

LA POTESTA' LEGISLATIVA REGIONALE IN MATERIA DI COMMERCIO

TRA VINCOLI COMUNITARI E VINCOLI STATALI

di Bruno Barel

(professore associato di Diritto dell'Unione Europea, Università di Padova)

SOMMARIO: 1. INTRODUZIONE: SUL RUOLO PUBBLICO NEL GOVERNO DELLA MODERNIZZAZIONE DEL MERCATO. - 2. GLI OBIETTIVI E I LIVELLI DI REGOLAZIONE: EUROPEO, STATALE, REGIONALE. - 3. IL DIRITTO DELL'UNIONE EUROPEA: IL TRATTATO SUL FUNZIONAMENTO DELL'UNIONE, LA GIURISPRUDENZA DELLA CORTE DI GIUSTIZIA, LA DIRETTIVA "BOLKESTEIN". - 4. LA LEGISLAZIONE STATALE: PRINCIPI COSTITUZIONALI, LEGGI ORDINARIE, GIURISPRUDENZA AMMINISTRATIVA. - 5. LA LEGISLAZIONE REGIONALE VENETA. - 6. LA QUESTIONE SPECIFICA DEGLI ORARI E DELLE APERTURE DOMENICALI. - 7. CONCLUSIONI.

1. INTRODUZIONE: SUL RUOLO PUBBLICO NEL GOVERNO DELLA MODERNIZZAZIONE DEL MERCATO

1.1. La disciplina legislativa del commercio sta attraversando una fase di accelerata evoluzione che rimette in discussione regole e prassi consolidate, delineando scenari nuovi e inesplorati, chiamando le Autorità a nuove scelte.

1.2. Vi si riflette d'altra parte l'evoluzione del mercato, soggetto a radicali cambiamenti di enorme portata, per effetto di una pluralità di fattori, come la globalizzazione economica, con delocalizzazione produttiva e riorganizzazione della distribuzione commerciale, l'innovazione tecnologica e il commercio elettronico, la finanziarizzazione del mercato stesso.

1.3. La regolazione del mercato ad opera delle Autorità ha la propria ragion d'essere e va strutturata in coerenza con gli obiettivi assunti, avendo consapevolezza che essa stessa, in rapporto alla sua intrinseca ragionevolezza ed efficienza, ha un impatto economico sul mercato. L'esperienza europea e di altri Paesi induce a non sopravvalutare il ruolo della regolazione e a rivalutare il possibile ruolo dell'amministrazione, ossia dell'elaborazione attivazione e gestione delle "politiche attive".

1.4. L'intervento pubblico non può svolgere funzioni di supplenza rispetto all'iniziativa degli operatori economici privati. Lo sviluppo economico dipende dalla capacità congiunta degli attori privati e pubblici di innovare, di interpretare e soddisfare i bisogni di una società in cambiamento, ove i servizi assumono un ruolo preponderante sulle merci, e i beni immateriali vedono accresciuto il loro valore rispetto ai beni materiali.

1.5. Il contributo che questo studio si propone di fornire è incentrato sulla ricostruzione del quadro normativo vigente, nella sua evoluzione e nelle sue prospettive, in particolare nel settore

della distribuzione commerciale, per individuare il ruolo che la Regione Veneto può oggi svolgere, con speciale attenzione per la salvaguardia ed il potenziamento del commercio nei centri storici.

2. GLI OBIETTIVI E I LIVELLI DI REGOLAZIONE: EUROPEO, STATALE, REGIONALE

2.1. E' opinione diffusa che la scarsa crescita dell'economia italiana sia da attribuire alla scarsa crescita della produttività, compreso l'insufficiente ammodernamento dell'offerta di beni e servizi – questi ultimi rappresentano ormai il 70% del PIL europeo - sia nel settore privato che in quello pubblico.

L'accrescimento della produttività dipende anche dal corretto funzionamento del mercato e conseguentemente da una coerente regolazione della concorrenza. Ciò richiede un generale processo di liberalizzazione, una rigorosa disciplina della concorrenza, maggiore tutela del consumatore.

Secondo uno studio dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato (segnalazione n. 253/2008), l'industria distributiva nazionale presenta tuttora una struttura poco efficiente e sottodimensionata rispetto a quella di altri Paesi europei, soprattutto sotto il profilo dell'accesso al mercato, dell'incremento dimensionale delle strutture e dell'organizzazione e svolgimento dell'attività.

2.2. L'obiettivo della crescita economica mediante un migliore funzionamento del mercato, all'insegna della concorrenza e della tutela del consumatore, non è però l'unico da tenere in considerazione.

Occorre infatti che il suo perseguimento non avvenga a discapito di altri obiettivi comprimari, dalla tutela del territorio e dell'ambiente alle politiche culturali e sociali.

Sarebbe anzi ottimale se la regolazione e le politiche attive sapessero essere coerenti e funzionali per la pluralità di obiettivi prefissati.

2.3. L'analisi delle scelte fin qui operate dal legislatore per l'individuazione degli obiettivi e la definizione delle regole richiede che siano tenuti distinti **i tre livelli fondamentali sui quali si articola la legislazione sul commercio**: il diritto dell'Unione europea, il diritto interno statale e il diritto regionale. Si tralascia, per necessità di sintesi e per rilevanza marginale in questa sede, sia il livello degli accordi internazionali sia quello provinciale e comunale.

2.4. Il rapporto fra i tre diversi livelli di regolazione è definito dai seguenti principi:

- il **primato del diritto dell'Unione europea**, che vincola l'esercizio della potestà legislativa sia statale che regionale (cfr. art. 117.1 Cost.) e comporta l'**immediata disapplicazione** del diritto interno contrastante con norme e principi europei dotati di efficacia diretta

- il **concorso tra legislazione statale e legislazione regionale**, ordinato secondo le regole fissate dall'art. 117 Cost.:

- **potestà legislativa esclusiva dello Stato in materia di "tutela della concorrenza"**, che consente di intervenire in materie regionali nella misura in cui la sua azione sia "strumentale ad eliminare limiti e barriere all'accesso al mercato e alla libera esplicazione della capacità imprenditoriale" (Corte cost, sentenze n. 288/2010 e n. 430 del 2007)

- **potestà legislativa esclusiva dello Stato in materia di "determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti diritti civili e sociali"** che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale", inclusa la garanzia ai consumatori finali di un livello minimo e uniforme di condizioni di accessibilità all'acquisto di prodotti e servizi sull'intero territorio italiano

- **potestà legislativa esclusiva delle Regioni nella materia del commercio**

- prevalenza della legge posteriore, statale o regionale, su tutte le leggi anteriori incompatibili

- incostituzionalità di leggi che invadano le attribuzioni riservate ad altro Ente

3. IL DIRITTO DELL'UNIONE EUROPEA: IL TRATTATO SUL FUNZIONAMENTO DELL'UNIONE, LA GIURISPRUDENZA DELLA CORTE DI GIUSTIZIA, LA DIRETTIVA "BOLKESTEIN"

3.1. Il Trattato sul funzionamento dell'Unione, in vigore dal 1° dicembre 2009, conferma alcuni principi vincolanti già presenti fin dal Trattato CEE del 1957, che hanno per lo più efficacia diretta e quindi applicabilità immediata, con prevalenza su eventuali leggi statali o regionali difformi, sia anteriori che posteriori:

Art. 26 par. 2 TFUE: il **mercato interno** è uno spazio senza frontiere interne nel quale è assicurata la libera circolazione delle **merci**, delle persone, dei **servizi** e dei capitali

Art. 57 TFUE: **rientrano tra i servizi le attività di carattere commerciale**

Art. 49 TFUE: **la libertà di stabilimento importa l'accesso alle attività autonome e al loro esercizio**, nonché la costituzione e la gestione di imprese, alle condizioni definite dalla legislazione del Paese di stabilimento nei confronti dei propri cittadini; **sono vietate le restrizioni** alla libertà di stabilimento dei cittadini e delle imprese di uno Stato membro nel territorio di un altro Stato membro

Art. 101 TFUE: sono incompatibili col mercato interno e **vietati tutti gli accordi tra imprese, tutte le decisioni di associazioni di imprese e tutte le pratiche concordate** che possano pregiudicare il commercio tra Stati membri e che abbiano per oggetto o per effetto di impedire, restringere o falsare il gioco della concorrenza nel mercato interno

Art. 107 TFUE: sono incompatibili col mercato interno se incidano sugli scambi tra Stati membri gli **aiuti concessi dagli Stati** (Regioni incluse), ovvero mediante risorse statali (o anche regionali o di altri Enti pubblici), sotto qualsiasi forma, che, favorendo talune imprese o talune produzioni, falsino o minaccino di falsare la concorrenza

3.2. L'attuazione dei principi del TFUE è avvenuta

- attraverso la giurisprudenza della Corte di giustizia
- mediante atti normativi vincolanti: quanto ai servizi nel mercato interno, con la recente direttiva servizi (c.d. Bolkestein) 2006/123/CE del 12 dicembre 2006.

3.3. Secondo la giurisprudenza della Corte di giustizia relativa alla libertà di circolazione delle merci:

- la libertà di circolazione delle merci comporta il divieto di restrizioni quantitative o misure di effetto equivalente, distintamente o indistintamente applicabili
- è tale "ogni normativa commerciale degli Stati membri che possa ostacolare direttamente o indirettamente, in atto o in potenza, gli scambi intracomunitari" (c.d. formula Dassonville: CGCE 11 luglio 1974, causa 8/74)
- gli ostacoli per la circolazione intracomunitaria derivanti da disparità delle legislazioni nazionali relative al commercio dei prodotti vanno accettati qualora tali prescrizioni possano ammettersi come necessarie per rispondere ad esigenze imperative attinenti, in particolare, all'efficacia dei controlli fiscali, alla protezione della salute, alla lealtà dei negozi commerciali e alla difesa dei consumatori (CGCE 20 febbraio 1979, causa 120/78, Cassis de Dijon)
- **le misure nazionali sulle modalità dell'attività commerciale (p.es. limitazione di orari di vendita, apertura domenicale dei negozi)** se non siano preordinate alla disciplina degli scambi e siano insuscettibili di rendere, direttamente o indirettamente, nella forma o nella sostanza, l'accesso al mercato meno facile per i prodotti importati, **non rientrano tra le misure vietate** (CGCE 24 novembre 1993, cause C-267-268/91, Keck; 15 dicembre 1993, causa C-292/92, Huenermund)

3.4. Secondo la giurisprudenza della Corte di giustizia relativa al diritto di stabilimento e alla libertà di prestazione dei servizi:

- va rispettato il **principio del trattamento nazionale**, che vieta ogni discriminazione basata sulla nazionalità
- vige il divieto di qualunque altra forma, anche dissimulata o indiretta, di discriminazione nell'accesso o esercizio di attività economiche autonome (es. in base a residenza, regime fiscale, titoli di studio) da parte di operatori economici di altri Stati membri

- **sentenza 24 maggio 2011, causa C-400/08, Commissione europea c. Spagna, sulla legislazione della Catalogna relativa all'apertura di nuovi esercizi commerciali**, che limitava le zone di insediamento disponibili per nuove strutture, imponeva limiti alle superfici di vendita autorizzabili, accordava autorizzazioni solo se non si verificassero ripercussioni sui piccoli esercizi preesistenti, poneva norme procedurali per il rilascio dell'autorizzazione aventi incidenza negativa sul numero di richieste di autorizzazione presentate e/o concesse:

- secondo la Corte di giustizia, la normativa nel suo insieme, anche qualora non sia stato dimostrato che essa risulti, neppure indirettamente, discriminatoria in base alla nazionalità degli operatori, configura una restrizione del diritto di stabilimento in quanto **ostacola o scoraggia l'esercizio della libertà garantita dal Trattato, pregiudicando l'accesso al mercato per le imprese di altri Stati** membri e ostacolando in tal modo il commercio intracomunitario

- quella normativa spagnola non rientra fra le restrizioni da ritenere giustificate da motivi imperativi di interesse generale e idonee a garantire la realizzazione dell'obiettivo perseguito senza andare oltre a quanto necessario al suo conseguimento (protezione dell'ambiente, razionale gestione del territorio, tutela dei consumatori; NO finalità di natura puramente economica (v. sentenza 15 aprile 2010, causa C-96/08, CIBA)

- sono perciò incompatibili col diritto dell'Unione quelle disposizioni spagnole sul commercio che prevedevano:

il divieto di insediamento di grandi esercizi commerciali al di fuori dell'agglomerato urbano di un numero limitato di Comuni

limiti all'insediamento di nuovi ipermercati ad un numero ristretto di province e l'imposizione che tali nuovi ipermercati non assorbano oltre il 9% della spesa per beni di largo consumo o oltre il 7% della spesa per beni non di uso corrente

la fissazione di soglie massime attinenti al livello di insediamento e all'incidenza sugli esercizi commerciali al dettaglio preesistenti, al di là dei quali è impossibile aprire nuovi grandi esercizi commerciali e/o nuovi esercizi commerciali di medie dimensioni

l'istituzione di Comitati per le strutture commerciali ove sia garantita la rappresentanza degli interessi del commercio al dettaglio preesistenti mentre non sia prevista la rappresentanza di associazioni attive nel settore della protezione dell'ambiente e dei gruppi di interesse per la tutela dei consumatori

3.5. La direttiva servizi (c.d. Bolkestein) 2006/123/CE del 12 dicembre 2006 relativa ai servizi nel mercato interno:

il termine massimo per l'attuazione della direttiva è scaduto il 28 dicembre 2009; da tale data quelle sue disposizioni che siano ritenute dotate di efficacia diretta sono immediatamente

applicabili e comportano l'obbligo di disapplicazione immediata di eventuali norme interne contrastanti, statali o regionali, da parte sia dei giudici che di ogni autorità amministrativa

la direttiva si inserisce nella "strategia di Lisbona" del 2000 volta a rendere l'Unione l'economia basata sulla conoscenza più competitiva e dinamica del mondo

mira ad agevolare la libertà di prestazione dei servizi e il diritto di stabilimento, eliminando gli ostacoli più vistosi presenti nel mercato interno che impediscono di fatto alle attività autonome di circolare liberamente fra Stati membri, e semplificando le procedure e formalità richieste per l'esercizio di quelle libertà

mira anche a rafforzare i diritti dei destinatari dei servizi, promuovendo la qualità dei servizi, e ad attivare una cooperazione amministrativa fra le Autorità nazionali

adotta una combinazione equilibrata di misure: l'eliminazione in via prioritaria di taluni ostacoli; l'avvio di un processo di consultazione e armonizzazione su questioni specifiche

stabilisce un quadro giuridico generale valido per qualsiasi attività di servizi (c.d. carattere orizzontale), salvo eccezioni (che restano comunque soggette ai principi del TFUE)

pone disposizioni comuni a libertà di stabilimento e libertà di prestazione dei servizi, e disposizioni differenziate per ciascuna di esse

tra le **disposizioni comuni: semplificazione delle procedure e formalità amministrative, con obblighi specifici**: sportelli unici; accesso a distanza per via elettronica; circolazione dei documenti di altri Stati attestanti il possesso di requisiti; designazione di punti di contatto per la cooperazione amministrativa e lo scambio di informazioni; meccanismo di allerta contro attività pregiudizievoli alla salute e sicurezza delle persone e dell'ambiente; misure statali di accompagnamento per aumentare la qualità dei servizi e la loro certificazione

relativamente al diritto di stabilimento, si codificano e chiariscono principi già affermati dalla giurisprudenza comunitaria con riguardo ai **regimi di autorizzazione** (ammissibili solo se indispensabili e non discriminatori e giustificati da motivi di interesse generale); si vietano alcuni requisiti e si sottopongono altri a condizioni

fra i **requisiti vietati**: il divieto di applicazione *"caso per caso, di una verifica di natura economica che subordina il rilascio del titolo autorizzatorio alla prova dell'esistenza di un bisogno economico o di una domanda di mercato, o alla valutazione degli effetti economici potenziali o effettivi dell'attività o alla valutazione dell'adeguatezza dell'attività rispetto agli obiettivi di programmazione economica stabiliti; tale divieto non concerne i requisiti di programmazione che non perseguono obiettivi economici, ma che sono dettati da motivi imperativi d'interesse generale"* (art. 11, comma 1, lett. c)); il coinvolgimento di operatori concorrenti ai fini del rilascio di autorizzazioni o di altre decisioni delle autorità competenti

fra i **requisiti sottoposti a condizioni** (non discriminatori, giustificati da un motivo imperativo di interesse generale, proporzionati rispetto all'obiettivo perseguito): le **restrizioni quantitative e territoriali sotto forma, in particolare, di restrizioni fissate in funzione della popolazione o di una distanza geografica minima tra prestatori**; l'obbligo per il prestatore di fornire, insieme al suo servizio, altri servizi specifici.

4. LA LEGISLAZIONE STATALE: PRINCIPI COSTITUZIONALI, LEGGI ORDINARIE, GIURISPRUDENZA AMMINISTRATIVA

4.1. I principi costituzionali

Art. 41 Cost.: libertà di iniziativa economica

Art. 117 Cost.: **tutela della concorrenza, anche nel commercio** (Corte cost. n. 430/2007, n. 283/09; Cons. Stato n. 2808/2009), garanzia per i consumatori finali di un **livello minimo e uniforme di condizioni di accessibilità all'acquisto di prodotti e servizi** sul territorio nazionale

4.2. la legislazione ordinaria

4.2.1. legge 10 ottobre 1990, n. 287, per la tutela della concorrenza e del mercato, istitutiva dell'Autorità garante, attuativa dell'art. 41 Cost.

- **d.lgs. n. 114/1998 (c.d. Bersani)**, che assegna:

alle Regioni, la definizione degli indirizzi generali per l'insediamento delle attività commerciali, l'indicazione degli indirizzi da perseguire e la fissazione dei criteri di programmazione urbanistica riferiti al settore commercio, in modo da consentire agli strumenti urbanistici comunali di individuare le aree da destinare ad insediamenti commerciali ed in particolare quelle ove insediare medie e grandi strutture di vendita al dettaglio (art. 6, comma 1 e 2);

alle Regioni, il compito di individuare, oltre alla localizzazione, i limiti ai quali sottoporre gli insediamenti commerciali in relazione alla tutela dei beni artistici, culturali ed ambientali, ai vincoli urbanistici, alla correlazione tra titoli edilizi ed autorizzazione commerciale;

alle Regioni (art. 10), il compito di fissare

- *“criteri e modalità ai fini del riconoscimento della priorità alle domande di rilascio di autorizzazione all'apertura di una media o grande struttura di vendita che prevedono la concentrazione di preesistenti medie o grandi strutture e l'assunzione dell'impegno di reimpiego del personale dipendente, ovvero, qualora trattasi di esercizi appartenenti al settore non alimentare, alle domande di chi ha frequentato un corso di formazione professionale per il commercio o risulta in possesso di adeguata qualificazione. Il rilascio della nuova autorizzazione comporta la revoca di*

- quelle relative alle strutture preesistenti, prese in considerazione ai fini della predetta priorità” (art. 10 comma secondo);*
- *i casi in cui “l’autorizzazione all’apertura di una media struttura di vendita e all’ampliamento della superficie di una media o di una grande struttura di vendita è dovuta a seguito di concentrazione o accorpamento di esercizi autorizzati ai sensi dell’articolo 24 della legge 11 giugno 1971, n. 426, per la vendita di generi di largo e generale consumo. Il rilascio dell’autorizzazione comporta la revoca dei titoli autorizzatori relativi ai preesistenti esercizi. Nell’applicazione della presente disposizione la regione tiene conto anche della condizione relativa al reimpiego del personale degli esercizi concentrati o accorpati” (art. 10 comma terzo);*
 - *“le zone del proprio territorio alle quali applicare i limiti massimi di superficie di vendita di cui all’articolo 4, lettere d) ed e), in base alle caratteristiche socio-economiche, anche in deroga al criterio della consistenza demografica” (art. 10, comma quarto)*
 - *ai Comuni (art. 9), il compito di rilasciare le autorizzazioni all’apertura, al trasferimento ed all’ampliamento di superficie delle grandi strutture di vendita, previa indizione di una conferenza di servizi, e ancora alla Regione il compito di adottare le norme sul procedimento.*

Per quanto riguarda gli **orari degli esercizi commerciali** (art. 11), essi *“sono rimessi alla libera determinazione degli esercenti nel rispetto delle disposizioni del presente articolo e dei criteri emanati dai comuni, sentite le organizzazioni locali dei consumatori, delle imprese del commercio e dei lavoratori dipendenti, in esecuzione di quanto disposto dall’articolo 36, comma 3, della legge 8 giugno 1990, n. 142”.*

Vengono però dettate alcune restrizioni:

“gli esercizi commerciali di vendita al dettaglio possono restare aperti al pubblico in tutti i giorni della settimana dalle ore sette alle ore ventidue. Nel rispetto di tali limiti l’esercente può liberamente determinare l’orario di apertura e di chiusura del proprio esercizio non superando comunque il limite delle tredici ore giornaliere.” (art.11 comma secondo);

“Gli esercizi di vendita al dettaglio osservano la chiusura domenicale e festiva dell’esercizio e, nei casi stabiliti dai comuni, sentite le organizzazioni di cui al comma 1, la mezza giornata di chiusura infrasettimanale.” (art. 11 comma quarto);

“Il comune, sentite le organizzazioni di cui al comma 1, individua i giorni e le zone del territorio nei quali gli esercenti possono derogare all’obbligo di chiusura domenicale e festiva. Detti giorni comprendono comunque quelli del mese di dicembre, nonché ulteriori otto domeniche o festività nel corso degli altri mesi dell’anno.” (art.11 comma quinto).

Alcune deroghe sono stabilite dagli artt. 12 e 13:

Nei comuni ad economia prevalentemente turistica, nelle città d’arte o nelle zone del territorio dei medesimi, gli esercenti determinano liberamente gli orari di apertura e di chiusura e possono derogare dall’obbligo di cui all’articolo 11, comma 4. (art. 12 primo comma)

Le disposizioni del presente titolo non si applicano alle seguenti tipologie di attività: le rivendite di generi di monopolio; gli esercizi di vendita interni ai campeggi, ai villaggi e ai complessi turistici e alberghieri; gli esercizi di vendita al dettaglio situati nelle aree di servizio lungo le autostrade, nelle stazioni ferroviarie, marittime ed aeroportuali; alle rivendite di giornali; le gelaterie e gastronomie; le rosticcerie e le pasticcerie; gli esercizi

specializzati nella vendita di bevande, fiori, piante e articoli da giardinaggio, mobili, libri, dischi, nastri magnetici, musicassette, videocassette, opere d'arte, oggetti d'antiquariato, stampe, cartoline, articoli da ricordo e artigianato locale, nonché le stazioni di servizio autostradali, qualora le attività di vendita previste dal presente comma siano svolte in maniera esclusiva e prevalente, e le sale cinematografiche. (art. 13 primo comma)

4.2.2. decreto “Bersani bis” 4 luglio 2006, n. 223, conv. in l. 4 agosto 2006, n. 248, per il rilancio economico e sociale:

- dà attuazione agli artt. 3, 11, 41, 117 Cost. e ai principi del Trattato CE e, fra l'altro, adotta (art. 3) regole di **tutela della concorrenza nel settore della distribuzione commerciale, vincolanti dal 1 gennaio 2007;**

- elimina l'obbligo di iscrizioni a registri abilitanti e del possesso di requisiti professionali, salvo che per il settore alimentare e la somministrazione di alimenti e bevande

- elimina il divieto di distanze minime tra attività commerciali appartenenti alla medesima tipologia

- sopprime le limitazioni quantitative all'assortimento merceologico, salvo la distinzione food/no food

- sopprime i limiti riferiti a quote di mercato predefinite o calcolate sul volume delle vendite a livello territoriale sub regionale

- elimina i divieti di effettuare vendite promozionali

- elimina ogni autorizzazione e limite a vendite promozionali negli esercizi commerciali, salvo i periodi precedenti i saldi di fine stagione, e al consumo immediato di prodotti di gastronomia

4.2.3. d.lgs. n. 59/2010 di attuazione della direttiva Bolkestein, in vigore dall'8 maggio 2010 (in ritardo rispetto al termine finale del 28 dicembre 2009 fissato dalla direttiva):

- le sue disposizioni “*si applicano a **qualsunque attività economica** di carattere imprenditoriale o professionale, svolta senza vincolo di subordinazione, diretta allo scambio di beni o alla fornitura di altra prestazione anche a carattere intellettuale*” e dunque senz'altro anche al commercio in generale (del resto, le attività escluse dall'ambito di applicazione del decreto sono solo quelle elencate dall'articolo 2)

- Art. 1, commi 3 e 4: i “*principi desumibili dalle disposizioni di cui alla Parte prima del presente decreto costituiscono **norme fondamentali** di riforma economico-sociale della Repubblica e principi dell'ordinamento giuridico dello Stato*”: quindi prevalgono sulle disposizioni eventualmente difformi dettate dalle Regioni e Province autonome, quantunque dotate di potestà legislativa

primaria in materia di commercio. Le Regioni potevano e possono ancora dare autonoma attuazione alla direttiva 2006/123/CE; fino a quando non provvedano, si deve applicare direttamente il d. lgs. n. 59/2010, salvo che le vigenti disposizioni regionali non siano già conformi alla direttiva

- Art. 11, comma 1, lett. e): l'accesso ad un'attività di servizi o il suo esercizio non può essere subordinato *“all'applicazione caso per caso di una verifica di natura economica che subordina il rilascio del titolo autorizzatorio alla prova dell'esistenza di un bisogno economico o di una domanda di mercato, o alla valutazione degli effetti economici potenziali o effettivi dell'attività o alla valutazione dell'adeguatezza dell'attività rispetto agli obiettivi di programmazione economica stabiliti”*;

- eccezione alla regola: *“tale divieto non concerne i requisiti di programmazione che non perseguono obiettivi economici, ma che sono dettati da motivi imperativi d'interesse generale”*.

I **“motivi di interesse generale”** sono identificati dall'art. 8, comma 1, lett. h):

- ordine pubblico
- sicurezza pubblica
- incolumità pubblica
- sanità pubblica
- mantenimento dell'equilibrio finanziario del sistema di sicurezza sociale
- tutela dei consumatori, dei destinatari dei servizi e dei lavoratori
- equità nelle transazioni commerciali
- lotta alla frode
- tutela dell'ambiente, incluso l'ambiente urbano
- salute degli animali
- proprietà intellettuale
- conservazione del patrimonio nazionale storico e artistico
- obiettivi di politica sociale e di politica culturale

- Art. 12: nei casi in cui sussistono motivi imperativi di interesse generale, l'accesso e l'esercizio di una attività di servizio possono, **nel rispetto dei principi di proporzionalità e non discriminazione**, essere subordinati al rispetto di una serie di requisiti: vi rientrano le *“restrizioni*

quantitative o territoriali sotto forma, in particolare, di restrizioni fissate in funzione della popolazione o di una distanza geografica minima tra prestatori

4.2.4. decreto-legge 13 agosto 2011, n. 138, conv. in legge 14 settembre 2011, n. 148, in vigore dal 16 settembre 2011, con misure urgenti per lo sviluppo:

- Art. 3: abrogazione delle indebite restrizioni all'accesso e all'esercizio delle professioni e delle attività economiche, con obbligo anche per le Regioni, le Province e i Comuni di attuare **entro il 16 settembre 2012** il principio che l'iniziativa e l'attività economica privata sono libere ed è permesso tutto ciò che non sia espressamente vietato dalla legge per motivi imperativi specificamente indicati (vincoli comunitari o costituzionali; danno alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana e contrasto con l'utilità sociale; disposizioni indispensabili per la protezione della salute umana, la conservazione delle specie animali e vegetali, dell'ambiente, del paesaggio e del patrimonio culturale; disposizioni sulla raccolta di giochi pubblici o comportanti effetti sulla finanza pubblica)

- Art. 3.8: le restrizioni in materia di accesso ed esercizio delle attività economiche previste sono abrogate **dal 17 gennaio 2012**

4.3. La giurisprudenza amministrativa:

4.3.1. TAR Friuli-Venezia Giulia 11 marzo 2011, n. 145:

- riguarda un ricorso per l'annullamento di alcuni provvedimenti di diniego di autorizzazione commerciale per l'apertura di un esercizio di media struttura di vendita a Maniago, motivati dall'esaurimento del contingente comunale

afferma che le disposizioni dell'art. 3 l.n. 248/2006 e dell'art. 11 d.lgs. n. 59/2010 "sono state univocamente interpretate come liberalizzazione del mercato, con **divieto di contingentamento, cioè di limitare l'apertura di nuove attività commerciali stabilendo un numero preciso di autorizzazioni rilasciabili, ovvero di superficie assentibile**"

stabilisce che per effetto di tali disposizioni, attinenti alla concorrenza e di competenza statale esclusiva; **"ogni disposizione regionale (antecedente o successiva) contrastante con i principi espressi dallo Stato è destinata a recedere rispetto alla norma statale, per il principio di elasticità dei poteri"** dal 1 gennaio 2007

- *"una volta entrata in vigore una norma nazionale in materie riservate alla competenza esclusiva dello Stato (specie se applicativa di principi e norme comunitarie), essa è destinata a prevalere (immediatamente, ovvero dopo l'infruttuosa scadenza del termine di adeguamento), per così dire per "espansione", sulle eventuali disposizioni regionali contrastanti. Nel caso di specie era infatti stato dato alle Regioni (tutte, senza distinzione di livello di autonomia) un termine per*

l'adeguamento, decorso inutilmente il quale, all'evidenza, le norme regionali erano destinate a divenire inapplicabili, sostituite dalla corrispondente norma statale"; "scaduto il termine dell'1.1.07, previsto dalla L. 248/06, anche nell'ambito territoriale della Regione Friuli - Venezia Giulia è venuta meno ogni forma di contingentamento"

- quanto precede non comporta una "liberalizzazione assoluta o selvaggia" in quanto "(...) **limitazioni all'apertura di nuovi esercizi commerciali sono astrattamente possibili purché non si fondino su quote di mercato predefinite o calcolate sul volume delle vendite, ossia, in altri termini, sull'apprezzamento autoritativo dell'adeguatezza dell'offerta alla presunta entità della domanda. I principi del Trattato e del nostro ordinamento costituzionale impongono che i poteri pubblici non interferiscano sul libero giuoco della concorrenza, astenendosi dallo stabilire inderogabilmente il numero massimo degli esercenti da autorizzare in una determinata area (...). Le leggi sopravvenute hanno liberalizzato il mercato lasciando alle Regioni e agli Enti locali la possibilità di porre limiti ai nuovi insediamenti commerciali solo se giustificati da ragioni estranee alla limitazione della concorrenza, in altre parole: geografiche, storico-culturali, urbanistiche, architettoniche e - ritiene il Collegio - anche di salvaguardia del tessuto commerciale esistente (ad esempio, negando l'autorizzazione all'apertura di nuovi punti vendita nei centri storici caratterizzati dall'esistenza di attività commerciali tradizionali di piccola dimensione, ma molto diversificate, che si vuole preservare), ma non potrà puramente e semplicemente denegare un'autorizzazione richiamandosi ai non più consentiti contingentamenti"**.

4.3.2. Consiglio di Stato, sentenza n. 2808/2009, su un diniego di autorizzazione all'attività di somministrazione di alimenti e bevande nei locali siti in Milano:

- *"i criteri limitativi di ordine quantitativo in tema di apertura di nuovi esercizi commerciali si pongono in contrasto con la lettura che dell'art. 3 della legge n. 248 del 2006 ha offerto la Corte costituzionale con la sent. n. 430 del 2007, nel solco di una giurisprudenza più volte confermata (n. 80 del 2006, n. 242 del 2005)";*
- *secondo il quadro normativo, "limitazioni all'apertura di nuovi esercizi commerciali sono astrattamente possibili purché non si fondino su quote di mercato predefinite o calcolate sul volume delle vendite, ossia, in altri termini, sull'apprezzamento autoritativo dell'adeguatezza dell'offerta alla presunta entità della domanda" ;*
- *"anche ammesso che l'esigenza di interventi limitativi sia collegabile alla tutela di valori di rango equivalente al principio di libertà economica, posto che questa non può svolgersi in contrasto con l'utilità sociale o in modo da recare danno alla sicurezza, alla libertà e alla dignità umana (art. 41, comma 2, Cost.), tra tali valori non può farsi rientrare la salvaguardia di una quota di mercato in favore degli esercizi esistenti."*
- *"l'indicazione, effettuata dal Comune, di un numero di pubblici esercizi per ogni 100 (o più) residenti (...), equivale (...) ad indicare, per ogni pubblico esercizio esistente, il numero ottimale di residenti ad esso relativo, e tale ultimo numero altro non è che una quota di mercato predefinita";*

- in conclusione, le disposizioni della legge 248/2006 *“ in attuazione del principio di libera concorrenza, impediscono alle Amministrazioni di adottare misure regolatorie che incidano, direttamente o indirettamente, sull’equilibrio fra domanda e offerta, che deve invece determinarsi in base alle sole regole del mercato.”*.

4.3.3. Consiglio di Stato, V sez., sentenza 31 marzo 2011, n. 1975, su una delibera regionale che poneva limitazioni alle grandi strutture di vendita in una determinata area calabrese:

- *“si pone in contrasto con il d.l. n. 223/06, avendo chiaramente perseguito proprio la finalità di contingentare le autorizzazioni ripartendo le quote di mercato”*: il d.l. n. 223/06 ha introdotto infatti un principio generale a tutela della concorrenza, che garantisce la piena libertà di iniziativa economica e contrasta con l’introduzione di limiti e contingentamenti dei titoli abilitativi necessari per l’esercizio di determinate attività commerciali;
- richiama il precedente della decisione n. 2808/2009, secondo cui tendenzialmente i criteri limitativi di ordine quantitativo in tema di apertura di nuovi esercizi commerciali si pongono in contrasto con la lettura che dell’art. 3 della legge n. 248 del 2006 ha offerto la Corte costituzionale con la sentenza n. 430 del 2007, nel solco di una giurisprudenza più volte confermata (n. 80 del 2006, n. 242 del 2005);
- *“I principi del Trattato e del nostro ordinamento costituzionale impongono che i poteri pubblici non interferiscano sul libero gioco della concorrenza, astenendosi dallo stabilire inderogabilmente il numero massimo degli esercenti da autorizzare in una determinata area. Peraltro, un contingentamento delle autorizzazioni implica di per sé un contrasto con l’art. 3 del d.l. n. 223/06, essendo onere dell’amministrazione, o in questo caso dell’appellante, dimostrare che il limite sia stato posto per ragioni e finalità compatibili con il citato d.l.”*;
- *“L’accertamento del contrasto tra la delibera n. 409/2000 e il d.l. n. 223/06 determina l’inapplicabilità dei limiti fissati dalle regioni e la conseguente legittimità dell’autorizzazione rilasciata in favore della società contro interessata”*;
- *“i principi di tutela della concorrenza di cui al d.l. n. 223/06 sono stati attuati anche dalla direttiva servizi” (si tratta della cd. Bolkestein)”*.

4.3.4. La giurisprudenza amministrativa si va consolidando sulle posizioni qui sopra illustrate:

- Cons. di Stato, Sez. V, 31 marzo 2011, n. 1973; Cons. di Stato, Sez. V, 28 novembre 2008, n. 5912; T.A.R. Calabria, Sez. II – Catanzaro, 11 gennaio 2011, n. 5; TAR Lombardia – Milano, 22 novembre 2010, n. 7300; TAR Lazio – Roma, 6 ottobre 2010, n. 32688; T.A.R. Toscana, Sez. II, 21 settembre 2010, n. 6400; TAR Sicilia – Palermo, 17 maggio 2010, n. 6884; T.A.R. Calabria, Sez. II – Catanzaro, 31 dicembre 2009, n.1488.

5. LA LEGISLAZIONE REGIONALE VENETA

5.1. La **legge 9 agosto 1999, n. 37**, attuativa del decreto Bersani del 1998 (sul presupposto che il potere legislativo regionale era a quel tempo solo delegato), ma non allineata ai principi del decreto statale

5.2. La **legge 13 agosto 2004, n. 15**: successiva all'attribuzione di competenza legislativa esclusiva alle Regioni ad opera dell'art. 117 Cost. novellato nel 2001, ma ancora modellata sulla precedente, di programmazione quantitativa dell'insediamento di attività commerciali

5.3. Verso la nuova legge (di adeguamento anche formale del diritto regionale alla direttiva Bolkestein e alla recente legislazione esclusiva statale):

- **problematicità del permanere di una programmazione quantitativa**, che ove fosse ritenuta incompatibile col diritto dell'Unione potrebbe essere immediatamente disapplicata

- **spazio per una programmazione c.d. qualitativa**, con restrizioni giustificabili solo da motivi imperativi di interesse generale (come definiti dal diritto dell'Unione, e pur sempre nel rispetto del principio di proporzionalità): ordine pubblico, sicurezza pubblica, incolumità pubblica, sanità pubblica, mantenimento dell'equilibrio finanziario del sistema di sicurezza sociale, **tutela dei consumatori, dei destinatari dei servizi e dei lavoratori**, equità nelle transazioni commerciali, lotta alla frode, **tutela dell'ambiente, incluso l'ambiente urbano**, salute degli animali, rispetto della proprietà intellettuale, **conservazione del patrimonio nazionale storico e artistico, obiettivi di politica sociale e di politica culturale** (es. idoneità del territorio e delle infrastrutture esistenti, tutela e risparmio del territorio, tutela dei beni storici artistici e culturali, protezione dell'ambiente, tutela del paesaggio, tutela del servizio minimo, inteso come livello di servizio adeguato alle esigenze dei consumatori in termini di qualità, accessibilità, sicurezza e convenienza)

- **la programmazione qualitativa apre spazi di salvaguardia e valorizzazione dei centri storici** anche sotto il profilo delle attività commerciali caratterizzanti o coerenti; può essere affidata sia a regole che ad azioni positive (non qualificabili come aiuti di Stato), incluse eventuali limitazioni quantitative e tipologiche di nuovi insediamenti, secondo la giurisprudenza amministrativa

6. LA QUESTIONE SPECIFICA DEGLI ORARI E DELLE APERTURE DOMENICALI

6.1. *“La disciplina degli orari degli esercizi commerciali rientra nella materia «commercio» di cui all'art. 117, quarto comma, Cost.”* (Corte cost., sentenze n. 150 del 2011 e n. 288 del 2010; ord. n. 199 del 2006).

6.2. Misure regionali più restrittive rispetto a quelle contemplate dal d.lgs. n. 144/1998 ove possano produrre effetti che ostacolino la concorrenza sono illegittime in quanto invasive della competenza esclusiva statale (Corte cost., sentenza n. 150 del 2011).

E' stato dichiarato illegittimo l'art. 2 della l.r. Abruzzo n. 38/2010 nella parte in cui prevedeva un obbligo di compensare ogni giornata di apertura domenicale facoltativa con un giorno di chiusura infrasettimanale, poiché avrebbe determinato un peggioramento rispetto alla normativa statale; mentre è stata ritenuta legittima la l.r. n. 11/2008 che prevede la possibilità di apertura straordinaria di 40 giornate annuali, in quanto non viola le norme sulla concorrenza ma anzi, con riguardo al d.lgs. 144/1998, *“ne amplia la portata liberalizzatrice, aumentando, rispetto a quanto prevede tale decreto, il numero di giornate in cui è consentita l'apertura domenicale e festiva, contribuendo quindi, ad estendere l'area di libera scelta sia dei consumatori che delle imprese.”*.

6.3. Le Regioni sono quindi libere di adottare le proprie norme in materia, anche contro le indicazioni previste dalla disciplina nazionale, che sarà applicabile invece solo in via residuale (Corte cost., sentenze n.150 del 2011, n. 288 del 2010, ord. n. 199 del 2006).

6.4. Il TAR Emilia-Romagna, sentenza n.8002 del 2010, su ricorso da parte di un esercizio commerciale al di fuori della cinta muraria di Ferrara contro la determinazione dirigenziale comunale che concedeva agli esercizi all'interno delle mura di poter rimanere aperti durante tutte le domeniche dell'anno, ha stabilito:

- *“tale disciplina (il differente regime tra esercizi commerciali fuori e dentro le mura) mira ad una regolamentazione finalizzata a **contemperare i principi e i valori della concorrenza con la salvaguardia delle aree urbane, dei centri storici, della pluralità tra diverse tipologie di strutture commerciali e della funzione sociale svolta dai servizi commerciali di prossimità**, e che alla luce di tale contemperamento vanno lette anche le norme sugli orari e sulle giornate di apertura e chiusura degli esercizi commerciali;”*;
- *“ in tema di programmazione della rete distributiva l'art. 6 del d.lgs. n.144 del 1998 ha previsto che le Regioni debbano assicurare non solo il rispetto <<del principio della libera concorrenza>> (comma 1, lett. b), ma che debbano anche <<rendere compatibile l'impatto territoriale e ambientale degli insediamenti commerciali con particolare riguardo a fattori quali la mobilità, il traffico e l'inquinamento>> nonché <<valorizzare la funzione commerciale al fine della riqualificazione del tessuto urbano>> (lett. c), oltre a <<salvaguardare e riqualificare i centri storici>> (lett.d) ed a <<favorire gli insediamenti commerciali destinati al recupero delle piccole e medie imprese già operanti sul territorio>> (lett.f).”*;
- *“La stessa Corte di Giustizia della Comunità europea è giunta alla conclusione che la normativa nazionale sulla chiusura domenicale non confligge con il principio di libera circolazione delle merci (Corte di Giustizia n.418 del 1996) e ha riconosciuto che persegue un obiettivo legittimo alla luce del diritto comunitario in quanto **le discipline nazionali che limitano l'apertura domenicale di esercizi commerciali costituiscono l'espressione di determinate scelte, rispondenti alle peculiarità socio-culturali nazionali o regionali** e che spetta agli Stati membri effettuare queste scelte attenendosi alle prescrizioni del diritto comunitario.”*.

6.5. Secondo il **TAR Veneto, sentenza n. 135 del 2010**, riguardante l'azione di alcuni piccoli esercenti contro un'ordinanza che concedeva domeniche di apertura aggiuntive ad un outlet:

- *“la vigente disciplina in materia di commercio (d. lgs. n. 114/98 e d. l. n. 223/06, conv. in l. n. 248/06) non persegue in via esclusiva una finalità liberalizzatrice, connessa al solo scopo di tutelare la libertà delle imprese e la concorrenza, in una prospettiva di sostanziale deregolamentazione del settore, giacché questo obiettivo "avrebbe quale esito estremo il rafforzamento sul mercato (delle imprese) di maggiori dimensioni a discapito proprio di un mercato concorrenziale, ed esaurirebbe l'intera disciplina nell'ambito della competenza legislativa statale di cui all'art. 117, secondo comma, lett. e) della Costituzione, giungendo a negare una propria autonomia al "commercio" inteso come "materia attribuita alla competenza legislativa residuale delle regioni" (pacificamente riconosciuta invece dalla giurisprudenza della Corte Costituzionale: cfr. le sentenze 12 dicembre 2007, n. 430, punto 3.2.2. in diritto; 11 maggio 2007, n. 165; 9 marzo 2007, n. 64; 11 maggio 2006, n. 199)”;*
- *“in ragione dei rilevanti effetti di carattere urbanistico e sociale che derivano dalla presenza o meno di esercizi commerciali sul territorio, la predetta disciplina mira a una regolamentazione finalizzata a **contemperare i principi e i valori della concorrenza con la salvaguardia delle aree urbane, dei centri storici, della pluralità tra diverse tipologie delle strutture commerciali e della funzione sociale svolta dai servizi commerciali di prossimità...**per l'art. 1, comma 3, lett. b), d), ed e) del d. lgs. 31 marzo 1998, n. 114, la disciplina sul commercio persegue anche le finalità della **"tutela del consumatore, con particolare riguardo (...) alla possibilità di approvvigionamento, al servizio di prossimità", del "pluralismo ed 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", e della "valorizzazione e salvaguardia del servizio commerciale nelle aree urbane, rurali, montane, insulari"**;*
- *“è pertanto alla luce del contemperamento operato dal legislatore tra la pluralità di questi interessi che devono essere lette anche le norme sugli orari e sulle giornate di apertura e chiusura degli esercizi commerciali”, con la conseguente insussistenza di una regola che preveda la totale liberalizzazione dei giorni di apertura.”;*

6.6. Il **TAR Toscana, sentenza n. 395 del 2011**, sulla mancata applicazione dell' art.12 d.lgs. 114/1998 (che prevede esenzioni dai limiti di orario per gli esercizi siti in località turistiche o città d'arte) in quanto il Comune, pur essendo Grosseto stato riconosciuto come città d'arte, non prevedeva alcun regime speciale di liberalizzazione degli orari di apertura ,in particolar modo con riguardo alle aperture domenicali:

“ la regola generale è sempre quella della chiusura domenicale, di cui all'art. 11 cit., e .. la deroga prevista dall'art. 12 cit. non riguarda direttamente gli esercenti,.. ma comunque investe la potestà regolamentare comunale, che rimane”;

“Come concluso condivisibilmente dalla Corte di Cassazione, infatti, la determinazione degli orari di chiusura ed apertura degli esercizi commerciali - anche nei comuni ad economia prevalentemente turistica - è demandata al Sindaco che, nell'esercizio della sua funzione coordinatrice riconosciutagli dall'art. 36, comma terzo, legge n. 241 del 1990 (ora dall'art. 50, comma 7, del TUEL), li individua in modo da non lasciare agli esercenti il mero arbitrio di stabilire, per ciascun esercizio commerciale, orari legati alla valutazione del singolo e pertanto tali da creare disservizi e lacune nell'ambito

dell'attività commerciale medesima, non potendo desumersi la libertà degli esercenti di determinazione degli orari dall'art. 12 del d.lgs. n. 114 del 1998, in quanto tale disposizione si limita a prevedere che le organizzazioni degli esercenti possono definire accordi da sottoporre al Sindaco cui spetta comunque il potere di decidere. (Cass. Civ., Sez. II, 20.1.2009, n. 1378)";

6.7. TAR Toscana, sentenza n. 1454 del 2011, sulla mancata applicazione dell' art.13 d.lgs. 114/1998 (che prevede esenzioni dai limiti di orario per determinate categorie di esercizi, tra i quali le gastronomie, cui erano stati assimilati i distributori automatici di alimenti caldi). Il Comune di Firenze, qualificando i distributori come gastronomie, chiedeva il rispetto dell' art.13 d.lgs. 114/1998 per tenerli aperti 24 ore su 24:

- viene ribadita la prevalenza della normativa locale rispetto alla legislazione nazionale (questa volta in forza dell'art. 50, comma 7, d.lgs. n.267/2000, secondo il quale *"Il sindaco, altresì, coordina e riorganizza, sulla base degli indirizzi espressi dal consiglio comunale e nell'ambito dei criteri eventualmente indicati dalla regione, gli orari degli esercizi commerciali, dei pubblici esercizi e dei servizi pubblici, nonché, d'intesa con i responsabili territorialmente competenti delle amministrazioni interessate, gli orari di apertura al pubblico degli uffici pubblici localizzati nel territorio, al fine di armonizzare l'espletamento dei servizi con le esigenze complessive e generali degli utenti."*

7. CONCLUSIONI

E' facile prevedere che la legislazione statale, in linea con quella europea, si consolidi ulteriormente nel segno della liberalizzazione e della concorrenza, a cominciare dalle misure emergenziali del nuovo governo Monti, stando alle anticipazioni note.

L'espansione della legislazione statale esclusiva condiziona in modo sempre più incisivo lo spazio della potestà legislativa regionale in materia di commercio, che conserva un ruolo autonomo soprattutto in due direzioni:

- la programmazione qualitativa della distribuzione commerciale, con la possibilità di imporre limiti e condizioni esclusivamente a salvaguardia dei motivi imperativi di interesse generale indicati dal diritto europeo, come le politiche territoriali e ambientali e le politiche culturali e sociali
- l'elaborazione di politiche attive, in particolare per la tutela e la valorizzazione dei centri storici, orientate tanto alla riqualificazione urbana (spazi pubblici, parcheggi, sostituzione edilizia, servizi pubblici, marketing territoriale) quanto al rafforzamento del tessuto commerciale in termini sia dimensionali che qualitativi.

Il governo ordinato di questa fase di transizione risponde all'interesse generale, avendo come alternativa soltanto una soluzione giudiziaria dei conflitti di interesse, destinata a privilegiare la regola generale in assenza di regole speciali volte a contemperare fra loro i differenti obiettivi e i correlativi interessi pubblici.