

REDAZIONALI

IL COMMERCIO TRA COMPETENZA LEGISLATIVA REGIONALE, TUTELA DELLA CONCORRENZA ED INIZIATIVA ECONOMICA PRIVATA

del Dott. Gabriele Magrini

Breve commento a margine della sentenza della Corte Costituzionale n. 18 del 7.2.2012, in materia di commercio.

Brief comments on the sidelines of the judgment of the Constitutional Court no. 18 of 7.2.2012, on trade.

Sommario: 1. Premessa. - 2. Il commento alla sentenza n. 18/2012 della Corte Costituzionale.

1.Premessa.

In seguito a ricorso promosso in via principale dal Governo, la Corte è chiamata a decidere della legittimità costituzionale dell'art. 3, l. reg. Sardegna 7.2.2011, n. 6 "Modifiche all'art. 2, l. reg. 21.5.2002, n. 9 (agevolazioni contributive alle imprese nel comparto commercio), interpretazione autentica dell'art. 15, co. 12, l. reg. 18.5.2006, n. 5 (disciplina generale delle attività commerciali) e norme sul trasferimento dell'attività" nella parte in cui inserisce nella l. reg. 18.5.2006, n. 5, l'art. 15-bis, co. 4 che, riguardo al trasferimento dell'attività commerciale su aree pubbliche per atto tra vivi, stabilisce che lo stesso non possa avvenire *prima che siano decorsi tre anni dalla data del rilascio del titolo abilitativo all'esercizio dell'attività stessa*. In particolare, la norma viene impugnata in primo luogo per contrasto con la normativa europea in materia di libero esercizio dei servizi nel mercato interno (dir. 2006/123/CE, c.d. *Bolkestein*) e quindi per violazione dell'art. 117, co. 1, cost. che impone al legislatore, statale e regionale, il rispetto dei *vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario*; in secondo luogo la disposizione interferirebbe anche con la materia *tutela della concorrenza* riservata alla competenza legislativa esclusiva dello

Stato ex art.117, co. 1, cost. ed infine, introducendo un irragionevole limite temporale alla libertà di iniziativa economica privata, la disposizione si porrebbe in conflitto anche con l'art. 41 cost. La Corte accoglie la questione e perviene a dichiarare l'illegittimità della disposizione regionale che, introducendo un ingiustificato limite temporale alla cessione di attività commerciali su aree pubbliche, *restringe la possibilità di accesso di nuovi operatori, con conseguente violazione dell'art. 117, co. 2, lett. e), cost. (<<tutela della concorrenza>>)* e quindi di una competenza legislativa esclusiva dello Stato. Ciò premesso, va osservato che la pronuncia è significativa perché interviene nuovamente sulla materia del commercio, disciplina che non solo ha caratterizzato i rapporti tra competenze legislative statali e regionali in seguito alla riforma dell'art. 117 cost., ma anche perché rappresenta un settore dell'ordinamento dove è possibile misurare, meglio che in altri, il livello di incidenza della scelta politica, che di volta in volta è stata effettuata dal legislatore, tra libertà di mercato e d'impresa ed intervento regolatore¹.

¹ Per un quadro sull'evoluzione della disciplina del commercio cfr. F. CINTIOLI, *Commercio e liberalizzazione*, in Merc. Conc. Reg., 3, 2007, pp. 427

Infatti, originariamente la disciplina del commercio, riservata alla competenza legislativa esclusiva dello Stato, era principalmente regolata dalla l. 11.6.1971, n. 426 che prevedeva una sostanziale disciplina interventista di livello legislativo e sosteneva una funzione amministrativa di natura pianificatoria ed autorizzatoria, riservando al piano comunale del commercio non solo l'individuazione dei requisiti per l'accesso al mercato, mediante la fissazione dei luoghi e delle distanze tra i vari esercizi commerciali, ma anche la fissazione dei limiti dell'offerta in relazione alla capacità della domanda, introducendo in tal modo una vera e propria pianificazione strutturale del mercato della distribuzione commerciale, all'interno del quale esisteva soltanto una *concorrenza fortemente contingentata*². Con l'introduzione del d. lgs. 31.3.1998, n. 114 (*Riforma della disciplina relativa al settore del commercio a norma dell'art. 4, co. 4, l. 15.3.1997, n. 59*) l'intero settore del commercio subisce una revisione complessiva sia nella prospettiva di una maggiore liberalizzazione attraverso il riconoscimento del primato della libera concorrenza rispetto al preesistente modello di pianificazione pubblica³, sia di valorizzazione del principio del decentramento funzionale attraverso il rinnovato ruolo delle regioni. In particolare, alle regioni vengono riconosciuti significativi compiti amministrativi di programmazione della rete distributiva e di definizione dei criteri di programmazione urbanistica in relazione al settore commerciale, ma anche rilevanti poteri

e ss.; A. VEDASCHI, *Il governo di economia e finanza pubblica nelle dinamiche della forma di Stato*, in G.F. FERRARI (a cura di), *Diritto pubblico dell'economia*, Milano, Egea, 2010, pp. 264 e ss.; P.F. LOTITO - O. ROSELLI (a cura di), *Il commercio tra regolazione giuridica e rilancio economico*, Torino, Giappichelli, 2012.

² In questo senso F. CINTIOLI, *op. cit.*, p. 429.

³ In particolare la nuova disciplina trova nella concorrenza e nella libertà di iniziativa economica privata il suo fondamento disponendo all'art. 2 che *L'attività commerciale si fonda sul principio della libertà di iniziativa economica privata ai sensi dell'art. 41 cost ed è esercitata nel rispetto dei principi contenuti nella l. 10.10.1990, n. 287, recante norme per la tutela della concorrenza e del mercato*; principi che sul piano operativo si traducono nella riduzione dei vincoli relativi agli orari di apertura e nella semplificazione delle procedure autorizzatorie.

normativi di natura integrativo-attuativa su determinati aspetti della distribuzione commerciale⁴ - corrispondenti ad altrettanti interessi pubblici - che determinano, di fatto, l'attribuzione alle regioni del *delicatissimo compito di fissare il punto di equilibrio tra libertà di mercato e regolazione nonché la parallela linea di demarcazione tra misura interventista giustificata in nome degli interessi pubblici che sopravvivono in tale mercato e misura ingiustificata e contrastante con l'assetto post liberalizzazione*⁵. In tal modo viene, tuttavia, mitigata di molto la portata liberalizzatrice della riforma, creando piuttosto le condizioni per forme di pianificazione decentrata del settore commerciale. In seguito alla l. cost. 18.10.2001, n. 3 di riforma del titolo V della costituzione, la materia del commercio è stata dalla C. cost. pacificamente ricondotta alla competenza legislativa residuale delle regioni *ex art. 117, co. 4, cost.*⁶ e la precedente disciplina statale ha assunto natura di normativa residuale applicabile solo alle regioni che non abbiano provveduto ad emanare una disciplina propria in materia⁷. In seguito alla nuova struttura costituzionale di riparto delle competenze statali e regionali, le regioni hanno gradualmente provveduto ad adottare specifiche legislazioni in materia di distribuzione commerciale, a volte anche derogando al precedente assetto normativo stabilito dal legislatore statale⁸. Tuttavia, nono-

⁴ In particolare alle regioni vengono affidati dall'art. 6 del d.lgs. 31.3.1998, n. 114 compiti ed obiettivi corrispondenti a determinati interessi pubblici concorrenti quali a titolo esemplificativo la tutela dei centri storici, la protezione del consumatore e la qualità dei servizi, la tutela dell'ambiente.

⁵ Così F. CINTIOLI, *op. cit.*, p. 434.

⁶ C.cost.13.1.2004, n. 1.

⁷ In merito al carattere residuale della normativa statale nelle materie di competenza esclusiva regionale si richiama l'art. 1, co. 2, l. 5.6.2003, n. 131 (*Disposizioni per l'adeguamento dell'ordinamento della Repubblica alla legge costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3*) secondo cui le normative statali vigenti in materie regionali continuano ad applicarsi fino all'entrata in vigore delle disposizioni regionali in materia.

⁸ In particolare è interessante segnalare il collegamento tra programmazione urbanistica e programmazione commerciale adottato dal legislatore regionale, con riguardo ad esempio agli insediamenti commerciali di grandi dimensioni (c.d. centri commerciali). Per un quadro sulla evoluzione del ruolo delle regioni in materia di commercio e sul rapporto tra commercio ed

stante il riconoscimento della competenza residuale esclusiva regionale, la materia del commercio, in ragione delle sue numerose interferenze con altre materie, è stata sottoposta a molteplici sollecitazioni provenienti sia da una legislazione statale che ha continuato a disciplinare alcuni aspetti dell'attività commerciale, sia da una giurisprudenza costituzionale che, pur valorizzando la competenza delle regioni in materia, ha sottratto porzioni della stessa a favore del legislatore statale attraverso il riconoscimento del carattere trasversale di alcune materie di competenza statale esclusiva *ex art. 117, co. 2, cost.*, caratterizzate dall'attitudine ad intervenire in settori anche eterogenei dell'ordinamento e a perseguire fini di ordine generale la cui realizzazione, per la loro natura, deve essere rimessa al legislatore statale⁹. In particolare, la Corte ha riconosciuto il carattere della trasversalità, tra l'altro, anche alla materia tutela della concorrenza prevista dall'art.117, co. 2, lett. e), *cost.*, con la conseguenza che in tale ambito la disciplina statale, operando come limite per il legislatore regionale, incide anche sulla materia del commercio che, pur essendo rimessa in via principale alla legislazione regionale, è altresì sottoposta al concorso della legge statale che voglia assicurare in questo campo la tutela della concorrenza. In particolare il tema dei limiti alla legislazione regionale in materia di commercio in rapporto alla tutela della concorrenza, è emerso in maniera significativa nella giurisprudenza della Corte con riferimento ad alcuni recenti interventi statali in materia di liberalizzazione degli orari di vendita degli esercizi commerciali¹⁰. In-

urbanistica si rinvia ai saggi rispettivamente di C. CARDONI, *Il ruolo delle regioni in materia di commercio* e di D.M. TRAINA, *Disciplina del commercio, programmazione e urbanistica*, entrambi in P.F. LOTITO - O. ROSELLI (a cura di), *op. cit.*, pp. 117 e ss.

⁹ Sui limiti delle regioni nella materia del commercio cfr. S. LA PORTA, *Il commercio: una materia al vaglio del custode della tutela della concorrenza*, in A.I.C., 2012, 2, www.rivistaaic.it, p. 4.

¹⁰ Il riferimento è alla normativa introdotta dall'art. 3, co. 1, d.l. 4.7.2006, n. 223, conv. nella l. 4.8.2006, n. 248 intitolato *Regole di tutela della concorrenza nel settore della distribuzione commerciale*, successivamente modificato dal d.l. 6.7.2011, n. 98, conv. l. 15.7.2011, n. 111 e da ultimo modificato dal d.l.

fatti, la Corte pur riconducendo la disciplina degli orari degli esercizi commerciali alla competenza residuale regionale evidenzia la necessità di valutare *se la stessa, nel suo contenuto, determini o meno un vulnus alla tutela della concorrenza, tenendo presente che è stata riconosciuta la possibilità, per le regioni, nell'esercizio della potestà legislativa nei loro settori di competenza, di dettare norme che, indirettamente, producano effetti pro-concorrenziali*¹¹. Pertanto la Corte, facendo ricorso al tipico principio della derogabilità *in melius* ed inderogabilità *in peius* della normativa statale, stabilisce che i limiti introdotti da quest'ultima nelle materie c.d. trasversali vincolano le regioni, le quali nell'ambito delle proprie competenze possono adottare soltanto normative con valenza pro-competitiva senza pertanto vanificare le disposizioni statali incentivanti la libera concorrenza. Infatti, secondo la Corte *non sono esclusi profili di illegittimità costituzionale di norme che, se pure in astratto riconducibili alla materia del commercio di competenza legislativa delle regioni, producano, in concreto effetti che ostacolano la concorrenza, introducendo nuovi o ulteriori limiti o barriere all'accesso al mercato e alla libera esplicazione della capacità imprenditoriale*¹².

2. Il commento alla sentenza n. 18/2012 della Corte Costituzionale.

Ciò premesso, con la pronuncia in commento la Corte conferma l'orientamento in-

6.12.2011, n. 201, conv. l. 22.12.2011, n. 214 (c.d. decreto salva Italia) secondo cui *le attività commerciali [...] sono svolte senza i seguenti limiti e prescrizioni: [...] d-bis) il rispetto degli orari di apertura e di chiusura domenicale e festiva, nonché quello della mezza giornata di chiusura infrasettimanale dell'esercizio.*

¹¹ In questo senso C.cost. 21.4.2011, n. 150, che continua specificando *la materia tutela della concorrenza, di cui all'art. 117, co. 2, lett. e), cost., non ha solo un ambito oggettivamente individuabile che attiene alle misure legislative di tutela in senso proprio [...] ma, dato il suo carattere finalistico, anche una portata più generale e trasversale, non preventivamente delimitabile, che deve essere valutata in concreto al momento dell'esercizio della potestà legislativa sia dello Stato che delle regioni nelle materie di loro rispettiva competenza.*

¹² C.cost. 21.4.2011, n. 150.

terpretativo descritto e censura la norma regionale che, stabilendo un limite temporale alla cessione di attività commerciali su aree pubbliche per atto tra vivi, di fatto, introduce una barriera all'entrata di nuovi operatori sul mercato di riferimento priva di ragionevoli e giustificate ragioni economiche che determina un impedimento al libero esercizio dell'iniziativa economica privata, con conseguente violazione della competenza legislativa esclusiva statale in materia di tutela della concorrenza *ex art. 117, co. 2, lett. e)*, cost. Tuttavia, come recentemente osservato¹³, la pronuncia appare criticabile sotto il profilo del metodo usato dalla Corte nel pervenire al giudizio di illegittimità della norma censurata evidenziando, in tal modo, una intrinseca contraddittorietà della decisione. Infatti, censurando la norma regionale con contenuto anticoncorrenziale per violazione dell'art. 117, co. 2, lett. e), cost., e quindi per violazione della competenza legislativa esclusiva dello Stato in materia di tutela della concorrenza, la Corte implicitamente sembrerebbe affermare - attraverso l'equiparazione del concetto di tutela della concorrenza con quello della concorrenza - che solo il legislatore statale possa introdurre norme a contenuto anticoncorrenziale, in tal modo confondendo *la funzione con l'atto, nel senso che non tutti i provvedimenti legislativi statali (atto) che incidono sulla concorrenza sono comunque sempre legittimi costituzionalmente per il solo fatto che lo Stato sia titolare di legislazione esclusiva in materia di tutela della concorrenza (funzione)*¹⁴.

Pertanto, la norma regionale che introduceva una ingiustificata barriera all'ingresso nel mercato delle attività commerciali, in quanto lesiva del bene concorrenza costitu-

zionalmente garantito, doveva più propriamente essere censurata, anziché con il ricorso al riparto delle competenze legislative, per contrasto con l'art. 41 cost., tanto più che lo stesso costituiva autonomo motivo di impugnazione del Governo. Ciò premesso, la pronuncia è significativa perché interviene nuovamente sui rapporti tra disciplina del commercio e concorrenza, confermando al riguardo la maggiore attenzione della Corte al tema del riparto delle competenze legislative dello Stato e delle regioni, piuttosto che alla tutela del principio costituzionale della concorrenza. In particolare con riguardo al primo aspetto va segnalata nella giurisprudenza della Corte la tendenza alla graduale erosione delle competenze legislative residuali delle regioni, a favore di un ampliamento - con il ricorso alla teoria delle materie c.d. trasversali - delle competenze statali. Tuttavia, in seguito ai recenti interventi normativi in tema di liberalizzazione degli orari di apertura degli esercizi commerciali introdotti del legislatore statale, il rapporto tra Stato e regioni in tema di commercio è destinato a subire ulteriori evoluzioni nella giurisprudenza costituzionale¹⁵.

¹⁵ Il riferimento è alle novità normative introdotte dal recente d.l. 6.12.2011, n. 201, conv. l. 22.12.2011, n. 214 (c.d. decreto "salva Italia") che modificando l'art. 3, co. 1, lett. d-bis) d.l. 4.7.2006, n. 223 conv. l. 4.8.2006, n. 248, liberalizza la disciplina degli orari di apertura degli esercizi commerciali, determinando in tal modo una probabile violazione del riparto delle competenze, tenuto conto che nella recente sentenza 21.4.2011, n. 150 la Corte, affermando che "l'ascrivibilità della disciplina degli orari degli esercizi commerciali alla materia "commercio" trova ulteriore conferma, a contrario, nell'art. 3, co. 1, d.l. n. 223 del 2006", ricavava la competenza residuale esclusiva delle regioni in materia di commercio proprio nel mancato riferimento alla disciplina degli orari di vendita nella norma oggi modificata.

¹³ S. LA PORTA, *op. cit.*, pp. 7 -10.

¹⁴ Così S. LA PORTA, *op. cit.*, p. 7.