente proporzionale - o positiva - cioè direttamente proporzionale all'attrattività.

Tale prima fase corrisponde alle due fasi di istruzione e allenamento della macchina (training session) e di verifica (test session). La terza fase è stata nel caso di specie sostituita da una simulazione. Determinate le variabili (caratteristiche del mercato) che influenzano maggiormente la variazione dell'indice di attrattività (passaggi/numero banchi), si può mediante il sistema di simulazione "impostare" tali variabili in modo da prevedere l'effetto che avrebbe sull'attrattività del mercato una variazione nella pianificazione dello stesso. L'amministrazione può così servirsi di uno strumento di studio - anche in tempo reale, ove i dati continuano ad essere inseriti nella macchina di machine learning - sull'andamento dei mercati e di simulazione relativamente all'effetto di eventuali provvedimenti che vengano adottati.

Vi è inoltre un rapporto fra mercati e ambiente circostante, che attiene tanto all'interesse in senso lato ambientale delle aree in cui il mercato si colloca, quanto alle relazioni che si instaurano fra commercio ambulante e commercio in sede fissa e flussi di persone nella zona circostante. Se le concessioni dei posteggi prevedono vincoli tali da accorpare articoli simili in zone attigue i consumatori risultano agevolati nel confronto delle offerte e potranno godere di maggiore consapevolezza e informazione. Relazioni si instaurano fra aree mercatali e concentrazioni di negozi fissi, con effetti sull'attività di scambio: ciò dipende dal potere attrattivo sui consumatori, dai meccanismi del mercato e dalle dinamiche dei flussi che si innescano mediante pianificazione delle aree mercatali.

Lo studio dell'interazione fra commercio in sede fissa e mercati ha richiesto l'impostazione di un modello di clusterizzazione, volto a studiare come i negozi si aggregano intorno ai mercati torinesi. E' stato utilizzato a tal fine un modello random forest, che - definito come parametro di "distanza" o "vicinanza" dal mercato la misura di 250 m, ha individuato quali negozi si aggregano in clusters - ossia raggruppamenti di elementi che si aggregano attorno a un unico punto che è il maggiormente vicino agli elementi del cluster stesso - il cui centro (detto centroide) corrisponda a un mercato. Il modello algoritmico così creato consente una lettura e analisi delle caratteristiche dei negozi clusterizzati attorno ai mercati rionali.