

	Osservatorio Legislativo Interregionale	Roma, 26 – 27 settembre 2013 Gianguido D'Alberto, Giovanni Giardino - Consiglio regionale dell'Abruzzo Giurisprudenza amministrativa in materia di commercio
---	---	---

GIURISPRUDENZA NON COSTITUZIONALE DI INTERESSE REGIONALE

	Osservatorio Legislativo Interregionale	Roma, 26 – 27 settembre 2013 Gianguido D’Alberto, Giovanni Giardino - Consiglio regionale dell’Abruzzo Giurisprudenza amministrativa in materia di commercio
---	---	---

RECENTI ORIENTAMENTI DELLA GIURISPRUDENZA AMMINISTRATIVA IN MATERIA DI COMMERCIO

1. Premessa. Ricognizione del quadro normativo essenziale in materia di commercio e sintesi della recente giurisprudenza costituzionale.

La presente relazione persegue l’obiettivo di fornire un primo sintetico approfondimento su alcuni recenti orientamenti della giurisprudenza non costituzionale sviluppatasi in materia di commercio con particolare riguardo ai più rilevanti settori di cui quest’ultima si compone (“Commercio al dettaglio e all’ingrosso in sede fissa”; “Vendita della stampa quotidiana e periodica”, “Commercio al dettaglio su aree pubbliche”)¹.

In via preliminare, tuttavia, appare opportuna una breve ricognizione della legislazione statale in materia di commercio alla luce dei numerosi interventi giurisprudenziali della Corte Costituzionale nonché della profonda evoluzione, spesso farraginoso, determinata negli ultimi anni in ragione del forte impulso liberalizzatore di matrice comunitaria.

Il primo intervento legislativo significativo in materia di commercio risale all’introduzione del decreto legislativo 31 marzo 1998, n. 114, attraverso cui l’intero settore subisce una revisione complessiva indirizzata da un lato verso una maggiore liberalizzazione volta a valorizzare la libera concorrenza rispetto al preesistente modello di pianificazione pubblica e, dall’altro, il principio di decentramento funzionale attraverso un rinnovato ruolo delle Regioni. A queste ultime vengono affidate significative funzioni di programmazione della rete distributiva e di definizione dei criteri di pianificazione urbanistica in relazione al settore commerciale ma anche poteri normativi di natura attuativa su determinati aspetti della distribuzione commerciale. Tuttavia, proprio l’attuazione del decentramento contenuto nel predetto decreto ha finito per contribuire a rallentare la spinta verso un mercato più libero rispetto alle intenzioni iniziali che avevano portato alla sua approvazione. In seguito all’entrata in vigore della Legge costituzionale 18.10.2001, n. 3 con cui si è completato il processo di riforma del Titolo V della Parte seconda della Costituzione, la materia del commercio è stata pacificamente ricondotta alla competenza legislativa residuale delle Regioni ex art. 117, comma 4, Cost. con conseguente applicazione della disciplina statale solo alle Regioni prive di una propria disciplina regionale in materia. Le Regioni hanno, quindi, adeguato i propri ordinamenti alla nuova struttura costituzionale di riparto delle competenze legislative statali e regionali, adottando specifiche legislazioni in materia di distribuzione commerciale anche in deroga al precedente assetto normativo stabilito a livello statale. Nel tempo, fermo restando il riconoscimento della competenza esclusiva regionale, l’interferenza del settore del commercio con altre materie ha generato un orientamento giurisprudenziale costituzionale che ha sottratto porzioni della stessa a favore del legislatore statale attraverso il riconoscimento del carattere trasversale di alcune materie di competenza statale esclusiva ex art. 117, comma 2, Cost, caratterizzata dall’attitudine ad intervenire in

¹ La presente relazione trae le mosse dal Dossier in materia di commercio predisposto dal Servizio Legislativo, Qualità della Legislazione e Studi del Consiglio regionale dell’Abruzzo nel mese di Giugno 2013, per la cui elaborazione hanno collaborato il Dott. Giovanni Giardino, la Dott.ssa Maria Laura Simeoni, la Dott.ssa Antonella Salvati, la Dott.ssa Rita D’Ambrosio e il Sig. Mauro Moretti.

	Osservatorio Legislativo Interregionale	Roma, 26 – 27 settembre 2013 Gianguido D’Alberto, Giovanni Giardino - Consiglio regionale dell’Abruzzo Giurisprudenza amministrativa in materia di commercio
---	---	---

settori eterogenei dell’ordinamento e a perseguire fini di ordine generale la cui realizzazione può essere garantita solo dal legislatore statale. Segnatamente la Corte ha riconosciuto il carattere di trasversalità anche alla materia “tutela della concorrenza” prevista dall’art. 117, comma 2, lett. e), Cost. determinando, quindi, una limitazione del potere regionale nella materia del commercio che, pur appartenendo alla competenza “esclusiva” regionale, è sottoposta al concorso della legge statale che voglia assicurare in questo campo la tutela della concorrenza.

Successivamente alla rilevante riforma introdotta nell’anno 1998, il settore in esame è stato investito da una serie di ulteriori significativi interventi legislativi statali, conseguiti nel tempo, a partire dall’approvazione del decreto legge 4 giugno 2006, n. 223, convertito con modificazioni dalla legge 4 agosto 2006, n. 248 (c.d. decreto Bersani), contenente una serie di misure volte a garantire un regime di libera concorrenza oltre che ad assicurare il corretto ed uniforme funzionamento del mercato, successivamente modificato dal decreto legge 6 luglio 2011, n. 98, convertito con modificazioni dalla legge 15 luglio 2011, n. 111 e da ultimo dal decreto legge 6 dicembre 2011, n. 201, convertito con modificazioni dalla legge 22 dicembre 2011, n. 214, per finire con l’approvazione del decreto legge 24 gennaio 2012, n. 1, convertito con modificazioni dalla legge 24 marzo 2012, n. 27. Proprio con riferimento ai predetti interventi normativi in materia di liberalizzazione degli orari di vendita degli esercizi commerciali, la Corte ha avuto modo di pronunciarsi sul delicato rapporto della materia del commercio con quella della tutela della concorrenza con automatiche ricadute sul riparto di competenze legislative regionali e statali. Particolare rilevanza hanno assunto le sentenze 18/2012 e 299/2012.

Attraverso la prima pronuncia la Corte, ricorrendo al principio della derogabilità *in melius* ed inderogabilità *in peius* della normativa statale, stabilisce che i limiti introdotti da quest’ultima nelle materie c.d. trasversali vincolano le Regioni nell’esercizio della potestà legislativa residuale all’adozione di disposizioni con valenza pro-competitiva al fine di non vanificare le disposizioni statali incentivanti la libera concorrenza e, quindi, ferma restando la competenza residuale regionale nella disciplina degli orari degli esercizi commerciali, al fine di non determinare un *vulnus* alla tutela della concorrenza.

Con la sentenza 299/2012, in occasione dell’esame della costituzionalità delle disposizioni in materia di liberalizzazione, introdotte dall’art. 31, comma 1, del decreto legge 201/2011, la Corte ha escluso qualsiasi profilo di contrarietà delle stesse all’art. 117, secondo, terzo, quarto e sesto comma della Costituzione, richiamando una nozione dinamica della materia della concorrenza, comprensiva anche delle misure dirette a promuovere l’apertura dei mercati o ad instaurare assetti concorrenziali. Secondo la Corte l’eliminazione dei limiti agli orari e ai giorni di apertura al pubblico degli esercizi commerciali favorisce, a beneficio dei consumatori, la creazione di un mercato più dinamico e più aperto all’ingresso di nuovi operatori e amplia la possibilità di scelta del consumatore, trattandosi, quindi, di misure coerenti con l’obiettivo di promuovere la concorrenza, risultando proporzionate allo scopo di garantire l’assetto concorrenziale nel mercato di riferimento relativo alla distribuzione commerciale e giustificative dell’intervento del legislatore statale anche nella disciplina degli orari degli esercizi commerciali che, per ciò che riguarda la configurazione statica, rientra nella materia commercio attribuita alla competenza legislativa residuale delle Regioni.

	Osservatorio Legislativo Interregionale	Roma, 26 – 27 settembre 2013 Gianguido D’Alberto, Giovanni Giardino - Consiglio regionale dell’Abruzzo Giurisprudenza amministrativa in materia di commercio
---	---	--

2. Profili di interesse in materia di commercio nella recente giurisprudenza amministrativa

Dopo aver tracciato sinteticamente il quadro costituzionale e legislativo in materia di commercio, così come ridefinito sostanzialmente dalla giurisprudenza costituzionale, nei paragrafi che seguono si procederà ad analizzare gli orientamenti prevalenti della recente giurisprudenza amministrativa distinguendoli, per mere ragioni di organicità della trattazione, in base al settore del commercio interessato, con particolare riguardo agli aspetti di rilevanza per l’ordinamento regionale.

In via generale, si può fin da subito anticipare come l’orientamento della Corte costituzionale, che ha condotto ad una graduale erosione delle competenze legislative residuali delle Regioni a favore di un ampliamento delle competenze statali, con il ricorso alla teoria delle c.d. materie trasversali, ha trovato piena corrispondenza anche nella giurisprudenza amministrativa che, facendo leva sull’interpretazione fornita dal Giudice delle leggi in materia, ha riscontrato l’illegittimità di molteplici ordinanze sindacali nella parte in cui introducono misure che si riverberano in restrizioni, limiti ed ostacoli all’istituzione di nuove imprese o alla loro libera mobilità.

2.1. Commercio al dettaglio in sede fissa

Con riferimento al settore del Commercio al dettaglio con sede fissa merita innanzitutto un richiamo la sentenza del **Consiglio di stato, sezione V, n. 6595 del 20 dicembre 2012**, in particolar modo nella parte in cui si sofferma **sui limiti normativi consentiti alla liberalizzazione degli esercizi commerciali**.

La vicenda decisa dalla sentenza trae le mosse da una determinazione dirigenziale (la D.D. n. 2629 del 16 dicembre 2010), con cui il Municipio I di Roma, aveva vietato ad una società la prosecuzione dell’attività di vendita di gelato sfuso nei locali siti in una determinata piazza del territorio municipale; ciò in quanto l’istanza del 30 dicembre 2009, di comunicazione dell’apertura dell’esercizio di vicinato del settore alimentare (alimenti confezionati, bibite e gelati sfusi), non poteva essere accolta ai sensi della deliberazione n. 36 del 2006, come modificata ed integrata dalla successiva deliberazione n. 86 del 2009, che ha vietato l’apertura di attività non tutelate in alcune zone della città, tra le quali è compresa anche la predetta piazza. Il T.A.R. Lazio, con sentenza n. 9605/2011, aveva respinto il ricorso proposto dalla società interessata per l’annullamento della citata negativa determinazione, nonché degli atti presupposti, in particolare della deliberazione n. 36/2006 e della deliberazione n. 86/2009. Avverso la sentenza del Giudice amministrativo laziale di prime cure, è stato proposto il ricorso in appello deciso dalla pronuncia in esame, fondato essenzialmente sulla presunta violazione della normativa nazionale posta in via generale dal D.L. 223 del 2006, in recepimento di una direttiva comunitaria, a tutela della liberalizzazione degli esercizi commerciali, rispetto all’apertura dei quali non sarebbero state ammissibili limitazioni poste da leggi regionali o deliberazioni comunali, in ragione dei principi di libera concorrenza e di libertà di impresa nonché di potenziali esigenze di pubblico interesse.

Per la parte che qui interessa, il Consiglio di Stato, nella fattispecie, ha concluso per l’infondatezza dell’appello, respingendolo, **proprio in forza del nuovo assetto normativo**

	Osservatorio Legislativo Interregionale	Roma, 26 – 27 settembre 2013 Gianguido D'Alberto, Giovanni Giardino - Consiglio regionale dell'Abruzzo Giurisprudenza amministrativa in materia di commercio
---	---	---

introdotta dal d.l. 223/2006 (c.d. Bersani) che ha liberalizzato il settore commerciale della somministrazione di alimenti e bevande con l'introduzione del divieto di limiti numerici predefiniti calcolati sul volume delle vendite o su quote di mercato, ferma restando la possibilità di prevedere, in astratto, restrizioni all'apertura di nuovi esercizi commerciali fondate su ragioni serie ed ulteriori². Al riguardo il Giudice di secondo grado, richiamando una consolidata giurisprudenza secondo la quale gli stessi principi costituzionali e comunitari in materia di libertà di iniziativa economica e di tutela della concorrenza non escludono che esigenze di tutela di valori sociali di rango parimenti primario possano suggerire condizionamenti e temperamenti al dispiegarsi dei diritti individuali, ritiene che le misure limitative in esame, senza imporre limitazioni quantitative e qualitative incompatibili con la disciplina nazionale, perseguono la concorrente finalità di tutelare il consumatore garantendo la permanenza, negli ambiti territoriali tutelati, di un'offerta variegata di beni e servizi che non sia depauperata di attività tradizionali altrimenti a rischio di estinzione. Esse, infatti, perseguendo lo scopo di tutelare e riqualificare le attività commerciali ed artigianali nel perimetro della città storica, per preservare l'integrità del relativo assetto storico culturale del settore, non si pongono in contrasto con i principi e le disposizioni di cui al suddetto d.l. 223/2006.

In conclusione, le disposizioni oggetto del giudizio, di cui alla deliberazione municipale n. 36 del 2006, non sono state evidentemente impartite allo scopo di introdurre divieti basati sulla imposizione di limiti numerici predefiniti calcolati sul volume delle vendite o su quote di mercato, ma solo con l'espressa finalità di disciplinare la tutela e la riqualificazione delle attività commerciali ed artigianali nel perimetro della Città storica, per preservare la integrità del relativo assetto storico culturale del settore; pertanto ad avviso del Consiglio di Stato non sono affatto in contrasto con i principi e le disposizioni di cui al suddetto D.L. n. 223/2006.

Gli assunti di tale pronuncia, relativi agli spazi riservati alle Regioni e agli enti locali in tema di limiti alla liberalizzazione delle attività commerciali, sono stati di fatto confermati dalla **sentenza del TAR Piemonte 28 febbraio 2013, n. 276** secondo il quale **la decisione del privato di iniziare una nuova attività economica non può trovare ostacolo in un atto dell'amministrazione che non rilasci il necessario assenso, a meno che il diniego dell'autorità sia adeguatamente - e rigorosamente - motivato con riguardo alla ricorrenza di uno di quei limiti indicati dalla legge, i quali necessariamente ritraggono il proprio fondamento in interessi di rango costituzionale. La motivazione del diniego, in particolare, dovrà mostrarsi "ragionevolmente proporzionata" rispetto alle indicate finalità di interesse pubblico generale, così come richiesto dal citato art. 1, comma 2, del decreto legge n 1/2012, convertito in legge 27/2012, nella parte in cui modifica l'articolo 31, comma 2, del D.L. 201 del 2011³. Nel caso di una domanda di apertura di**

² Così, in precedenza, Consiglio di Stato, Sez. V., 28 aprile 2011, n. 2536 e 5 maggio 2009, n. 2808.

³ L'articolo 31, comma 2, del D.L. 201 del 2012, nel testo vigente, dispone che "secondo la disciplina dell'Unione Europea e nazionale in materia di concorrenza, libertà di stabilimento e libera prestazione di servizi, costituisce principio generale dell'ordinamento nazionale la libertà di apertura di nuovi esercizi commerciali sul territorio senza contingenti, **limiti territoriali o altri vincoli di qualsiasi altra natura, esclusi quelli connessi alla tutela della salute, dei lavoratori, dell'ambiente, ivi incluso l'ambiente urbano, e dei beni culturali.** Le Regioni e gli enti locali adeguano i propri ordinamenti alle prescrizioni del presente

	Osservatorio Legislativo Interregionale	Roma, 26 – 27 settembre 2013 Gianguido D’Alberto, Giovanni Giardino - Consiglio regionale dell’Abruzzo Giurisprudenza amministrativa in materia di commercio
---	---	---

una nuova attività commerciale, pertanto, l'amministrazione deve compiere **un'esauriente istruttoria volta a verificare se risulti davvero compromessa, nel caso specifico, qualcuna di quelle finalità ed, in caso positivo, deve esaurientemente giustificare l'applicazione "ragionevolmente proporzionata" dell'eccezione (il divieto di nuova apertura) a fronte dell'opposta regola generale (la libertà di nuova apertura).**

Questa pronuncia assume particolare rilievo **anche perché affronta il problema dell'immediata vigenza ed operatività delle disposizioni contenute nel d.l. 1/2012 anche in mancanza dell'adeguamento degli ordinamenti regionali e locali, atteso che, ad avviso del Giudice amministrativo, non può ammettersi né un rinvio *sine die* dell'effettività delle liberalizzazioni che retrocederebbero a mera latenza di sistema, in palese contrasto con gli intendimenti della decretazione d'urgenza** né un'operatività solo parziale delle nuove regole che cagionino una incondizionata prevalenza del principio di liberalizzazione a discapito delle altre istanze costituzionalmente rilevanti (solo perché non si è ancora avuto l'adeguamento degli ordinamenti regionali e locali), circostanza che revocherebbe in dubbio la costituzionalità della novella in quanto produrrebbe un ingiustificato sbilanciamento tra valori di pari rango.

Sotto tale ultimo profilo la pronuncia del Tar piemontese apre una questione di carattere generale che investe il sistema delle fonti del diritto ed in particolare la risoluzione delle eventuali antinomie tra le disposizioni statali dettate nella materia trasversale “tutela della concorrenza” e le previgenti norme regionali stabilite nell’esercizio della competenza legislativa residuale ex art. 117, c. 4, Cost. in materia di commercio.

Al riguardo, si registra un orientamento non sempre univoco della recente giurisprudenza del Tribunali amministrativi regionali.

In primo luogo appare opportuno richiamare la **sentenza del Tar Lombardia-Milano n. 411 del 14 febbraio 2013**, che si è pronunciata su un'ordinanza del Sindaco del Comune di Pioltello nella parte in cui ha dato atto della sopravvenuta abrogazione ad opera dell'art. 31 del D.L. n. 201 del 2011 convertito in L. n. 214 del 2011 delle limitazioni relative agli orari e ai giorni di apertura degli esercizi commerciali individuati nel D.Lgs. n. 114 del 1998, fatti salvi i successivi provvedimenti che la Regione Lombardia riterrà di assumere in materia. Avverso tale atto aveva proposto ricorso un'impresa esercente attività nel medesimo Comune assumendo, tra gli altri vizi, che l'indiscriminata possibilità di apertura degli esercizi commerciali avrebbe prodotto effetti distorsivi sulla concorrenza, penalizzando gli esercizi aventi minori dimensioni. In particolare veniva invocata la violazione della L.R. Lombardia n. 6 del 2010. Secondo tale interpretazione, l'ordinanza sindacale avrebbe erroneamente ritenuto che il D.L. n. 201 del 2011 abbia abrogato non solo la previgente disciplina statale di cui al D.Lgs. 114 del 1998 ma anche la disciplina regionale in materia di commercio nella parte in cui limita gli orari degli esercizi di vendita. Tale assunto sarebbe, invece, errato, in quanto l'esercizio della competenza statale esclusiva in materia di concorrenza, per quanto trasversale, non potrebbe mai arrivare fino ad azzerare completamente gli spazi di scelta dei legislatori regionali nelle

comma entro il 30 settembre 2012, potendo prevedere al riguardo, senza discriminazioni tra gli operatori, anche aree interdette agli esercizi commerciali, ovvero limitazioni ad aree dove possano insediarsi attività produttive e commerciali”.

	Osservatorio Legislativo Interregionale	Roma, 26 – 27 settembre 2013 Gianguido D’Alberto, Giovanni Giardino - Consiglio regionale dell’Abruzzo Giurisprudenza amministrativa in materia di commercio
---	---	---

materie ad essi attribuite dalla Costituzione fra le quali rientra, appunto, quella del commercio.

Veniva denunciata altresì la violazione dei principi e delle disposizioni comunitari, con particolare riguardo a quella giurisprudenza della Corte di Giustizia che avrebbe statuito che le discipline nazionali che limitano l'apertura domenicale degli esercizi commerciali sarebbero espressione di scelte rispondenti alle peculiarità socioculturali nazionali e regionali che dovrebbero essere assunte in base ai principi del diritto comunitario e, in particolare, al principio di proporzionalità. Anche la direttiva comunitaria sui servizi nel mercato interno avrebbe sancito che i regimi autorizzatori che restringono la libertà di impresa potrebbero imporre limitazioni giustificate da motivi imperativi di interesse generale fra i quali rientrerebbero sicuramente le esigenze di salvaguardia delle peculiarità nazionali e regionali. La normativa introdotta dal citato D.L. n. 201 del 2011, imponendo una radicale deregolamentazione degli orari degli esercizi commerciali, avrebbe violato il principio di proporzionalità, sacrificando oltre misura le peculiarità socioculturali dei singoli contesti regionali.

Inoltre, ad avviso del ricorrente, la stessa deregolamentazione degli orari degli esercizi commerciali contrasterebbe con l'art. 117 Cost. nella parte in cui attribuisce alla competenza residuale delle regioni la materia del commercio, e con gli artt. 2, 3, 35 e 36 Cost.

Nel caso di specie, il Tar Lombardia, per la parte che qui interessa, ha respinto il ricorso sostanzialmente ritenendo legittima l'attività meramente ricognitiva operata dal Sindaco a seguito dell'entrata in vigore del d.l. 201/2011 in materia di commercio. In sostanza, **a fronte della chiara previsione secondo cui le attività commerciali di cui al D.Lgs. n. 114 del 1998 devono svolgersi senza limiti e prescrizioni concernenti il rispetto dei giorni e degli orari di apertura e di chiusura, ogni norma regionale che preveda limiti siffatti deve considerarsi implicitamente abrogata.** Per il giudice amministrativo lombardo il fatto che **la forza abrogativa delle disposizioni statali possa esplicarsi anche sulla legislazione regionale anteriore costituirebbe un assunto che non può essere messo in discussione.** Tale regola vigeva prima della riforma del Titolo V, con riferimento ai rapporti fra leggi statali di principio e leggi regionali di dettaglio (art. 10 della L. n. 62 del 1953), e vale oggi anche nel caso in cui la normativa statale di rango primario, emanata in base ad uno dei titoli di competenza esclusiva previsti dal comma 2 dell'art. 117 Cost., interferisca con gli ambiti di competenza legislativa regionale concorrente o residuale. Come la Corte Costituzionale nell'ultimo decennio ha in più occasioni affermato, **il riparto di competenze legislative fra Stato e le regioni previsto dalla riforma del Titolo V non introduce una rigida separazione di competenze che rende impermeabili le aree riservate alla legislazione regionale residuale a qualunque intervento di tipo statale, atteso che molte delle materie attribuite dall'art. 117 Cost. alla competenza esclusiva dello Stato hanno carattere trasversale e lo abilitano, quindi, ad adottare una disciplina unitaria valida per tutto il territorio nazionale ogni qualvolta reputi che ciò sia necessario in funzione della realizzazione di determinati interessi (concorrenza, ambiente, livelli essenziali e altri).** Inoltre, sulla legittimità costituzionale dell'intervento statale sugli orari degli esercizi commerciali nel rapporto con la competenza residuale in materia di commercio che appartiene alle regioni la questione è

	Osservatorio Legislativo Interregionale	Roma, 26 – 27 settembre 2013 Gianguido D'Alberto, Giovanni Giardino - Consiglio regionale dell'Abruzzo Giurisprudenza amministrativa in materia di commercio
---	---	---

già stata risolta in senso negativo della **sentenza n. 299/2012 della Corte Costituzionale**. In tale arresto la Corte, premesso che la materia "**tutela della concorrenza**" ricomprende anche le misure dirette a promuovere l'apertura di mercati o a instaurare assetti concorrenziali, mediante la riduzione o l'eliminazione dei vincoli al libero esplicarsi della capacità imprenditoriale e alle modalità di esercizio delle attività economiche, ha affermato che è consentito al legislatore statale intervenire anche nella disciplina degli orari degli esercizi commerciali nonostante la relativa disciplina, per ciò che riguarda la configurazione "statica", rientri nella materia del commercio attribuita alla competenza legislativa residuale delle regioni⁴.

Per il Tar Lombardia le misure di liberalizzazione in esame tendono ad incrementare il livello di concorrenzialità dei mercati ed a permettere ad un maggior numero di operatori di competere, attraverso la eliminazione di forme di regolazione delle attività economiche non necessarie rispetto alla tutela di beni costituzionalmente protetti che generano inutili ostacoli alle dinamiche del mercato, a detrimento degli interessi delle imprese e dei consumatori.

Il Tar respinge, altresì, il presunto contrasto fra l'art. 31 del D.L. n. 201 del 2011 ed i principi comunitari in materia di concorrenza, in quanto la Corte di Giustizia non ha mai affermato che le norme in materia di concorrenza contenute nel Trattato CE rendano obbligatoria una qualche forma di regolamentazione degli orari di chiusura ed apertura degli esercizi commerciali, **essendosi solo limitata a sancire che gli stati membri "possono" prevedere, cum grano salis, siffatte forme di regolamentazione per salvaguardare alcune specificità dei singoli contesti socioeconomici**. Né può ricavarsi dal diritto CE la necessità che le legislazioni nazionali debbano proteggere, attraverso forme di restrizione della libertà di impresa, la categoria dei piccoli e medi esercenti per far sì che questi non vengano danneggiati da forme troppo spinte di liberalizzazione. Al contrario, i principi che emergono dal Trattato vanno nella direzione della eliminazione di ogni forma di vincolo alle attività economiche che non sia giustificato da motivi imperativi di carattere generale fra i quali nessuna sentenza, decisione, o direttiva comunitaria ha mai annoverato la tutela dei piccoli esercizi.

In senso conforme si è espresso nuovamente e recentemente il **Tar Lombardia - MILANO, SEZ. I con la sentenza 10 ottobre 2013 n. 2271**, nella quale ha affermato che i provvedimenti legislativi statali sopra menzionati emanati in materia di tutela della concorrenza, ed in particolare l'ultimo periodo del comma 2 dell'art. 31 del D.L. 201 del 2011 e il comma 4 dell'art. 1 del D.L. n. 1 del 2012, "non dispongono solo per il futuro, ma

⁴ Ha aggiunto la Corte che l'eccessiva invasività della norma statale che attua la deregolazione degli orari e dei giorni di apertura degli esercizi commerciali non può affermarsi per il solo fatto che si tratti di disposizione di dettaglio e non di principio. Infatti, il riparto di competenza fra norme di dettaglio e norme di principio caratterizza esclusivamente le materie di legislazione concorrente e non limita, invece, l'esplicarsi della potestà legislativa statale nelle materie riservate alla competenza esclusiva dello Stato quando questa interferisca con le competenze regionali. In quest'ambito il rispetto della sfera di competenza legislativa costituzionalmente garantita alle regioni richiede solo che la normativa adottata dallo Stato sia effettivamente funzionale alla protezione dei quegli interessi che secondo la Costituzione richiedono standard di tutela uniformi su tutto il territorio nazionale, fra i quali rientra, appunto, la concorrenza.

	Osservatorio Legislativo Interregionale	Roma, 26 – 27 settembre 2013 Gianguido D’Alberto, Giovanni Giardino - Consiglio regionale dell’Abruzzo Giurisprudenza amministrativa in materia di commercio
---	---	---

contengono clausole di abrogazione attraverso le quali il legislatore statale ha manifestato la volontà di incidere sulle norme regolamentari e sugli atti amministrativi generali vigenti, imponendo alle regioni ed agli enti locali una revisione dei propri ordinamenti finalizzata ad individuare quali norme siano effettivamente necessarie per la salvaguardia degli interessi di rango primario annoverabili fra i motivi imperativi di interesse generale e quali, invece, siano espressione diretta o indiretta dei principi dirigistici che la direttiva servizi ha messo definitivamente fuori gioco”.

Con riferimento al problema se, una volta decorso il periodo assegnato agli enti territoriali per recepire i nuovi principi nei propri ordinamenti, le norme regolamentari e gli atti amministrativi generali con essi incompatibili debbano o considerarsi automaticamente abrogati (e, quindi, non più applicabili anche nei giudizi concernenti l’impugnazione di atti applicativi) il Tar milanese ritiene che il quesito ha già trovato risposta nella giurisprudenza amministrativa, la quale ha sancito che l’inutile decorso del termine assegnato dal legislatore statale per l’adeguamento degli ordinamenti regionali e locali ai principi in materia di concorrenza determina la perdita di efficacia di ogni disposizione regionale e locale, legislativa e regolamentare, con essi incompatibili. E ciò in forza di quanto sancito dal comma 2 dell’art. 1 della L. 131 del 2003 a mente del quale le disposizioni regionali vigenti nelle materie appartenenti alla legislazione esclusiva statale continuano ad applicarsi fino alla data di entrata in vigore delle disposizioni statali in materia (Cons. Stato, V, 5/5/2009, n. 2808; TAR Toscana 6400/2010; TAR Sicilia, Palermo, 6884/2010, TAR Friuli Venezia Giulia 145/2011)”.

Nel caso oggetto della pronuncia in esame, con riferimento ad una serie di vincoli posti dalla disciplina commerciale e urbanistica adottata dal Comune di S. Giuliano Milanese, il Giudice amministrativo ha osservato che nella misura in cui essi costituiscono il frutto di valutazioni relative ad interessi di natura economica, non attinenti profili strettamente ambientali o urbanistici, risultano incompatibili con i principi in materia di liberalizzazione del mercato dei servizi sanciti dalla direttiva 123/2006/CE e dai provvedimenti legislativi in tema di liberalizzazione sopra menzionati.

Alle stesse conclusioni perviene il **Tar Abruzzo 25 gennaio 2013, n. 99** nella parte in cui afferma chiaramente, quasi apoditticamente per la verità, che **l’immediata operatività delle disposizioni introdotte dal d.l. 201/2011 non richiede alcun adeguamento della normativa regionale che, ove in contrasto, è immediatamente abrogata stante la specifica competenza esclusiva statale in materia (tutela della concorrenza).**

Di contro, il **Tar Sicilia Palermo 19 marzo 2013, n. 643** sembra adottare una soluzione parzialmente diversa per affermare la prevalenza della disciplina statale in tema di tutela della concorrenza sulla normativa regionale in materia di commercio, privilegiando la tesi della disapplicazione della seconda laddove in contrasto con la prima.

Tale sentenza si è pronunciata sulla legittimità di un’ordinanza sindacale del 21 dicembre 2011, con la quale veniva stilato il calendario delle aperture domenicali e festive per le attività del commercio al dettaglio in sede fissa, con limitazione dell’apertura ad alcune domeniche ed escludendola per le festività, in forza della disciplina regionale in materia di commercio; di tale ordinanza veniva chiesto l’annullamento previa sospensione

	Osservatorio Legislativo Interregionale	Roma, 26 – 27 settembre 2013 Gianguido D’Alberto, Giovanni Giardino - Consiglio regionale dell’Abruzzo Giurisprudenza amministrativa in materia di commercio
---	---	---

dell'efficacia, deducendone l'illegittimità per alcuni motivi tra cui, per le parti che in questa sede interessano, si segnalano:

- la violazione dell' art. 3 legge 4 luglio 2006 n. 248 e art. 31 legge 22 dicembre 2011 n. 214, nonché dei principi comunitari di concorrenza sanciti dagli articoli 81, 82 e 86 del Trattato istitutivo della Comunità europea; tra la disciplina statale e quella regionale in materia di commercio, laddove intersecante quella trasversale della concorrenza soggetta alla competenza esclusiva dello Stato, prevarrebbe la prima sopravvenuta, mediante il meccanismo della disapplicazione di quella regionale di contenuto confliggente. Diversamente opinando andrebbe sollevata la questione di legittimità costituzionale delle norme regionali, rispetto agli artt. 3, 41 e 117, comma 2, lett. e) Cost.;
- la violazione dell' art. 3 legge 4 luglio 2006 n. 248 e art. 31 legge 22 dicembre 2011 n. 214 in relazione al D.lvo 26 marzo 2010 n. 59 e all' art. 15 preleggi; si sostiene che l'entrata in vigore del D.L. n. 201 del 2011 **avrebbe comportato la tacita abrogazione di quelle norme contenute nella legge regionale 22 dicembre 1999, n. 28 che prevedono limiti agli orari di apertura e chiusura anche domenicale e festiva degli esercizi commerciali ovvero secondo altra motivazione.** Sarebbe stato, pertanto, illegittimo il provvedimento impugnato che su tale disciplina regionale, ormai non più vigente, trovava fondamento. Al riguardo il Comune interessato, nel resistere in giudizio, ha controdedotto affermando la riconducibilità, *de plano*, del potere esercitato, ed estrinsecatosi nel provvedimento impugnato, alla disciplina del commercio, materia riservata alla competenza legislativa esclusiva della Regione Siciliana (art. 14, lett. d) dello Statuto) nell'ordinamento della quale, in mancanza dell'espresso adeguamento normativo, non sarebbero ancora operanti le novità introdotte dalla legge nazionale n. 214 del 2011.

Il TAR Sicilia accoglie il ricorso avverso l'ordinanza sindacale richiamando i principi stabiliti dalla Corte Costituzionale con la **sentenza n. 299/2012** e dalla giurisprudenza costante secondo cui la nozione di concorrenza di cui al secondo comma, lettera e), dell'art. 117 Cost. riflette quella operante in ambito comunitario e comprende: a) sia gli interventi regolatori che a titolo principale incidono sulla concorrenza, quali: le misure legislative di tutela in senso proprio, che contrastano gli atti ed i comportamenti delle imprese che incidono negativamente sull'assetto concorrenziale dei mercati e che ne disciplinano le modalità di controllo, eventualmente anche di sanzione; b) sia le misure legislative di promozione, che mirano ad aprire un mercato o a consolidarne l'apertura, eliminando barriere all'entrata, riducendo o eliminando vincoli al libero esplicarsi della capacità imprenditoriale e della competizione tra imprese, rimuovendo, cioè, in generale, i vincoli alle modalità di esercizio delle attività economiche (*ex multis*, sentenze n. 270 e n. 45 del 2010, n. 160 del 2009, n. 430 e n. 401 del 2007). In questa **seconda accezione, attraverso la "tutela della concorrenza", vengono perseguite finalità di ampliamento dell'area di libera scelta dei cittadini e delle imprese, queste ultime anche quali fruitrici, a loro volta, di beni e di servizi (sentenza n. 401 del 2007)"(...)** "Pertanto, in questa accezione "dinamica" della materia "tutela della concorrenza", - ricomprendente le misure dirette a promuovere l'apertura di mercati o ad instaurare assetti concorrenziali, mediante la riduzione o l'eliminazione dei vincoli al libero esplicarsi della capacità imprenditoriale e



Osservatorio
Legislativo
Interregionale

Roma, 26 – 27 settembre 2013

Gianguido D'Alberto, Giovanni Giardino - Consiglio regionale
dell'Abruzzo

Giurisprudenza amministrativa in materia di commercio

alle modalità di esercizio delle attività economiche - , è consentito al legislatore statale intervenire anche nella disciplina degli orari degli esercizi commerciali che, per ciò che riguarda la configurazione "statica", rientra nella materia commercio attribuita alla competenza legislativa residuale delle Regioni (sentenze n. 288 e n. 247 del 2010, ordinanza n. 199 del 2006), la quale può essere limitata dall'esercizio della competenza esclusiva statale in materia di concorrenza avente natura "trasversale".

Viene richiamata al riguardo la copiosa giurisprudenza costituzionale sulla base della quale le censure svolte dalla Regione Siciliana in relazione alla dedotta violazione della propria competenza legislativa primaria nella materia del commercio, come attribuita dallo Statuto, non sono fondate, rilevando che "dalla natura <trasversale> della competenza esclusiva dello Stato in materia di tutela della concorrenza deriva che il titolo competenziale delle Regioni a statuto speciale in materia di commercio non è idoneo ad impedire il pieno esercizio della suddetta competenza statale e che la disciplina statale della concorrenza costituisce un limite alla disciplina che le medesime Regioni possono adottare in altre materie di loro competenza...(sentenze n. 12 del 2009; n. 104 del 2008; n. 380 del 2007)".

In definitiva il Tar palermitano non dichiara l'abrogazione della normativa regionale interessata ma decide affermando che **le norme nazionali invocate trovano immediata applicazione nell'ordinamento regionale siciliano, senza necessità di specifico recepimento, pur non invocando a parametro la normativa comunitaria primaria e derivata presupposta.**

Alla luce della predetta giurisprudenza amministrativa, pertanto, la questione relativa ai rapporti tra legislazione statale e regionale nelle materie in esame resta aperta e dà adito a dubbi interpretativi che inevitabilmente si riverberano sotto il profilo dell'applicazione della normativa da parte delle istituzioni e degli operatori interessati. In primo luogo, sotto il profilo teorico, la soluzione ermeneutica che privilegia l'abrogazione delle leggi regionali in materia di commercio non è compatibile con la sopravvenuta legislazione statale, adottata sotto la copertura della materia trasversale "tutela della concorrenza", desta qualche perplessità nella misura in cui contribuisce a svilire la portata innovativa della riforma del Titolo V, parte seconda, della Costituzione che, come affermato da recente giurisprudenza costituzionale, esprimeva l'intento di una più netta e rigida separazione fra fonti statali e fonti regionali in discontinuità con il sistema previgente⁵. E' indubbio che questo orientamento si fonda sulla conferma della piena operatività anche nel sistema post riforma del meccanismo previsto dal citato art. 10 della L. 62 del 1953. Tuttavia tale conclusione non sembra tener in debito conto, oltre che del nuovo impianto immaginato dal legislatore costituzionale di riforma, del fatto che tale disposizione concerneva espressamente la competenza concorrente su cui era ontologicamente consentito un concorso tra leggi statali e leggi regionali ed in secondo luogo del fatto che si riferisce al rapporto tra normativa di principio statale e normativa di dettaglio regionale.

Nella stessa ottica non convince pienamente quella giurisprudenza sopra citata che giustifica l'abrogazione delle leggi regionali richiamando l'articolo 1, comma 2, della L.

⁵ In particolare si veda Corte Cost. sentenza 282/2002 e sentenza 134/2006

	Osservatorio Legislativo Interregionale	Roma, 26 – 27 settembre 2013 Gianguido D’Alberto, Giovanni Giardino - Consiglio regionale dell’Abruzzo Giurisprudenza amministrativa in materia di commercio
---	---	---

131/2003 nella parte in cui, al fine di regolamentare la transizione al nuovo regime legislativo, stabilisce che “Le disposizioni normative regionali vigenti alla data di entrata in vigore della presente legge nelle materie appartenenti alla legislazione esclusiva statale continuano ad applicarsi fino alla data di entrata in vigore delle disposizioni statali in materia, fatti salvi gli effetti di eventuali pronunce della Corte costituzionale”. Con tale previsione, infatti, la legge La Loggia sembrerebbe limitarsi esclusivamente a stabilire la cedevolezza della legislazione regionale dettata nelle materie di competenza esclusiva statale vigenti alla data della sua entrata in vigore e non a disciplinare a regime le modalità di risoluzione delle antinomie tra fonti statali e regionali. Tornando all’articolo 10 della legge Scelba non sembra che la questione della sua applicabilità al caso di specie possa essere risolta invocando le pronunce della Corte Costituzionale n. 222-223/2007 in quanto le stesse, entrambe volte a dichiarare l’inammissibilità di due conflitti di attribuzione tra enti, si sono limitate a confermarne la perdurante vigenza, senza entrare nel merito della sua portata applicativa a seguito dell’entrata in vigore del nuovo articolo 117 della Costituzione ed in particolare della sua applicabilità anche al di fuori degli ambiti materiali attribuiti alla potestà legislativa concorrente.

Sotto l’aspetto pratico va, altresì, rilevato che la tesi che predilige l’abrogazione implicita rispetto alla disapplicazione delle norme regionali in contrasto con le disposizioni statali di competenza esclusiva emanate successivamente ingenera problematiche applicative con riferimento alla definizione del momento dell’abrogazione nel caso in cui il legislatore regionale dovesse intervenire successivamente ad abrogare espressamente le norme incompatibili, con l’effetto ulteriore di creare incertezza in ordine alle norme vigenti in un dato momento nell’ambito di un determinato ordinamento regionale.

Peraltro non va dimenticato che tutte le norme statali sopra elencate e dettate in materia di liberalizzazione del mercato prevedono espressamente non la diretta applicabilità ma l’obbligo di adeguamento entro precisi termini da parte dei legislatori regionali che vengono incentivati attraverso la previsione di specifici meccanismi premiali. D’altra parte, tale conclusione può trovare conferma nella recente sentenza della Corte costituzionale n. 8 del 2013 la quale, nel dichiarare non fondata la questione sollevata nei confronti dell’articolo dell’articolo 1, comma 4, del D.L. n. 1 del 2012, ha affermato che il contenuto di tale disposizione “può essere compreso solo in relazione ai commi che lo precedono, dal momento che esso prevede che le Regioni e gli altri enti territoriali si adeguino ai principi desumibili dai primi tre commi del medesimo art. 1 e, al fine di incentivare gli enti territoriali ad operare nel senso indicato dal legislatore statale, il comma 4 afferma che «il predetto adeguamento costituisce elemento di valutazione della virtuosità»⁶, alla quale si connettono conseguenze di ordine finanziario, secondo quanto

⁶ Come afferma la Corte, l’art. 1 del decreto-legge n. 1 del 2012 In vista di una progressiva e ordinata liberalizzazione delle attività economiche, “prevede un procedimento di ri-regolazione delle attività economiche a livello statale, da realizzarsi attraverso strumenti di delegificazione, che mira all’abrogazione delle norme che, a vario titolo e in diverso modo, prevedono limitazioni o pongono condizioni o divieti che ostacolano l’iniziativa economica o frenano l’ingresso nei mercati di nuovi operatori, fatte salve le regolamentazioni giustificate da «un interesse generale, costituzionalmente rilevante e compatibile con l’ordinamento comunitario» (art. 1, comma 1, lettera a), e che siano adeguate e proporzionate alle finalità pubbliche perseguite (art. 1, comma 1, lettera b). Allo stesso scopo, l’art. 1, comma 2, prevede che «[l]e

	Osservatorio Legislativo Interregionale	Roma, 26 – 27 settembre 2013 Gianguido D’Alberto, Giovanni Giardino - Consiglio regionale dell’Abruzzo Giurisprudenza amministrativa in materia di commercio
---	---	---

previsto dall’art. 20, comma 3, del decreto-legge 6 luglio 2011 Nel quadro di un’evoluzione normativa diretta ad attuare «il principio generale della liberalizzazione delle attività economiche, richiedendo che eventuali restrizioni e limitazioni alla libera iniziativa economica debbano trovare puntuale giustificazione in interessi di rango costituzionale», l’art. 1, comma 4, estende all’intero sistema delle autonomie il compito di attuare i principi di liberalizzazione, come sopra delineati, secondo una logica che esige il concorso di tutti gli enti territoriali all’attuazione dei principi di simili riforme. La Corte tuttavia precisa che, “l’ampiezza dei principi di razionalizzazione della regolazione delle attività economiche non comporta, nel caso in esame, l’assorbimento delle competenze legislative regionali in quella spettante allo Stato nell’ambito della tutela della concorrenza, ex art. 117, secondo comma, lettera e), Cost., che pure costituisce il titolo competenziale sulla base del quale l’atto normativo statale impugnato è stato adottato. Al contrario: grazie alla tecnica normativa prescelta, i principi di liberalizzazione presuppongono che le Regioni seguitino ad esercitare le proprie competenze in materia di regolazione delle attività economiche, essendo anzi richiesto che tutti gli enti territoriali diano attuazione ai principi dettati dal legislatore statale. Le Regioni, dunque, non risultano menomate nelle, né tanto meno private delle, competenze legislative e amministrative loro spettanti, ma sono orientate ad esercitarle in base ai principi indicati dal legislatore statale, che ha agito nell’esercizio della sua competenza esclusiva in materia di concorrenza”. In sostanza, con l’articolo 4, comma 1, del D.L. 1/2012 il «legislatore nazionale non ha occupato gli spazi riservati a quello regionale, ma ha agito presupponendo invece che le singole Regioni continuino ad esercitare le loro competenze, conformandosi tuttavia ai principi stabiliti a livello statale» (così già la sentenza n. 200 del 2012).

2.2. Vendita della stampa quotidiana e periodica

Con riguardo ad settore commerciale relativo alla vendita della stampa quotidiana e periodica, si segnala in particolare **la sentenza del Consiglio di Stato n. 1945 del 9 aprile 2013** che ha concluso di fatto una vicenda annosa attinente al potere di deroga alle distanze minime tra le edicole contenuto nell’art. 10 comma 3, della L.R. Sardegna n. 49 del 1986, che non appare utile riprodurre in questa sede.

disposizioni recanti divieti, restrizioni, oneri o condizioni all’accesso ed all’esercizio delle attività economiche» siano «interpretate ed applicate in senso tassativo, restrittivo e ragionevolmente proporzionato alle perseguite finalità di interesse pubblico generale» e indica una serie d’interessi pubblici, anche di rango costituzionale, che possono giustificare limiti e controlli, vòlti, ad esempio, «ad evitare possibili danni alla salute, all’ambiente, al paesaggio, al patrimonio artistico e culturale, alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana e possibili contrasti con l’utilità sociale, con l’ordine pubblico, con il sistema tributario e con gli obblighi comunitari ed internazionali della Repubblica». Segue, all’art. 1, comma 3, la previsione che il Governo individui con regolamenti di delegificazione, ai sensi dell’art. 17, comma 2, della legge 23 agosto 1988, n. 400 (Disciplina dell’attività di Governo e ordinamento della Presidenza del Consiglio dei Ministri), le attività per le quali permangono limiti, regolamentazioni e controlli e identifichi, altresì, le disposizioni legislative e regolamentari che, invece, risultano abrogate a decorrere dalla data di entrata in vigore dei regolamenti stessi”.

	Osservatorio Legislativo Interregionale	Roma, 26 – 27 settembre 2013 Gianguido D’Alberto, Giovanni Giardino - Consiglio regionale dell’Abruzzo Giurisprudenza amministrativa in materia di commercio
---	---	---

Sotto l’aspetto strettamente giuridico tale pronuncia assume rilievo nella parte in cui ha annullato la sentenza del T.A.R. Cagliari n. 748 del 5 luglio 2000, laddove la stessa aveva condiviso la tesi secondo cui l’attività di rivendita di giornali sarebbe stata solo in parte investita dalla complessiva riforma del commercio introdotta con il D.Lgs. n. 114 del 1998 e che la disciplina sperimentale introdotta dalla L. n. 108 del 1999 doveva escludersi per le vendite esclusive di giornali e riviste.

Il Consiglio di Stato accogliendo il primo motivo di appello afferma infatti chiaramente che **il d.lgs 114/1998, il cui ambito di applicazione si estende anche all’attività di distribuzione e vendita di giornali e riviste come si evince dall’art. 13 del decreto medesimo, è stata emanata in attuazione dei principi di diritto dell’Unione europea sulla libertà di concorrenza e, quindi, nell’esercizio della potestà legislativa esclusiva in tema di concorrenza, riservata allo Stato ai sensi dell’art. 117, secondo comma, lettera e) della Cost., con conseguente obbligo di adeguarsi sia da parte delle regioni a statuto ordinario che di quella a statuto speciale.**

In secondo luogo il giudice di seconda istanza, sempre sostenendo l’applicazione piena del d.lgs. n. 114/1998 al settore di interesse e quindi censurando l’obbligo di rispettare distanze tra vendite di giornali, previsto dalla normativa regionale, ha ritenuto fondate le ragioni del ricorrente nel caso di specie, atteso che **l’articolo 4 della legge regionale Sardegna n. 49/1986, che impone il rispetto della distanza minima di 700 metri tra le vendite di giornali, si pone in contrasto con la normativa dell’Unione europea**, essendo rivolta a garantire agli operatori commerciali del settore una ormai non più riconoscibile protezione dai rischi della libera concorrenza e ponendo restrizioni all’istituzione di nuove imprese e alla loro mobilità. **Il Consiglio di Stato ha disposto, conseguentemente, la disapplicazione della l.r. n. 49/1986.**

Tale pronuncia trova piena conferma nella **sentenza del Consiglio di Stato, sez. V, 2 settembre 2013, n. 4337** con la quale viene ribadito che l’attività di distribuzione e vendita di giornali e riviste sia da annoverare tra le attività comuni aperte alla libera concorrenza previste dal D.Lgs. n. 114 del 1998, come provato dal disposto dell’articolo 13 del decreto medesimo. Quest’ultima sentenza merita, altresì, una segnalazione nella parte in cui precisa in via generale che nel nostro ordinamento non è dato riconoscere maggiore dignità all’abrogazione espressa rispetto a quella tacita e che, pertanto, deve ritenersi che la successiva abrogazione espressa ad opera dell’art. 9, comma 2 del d.lgs. 170/2001 della norma che prevedeva la necessità della autorizzazione per la vendita di giornali e riviste (art. 14 della L. 416/1981) abbia solo inteso precisare e confermare, nel riordinare sistematicamente le disposizioni al riguardo, che comunque la precedente disposizione era incompatibile con la nuova, senza che ciò possa essere inteso nel senso che fino ad allora essa fosse ancora vigente e non abrogata implicitamente dalla precedente normativa (nel caso di specie il D.Lgs. n. 114 del 1998).

2.3. Commercio su aree pubbliche

Per quanto concerne il commercio su aree pubbliche si segnala la recente **sentenza del Consiglio di Stato, sez. V, 13 febbraio 2013, n. 865** attraverso cui viene approfondito il rapporto tra legge statale di recepimento di una direttiva comunitaria e leggi regionali

	Osservatorio Legislativo Interregionale	Roma, 26 – 27 settembre 2013 Gianguido D'Alberto, Giovanni Giardino - Consiglio regionale dell'Abruzzo Giurisprudenza amministrativa in materia di commercio
---	---	---

dettate in materia di commercio, con particolare riguardo al regime transitorio introdotto dal d. lgs. 59 del 2010 nella parte in cui viene posticipata l'applicazione dei nuovi principi e delle nuove regole in materia, con particolare riferimento al settore del commercio nei mercati rionali.

Nella predetta sentenza il Consiglio di Stato respinge l'appello proposto contro la sentenza n. 1751 del 2011 adottata dal TAR Puglia con la quale veniva confermata la legittimità di una determina dirigenziale della Città di Bari del 14 settembre 2010 con cui si revocava l'autorizzazione amministrativa n. 5359 del 12 gennaio 2009 e si rilasciava una nuova autorizzazione amministrativa sostitutiva della precedente (n. 7901 del 16 settembre 2010). Il TAR fondava la sua decisione rilevando, sinteticamente, che l'intervenuta liberalizzazione dell'esercizio dell'attività commerciale e la bipartizione semplificata dei nuovi settori merceologici in "alimentari" e "non alimentari" ad opera del D.Lgs. 31 marzo 1998, n. 114, ispirate all'esigenza di liberalizzazione di mercato e al principio di libera concorrenza, costituiscono circostanze che, pur definendo ed ampliando l'ambito ed i contenuti dell'esercizio dell'attività commerciale in se considerata, nulla hanno a che vedere con l'esercizio dell'attività di vendita e con l'assegnazione di un posto nell'area mercatale di quartiere, soggetta a speciale normativa; tale normativa non attiene all'esercizio dell'attività commerciale in se considerata, bensì all'assegnazione del posto all'interno del mercato rionale ed alla specifica destinazione della connessa attività di vendita. Per il TAR, pertanto, le specifiche problematiche e le esigenze connesse all'assetto commerciale del mercato rionale, giustificano la limitazione e la selezione delle attività di vendita al suo interno al fine di assicurare un corretto andamento dell'attività e di favorire adeguato assortimento di prodotti nell'interesse anche dei consumatori. A tal fine il Giudice di prima istanza richiama la L.R. 24 luglio 2001, n. 18, osservando che la stessa, in attuazione della normativa nazionale, prevede a sua volta espressamente che il Comune possa differenziare sul piano merceologico l'assegnazione dei posti nell'ambito dei mercati, anche secondo criteri di esclusiva vendita di determinati prodotti e limitazioni, indipendentemente dal contenuto dell'autorizzazione commerciale in se considerata e che, proprio sulla base di tale quadro normativo, il Comune di Bari ha adottato la delibera GM 17 gennaio 2002, n. 24, in cui si prevede che l'assegnazione del posteggio nei mercati giornalieri coperti sia subordinato alla condizione che "non ve ne siano altre analoghe per la tipologia merceologica richiesta".

Il Consiglio di Stato giunge di fatto a confermare l'impianto della sentenza di primo grado in forza del regime transitorio previsto dal d.lgs. 59/2010 che, di per sé non contrastante con l'obbligo di recepimento della direttiva Bolkestein, salvi i limiti di proporzionalità comunitaria e ragionevolezza costituzionale sotto il profilo temporale, elimina la questione della compatibilità di quella disciplina con i principi comunitari. In particolare l'articolo 70, comma 5, del medesimo D.Lgs. n. 59 del 2010 rinvia ad una "intesa⁷ in sede di Conferenza unificata, per individuare, senza discriminazioni basate sulla forma giuridica dell'impresa, i criteri per il rilascio e il rinnovo della concessione dei posteggi per

⁷ Per completezza si segnala che in attuazione di quanto disposto dall'art. 70, comma 5 è stata raggiunta in Conferenza unificata l'*Intesa 5 luglio 2012, n. 83/CU*.

	Osservatorio Legislativo Interregionale	Roma, 26 – 27 settembre 2013 Gianguido D'Alberto, Giovanni Giardino - Consiglio regionale dell'Abruzzo Giurisprudenza amministrativa in materia di commercio
---	---	---

l'esercizio del commercio su aree pubbliche e le disposizioni transitorie da applicare, con le decorrenze previste, anche alle concessioni in essere alla data di entrata in vigore del presente decreto ed a quelle prorogate durante il periodo intercorrente fino all'applicazione di tali disposizioni transitorie". In applicazione del regime transitorio suddetto, limitatamente alle disposizioni introdotte dall'articolo 16 recante i criteri di selezione dei candidati per il rilascio delle autorizzazioni, non opera la clausola di cedevolezza prevista dall'articolo 84 del citato decreto in ragione della quale le norme statali prevalgono solo in attesa del recepimento della direttiva da parte delle regioni con conseguente applicazione delle norme regionali previgenti. Proprio il regime transitorio che differisce l'applicazione dei nuovi principi e delle nuove regole in materia con riferimento proprio al settore del commercio nei mercati rionali, esclude un profilo di illegittimità dell'atto impugnato, il quale può ricadere legittimamente nel periodo transitorio che, a sua volta tuttavia, non può dilatarsi oltre la proporzionalità e la ragionevolezza. Pertanto, finché opera la deroga prevista dall'art. 70, comma 5 del d.lgs. 59/2010, per i mercati rionali continuano ad applicarsi le regole vigenti e, in particolare, nel caso di specie, la l.r. 18/2001, la quale prevede che il comune possa differenziare sul piano merceologico l'assegnazione dei posti nell'ambito dei mercati, anche secondo criteri di esclusiva vendita di determinati prodotti e limitazioni, indipendentemente dal contenuto dell'autorizzazione commerciale in sè considerata.

Il Consiglio di Stato perviene alle suddette conclusioni dopo aver ricostruito il quadro normativo di riferimento in cui collocare il commercio su aree pubbliche ove, attraverso il d.lgs. 59/2010, hanno trovato ingresso i principi comunitari di liberalizzazione dei servizi interni, intendendosi per servizi tutte le prestazioni anche a carattere intellettuale svolte in forma imprenditoriale o professionale, fornite senza vincolo di subordinazione e normalmente fornite dietro retribuzione. Nell'ambito del nuovo assetto ordinamentale dei servizi interni, il regime autorizzatorio costituisce eccezione al principio di libero accesso all'esercizio delle attività di servizi, in quanto può essere istituito o mantenuto solo se giustificato da motivi imperativi di interesse generale, categoria di formazione giurisprudenziale equiparata alle "ragioni di pubblico interesse" ed esemplificata attraverso l'elencazione di valori di ampio spettro: dall'ordine pubblico, alla sicurezza pubblica, al perseguimento degli obiettivi sociali e culturali. Un caso di mantenimento è proprio relativo al settore del commercio nei mercati rionali, ex art. 70 del citato decreto. In particolare, per quanto riguarda il commercio su aree pubbliche, l'art. 70 del D.Lgs. n. 59 del 2010, appena richiamato, vi ha inciso profondamente. Infatti, il comma 2 di tale articolo ha stabilito che il comma 4 dell'articolo 28 del D.Lgs. 31 marzo 1998, n. 114, (articolo prima dedicato a tale settore) è sostituito dal seguente: "4. L'autorizzazione all'esercizio dell'attività di vendita sulle aree pubbliche esclusivamente in forma itinerante e rilasciata, in base alla normativa emanata dalla regione dal comune nel quale il richiedente, persona fisica o giuridica, intende avviare l'attività. L'autorizzazione di cui al presente comma abilita anche alla vendita al domicilio del consumatore, nonché nei locali ove questi si trovi per motivi di lavoro, di studio, di cura, di intrattenimento o svago.". Il successivo comma 3 ha stabilito di subordinare l'autorizzazione non più, come specificava il comma 13 dell'articolo 28 del D.Lgs. n. 114 del 1998 alla "densità della rete distributiva e della popolazione residente e fluttuante", ma solo "limitatamente ai casi in cui ragioni

	Osservatorio Legislativo Interregionale	Roma, 26 – 27 settembre 2013 Gianguido D'Alberto, Giovanni Giardino - Consiglio regionale dell'Abruzzo Giurisprudenza amministrativa in materia di commercio
---	---	---

non altrimenti risolvibili di sostenibilità ambientale e sociale, di viabilità rendano impossibile consentire ulteriori flussi di acquisto nella zona senza incidere in modo gravemente negativo sui meccanismi di controllo, in particolare, per il consumo di alcolici e senza ledere il diritto dei residenti alla vivibilità del territorio e alla normale mobilità. In ogni caso resta ferma la finalità di tutela e salvaguardia delle zone di pregio artistico, storico, architettonico e ambientale e sono vietati criteri legati alla verifica di natura economica o fondati sulla prova dell'esistenza di un bisogno economico o sulla prova di una domanda di mercato, quali entità delle vendite di prodotti alimentari e non alimentari e presenza di altri operatori su aree pubbliche". Tale impostazione è ritenuta coerente con il nuovo quadro normativo in materia di pubblici esercizi di somministrazione di alimenti e bevande posteriore all'introduzione nel nostro ordinamento delle disposizioni della cd. Direttiva Bolkestein. Pertanto, la programmazione dell'apertura di pubblici esercizi, anche in relazione ai mercati rionali, viene attentamente perimetrata nell'ambito dei principi posti dalla direttiva 2006/123/CE con il preciso divieto di utilizzare criteri di tutela per gli esercizi esistenti e le quote di mercato dagli stessi acquisite.