

N. 02747/2014REG.PROV.COLL.

N. 04018/2013 REG.RIC.



**REPUBBLICA ITALIANA**

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso in appello iscritto al numero di registro generale 4018 del 2013, proposto da:  
IMPRESA COSTANZO S.A.S. DI COSTANZO GIUSEPPE, in persona del legale rappresentante in carica, rappresentata e difesa dagli avv. Barbara Randazzo, Gaetano Morazzoni e Andrea Di Porto, con domicilio eletto presso Andrea Di Porto in Roma, via Giovanni Battista Martini, n. 13;

contro

COMUNE DI GESSATE, in persona del sindaco in carica, non costituito in giudizio;  
UNIONE DEL COMMERCIO DEL TURISMO DEI SERVIZI E DELLE PROFESSIONI DELLA PROVINCIA DI MILANO, in persona del legale rappresentante in carica, rappresentata e difesa dagli avv. Barbara Randazzo, Gaetano Morazzoni e Andrea Di Porto, con domicilio eletto presso Andrea Di Porto in Roma, via Giovanni Battista Martini, n. 13;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. LOMBARDIA – MILANO, Sez. I, n. 406 del 14 febbraio 2013, resa tra le parti, concernente liberalizzazione orari degli esercizi commerciali e degli esercizi di somministrazione di alimenti e bevande;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Unione del Commercio del Turismo dei Servizi e delle Professioni della Provincia di Milano;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 21 gennaio 2014 il Cons. Carlo Saltelli e uditi per le parti gli avvocati Gaetano Morazzoni e Barbara Randazzo;

Ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue.

**FATTO**

1. Il Sindaco del Comune di Gessate, con ordinanza n. 2 del 4 gennaio 2012, avente ad oggetto "Liberalizzazione degli orari degli esercizi commerciali in sede fissa e degli esercizi di somministrazione di alimenti e bevande", ha stabilito che "dalla data odierna..., relativamente alle attività commerciali, come individuate dal Decreto Legislativo n. 114/98 e di somministrazione di alimenti e bevande, devono intendersi abrogati i seguenti obblighi, fatti salvi i successivi provvedimenti che la Regione Lombardia riterrà di assumere in materia: rispetto degli orari di apertura e di chiusura, obbligo della chiusura domenicale e festiva, obbligo della giornata di chiusura infrasettimanale (mezza o intera che fosse)", specificando anche che "l'eventuale chiusura infrasettimanale, di una o più intere o mezze giornate, è determinata liberamente dai singoli esercenti; gli esercenti rendono noto al pubblico l'orario di apertura e chiusura e l'eventuale orario di chiusura per riposo settimanale effettuati, mediante cartelli ben visibili anche dall'esterno o altri mezzi idonei di informazione" ed aggiungendo infine che "con il presente atto, si intendono revocate tutte le precedenti ordinanze in materia e ogni norma di regolamento comunale in contrasto con la presente disciplina".

Il Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia, sez. I, con la sentenza n. 406 del 14 febbraio 2013, con l'intervento ad adiuvandum dell'Unione del Commercio dei Servizi e delle Professioni della Provincia di Milano, ha ritenuto legittima la predetta ordinanza, ritenendo infondati i motivi del ricorso proposto dalla società Costanzo s.a.s. di Costanzo Giuseppe e da Rosyart di Bacchini Roberto [motivi imperniati sulla illegittimità del provvedimento impugnato per violazione delle norme procedurali – art. 50 d. lgs. n. 267/2000; art. 103 l.r. n. 6/2010; artt. 7 e 8 l. n. 241/1990 – e per difetto di motivazione; violazione dell'art. 103 l.r. n. 6/2010 per mancato rispetto dei criteri e limiti da esso imposti ai fini della disciplina degli orari; violazione di principi e disposizioni europee (comunitarie) e conseguente obbligo di disapplicazione della norma interna incompatibile; violazione del diritto europeo sotto il profilo degli effetti anticoncorrenziali prodotti da una disciplina di totale deregolamentazione; illegittimità derivata dalla incostituzionalità della disposizione statale applicata – art. 31, comma 1, d.l. n. 201/2011].

2. Avverso tale sentenza ha proposto appello la (sola) impresa Costanzo s.a.s. di Costanzo Giuseppe, chiedendone la riforma alla stregua di due serie di motivi, la prima della quale concerne la legittimazione e l'interesse ad agire, mentre la seconda è articolata in quattro mezzi di gravami, rubricati rispettivamente "Erroneità della sentenza appellata in merito alla violazione delle norme procedurali – art. 50 d. lgs. n. 267/2000; art. 42 d. lgs. n. 267/2000, art. 103 l.r. n. 6/2010; artt. 7 e 8 l. n. 241/1990 – e al difetto di motivazione del provvedimento impugnato in primo grado"; "Erroneità della sentenza impugnata per falsa applicazione dell'art. 31, comma 1, d.l. 6 dicembre 2011, n. 201, convertito in l. 22 dicembre 2011, n. 214, dell'art. 10 l. 10 febbraio 1953 n. 62 e dell'art. 103 l.r. n. 6 del 2010 – Erroneità e carenza di motivazione della sentenza di prime cure in relazione all'incostituzionalità dell'art. 31, comma 1, d.l. 6 dicembre 2011, n. 201, convertito in l. 22 dicembre 2011, n. 214 – Sulla portata della sentenza n. 299 del 2012 della Corte costituzionale e sul contrasto creatosi nella giurisprudenza della stessa Corte"; "Sull'erronea mancata valutazione delle questioni di compatibilità comunitaria e sulla omessa disapplicazione della disciplina censurata. Travisamento della nozione europea di tutela della concorrenza"; "Sull'erronea valutazione e carenza di motivazione da parte della sentenza impugnata sulle questioni di costituzionalità prospettate nel ricorso introduttivo", con cui sono state sostanzialmente riproposte le censure sollevate in primo grado, malamente apprezzate, superficialmente esaminate ed ingiustamente respinte, con motivazione approssimativa, lacunosa ed affatto condivisibile.

Si è costituita in giudizio l'Unione del Commercio, del Turismo, dei Servizi e delle Professioni della Provincia di Milano, aderendo alle richieste e alle conclusioni dell'appellante.

Il Comune di Gessate non si è costituito in giudizio.

3. All'udienza in camera del consiglio del 9 luglio 2013, fissata per la decisione dell'istanza cautelare di sospensione dell'esecutività della sentenza impugnata, sull'accordo delle parti la causa è stata rinviata per la trattazione del merito alla pubblica udienza del 21 gennaio 2014.

Nell'imminenza dell'udienza di trattazione le parti hanno illustrato con apposite memorie le rispettive tesi difensive.

Alla pubblica udienza del 21 gennaio 2014, dopo la rituale discussione, la causa è stata trattenuta in decisione.

## DIRITTO

4. I motivi di gravame, che per la loro intima connessione possono essere trattati congiuntamente, sono infondati.

4.1. Il d.l. 6 dicembre 2011, n. 201, recante "Disposizione urgente per la crescita, l'equità e il consolidamento dei conti pubblici", convertito, con modificazioni, dalla legge 22 dicembre 2011, n. 214, all'art. 31, rubricato "Esercizi commerciali", ha stabilito: a) al comma 1, che: "In materia di esercizi commerciali, all'articolo 3, comma 1, lettera d –bis, del decreto – legge 4 luglio 2006, n. 223, convertito, con modificazioni, dalla legge 4 agosto 2006, n. 248, sono soppresse le parole: "in via sperimentale" e dopo le parole "dell'esercizio" sono soppresse le seguenti "ubicato nei comuni inclusi negli elenchi regionali delle località turistiche o città d'arte"; b) al comma 2, che "Secondo la disciplina dell'Unione Europea e nazionale in materia di concorrenza, libertà di stabilimento e libera prestazione di servizi, costituisce principio generale dell'ordinamento nazionale la libertà di apertura di nuovi esercizi commerciali sul territorio senza contingenti, limiti territoriali o altri vincoli di qualsiasi altra natura, esclusi quelli connessi alla tutela della salute, dei lavoratori,

dell'ambiente, ivi incluso l'ambiente urbano, e dei beni culturali. Le Regioni e gli enti locali adeguano i propri ordinamenti alle prescrizioni del presente comma entro 90 giorni dalla data di entrata in vigore della conversione del presente decreto”.

L'ultimo periodo del comma 2 è stato poi sostituito dall'art. 1, comma 4 – ter, del d.l. 24 gennaio 2012, n. 1, convertito, con modificazioni, dalla legge 24 marzo 2012, n. 27, prevedendosi che “Le Regioni e gli enti locali adeguano i propri ordinamenti alle prescrizioni del presente comma entro il 30 settembre 2012”.

Per effetto di tali disposizioni l'art. 3, comma 1, del d.l. 4 luglio 2006, n. 223, recante “Disposizioni urgenti per il rilancio economico e sociale, per il contenimento e la razionalizzazione della spesa pubblica, nonché interventi in materia di entrate e di contrasto all'evasione fiscale”, convertito, con modificazioni, dalla legge 4 agosto 2006, n. 248, ha assunto il seguente contenuto:

“1. Ai sensi delle disposizioni dell'ordinamento comunitario in materia di tutela della concorrenza e libera circolazione delle merci e dei servizi ed al fine di garantire la libertà di concorrenza secondo condizioni di pari opportunità ed il corretto ed uniforme funzionamento del mercato, nonché di assicurare ai consumatori finali un livello minimo ed uniforme di condizioni di accessibilità all'acquisto di prodotti e servizi sul territorio nazionale, ai sensi dell'articolo 117, comma secondo, lettere e) ed m), della Costituzione, le attività commerciali, come individuate dal decreto legislativo 31 marzo 1998, n. 114, e di somministrazione di alimenti e bevande, sono svolte senza i seguenti limiti e prescrizioni:

- a) l'iscrizione a registri abilitanti ovvero possesso di requisiti professionali soggettivi per l'esercizio di attività commerciali, fatti salvi quelli riguardanti il settore alimentare e della somministrazione degli alimenti e delle bevande;
- b) il rispetto di distanze minime obbligatorie tra attività commerciali appartenenti alla medesima tipologia di esercizio;
- c) le limitazioni quantitative all'assortimento merceologico offerto negli esercizi commerciali, fatta salva la distinzione tra settore alimentare e non alimentare;
- d) il rispetto di limiti riferiti a quote di mercato predefinite o calcolate sul volume delle vendite a livello territoriale sub regionale;
- d-bis) il rispetto degli orari di apertura e di chiusura, l'obbligo della chiusura domenicale e festiva, nonché quello della mezza giornata di chiusura infrasettimanale dell'esercizio;
- e) la fissazione di divieti ad effettuare vendite promozionali, a meno che non siano prescritti dal diritto comunitario;
- f) l'ottenimento di autorizzazioni preventive e le limitazioni di ordine temporale o quantitativo allo svolgimento di vendite promozionali di prodotti, effettuate all'interno degli esercizi commerciali, tranne che nei periodi immediatamente precedenti i saldi di fine stagione per i medesimi prodotti;
- f-bis) il divieto o l'ottenimento di autorizzazioni preventive per il consumo immediato dei prodotti di gastronomia presso l'esercizio di vicinato, utilizzando i locali e gli arredi dell'azienda con l'esclusione del servizio assistito di somministrazione e con l'osservanza delle prescrizioni igienico-sanitarie.”

4.2. La Corte Costituzionale, nella sentenza 15 marzo 2013, n. 38, (dichiarativa dell'illegittimità costituzionale dell'art. 5, commi 1, 2 e 3, e dell'art. 6 della legge provinciale di Bolzano 16 marzo 2012, n. 7, recante norme in materia di liberalizzazione dell'attività commerciale, proprio per violazione del citato articolo 31 del d.l. n. 201 del 2001 con riferimento all'art. 117, comma secondo, lett. e), Cost.), richiamato lo specifico contenuto del secondo comma dell'art. 31, ha ricordato di aver dichiarato con la sentenza 19 dicembre 2012, n. 299, inammissibili o infondate varie questioni di legittimità costituzionali del citato art. 31, sollevate da alcune Regioni, anche a statuto speciale, rilevando, tra l'altro che “1) per costante giurisprudenza costituzionale la nozione di concorrenza – di cui all'art. 117, secondo comma, lettera e), Cost. – riflette quella operante in ambito comunitario e comprende: a) sia gli interventi regolatori che a titolo principale incidono sulla concorrenza, quali le misure legislative di tutela in senso proprio, che contrastano gli atti ed i comportamenti delle imprese che incidono negativamente sull'assetto concorrenziale dei mercati e ne disciplinano le modalità di controllo, eventualmente anche di sanzione; b) sia le misure legislative di promozione, che mirano ad aprire un mercato o a consolidarne l'apertura, eliminando barriere all'entrata, riducendo o eliminando vincoli al libero esplicarsi della capacità imprenditoriale e della competizione tra imprese, rimuovendo, cioè in generale, i vincoli alle modalità di esercizio delle attività economiche (ex multis: sentenze n. 270 e n. 45 del 2010; n. 160 del 2009, n. 430 e 401 del 2007); 2) la materia <<tutela della concorrenza>>, dato il suo carattere finalistico, non è una materia di estensione certa e delimitata, ma è configurabile come trasversale, <<corrispondente ai mercati di riferimento delle attività economiche incise dall'intervento e in grado di influire anche su materie attribuite alla competenza legislativa, concorrente o residuale, delle regioni (sentenza n. 80 del 2006, n. 175 del 2005, n. 272 e n. 14 del 2004)>>.”

Ha quindi aggiunto che il disposto del citato comma 2, dell'art. 31 del d.l. n. 201 del 2011 deve essere ricondotto

“...nell'ambito della tutela della concorrenza, rientrante nella competenza legislativa esclusiva dello Stato, di cui all'art. 117, secondo comma, lett. e), Cost., norma in presenza della quale i titoli competenziali delle Regioni, anche a statuto speciale, in materia di commercio e di governo del territorio non sono idonei a impedire l'esercizio della detta competenza statale...che assume quindi carattere prevalente”.

Con riguardo al comma 1 dell'articolo 31 ed alle conseguenti modifiche apportate all'art. 3, comma 1, lett. d – bis, del d.l. n. 223 del 2006, convertito, con modificazioni, dalla legge n. 248 del 2006, il giudice delle leggi ha osservato che quest'ultima norma “...dispone che le attività commerciali, come individuate dal d. lgs. n. 114 del 1998, nonché quelle di somministrazione di alimenti e bevande, sono svolte senza i limiti di apertura e di chiusura elencati nel medesimo art. 3, tra cui << il rispetto degli orari di apertura e di chiusura, l'obbligo della chiusura domenicale e festiva, nonché quello della mezza giornata di chiusura infrasettimanale dell'esercizio>>. Ciò <<Ai sensi delle disposizioni dell'ordinamento comunitario in materia di tutela della concorrenza e libera circolazione delle merci e dei servizi ed al fine di garantire la libertà di concorrenza secondo condizioni di pari opportunità ed il corretto ed uniforme funzionamento del mercato, nonché di assicurare ai consumatori finali un livello minimo ed uniforme di condizioni di accessibilità all'acquisto di prodotti e servizi sul territorio nazionale, ai sensi dell'art. 117, comma secondo, lettere e) ed m) della Costituzione>>, aggiungendo che, secondo l'interpretazione della norma già fornita in altre decisioni, è stato così attuato un principio di liberalizzazione, con la rimozione di vincoli e limiti alle modalità di esercizio delle attività economiche, in quanto l'eliminazione dei limiti agli orari e ai giorni di apertura al pubblico degli esercizi commerciali favorisce, a beneficio dei consumatori, la creazione di un mercato più dinamico e più aperto all'ingresso di nuovi operatori e amplia la possibilità di scelta del consumatore.

La Corte ha quindi concluso, sottolineando che “Si tratta...di misure coerenti con l'obiettivo di promuovere la concorrenza, risultando proporzionate allo scopo di garantire l'assetto concorrenziale nel mercato di riferimento relativo alla distribuzione commerciale”.

4.3. Di tali principi ha fatto puntuale applicazione questa stessa Sezione con la sentenza n. 5473 del 20 novembre 2013, ritenendo illegittimo il silenzio – rifiuto serbato da un Comune sull'istanza avanzata da una società titolare di un esercizio commerciale per l'adeguamento dell'ordinamento comunale alle prescrizioni di legge e in particolare alla libertà di apertura degli esercizi commerciali, di cui agli artt. 1, comma 4, d.l. n. 1 del 2012 e 31, comma 2, d.l. n. 201 del 2011, convertito nella l. n. 214 del 2011.

4.4. Sulla scorta di tale quadro normativo e giurisprudenziale, la Sezione è dell'avviso che la sentenza impugnata non meriti censura, legittima dovendo ritenersi l'impugnata ordinanza n. 2 del 4 gennaio 2012 del sindaco del Comune di Gessate.

4.4.1. Non meritano innanzitutto favorevole apprezzamento le considerazioni svolte con il primo motivo di gravame, con cui si lamenta la violazione delle norme procedurali, fissate da leggi statali e da quella regionale (n. 6 del 2010, art. 103), per il mancato coinvolgimento del Consiglio comunale e delle associazioni di categoria ai fini dell'adozione dell'ordinanza impugnata e per il presunto difetto di motivazione da cui quest'ultima sarebbe affetta: è sufficiente rilevare che la predetta ordinanza si limita in realtà ad applicare doverosamente le nuove disposizioni in materia di orari ed apertura al pubblico degli esercizi commerciali, disposizioni che, com'è accennato in precedenza, sulla scorta della interpretazione fornita dalla Corte Costituzionale, rientrano nella disciplina della concorrenza ed appartengono alla potestà legislativa dello Stato, con conseguente illegittimità costituzionale delle norme regionali che determinino restrizioni alla concorrenza stessa.

A ciò consegue che il provvedimento impugnato non necessitava di un particolare supporto motivazionale, oltre quello puntualmente esplicitato delle disposizioni normative di riferimento, e che in ogni caso anche la partecipazione procedimentale non avrebbe potuto condurre ad un provvedimento di contenuto diverso da quello contestato.

4.4.2. Le motivazioni contenute nella ricordata sentenza della Corte Costituzionale 15 marzo 2013, n. 38 (e nelle altre sentenze da quest'ultima richiamata) escludono poi la fondatezza del secondo motivo di gravame nella parte in cui si sostiene che i primi giudici avrebbero erroneamente ritenuta (implicitamente) abrogata la legge regionale della Lombardia n. 6 del 2010 per effetto dell'art. 31, comma 1, del d.l. n. 201 del 2011, convertito dalla legge n. 241 del 2011, così violandosi l'articolo 10 della legge 10 febbraio 1953, n. 62.

Infatti, posto che la disciplina della tutela della concorrenza appartiene alla competenza legislativa esclusiva dello Stato, ogni disposizione normativa regionale contrastante con quella statale è immediatamente incompatibile e pertanto da ritenersi abrogata, a nulla rilevando per converso la potestà della Regione di adeguare le proprie (altre) leggi ai (nuovi) principi fondamentali, adeguamento che evidentemente non può riguardare la legge incompatibile, anche in virtù del principio della non contraddizione in cui verserebbe altrimenti l'ordinamento giuridico (con gravi ricadute anche in tema di immediata applicazione dei principi comunitari e violazione del principio di prevalenza di quest'ultimo sulla normativa nazionale contrastante).

4.4.3. Ugualmente infondate sono le altre censure che sono state spiegate, con riguardo all'eccessiva dilatazione del concetto di tutela della concorrenza, all'assoluta carenza di potere nella materia degli orari e dell'apertura degli esercizi

commerciali al pubblico da parte della regione ed al preteso contrasto della introdotta liberalizzazione con riferimento ai principi costituzionali di cui agli artt. 2, 3, 29, 35, 36 e 41 della Cost..

Al riguardo non può innanzitutto non rilevarsi che l'ordinanza impugnata in primo grado, nel dare applicazione alla normativa statale richiamata, fa "...salvi i successivi provvedimenti che la Regione Lombardia riterrà di assumere in materia", così che, ad avviso della Sezione, la questione circa lo svuotamento o meno del potere regionale in materia di commercio per effetto della ricordata normativa statale non appare allo stato rilevante ed è da ritenersi estranea alla controversia.

Deve poi aggiungersi che, indipendentemente dalla genericità dei richiami operati dai ricorrenti ai principi di cui agli articoli 2, 3, 29, 35, 36 e 41 della Cost., il principio della concorrenza, come si ricava dal contenuto del secondo comma, e la sua concreta attuazione, non è sottratto a qualsivoglia limitazione, dovendo essere in realtà applicato e coordinato con la tutela della salute, dei lavoratori, dell'ambiente, incluso l'ambiente urbano, e dei beni culturali: sotto tale profilo la (sola) liberalizzazione degli orari e dei giorni di apertura al pubblico degli esercizi commerciali non può costituire di per sé un vulnus agli altri beni e valori costituzionali diversi dalla concorrenza, tutti insieme tale principi potendo, e anzi dovendo, essere coordinati e resi coerenti tra loro, al fine di assicurare il corretto ed ordinato sviluppo economico e sociale della collettività in generale e dei cittadini singolarmente, trattandosi all'evidenza di principi che non si trovano in una condizione di reciproca esclusione.

In tale prospettiva risultano prive di rilevanza e comunque non pertinenti le ulteriori censure svolte dall'appellante circa la presunta erronea attuazione da parte del legislatore italiano dei principi comunitari in materia di concorrenza e di libertà dei mercati e la altrettanto asserita erronea interpretazione di quei principi da parte della Corte Costituzionale, trattandosi quanto a quest'ultimo aspetto di una mera inammissibile opinione dissenziente.

Alla stregua delle osservazioni svolte, per un verso, non risultano apprezzabili neppure le questioni di legittimità costituzionale del più volte citato art. 31 del d.l. n. 201 del 2011, convertito, con modificazioni, dalla legge n. 214 del 2011, con riferimento agli articoli 2, 3, 29, 35, 36 e 41 della Costituzione; per altro verso non sussistenti neppure i presupposti per un rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia.

5. In conclusione l'appello deve essere respinto.

La novità della materia e la complessità delle questioni trattate giustifica la compensazione tra le parti delle spese del presente grado di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, definitivamente pronunciando sull'appello proposto da Costanzo s.a.s. di Costanzo Giuseppe avverso la sentenza del Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia, sez. I, n. 406 del 14 febbraio 2013, lo respinge.

Dichiara interamente compensate tra le parti le spese del presente grado di giudizio.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 21 gennaio 2014 con l'intervento dei magistrati:

Carmine Volpe, Presidente

Carlo Saltelli, Consigliere, Estensore

Manfredo Atzeni, Consigliere

Nicola Gaviano, Consigliere

Fabio Franconiero, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

II 27/05/2014

IL SEGRETARIO

(Art. 89, co. 3, cod. proc. amm.)