

L'inammissibilità costituzionale delle lesioni alla concorrenza da parte delle autonomie e l'ammissibilità dei limiti territoriali, conformativi e specifici, alla liberalizzazione del commercio

di Flavio Guella
(dicembre 2014)

(in corso di pubblicazione in "le Regioni", 2015)

SOMMARIO: 1. La giurisprudenza costituzionale sui limiti regionali alla libertà del commercio e la portata ampia della tutela statale della concorrenza; 2. L'incostituzionalità dei limiti territoriali alla liberalizzazione del commercio a carattere assoluto (preclusivi) e per ragioni non specifiche (a fini generali); 3. L'illegittimità anche dei limiti territoriali alla liberalizzazione del commercio di carattere solo relativo (conformativi), ma comunque posti in essere per ragioni non specifiche; 4. Limiti di carattere relativo/conformativo ammessi se legittimati da ragioni specifiche (già qualificate dal legislatore statale). Un regionalismo «di esecuzione» in materia di commercio?

1. La giurisprudenza costituzionale sui limiti regionali alla libertà del commercio e la portata ampia della tutela statale della concorrenza

L'impatto anticoncorrenziale dell'esercizio delle competenze regionali in materia di commercio è stato oggetto di numerosi casi sottoposti al controllo della Corte costituzionale, assumendo particolare attualità specie a fronte dei processi di liberalizzazione sollecitati dall'Unione europea. Il disposto dell'art. 31, co. 2, del d.l. 201/2011, il quale sancisce la libertà di apertura di nuovi esercizi commerciali sul territorio, senza contingenti, limiti geografici o altri vincoli di qualsiasi natura, deve infatti essere ricondotto nell'ambito della tutela della concorrenza, rientrando nella competenza legislativa esclusiva dello Stato su cui le Regioni e gli enti locali non possono (indirettamente) incidere in senso limitativo. La derivazione europea del valore della concorrenza, e la dimensione statale della funzione che ne deriva (richiedendo un elevato grado di uniformità, con conseguente trasversalità della materia), non esclude tuttavia l'esistenza di una necessità oggettiva di limitazione della liberalizzazione dell'iniziativa economica privata; la questione problematica è pertanto non l'astratta ipotizzabilità di limiti alle liberalizzazioni, ma piuttosto l'attribuzione del potere di enucleare limiti al commercio per ragioni di pubblico interesse, da allocare o a livello statale (in competenza esclusiva) o – in parte – in capo alle autonomie territoriali (con conseguente capacità di differenziazione della regolamentazione)¹.

A tal fine sono allora rilevanti i criteri seguiti dalla Corte costituzionale nel definire quando e come il livello regionale (o comunale) di governo possa legittimamente intervenire a limitazione delle liberalizzazioni del commercio. Se la tendenza dominante nella giurisprudenza costituzionale è chiaramente orientata verso la centralità della competenza statale, con un ruolo ampio e assorbente del titolo competenziale «tutela della concorrenza», nondimeno dalla casistica anche recente sembrano residuare importanti spazi per l'azione dei livelli sub-statali di governo (Comuni e – sul piano anche legislativo –

¹ Per un inquadramento generale della liberalizzazione del commercio dal d.lgs. 114/1998, attraverso la riforma del Titolo V e l'impatto sulle discipline regionali dei vari provvedimenti di deregolamentazione, fino alla riforma del 2011 cfr. V. MELE, "Tutela della concorrenza" vs. "commercio": il diritto dell'economia nel tempo delle liberalizzazioni, in *GiustAmm.it* 2013, fasc. 3 e S. SILEONI, *La liberalizzazione del commercio tra concorrenza statale e reazioni regionali*, in *questa Rivista* 2012, fasc. 5-6, 921 ss.

Regioni, quali titolari di potestà residuale in materia di commercio²). Livelli che, se intervengono in forme procedurali adeguate (con limiti relativi/conformativi, anziché ponendo barriere invalicabili all'accesso al mercato), e per fini meritevoli (con considerazione di valori specifici e riconosciuti dal legislatore nazionale, anziché di inetti generici ed atipici), possono rivendicare spazi di regolazione e gestione differenziata – costituzionalmente garantiti – a limitazione della piena liberalizzazione del commercio.

A contrappeso dell'ordinaria prevalenza del titolo competenziale pro-concorrenziale legittimante la normativa statale³, infatti, l'ente territoriale che voglia limitare l'attività commerciale (assoggettando le diverse iniziative a vincoli, contingenti numerici e regole conformative) deve allegare ragioni specifiche e costituzionalmente meritevoli che permettano di considerare non integrata tale prevalenza (sia perché i limiti alla liberalizzazione del mercato introdotti non sono assoluti, sia perché lo stesso legislatore statale riconosce in astratto la presenza di un interesse alternativo alla concorrenza, in concreto impiegato a livello territoriale per conformare e regolamentare il commercio).

La Corte costituzionale in alcune recenti sentenze ha così confermato la generale ampia portata della materia «tutela della concorrenza» di competenza statale, negando alle Regioni spazi effettivi per la conformazione dell'attività di commercio; in tali pronunce è però possibile individuare anche le coordinate per interventi territoriali di razionalizzazione delle attività economiche private (a fini di tutela di interessi pubblici). Sia nella sentenza 104/2014 (sull'impugnazione in via principale della legge regionale Valle d'Aosta 5/2013⁴), sia nella sentenza 125/2014 (sulla legge regionale Umbria 10/2013⁵), è stato preso in considerazione un ampio ventaglio di fattispecie di regolazione del commercio di livello regionale, limitative della concorrenza, e anche a partire da tali ipotesi è possibile tracciare alcune coordinate tanto a conferma della natura pervasiva della competenza statale sulla concorrenza, quanto alla ricerca degli spazi residui per la disciplina territoriale di razionalizzazione della liberalizzazione del mercato.

A quest'ultimo riguardo, poi, sembra particolarmente rilevante anche la sentenza 220/2014, nella quale la Corte – pur rifiutando un intervento con sentenza additiva in materia di poteri comunali di restrizione del gioco d'azzardo – ha indicato sul piano interpretativo alcuni spazi di legittima azione territoriale a limitazione della libertà del commercio⁶.

2 Competenza che è riconosciuta anche in forma di potestà di integrazione e di attuazione delle leggi della Repubblica dallo Statuto speciale per la Valle d'Aosta – art. 3, lett. a) – rilevante per le fattispecie di seguito analizzate; ciò fermo comunque che in forza dell'art. 10 della legge cost. 3/2001 anche le Regioni speciali devono ritenersi titolari del titolo competenziale residuale in materia di commercio.

3 Prevalenza confermata anche nei confronti delle Regioni speciali; cfr. Corte cost. 38/2013 e 299/2012.

4 Oggetto di giudizio gli artt. 2, 3, 4, 7, 11 e 18 della legge regionale Valle d'Aosta 5/2013, modificativi della legge regionale 12/1999 (principi e direttive per l'esercizio dell'attività commerciale).

5 Oggetto di giudizio gli artt. 9, 43 e 44 della legge regionale Umbria 10/2013, di attuazione del d.l. 201/2011 e del d.l. 1/2012, e con ulteriori modifiche ed integrazioni della legge regionale 24/1999, 6/2000 e 13/2003.

La casistica emergente da queste sentenze conferma tanto la trasversalità e (normale) prevalenza della materia «tutela della concorrenza», quanto la necessità di interventi limitativi (anche) territoriali a contenimento degli effetti socialmente dannosi delle liberalizzazioni; necessità che legittima regolamentazioni del commercio limitative, purché siano effettivamente virtuose (in quanto portatrici di interessi costituzionalmente qualificati e concretamente meritevoli di tutela) e purché siano compatibili con i livelli di apertura del mercato fissati dalla normativa europea (non ostacolando in termini assoluti e non adeguatamente fondati lo sviluppo pro-concorrenziale della disciplina statale, ma sfruttando invece gli spazi lasciati anche dal diritto UE, individuando ipotesi di relativizzazione della regola di liberalizzazione dei mercati poi tendenzialmente replicate dalla normativa statale)⁷.

Il fondamento europeo della concezione costituzionale della concorrenza è infatti pacifico nell'interpretazione della Corte costituzionale, che riconduce quindi alla lett. e) del co. 2 dell'art. 117 tanto una concezione statica di concorrenza, con gli interventi regolatori che a titolo principale incidono sull'apertura del mercato (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), quanto una concezione dinamica di concorrenza, fondata sulle misure legislative di promozione (che mirano a rimuovere i vincoli alle modalità di esercizio delle attività economiche, così da aprire un mercato o consolidarne l'apertura, eliminando le barriere all'entrata e riducendo o eliminando i vincoli al libero esplicarsi della capacità imprenditoriale e della competizione tra imprese)⁸.

Nell'accezione dinamica della «tutela» della concorrenza la componente promozionale assume quindi una specifica centralità⁹, le misure venendo teleologicamente caratterizzate dalla necessità di ampliare l'area di libera scelta dei cittadini e delle imprese¹⁰, con connessa esigenza di forte omogeneità sul territorio nazionale (per evitare discriminazioni e diseguaglianze). Applicato al commercio, ciò porta a leggere nella materia esclusiva «tutela della concorrenza» una prerogativa statale di definizione del livello di apertura del mercato; livello fissato tra regolazione e liberalizzazione, ricercando un corretto equilibrio

6 Giudizio incidentale sugli artt. 42 e 50, co. 7, del d.lgs. 267/2000, nonché dell'art. 31, co. 2, del d.l. 201/2011, nella parte in cui tali disposizioni non prevedono la competenza dei Comuni ad adottare atti normativi e provvedimenti volti a limitare l'uso degli apparecchi da gioco di cui al co. 6 dell'art. 110 del r.d. 773/1931.

7 Per il quadro europeo delle politiche di liberalizzazione (anche) del commercio, e il recepimento in Italia, cfr. N. LONGOBARDI, *Liberalizzazioni e libertà di impresa*, in *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario* 2013, fasc. 3-4, 603 ss.

8 Cfr. Corte cost. 270/2010, 45/2010, 160/2009, 430/2007, 401/2007. Sulla giurisprudenza più recente, anche sottolineando come una compiuta concettualizzazione della portata della «concorrenza» sia ancora carente pur a fronte dell'abbondanza delle pronunce in materia, cfr. C. PINELLI, *La tutela della concorrenza come principio e come materia. La giurisprudenza costituzionale 2004-2013*, in *Rivista AIC*, fasc. 1, 2014.

9 Sulla promozione della concorrenza, intesa non soltanto in senso statico, come garanzia di interventi di regolazione e ripristino di un equilibrio perduto, ma anche in accezione dinamica, che giustifica misure pubbliche volte a ridurre squilibri, a favorire le condizioni di un sufficiente sviluppo del mercato o ad instaurare assetti concorrenziali, cfr. Corte cost. 299/2012, 80/2006, 242/2005, 175/2005, 272/2004, 14/2004.

tra i due estremi (con totale regolamentazione preclusiva ovvero con completa liberalizzazione ad apertura).

In ogni caso, l'individuazione di tale equilibrio sembra essere pacificamente riservata – sulla base di una portata ampia della materia ex lett. e) dell'art. 117 – al solo livello centrale di governo. In questa prospettiva, nella giurisprudenza costituzionale si è consolidata l'idea che le misure di liberalizzazione, da intendersi come «razionalizzazione della regolazione», siano idonee a produrre effetti virtuosi sul tessuto economico se si pongono come una «ri-regolazione» orientata ad incrementare il livello di concorrenzialità dei mercati, consentendo ad un maggior numero di operatori di competere; e tale opera di ri-regolazione del mercato orientata a sollecitare la concorrenza dinamica potrebbe essere svolta secondo modalità non discriminatorie e non irrazionali solamente con una rigorosa riserva della materia alla potestà esclusiva statale.

D'altra parte, l'efficienza e la competitività del sistema economico risentono della qualità della regolazione, la quale condiziona l'agire degli operatori sul mercato: una regolazione delle attività economiche ingiustificatamente frammentaria o intrusiva – cioè irragionevolmente differenziata o sproporzionata rispetto alla tutela di beni costituzionalmente protetti¹¹ – genera inutili ostacoli alle dinamiche economiche, a detrimento degli imprenditori e dei consumatori. L'eliminazione degli oneri regolamentari che risultino superflui, mantenendo però quelli necessari alla tutela di superiori beni costituzionali, è allora funzionale alla tutela della concorrenza e rientra – a questo titolo – nelle competenze del legislatore statale¹².

La Corte quindi riconosce che un equilibrio tra misure regolatorie e spazi di libertà per l'iniziativa economica privata deve essere fissato con interventi normativi (di de-regolazione o ri-regolazione), a fini della miglior tutela (anche dinamica) della concorrenza, favorendo – con la giusta quantità di regole – lo sviluppo di un mercato tanto aperto quanto equo e sensibile alle esigenze sociali. La portata della lett. e) dell'art. 117 fa però sì che, tendenzialmente, l'individuazione di tale equilibrio sia lasciata al legislatore statale, le cui scelte di regolazione sono pertanto di norma non derogabili dal legislatore regionale, anche quando negative; ciò in quanto la de-regolazione statale del commercio non corrisponde ad un lasciare spazi giuridici vuoti a disposizione dell'iniziativa regionale, ma si sostanzia invece in una scelta positiva pro-concorrenziale di astensione a favore del libero mercato, non derogabile se non nelle (limitate) forme riconosciute come costituzionalmente conformi dalla Corte.

Vi sono infatti ipotesi in cui il livello territoriale di governo è in grado di decidere in modo più appropriato di quello statale quali regole limitative della liberalizzazione del commercio siano in concreto necessarie, esercitando la competenza residuale in materia di commercio e – soprattutto – facendosi portatore di interessi e valori contrapposti alla concorrenzialità del mercato (quali promozione della salute, tutela dell'ambiente, protezione sociale, razionale governo del territorio, etc.); interessi che sono così idonei a

10 Sul carattere teleologico/finalistico (oltre che trasversale) della materia «tutela della concorrenza» cfr. ancora Corte cost. 401/2007. Cfr. anche in precedenza Corte cost. 80/2006, 175/2005, 272/2004, 14/2004.

11 Cfr. Corte cost. 247/2010, 152/2010, 167/2009.

12 Cfr. Corte cost. 299/2012 e 200/2012.

limitare la liberalizzazione del commercio quando è l'autonomia territoriale ad intervenire "in concreto" sull'iniziativa economica, con scelte non di inibizione (in assoluto) ma di conformazione (relativa) della libertà dei privati, poste in essere per fini specifici (già tipizzati dal legislatore statale).

Anche le più recenti sentenze citate, che hanno sindacato un'ampia casistica di misure regionali di (ri)regolazione del commercio, possono essere lette in questa prospettiva, distinguendo le numerose ipotesi in cui la Corte ha optato per l'incostituzionalità (riscontrando un equilibrio fissato dallo Stato – nell'esercizio della competenza «tutela della concorrenza» – cui la Regione ha cercato di derogare con limiti alla liberalizzazione assoluti¹³, o anche relativi/conformativi¹⁴, ma comunque posti per ragioni non specifiche e riconoscibili come astrattamente meritevoli già a livello statale), dalle più rare ipotesi in cui si riconosce la legittimità di interventi dell'autonomia territoriale¹⁵. Interventi dei livelli di governo sub-statali che non derogano all'equilibrio tra regolazione e liberalizzazione individuato dal legislatore nazionale, che procede sotto la copertura della lett. e) dell'art. 117, ma che intervengono con misure regionali (o Comunali) le quali sono tanto meramente conformative di un'attività commerciale comunque riconosciuta come ammissibile (e solo regolata territorialmente, senza scelte preclusive in assoluto dell'iniziativa economica), quanto implementate a livello territoriale per fini e sotto al copertura di ragioni specifiche e concrete (con una tipizzazione forte dei beni a fronte dei quali viene meno la normale prevalenza del titolo competenziale «tutela della concorrenza», qualificati come meritevoli già a livello statale).

2. L'incostituzionalità dei limiti territoriali alla liberalizzazione del commercio a carattere assoluto (preclusivi) e per ragioni non specifiche (a fini generali)

Un primo ordine di interventi regionali, certamente non ammissibili posta l'accezione trasversale e prevalente della materia «tutela della concorrenza», è quello in cui l'autonomia territoriale pretende di introdurre limiti radicali alla liberalizzazione del commercio; limiti tanto di carattere assoluto (con vere barriere all'ingresso, eccessivamente restrittive e – quindi – anticoncorrenziali), quanto per fini generali e non specifici (lasciando eccessiva discrezionalità all'amministrazione, senza una tipizzazione astratta dei beni perseguiti già riconoscibile a livello nazionale e – quindi – senza garanzia di eguaglianza, prevedibilità e tutela dell'affidamento per gli attori economici privati).

Nonostante la parziale copertura della competenza residuale in materia di commercio, e nonostante la giurisprudenza della Corte di giustizia che ha riconosciuto la legittimità di limitazioni all'accesso al mercato giustificate da motivi imperativi di interesse generale (purché non sorrette da ragioni puramente economiche)¹⁶, la giurisprudenza costituzionale ha nondimeno negato la legittimità – su tali sole basi – di interventi territoriali di ridefinizione dell'equilibrio concorrenziale nell'ambito del commercio (adeguando il livello di liberalizzazione/regolamentazione alle specifiche caratteristiche territoriali).

13 Cfr. *infra* il par. 2.

14 Cfr. *infra* il par. 3.

15 Cfr. *infra* il par. 4.

Un primo esempio di questo tipo di interventi, analizzato dalla citata sentenza 104/2014, attiene all'art. 11 della legge regionale Valle d'Aosta 5/2013, che stabiliva il divieto assoluto, nei centri storici, di apertura e trasferimento di sede delle grandi strutture commerciali¹⁷. La Corte nell'accogliere la censura ribadisce la prevalenza del titolo legittimante lo Stato (concorrenza) su quelli invocati dalla Regione (commercio e urbanistica)¹⁸.

A fronte di tale prevalenza della potestà statale nel definire il punto di equilibrio tra liberalizzazione e regolamentazione, quindi, si ribadisce anche che il disposto dell'art. 31, co. 2, del d.l. 201/2011 – il quale sancisce la libertà di apertura di nuovi esercizi commerciali sul territorio, senza contingenti, limiti territoriali o altri vincoli di qualsiasi natura – deve essere integralmente ricondotto sotto la copertura della tutela della concorrenza (titolo competenziale in presenza del quale gli spazi di regolazione regionale in materia di commercio e di governo del territorio non sono idonei ad impedire una piena e trasversale efficacia conformativa dell'intervento statale, che assume quindi carattere prevalente)¹⁹.

Sulla base di un simile inquadramento generale, la Corte costituzionale non nega però che la concorrenza – come congeniata a livello di Unione europea – lasci residuare degli spazi di (ri)regolazione, a limitazione delle liberalizzazioni, ma afferma che tali spazi non sono nella (normale) disponibilità regionale, specie se occupati con barriere assolute all'ingresso nel mercato e per fini non già tipizzabili sulla base dell'ordinamento nazionale. In questo senso la Corte di giustizia, come connaturato al suo ruolo, non si è preoccupata di definire l'assetto interno dei poteri pubblici statali, ma ha focalizzato la sua interpretazione sulla tutela dei grandi esercizi commerciali avverso restrizioni alla libertà di stabilimento (nei rapporti transfrontalieri)²⁰; ciò ammettendo sì regolamentazioni

16 Cfr. CGUE 22 ottobre 2009, in causa C-348/08, *Choque Cabrera*; CGUE 11 marzo 2010, in causa C-384/08, *Attanasio Group*; CGUE 24 marzo 2011, in causa C-400/08, *Commissione europea c. Regno di Spagna* (a commento, cfr. A. CASSATELLA, *Condizioni di apertura di grandi esercizi commerciali: la Corte di giustizia fissa alcuni limiti per legislatori ed amministratori statali*, in *Giurisprudenza italiana* 2012, fasc. 1, 182 ss.).

17 Tale disposizione ha inserito nell'art. 9 della legge regionale Valle d'Aosta 12/1999 il co. 2-bis disponendo che «in attuazione dei principi previsti dall'articolo 1, comma 1-bis, nei centri storici sono vietate l'apertura e il trasferimento di sede delle grandi strutture di vendita». Per un inquadramento generale delle discipline regionali sul commercio nei centri storici, cfr. L. DEGRASSI, *Attività commerciali e tutela dei centri storici. Le scelte strategiche negli ordinamenti regionali*, in *Il diritto dell'economia* 2011, fasc. 1, 39 ss.

18 Cfr. il punto 6. del Considerato in diritto di Corte cost. 104/2014. Sugli spazi di rilevanza riconquistati dall'urbanistica proprio in un contesto di liberalizzazioni, tuttavia, cfr. S. MONZANI, *Il rapporto tra disciplina urbanistica e pianificazione commerciale nel contesto di liberalizzazione e di promozione della concorrenza*, in *Il Foro Amministrativo C.d.S.* 2012, fasc. 9, 2397 ss. e D.M. TRAINA, *Disciplina del commercio, programmazione e urbanistica*, in *Rivista giuridica dell'edilizia* 2011, fasc. 2-3, pt. 2, 119 ss. Sull'inutilizzabilità degli strumenti urbanistici per reintrodurre surrettiziamente contingenti quantitativi agli esercizi commerciali cfr. A. TRAVI, *Attività commerciali e strumenti urbanistici: ovvero, "il diritto preso sul serio"*, in *Urbanistica e appalti* 2014, fasc. 1, 101 ss.

19 Cfr. Corte cost. 299/2012, punto 6.1. del Considerato in diritto; Corte cost. 38/2013; Corte cost. 25/2009.

20 Cfr. ancora CGUE 24 marzo 2011, in causa C-400/08, *Commissione europea c. Regno di Spagna*.

all'accesso o all'esercizio del commercio, ma purché applicabili senza discriminazioni basate sulla cittadinanza. In ottica europea, tali restrizioni possono quindi essere legittimamente poste, purché siano giustificate da motivi imperativi d'interesse generale e a condizione che siano idonee a garantire la realizzazione dell'obiettivo perseguito (e non vadano oltre quanto strettamente necessario al raggiungimento dello stesso).

La meritevolezza dei motivi addotti a fondamento e il rispetto del principio di proporzionalità costituiscono pertanto requisiti fondamentali per la ri-regolazione del commercio, e fra i motivi imperativi riconosciuti dalla Corte figurano – in particolare – la protezione dell'ambiente e la razionale gestione del territorio, di sicuro interesse anche regionale e locale.

A parere della Corte costituzionale, tuttavia, l'ammissibilità di una regolamentazione limitativa della libera iniziativa economica, conforme agli spazi d'intervento lasciati dal diritto UE, non postula automaticamente che tale possibilità di ri-regolazione possa essere assunta dalla Regione, nell'esercizio delle sue competenze (su commercio, governo del territorio e altre materie rilevanti). La Corte costituzionale ribadisce quindi che quelle analizzate dalla Corte di giustizia sono fattispecie distinte rispetto a quella in esame (o quantomeno considerate in una differente prospettiva); ciò sia per la disomogeneità del principio evocato (libertà di stabilimento e non tutela della concorrenza *tout court*)²¹, sia per le caratteristiche di fatto delle due vicende.

La disomogeneità del parametro, peraltro, se semplicisticamente intesa pare solo apparente (nella misura in cui lo stabilimento, deregolando le barriere all'ingresso, è una delle forme di manifestazione delle liberalizzazioni, e quindi della concorrenza in senso dinamico). La rivendicazione della non sovrapposibilità dei due concetti fatta dalla Corte costituzionale²², tuttavia, assume significato più pregnante non solo per la citata portata transfrontaliera o interna, ma in particolare – sul piano strutturale – anche se il ragionamento viene sviluppato nel senso che la libertà di stabilimento (e quindi la concorrenza nell'accezione UE) è espressiva di un interesse di cui si occupa il livello europeo di governo e che attiene al quadro generalissimo dell'equilibrio tra liberalizzazione e regolamentazione, mentre la tutela della concorrenza – di cui all'art. 117 Cost. – assumerebbe una portata più di dettaglio, abilitando lo Stato a individuare l'equilibrio (poi solo attuato dalla Regione).

Ciò in modo che, nel riparto dei compiti pro-concorrenziali, l'Unione europea sarebbe abilitata solo a indicare la direzione generale della politica di liberalizzazione per quanto incidente sulla non discriminazione per ragioni di cittadinanza (lasciando residuare eccezioni alla libertà di stabilimento in forma di ipotesi aperte), lo Stato sarebbe legittimato a fissare l'equilibrio astratto tra regolazione e liberalizzazione in generale, e anche per il piano meramente interno (stabilendo comunque le ipotesi – interne – di possibile barriera all'ingresso nel mercato, o di conformazione dell'esercizio del commercio, anche subendo il condizionamento del vincolo all'apertura – esterna – posto dall'Unione), mentre le Regioni – senza derogare all'assetto astratto degli interessi già individuato ex art. 117, lett.

21 Così già in Corte cost. 38/2013, punto 2. del Considerato in diritto. A commento in generale cfr. A. CASSATELLA, *La liberalizzazione del commercio e i suoi attuali limiti*, in *Giurisprudenza italiana* 2014, fasc. 4, 933 ss.

22 Cfr. il punto 6.1. del Considerato in diritto della sentenza Corte cost. 104/2014.

e) dallo Stato – potrebbero sfruttare la disciplina generale posta a livello nazionale (e conforme alle indicazioni europee) per fissare invece “in concreto” i casi di ri-regolazione.

Vi sarebbe quindi una necessaria comunanza dei valori (pro-concorrenziali) tra i diversi livelli di governo, ma con una sensibile differenza di intensità nelle possibilità di fissazione delle eccezioni all’applicazione dei valori medesimi (da clausole generali di deroga al libero stabilimento, a norme generali e astratte di apertura alla ri-regolazione del mercato, fino alla gestione – amministrativa o comunque “di esecuzione” degli indirizzi statali – delle limitazioni alla concorrenza).

In coerenza con questa impostazione, da limitazioni astratte (statali) a limitazioni concrete (regionali), l’art. 31 del d.l. 201/2011 consente di introdurre limiti all’apertura di nuovi esercizi commerciali per ragioni di tutela dell’ambiente, «ivi incluso l’ambiente urbano», e riconosce alle Regioni la possibilità di prevedere «anche aree interdette agli esercizi commerciali, ovvero limitazioni ad aree dove possano insediarsi attività produttive e commerciali». Tuttavia, la disposizione statale stabilisce che ciò debba avvenire «senza discriminazioni tra gli operatori», e anche il parere reso dall’Autorità garante della concorrenza e del mercato, nel richiamare tale norma statale facoltizzante le Regioni ad introdurre restrizioni con riguardo alle aree di insediamento delle attività commerciali, afferma che ciò può avvenire sotto condizione del «rigoroso rispetto dei principi di stretta necessità e proporzionalità della limitazione, oltre che del principio di non discriminazione»²³.

Nel caso di specie, invece, l’art. 11 censurato, nel vietare l’apertura e il trasferimento nei centri storici delle grandi strutture di vendita, preclude del tutto e *a priori* l’accesso al mercato, (ri)definendo una scelta astratta di regolazione del commercio, anziché una concreta opzione di gestione della liberalizzazione. Tale divieto, proprio per la sua assolutezza, costituisce così una limitazione radicale della concorrenza (da ritenere materia prevalente), e non un intervento concreto di gestione della stessa, incidendo direttamente sull’accesso degli operatori economici al mercato e, quindi, risolvendosi in un vincolo per la libertà di iniziativa di coloro che svolgono o intendano svolgere attività di vendita. Ciò con una scelta interdittiva assoluta e a fini astratti che strutturalmente – per l’apporto che i diversi livelli di governo devono dare alla regolazione e gestione della concorrenza – non compete alla Regione.

Anche nella sentenza 125/2014 si trova un esempio di tale forma di intervento regionale, con divieti assoluti e non motivati da ragioni specifiche (pre-qualificate dal legislatore nazionale). In particolare, tra le varie norme impugnate, l’art. 44 della legge regionale Umbria 10/2013²⁴ precludeva l’installazione di impianti *self-service* di distribuzione carburanti in vari casi in cui gli stessi non possano essere classificati come di «pubblica utilità», introducendo così una misura restrittiva della concorrenza astratta e generale. La regolamentazione regionale era quindi fondata sulla logica per cui la libertà di commercio non costituisce la regola, ma l’accesso al mercato – in tale settore merceologico – è invece ammesso solo se l’interesse dell’operatore economico in ingresso coincide con

23 Parere reso dall’Autorità garante della concorrenza e del mercato in data 11 dicembre 2013, in ordine alla modifica dell’art. 31, co. 2, del d.l. 201/2011 ad opera dell’art. 30, co. 5-ter, del d.l. 69/2013. In tale parere l’Autorità ha chiarito che le Regioni possono legittimamente introdurre restrizioni per quanto riguarda le aree di insediamento di attività produttive o commerciali, purché siano rispettose del principio di non discriminazione e giustificate dal perseguimento di un interesse pubblico costituzionalmente rilevante.

24 Che ha aggiunto l’art. 7-ter alla legge regionale Umbria 13/2003, sugli impianti c.d. “ghost”.

l'interesse pubblico (qualora la nuova attività commerciale dovesse essere l'unica sita nel Comune o nel raggio di dieci chilometri)²⁵.

La Corte costituzionale, nel ritenere fondata la questione²⁶, rileva il diretto contrasto con quanto stabilito dal legislatore statale al d.l. 1/2012²⁷. Intervento statale anche in questo caso coperto dalla materia trasversale e prevalente della tutela della concorrenza, con cui è stata introdotta una misura di liberalizzazione che individua in astratto il livello di regolamentazione del mercato ritenuto opportuno; livello al quale la Regione non può derogare con sue diverse scelte di ri-regolazione, operate in astratto con barriere all'ingresso tanto a carattere assoluto, quanto poste per la tutela di fini di interesse pubblico generalissimi e non tipizzati. In questo modo, vista la carenza di ragioni di pubblico interesse specifiche, la Regione eccede i confini di una "gestione" della concorrenza e delle liberalizzazioni (già disciplinate sul piano astratto dallo Stato), non operando valutazioni "in concreto" degli interessi e dei valori qualificati già dal legislatore statale come (gli unici) idonei a vanificare la prevalenza della funzione di tutela della concorrenza.

3. L'illegittimità anche dei limiti territoriali alla liberalizzazione del commercio di carattere solo relativo (conformativi), ma comunque posti in essere per ragioni non specifiche

Il ruolo dell'autonomia territoriale nel definire l'assetto di regolamentazione nel commercio assume quindi un carattere fondamentale "di amministrazione" di scelte già predeterminate dalla prevalente competenza statale in materia di concorrenza, e tale ruolo si sostanzia così nel porre regole di gestione delle liberalizzazioni da un lato mai assolute nel limitare l'accesso, ma solo conformative dell'esercizio del commercio, e d'altro lato mai finalizzate a scopi non specifici, ma solo dirette alla tutela di interessi concreti già qualificati come meritevoli dal legislatore statale (che così rinuncia – per tali ambiti – ad espandere la prevalenza della materia «tutela della concorrenza»²⁸).

Se nei casi già citati la legittimazione delle Regioni era carente sotto entrambi i profili (limiti assoluti e per fini non specifici), anche interventi regionali di sola conformazione del commercio (senza porre barriere assolute all'ingresso, ma con soli vincoli relativi alle modalità di esercizio) non sono tuttavia legittimi se – comunque – introdotti per fini atipici, non specificamente considerati come interessi meritevoli (e potenzialmente prevalenti) dallo stesso legislatore statale.

25 Cfr. l'art. 2, co. 1, lett. q), della legge regionale Umbria 13/2003. Per un inquadramento generale della disciplina di liberalizzazione del settore della distribuzione dei carburanti, cfr. M. SALERNO, P. SANTONE, *Liberalizzazioni nella distribuzione dei carburanti e mercato unico: la Corte annulla ...le distanze*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo* 2010, fasc. 3, 1272 ss.

26 Cfr. il punto 4.1. del Considerato in diritto in Corte cost. 125/2014.

27 Che con il suo art. 18, rubricato «liberalizzazione degli impianti completamente automatizzati fuori dei centri abitati», ha modificato il co. 7 dell'art. 28 del d.l. 98/2011.

28 Cfr. *infra* il par. 4.

Così, nella casistica recente, la sentenza 104/2014 ha giudicato illegittimo l'art. 7 della legge regionale Valle d'Aosta 5/2013²⁹, che viola l'impostazione pro-concorrenziale delineata dallo Stato disciplinando le medie e grandi strutture di vendita non in modo preclusivo, in termini assoluti, ma solo subordinando il rilascio delle autorizzazioni – all'apertura, al trasferimento di sede e all'ampliamento della superficie – al parere positivo della struttura regionale competente in materia di commercio (quindi con un'ammissibile proceduralizzazione della liberalizzazione); parere che attesta la conformità dell'attività oggetto della richiesta a indirizzi però del tutto generici, non tipizzati seguendo scelte di qualificazione statali e, quindi, con un'inammissibile delega in bianco all'autorità amministrativa regionale del potere di ridefinire un equilibrio "in concreto" tra liberalizzazione e regolazione del commercio (come tale potenzialmente incompatibile con l'assetto "astratto" di apertura del mercato fissato dallo Stato nell'esercizio della tutela della concorrenza).

La Corte costituzionale rileva come il potere di indirizzo che la Regione si è riservata, proprio perché così atipico e slegato dalle scelte statali di qualificazione degli interessi eventualmente prevalenti sulla concorrenza, sia suscettibile di fondare una generale e astratta (anziché solo concreta e specifica) potestà inibitoria o sanzionatoria delle iniziative economiche private, che – anche se non sostanziata in un'inibizione assoluta e *a priori* (come nei casi precedenti) – viene nondimeno ad incidere direttamente sulla materia concorrenza proprio per la portata comunque ampia sottesa a una conformazione del commercio per fini atipici³⁰.

Sempre in quest'ottica, di non riconoscibilità della proceduralizzazione dei limiti alla liberalizzazione come garanzia da sola sufficiente per assicurare la prevalenza di interessi comunque non previamente tipizzati dal legislatore statale (a discapito dell'interesse – invece sicuramente meritevole – alla concorrenza), la sentenza 104/2014 ha giudicato incostituzionale anche l'art. 2 della legge regionale Valle d'Aosta 5/2013³¹. Articolo che attribuisce alla Giunta regionale, sentite le associazioni delle imprese esercenti il commercio maggiormente rappresentative in ambito regionale, il compito di individuare – sulla base di criteri oggettivi e trasparenti – gli indirizzi per il conseguimento degli obiettivi di equilibrio della rete distributiva, in rapporto alle diverse categorie e dimensioni degli esercizi, tenuto conto della specificità dei singoli territori e dell'interesse dei consumatori alla qualità, alla varietà, all'accessibilità e alla convenienza dell'offerta.

Si è infatti osservato che tale disposizione sarebbe incostituzionale³² in quanto suscettibile di reintrodurre surrettiziamente limiti all'accesso al mercato e all'esercizio di attività economiche. Ciò dal momento che il criterio in base al quale la Giunta deve determinare

29 Che ha sostituito l'art. 5 della legge regionale Valle d'Aosta 12/1999.

30 Cfr. il punto 3. del Considerato in diritto in Corte cost. 104/2014.

31 Che ha inserito nella legge regionale Valle d'Aosta 12/1999 (Principi e direttive per l'esercizio dell'attività commerciale), l'art. 1-bis.

32 Cfr. il punto 2. del Considerato in diritto in Corte cost. 104/2014.

gli indirizzi («obiettivi di equilibrio della rete distributiva») si pone come estremamente generico, così da lasciare all'esecutivo regionale una discrezionalità ampia che – quindi – renderebbe di fatto possibile la (re)introduzione di vincoli quantitativi all'apertura di esercizi commerciali (non giustificati da esigenze tipizzate di tutela della salute, dei lavoratori, dei beni culturali e del territorio³³).

Non si tratterebbe allora di una norma meramente procedurale, che non pone alcun limite sostanziale di tipo quantitativo alle attività commerciali (attribuendo un mero potere di indirizzo alla Giunta); in realtà, invece, tale potere di vaglio procedimentale delle iniziative commerciali è facilmente traducibile in una potestà di contingentamento a danno degli operatori economici, recuperando al livello territoriale di governo poteri sanzionatori o inibitori da esercitare per fini non specifici (il potere di indirizzo essendo solo apparentemente ancorato a parametri oggettivi, gli stessi venendo in realtà individuati dal legislatore regionale e non pre-qualificati come meritevoli e potenzialmente prevalenti sulla concorrenza già dal legislatore statale)³⁴.

Ancora, sempre la sentenza 104/2014 ha annullato – per ragioni strutturali in parte analoghe a quelle precedenti – l'art. 4 della legge regionale Valle d'Aosta 5/2013³⁵ relativo alla disciplina degli orari di apertura e chiusura delle attività di commercio al dettaglio³⁶; ciò visto il contrasto con quanto statuito dalla legislazione statale³⁷, in forza della quale eventuali limiti temporali possono essere posti solo per esigenze di sostenibilità ambientale o sociale, e non per sole ragioni economiche.

Nonostante infatti tale intervento regionale non abbia costituito una barriera assoluta all'ingresso, ma abbia solo integrato una conformazione delle modalità di esercizio dell'attività economica (escludendo dall'applicazione delle norme di liberalizzazione degli orari di apertura e chiusura delle attività commerciali quelle svolte su area pubblica), nondimeno la qualificazione dell'interesse a contingentare i tempi di apertura per tali attività imprenditoriali è difforme dalla qualificazione statale. Sebbene il legislatore regionale intervenga in questo modo su un piano di gestione della concorrenza – mediante regolazione e non con inibizione dell'attività – nondimeno l'interesse (al contingentamento dell'uso degli spazi pubblici dati in concessione) non è stato infatti previamente qualificato

33 Esigenze tipizzate, in aderenza alle qualificazioni operate anche dalla legislazione statale, dal co. 1-*bis* dell'art. 1 della legge regionale Valle d'Aosta 12/1999.

34 Sul potere di indirizzo della Giunta cfr. il punto 2.2. del Considerato in diritto in Corte cost. 104/2014. Per rilevare come sia la stessa attribuzione di un tale potere alla Giunta regionale, in una materia devoluta alla competenza legislativa esclusiva dello Stato, a determinare la lesione dell'art. 117, lettera e), cfr. ancora Corte cost. 38/2013, punto 4. del Considerato in diritto.

35 Il quale introduce l'art. 3-*bis* nella legge regionale Valle d'Aosta 12/1999.

36 In armonia con quanto disposto dall'art. 3, co. 1, lettera d-*bis*), del d.l. 223/2006.

37 Cfr. in particolare l'art. 28, co. 13, del d.lgs. 114/1998 (Riforma della disciplina relativa al settore del commercio, a norma dell'articolo 4, comma 4, della legge 15 marzo 1997, n. 59), come modificato dal d.lgs. 59/2010.

come meritevole dal legislatore statale (il quale non ha quindi preso in considerazione – in sede di definizione del punto di equilibrio tra liberalizzazione e regolazione – eccezioni specifiche per la tutela di tale bene).

In questo senso, è stata respinta la difesa regionale per la quale la disposizione censurata non avrebbe disciplinato le attività commerciali su area pubblica, ma le avrebbe semplicemente escluse dal suo campo di applicazione (in tal modo omettendo di “attivare” la liberalizzazione di orario per le attività su aree pubbliche, senza però introdurre direttamente limiti all’esercizio del commercio). Il tutto, inoltre, sarebbe stato realizzato in spazi di compressione delle liberalizzazioni ammessi anche dalla legislazione statale, che consentirebbe esplicitamente alle Regioni e agli enti locali di stabilire limiti e modalità di utilizzo (contingentato, in quanto beni a disponibilità limitata) delle aree pubbliche³⁸.

La Corte costituzionale ha però respinto tali difese³⁹, in quanto la norma statale da ultimo citata non è specificamente diretta a qualificare l’interesse alla gestione speciale delle aree pubbliche come potenzialmente prevalente sulle liberalizzazioni e, quindi, le Regioni non possono impiegare tale interesse generico per una regolamentazione conformativa del commercio che (ri)declini in astratto – anziché attuare in concreto – l’equilibrio tra liberalizzazione e regolamentazione già individuato dallo Stato sotto la copertura della lett. e) dell’art. 117. Il legislatore statale ha infatti specificamente disciplinato gli orari e i giorni di apertura e chiusura degli esercizi commerciali⁴⁰, senza che tale disciplina statale specifica lasci spazi alla gestione territoriale della concorrenza per individuare eccezioni a beneficio delle aree pubbliche (che sono invece esplicitamente citate come parte del campo di applicazione della normativa liberalizzante⁴¹), e facendo così ricadere l’intera materia degli orari per gli esercizi commerciali sotto il titolo competenziale trasversale e prevalente della tutela della concorrenza⁴².

Inoltre, anche la sentenza 125/2014 ha toccato due fattispecie di questo tipo, dichiarando illegittimi i limiti alla liberalizzazione che, pur non assoluti sul piano delle modalità di

38 Cfr. l’art. 28, co. 13, del d.lgs. 114/1998.

39 Cfr. il punto 5. del Considerato in diritto in Corte cost. 104/2014.

40 Cfr. l’art. 3, co. 1, lett. d-bis) del d.l. 223/2006 come modificato dall’art. 31 del d.l. 201/2011, il quale stabilisce che «al fine di garantire la libertà di concorrenza [...] le attività commerciali, come individuate dal decreto legislativo 31 marzo 1998, n. 114», sono svolte senza il rispetto – tra l’altro – di orari di apertura e chiusura, dell’obbligo della chiusura domenicale e festiva, nonché di quello della mezza giornata di chiusura infrasettimanale.

41 Tra le attività commerciali disciplinate dal d.lgs. 114/1998, cui l’art. 3 del d.l. 223/2006 fa riferimento, vi sono anche quelle che si svolgono su aree pubbliche (artt. 27 ss.), divenendo quindi evidente che anche per queste aree il legislatore statale ha inteso espressamente eliminare vincoli in ordine agli orari di apertura e chiusura dell’attività. Le sole limitazioni apponibili allo svolgimento dell’attività di commercio su area pubblica sono indicate dall’art. 28, co. 13, del d.lgs. 114/1998, come modificato dal d.lgs. 59/2010 (sostenibilità ambientale e sociale, a finalità di tutela delle zone di pregio artistico, storico, architettonico e ambientale), e dall’art. 31 del d.l. 201/2011.

42 Così già in Corte cost. 299/2012 e 38/2013, che sottolineano gli effetti positivi della liberalizzazione negli orari di vendita.

gestione, siano nondimeno posti per fini non specifici (in quanto non tratti dalle qualificazioni astratte già operate dal legislatore statale, che li identifica come fini potenzialmente prevalenti sulla funzione di tutela della concorrenza).

In particolare, la censura di incostituzionalità dell'art. 9 della legge regionale Umbria 10/2013 in materia di c.d. «poli commerciali»⁴³ aveva ad oggetto una regolamentazione di tipo procedurale (più che conformativo) analoga alle prime due descritte in questo paragrafo. Grazie alla categoria dei «poli commerciali», specifica della legislazione umbra, veniva di fatto introdotta la possibilità che un esercizio di vicinato si trovasse ad essere sottoposto ad autorizzazione preventiva, in quanto facente parte di un «polo» cui fossero – per la loro mera collocazione geografica – riconnesse anche altre attività commerciali.

Poteva quindi verificarsi l'ipotesi in cui il singolo esercizio commerciale veniva assoggettato a regole autorizzatorie più gravose di quelle risultanti dalle liberalizzazioni, e ciò non per la sua specifica dimensione individuale, ma in relazione alla superficie di vendita complessiva eventualmente derivante dall'appartenenza, appunto, ad un unico agglomerato di attività (pur sostanzialmente distinte tra loro).

In forza dell'attribuzione da parte del legislatore regionale della qualifica di «polo commerciale», conferita a date iniziative imprenditoriali per il solo fatto che queste siano realizzate in adiacenza o vicinanza, e a prescindere dalla volontà degli esercenti di unirsi tra loro, il singolo imprenditore veniva gravato di oneri regolatori più gravosi. In tali casi, infatti, il legislatore regionale sottopone anche gli esercizi di vicinato alla complessa procedura autorizzatoria prevista per le grandi o medie strutture di vendita, anziché alla segnalazione certificata di inizio attività⁴⁴.

Le citate norme regionali, pertanto, introdurrebbero regole restrittive e discriminatorie, in contrasto con i principi di liberalizzazione contenuti nell'art. 31, co. 2, del d.l. 201/2011, in combinato disposto con il d.lgs. 114/1998⁴⁵, nella cui classificazione degli esercizi commerciali non è ricompresa la categoria del «polo commerciale», nonché con l'art. 1 del d.l. 1/2012⁴⁶, che – sul piano procedimentale – ha stabilito la generale abrogazione dei requisiti autorizzatori quando non rispettosi del principio di proporzionalità o, comunque, non legittimati da ragioni di apprezzabile interesse e incompatibili con la normativa dell'Unione europea (completando così – con una generale semplificazione procedimentale – la liberalizzazione di cui al d.l. 201/2011, che ha invece eliminato sul piano sostanziale vincoli numerici e barriere all'ingresso). Anche in questo caso, quindi, il

43 La disposizione citata integra le previsioni dell'art. 10-*bis* della legge della Regione Umbria 24/1999 (Disposizioni in materia di commercio in attuazione del d.lgs. 114/1998), e in particolare il co. 3-*quater* aggiunto all'art. 10-*bis* dalla norma impugnata qualifica la nozione di polo commerciale.

44 Grazie alle liberalizzazioni infatti sarebbero soggetti, in base all'art. 4-*bis* della legge regionale, alla (SCIA) da presentare, ai sensi dell'art. 19 della 241/1990, allo Sportello unico per le attività produttive e per l'edilizia (SUAPE) del Comune competente per territorio.

45 Riforma della disciplina relativa al settore del commercio, a norma dell'art. 4, co. 4, della legge 59/1997.

46 Disposizioni urgenti per la concorrenza, lo sviluppo delle infrastrutture e la competitività, convertito, con modificazioni, dall'art. 1, co. 1, della legge 27/2012.

legislatore regionale – pur non vietando in assoluto l’accesso al mercato – rende nondimeno tale accesso proceduralmente più gravoso; ciò, tuttavia, senza la copertura di concreti fini di tutela, specifici e considerati già dal legislatore statale in astratto come meritevoli di protezione (prevalente sulla concorrenza), così che l’intervento regionale – mancante di tale legittimazione – risulta di conseguenza incostituzionale.

Inoltre, sempre la sentenza 125/2014 ha dichiarato l’illegittimità costituzionale dell’art. 43 della legge regionale Umbria 10/2013, nella parte in cui vincola l’apertura di nuovi impianti di distribuzione di carburanti all’erogazione non solo di gas metano o altri prodotti ecologicamente compatibili (requisito conformante l’iniziativa economica privata ma tuttavia consentito, perché integrante un’eventualità già considerata dal legislatore statale quale limite alla liberalizzazione del commercio ammissibile per i suoi positivi effetti sull’interesse generale alla salubrità dell’ambiente), ma anche – necessariamente – sia di benzina che di gasolio⁴⁷.

Le scelte del legislatore nazionale, unico soggetto competente ad assumere le opzioni astratte di tutela della concorrenza dinamica, sarebbero così integrate da limiti alla liberalizzazione non prospettati già in astratto a livello statale. Infatti, il co. 5 dell’art. 17 del d.l. 1/2012⁴⁸ prevede che, al fine di garantire il pieno rispetto delle disposizioni dell’ordinamento dell’Unione europea in materia di tutela della concorrenza (e di assicurare il corretto e uniforme funzionamento dei mercati), l’installazione e l’esercizio di un impianto di distribuzione di carburanti non possono essere subordinati, tra l’altro, all’obbligo della erogazione «di più tipologie di carburanti, ivi incluso il metano per autotrazione, se tale ultimo obbligo comporta ostacoli tecnici o oneri economici eccessivi e non proporzionali alle finalità dell’obbligo».

In questo caso, quindi, la norma regionale introduce vincoli più restrittivi all’apertura di nuovi impianti di distribuzione di carburanti, prevedendo l’obbligo di erogare contestualmente gasolio e benzina (obbligo non giustificato da specifiche ragioni di interesse pubblico, di natura ambientale, né proporzionato). Ciò si porrebbe pertanto in contrasto con la normativa statale – fondata sull’art. 117, lett. e), Cost. – che ammette in astratto restrizioni che prevedano obbligatoriamente la presenza contestuale di più tipologie di carburanti; possibilità rispetto alla quale però il limite alla liberalizzazione posto dalla legge umbra – pur non integrando una barriera assoluta all’accesso al mercato – integra un aggravio sostanziale (fornire anche altra tipologia di carburante) posto per una ragione non di pregio ai sensi della normativa nazionale (mentre si pone diversamente il conformare in concreto la libertà di commercio richiedendo anche l’erogazione di carburanti a ridotto impatto ambientale, in quanto tale requisito è specificamente strumentale alla tutela di un interesse meritevole, già qualificato dal legislatore statale come potenzialmente idoneo a superare la prevalenza della materia tutela della concorrenza).

4. Limiti di carattere relativo/conformativo ammessi se legittimati da ragioni specifiche (già qualificate dal legislatore statale). Un regionalismo «di esecuzione» in materia di commercio?

47 Cfr. il co. 1 dell’art. 7 della legge regionale Umbria 13/2003, come modificato dalla norma impugnata.

48 Modificativo dell’art. 83-bis, co. 17, del d.l. 112/2008.

La possibilità di limitare la liberalizzazione del commercio, quando già prefigurata in astratto nella legislazione statale, costituisce quindi il titolo legittimante per gli interventi regionali che regolano l'iniziativa economica privata in termini conformativi, senza divieti assoluti e assumendo in concreto a legittimazione le ragioni di limitazione già riconosciute dal legislatore statale come astrattamente idonee a far venire meno la prevalenza del titolo competenziale della tutela della concorrenza. Ragioni che però non necessariamente il legislatore statale deve avere qualificato come tali nella medesima normativa di liberalizzazione, ma che possono essere derivate anche dall'ordinamento complessivo e dai valori costituzionali, purché proporzionalmente apprezzate dalle amministrazioni territoriali nell'esercizio delle loro attribuzioni in materia di commercio o di tutela della salute, dell'ambiente e degli altri interessi potenzialmente idonei (anche in astratto) a prevalere sulla tutela della concorrenza.

In questi casi, la gestione della liberalizzazione è demandata a scelte concrete, senza barriere assolute e divieti inderogabili, ma con regolamentazione comunque parzialmente conformativa della libertà di commercio; e tale conformazione è operata per perseguire interessi – come ad esempio la tutela della salute – già qualificati in astratto dal legislatore statale come potenzialmente prevalenti sulla concorrenza.

Così, nella sentenza 104/2014 è stata rigettata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 3 della legge regionale Valle d'Aosta 5/2013, il quale sostituisce l'art. 3 della legge regionale 12/1999 che disciplina i requisiti di accesso e di esercizio delle attività commerciali. La disposizione in parola prescrive che per lo svolgimento di attività commerciale nel settore merceologico alimentare, anche laddove tale attività sia effettuata nei confronti di una determinata cerchia di persone, è necessario il possesso di specifici requisiti di professionalità⁴⁹; e ciò sebbene la relativa disposizione statale fosse stata poi modificata⁵⁰, in modo che a livello nazionale non erano più richiesti gli specifici requisiti professionali per lo svolgimento di attività di vendita di prodotti alimentari e di somministrazione di alimenti e bevande, effettuate non al pubblico ma in c.d. spacci interni.

La disposizione regionale continuando invece a richiederne il possesso di apposite qualifiche professionali anche per tale tipologia di attività si porrebbe, quindi, in potenziale contrasto con la tutela della concorrenza, vista la disposizione statale che prefigura un più ampio livello di liberalizzazione. Tale disposizione tuttavia non chiarisce se il livello di liberalizzazione fissato dal legislatore statale sia facoltizzante o obbligatorio per le Regioni, che a seconda delle interpretazioni – quindi – possono o devono attenersi all'equilibrio prefissato dallo Stato tra liberalizzazione e regolazione del commercio (in modo che requisiti di professionalità possano, o debbano, non essere più richiesti per gli spacci interni).

A questo riguardo, l'abrogazione da parte del legislatore nazionale delle norme che prescrivono il possesso dei requisiti di professionalità non comporta automaticamente una ridefinizione rigida di tale equilibrio (come si era visto in precedenza, quando la scelta statale di de-regolare assurgeva a misura di diretta tutela della concorrenza⁵¹), ma si

49 Di cui all'art. 71, co. 6, del d.lgs. 59/2010 (Attuazione della direttiva 2006/123/CE relativa ai servizi nel mercato interno).

50 Dall'art. 8 del d.lgs. 147/2012 (Disposizioni integrative e correttive del decreto legislativo 26 marzo 2010, n. 59, recante attuazione della direttiva 2006/123/CE, relativa ai servizi nel mercato interno).

porrebbe appunto – nell'interpretazione seguita dalla Corte costituzionale⁵² – come opzione facoltizzante: le norme regionali che continuano a prevedere requisiti più restrittivi anche per gli spacci interni, posto che la direttiva 2006/123/CE lascerebbe libertà ai legislatori statali e regionali di mantenere la previsione di tali requisiti per il settore merceologico alimentare, e posto che anche la legislazione statale qualifica il settore alimentare come ambito meritevole di più stretta regolamentazione (anche nel contesto delle liberalizzazioni), sarebbero pertanto ancora legittime. Ciò perché tali norme non contrastano con i livelli europei di concorrenza e perché operano fondandosi su ragioni specifiche di legittimazione, attuate in concreto ma che trovano copertura astratta nell'ordinamento statale (così da rendere la materia tutela della concorrenza non più titolo prevalente, potendosi invocare un alternativo titolo competenziale concorrente – tutela della salute – riconosciuto anche dal legislatore statale come potenzialmente più meritevole nella ponderazione dei valori).

L'abrogazione dei requisiti da parte del legislatore statale avrebbe quindi solo rimesso al legislatore regionale, nell'esercizio delle sue competenze in materia di commercio, il potere discrezionale di individuare le eventuali garanzie di professionalità da allegare per poter esercitare l'attività di spaccio di alimenti, senza fissare in modo rigido un preciso equilibrio tra liberalizzazione e regolamentazione.

Nell'interpretazione della Corte costituzionale, infatti, i requisiti con cui il legislatore regionale in tale ipotesi continua a limitare la liberalizzazione del commercio di generi alimentari, considerata la loro natura, appaiono funzionali ad assicurare che coloro che svolgono attività in tale particolare settore merceologico siano dotati di una specifica preparazione ed esperienza, allo scopo di salvaguardare la salute dei consumatori. Finalità di protezione specificamente considerata anche nel d.l. 223/2006⁵³, così che risulta che lo stesso legislatore statale ha ritenuto che i requisiti di professionalità – pur limitanti la liberalizzazione del commercio – non incidono in modo diretto su un interesse alla tutela dinamica della concorrenza da ritenere sempre e comunque prevalente, essendo invece necessari per soddisfare esigenze di sicurezza alimentare (esigenze la cui qualificazione come prevalenti o meno su quelle del libero commercio è lasciata in questo caso ai singoli legislatori regionali, che intervengono sotto la copertura delle loro competenze in materia di commercio e salute).

Tali considerazioni portano ad escludere che la norma impugnata attenga alla materia della «tutela della concorrenza» (che non è quindi l'unica e prevalente nella fattispecie astratta descritta), pur ponendo di fatto limiti o barriere all'accesso al mercato, con effetti (anche) restrittivi della concorrenza. Essa, piuttosto, concerne in modo diretto la materia della «tutela della salute», attribuita alla competenza legislativa concorrente e, in questo caso, idonea a prevalere sul titolo competenziale trasversale di cui alla lett. e) dell'art. 117 Cost..

Questa logica, di ammissibilità di interventi dell'autonomia territoriale a compressione della liberalizzazione del commercio solo quando operati in modi conformativi, non assoluti (con

51 Cfr. *supra* il par. 2.

52 Cfr. il punto 4.2. del Considerato in diritto in Corte cost. 104/2014.

53 Cfr. l'art. 3, co. 1, lett. a).

proceduralizzazione o regolazione dell'attività economica privata), e solo se coperti e legittimati da interessi pre-qualificati dal legislatore statale come in astratto meritevoli di tutela (e usati in concreto a livello territoriale per ridefinire l'equilibrio tra regolazione e liberalizzazione), è stata impiegata dalla Corte costituzionale anche per ipotizzare – per i Comuni – alcuni spazi di regolazione delle attività commerciali che facciano uso di c.d. apparecchi da gioco.

La Corte nella sentenza 220/2014 ha infatti ritenuto che l'interesse pubblico al contrasto della ludopatia, qualificato come meritevole dal legislatore statale, può apparire – se opportunamente valorizzato sul piano interpretativo – come titolo legittimante idoneo a consentire interventi comunali di normazione del commercio (con regolamento o con ordinanza sindacale), anche disponendo limitazioni orarie normalmente contrastanti con la disciplina nazionale di liberalizzazione di cui all'art. 31, co. 2, del d.l. 201/2011⁵⁴.

In sede di giudizio in via incidentale era in particolare stato chiesto alla Corte costituzionale di intervenire mediante sentenza additiva, con una declaratoria di incostituzionalità delle disposizioni generali sui poteri regolamentari e di ordinanza comunali, riconoscendo agli enti locali una specifica funzione di contrasto del fenomeno patologico citato, in applicazione dei principi di prossimità con la collettività locale e di sussidiarietà tra amministrazioni pubbliche; ciò dotando gli enti locali – per mezzo di un'integrazione del testo unico – di strumenti idonei per un'azione amministrativa volta ad arginare la disponibilità illimitata dell'offerta di gioco, limitando così gli ingenti costi sociali connessi all'abuso di tali attività (seppur lecite) anche mediante la delimitazione dei periodi della giornata in cui gli esercizi commerciali possono offrire servizi di gioco nei quali si manifestano con maggior evidenza fenomeni di devianza ed emarginazione sociale.

A riguardo va rilevato come la legge 220/2010 qualifichi la protezione della salute avverso tali situazioni di rischio come interesse in astratto meritevole, prevedendo modalità di prevenzione⁵⁵, e – allo stesso modo – come il d.l. 158/2012, che ha qualificato come ludopatie i fenomeni patologici connessi all'uso di apparecchiature per il gioco, attribuisca alla relativa normativa di contrasto la valenza di disciplina della salute pubblica, ai sensi dell'art. 32 Cost.⁵⁶.

Posto tale interesse giuridicamente qualificato, il giudice *a quo* avrebbe tuttavia in parte ommesso di indicare il verso dell'adizione richiesta (rispetto al potere regolamentare)⁵⁷, e in parte ommesso di considerare che l'evoluzione della giurisprudenza amministrativa ha

54 L'art. 31 del d.l. 201/2011, al co. 2 ammette la derogabilità del generale principio di libertà di commercio attraverso l'introduzione di limiti territoriali, purché «connessi alla tutela della salute, dei lavoratori, dell'ambiente, ivi incluso l'ambiente urbano, e dei beni culturali»; la sentenza 220/2014 ha dichiarato l'inammissibilità della censura di costituzionalità specificamente rivolta a tale disposizione in quanto tale articolo tratta unicamente di barriere all'ingresso, richiedendo quindi un requisito di novità dell'esercizio commerciale a cui non ha corrisposto un'adeguata motivazione della rilevanza nell'ordinanza di rimessione.

55 Cfr. in particolare l'art. 1, co. 70, della legge 220/2010.

56 Anche la giurisprudenza costituzionale ha riconosciuto la qualificazione *ex art. 32 Cost.* degli interessi sottesi, più ancora che la riconduzione al tema dell'ordine pubblico e sicurezza; cfr. Corte cost. 300/2011 e 35/2011.

57 Cfr. l'art. 42 del d.lgs. 267/2000.

elaborato un'interpretazione potenzialmente compatibile con i principi costituzionali evocati (rispetto al potere di ordinanza)⁵⁸.

Così, la dichiarazione di inammissibilità della questione si è fondata sulla prospettazione di una forza della generale previsione dell'art. 50, co. 7, del d.lgs. 267/2000 per la quale il sindaco potrebbe disciplinare gli orari delle sale giochi e degli esercizi nei quali siano installate apparecchiature per il gioco per esigenze di tutela della salute (o della quiete pubblica, o della circolazione stradale), certamente riconosciute come meritevoli anche dal legislatore statale⁵⁹. Sebbene il diritto vivente non sia consolidato in questo senso, infatti, il tema della legittimità di ordinanze sindacali limitative degli orari di apertura delle sale giochi⁶⁰, o di distribuzione geografica sul territorio delle stesse (con imposizione di distanze minime da luoghi sensibili)⁶¹, è già stato affrontato e risolto in senso positivo dalla giurisprudenza amministrativa.

Il TAR rimettente omette pertanto di considerare una possibile interpretazione costituzionalmente orientata del potere di ordinanza, impiegabile per la conformazione della libertà di commercio; interpretazione dalla quale emergerebbe la legittimità costituzionale di interventi posti in essere dal Sindaco e limitativi della piena liberalizzazione degli esercizi che facciano uso di c.d. apparecchi da gioco. Ciò purché tali interventi si pongano – ancora una volta – come meramente conformativi (e non interdittivi) dell'iniziativa economica privata, e come fondati su ragioni di pregio costituzionale qualificate «in astratto» già dal legislatore nazionale (in modo uniforme su tutto il territorio nazionale e ponendo le basi per un giudizio di prevalenza che non veda come inevitabilmente da preferirsi il valore della concorrenza); ragioni che poi quindi l'autonomia territoriale impiega «in concreto», dando attuazione agli indirizzi di tutela, intervenendo così a comprimere gli spazi di liberalizzazione proprio gestendo l'assetto concorrenziale (e le sue eccezioni) come prefissato dal legislatore statale.

Dalle fattispecie trattate nelle sentenze più recenti in materia di autonomia territoriale e limitazioni alle liberalizzazioni nel commercio emerge quindi una conferma dell'impostazione per cui il titolo competenziale «tutela della concorrenza» ha oramai svuotato gli spazi di regolazione prospettabili in capo agli enti territoriali; ciò posto che il punto di equilibrio tra liberalizzazione e regolamentazione è prefissato dal legislatore statale, al quale la giurisprudenza costituzionale riserva tale prerogativa. Tuttavia, sebbene le possibilità di intervento sul piano più generale e astratto, di definizione dei giudizi di prevalenza, siano state svuotate di effettività dall'interpretazione espansiva della lett. e) dell'art. 117, nondimeno va registrato – anche nella giurisprudenza della Corte

58 Cfr. l'art. 50, co. 7, del d.lgs. 267/2000.

59 Cfr. I. BRADAMANTE, *Ludopatia tra diritto alla concorrenza e diritto alla salute*, in *GiustAmm.it* 2013, fasc. 7.

60 Cfr. Consiglio di Stato 3271/2014; 2133/2014; 996/2014; 2712/2013; TAR Lombardia, Brescia, 1484/2012; TAR Campania 2976/2011; TAR Lazio 5619/2010. Cfr. anche per un commento ai poteri di conformazione comunali A. PALMIERI, *In tema di giochi scommesse ed apparecchi per il gioco lecito*, in *Il Foro italiano* 2013, fasc. 9, pt. 3, 498 ss.

61 In materia, sulla portata del potere di pianificazione cfr. Consiglio di Stato 2710/2012. Cfr. anche M. MADONNA, *Contrasto alla ludopatia e distanze dagli istituti scolastici delle strutture adibite ad attività di scommesse*, in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica* 2013, fasc. 3, 1036 ss.

costituzionale – il riconoscimento di un ruolo rilevante per l'autonomia territoriale in materia di regolamentazione del commercio, posto che per come è congegnata la disciplina statale proprio le Regioni e i Comuni sono i principali terminali per la gestione «in concreto» del contesto concorrenziale.

Dando attuazione alle possibilità di tutela offerte sul piano generale e astratto dalla legislazione statale (anche sfruttando gli spazi di prevalenza sulla materia concorrenza riconosciuti ad alcune ragioni specifiche di limitazione, quali in tema di promozione della salute), le autonomie territoriali – sebbene a fronte della pervasività della competenza esclusiva statale sulla tutela della concorrenza – conservano comunque un ruolo importante nella regolamentazione (e liberalizzazione) del commercio, ma svolto in una prospettiva di regionalismo «di esecuzione»; prospettiva nella quale l'autonomia – anche quando esercitata normativamente con legge regionale per specificare gli spazi di regolamentazione lasciati dallo Stato (conformativi e per ragioni specifiche) – assume un ruolo «gestorio» di un sistema pro-concorrenziale prefissato, nei suoi tratti generali e astratti (e per quel che riguarda il quadro delle eccezioni ammissibili), dai livelli europeo e nazionale.

Forum di Quaderni Costituzionali

stituzionali