



Ufficio Legislativo e Affari Giuridici

Roma, 8 maggio 2009

Alle Organizzazioni Regionali
e Provinciali Confesercenti

Ai responsabili territoriali FIEPeT

Loro sedi e indirizzi

Prot.n. 4122.11/2009 GDA

Oggetto: Sentenza del Consiglio di Stato sulla programmazione degli esercizi di somministrazione di alimenti e bevande.

Con sentenza n. 2808, del 10 febbraio 2009, depositata il 5 maggio u.s., **il Consiglio di Stato ha confermato il precedente pronunciamento del TAR Lombardia (sent. n. 6259/07), con cui era stato accolto il ricorso di una società milanese avverso il diniego di autorizzazione all'attività di somministrazione di alimenti e bevande disposto da parte del Comune di Milano in applicazione dell'Ordinanza sindacale del 2005 che aveva fissato i parametri numerici per il rilascio delle autorizzazioni, ritenendo che l'area ove avrebbe dovuto collocarsi l'attività risultava eccessivamente satura di pubblici esercizi.**

Come si ricorderà, con Ordinanza n. 1641, del 28 marzo 2008, lo stesso Consiglio di Stato aveva sospeso l'efficacia della sentenza del TAR, ritenendo che appariva opportuno, onde evitare di lasciare le amministrazioni senza alcun quadro di riferimento, accogliere l'istanza cautelare limitatamente agli effetti della sentenza impugnata sugli atti generali intervenuti in materia (le delibere comunali di programmazione del settore), restando salve le autorizzazioni già rilasciate alla data di adozione dell'Ordinanza (il Comune di Milano aveva infatti ritenuto di dover rilasciare l'autorizzazione, con riserva di revocarla in caso di vittoria in appello).

In sintesi, il CdS ha confermato, con la sentenza in oggetto, che **il sistema di programmazione delle attività di somministrazione di alimenti e bevande basato sulla determinazione di parametri numerici (ai sensi dell'art. 2 della legge n. 25/96 e delle legislazioni regionali di settore successivamente intervenute) “si pone in contrasto con le disposizioni di cui all'art. 3 del decreto legge n. 223/06 (decreto Bersani), convertito nella legge n. 248/06, che, in attuazione del principio di libera concorrenza, impediscono alle Amministrazioni di adottare misure regolatorie che incidano, direttamente o indirettamente, sull'equilibrio tra domanda e offerta, che deve invece determinarsi in base alle sole regole del mercato”.**

Ad avviso del Comune di Milano, la sentenza del TAR avrebbe erroneamente ritenuto applicabile alla fattispecie l'art. 1, comma 2, parte seconda, della “legge La Loggia”, n. 131/2003, laddove stabilisce che “le disposizioni normative regionali vigenti alla data di entrata in vigore della presente legge nelle materie appartenenti alla legislazione esclusiva statale continuano ad applicarsi

fino alla data di entrata in vigore delle disposizioni statali in materia”. Secondo il Comune, invece, avrebbe dovuto farsi applicazione della prima parte dello stesso comma, dove si afferma che “le disposizioni normative statali vigenti alla data di entrata in vigore della presente legge nelle materie appartenenti alla legislazione regionale continuano ad applicarsi in ciascuna Regione fino alla data di entrata in vigore delle disposizioni regionali in materia”.

I giudici del secondo grado hanno invece affermato proprio il principio contrario, ribadendo, sulla scorta della giurisprudenza costituzionale relativa alla trasversalità di alcune materie, che le disposizioni dettate dal decreto Bersani (n. 223/06) e riguardanti la tutela della concorrenza, di competenza statale, prevalgono sulle disposizioni in materia di commercio, di competenza regionale. Per cui, come stabilito dal TAR, **“devono ritenersi ormai prive di efficacia, quanto meno a partire dal 1° gennaio 2007 (termine per l'adeguamento da parte delle Regioni e degli Enti locali), le prescrizioni delle leggi regionali non più compatibili con il DL n. 223/06”**.

Il CdS ha ritenuto insussistenti anche altri motivi di ricorso proposti dal Comune, fra i quali appariva significativa, ad esempio, l'affermazione secondo cui non sussisterebbe contrasto tra la normativa statale e quella regionale, tendendo quest'ultima “al contemperamento del diritto di libera iniziativa economica privata con la tutela di altri diritti di pari rango e degli interessi generali, funzione che non può privarsi del potere di emettere atti di programmazione dello sviluppo del commercio”. I giudici hanno invece ritenuto che i **criteri limitativi di ordine quantitativo in tema di nuovi esercizi commerciali si pongono in contrasto frontale con la lettura che dell'art. 3 del DL n. 223 ha offerto la Corte Costituzionale (sent. n. 430/07), laddove ha affermato che detta disposizione, essendo diretta a rimuovere limiti all'accesso al mercato, sia soggettivi, sia riferiti all'astratta predeterminazione del numero degli esercizi, sia concernenti le modalità di esercizio dell'attività, si inserisce nel quadro del processo di modernizzazione del commercio, allo scopo di rimuovere i residui profili di contrasto della disciplina di settore con il principio della libera concorrenza.**

“Alla stregua di tali proposizioni - afferma espressamente la sentenza del CdS - (...) **limitazioni all'apertura di nuovi esercizi commerciali sono astrattamente possibili purché non si fondino su quote di mercato predefinite o calcolate sul volume delle vendite, ossia, in altri termini, sull'apprezzamento autoritativo dell'adeguatezza alla presunta entità della domanda”**.

Di più: **“i principi del Trattato e del nostro Ordinamento costituzionale impongono che i poteri pubblici non interferiscano sul libero gioco della concorrenza, astenendosi dallo stabilire inderogabilmente il numero massimo degli esercenti da autorizzare in una determinata area”**. E **“anche ammesso che l'esigenza di interventi limitativi sia collegabile alla tutela di valori di rango equivalente al principio di libera iniziativa economica, posto che questa non può svolgersi in contrasto con l'utilità sociale o in modo da recare danno alla sicurezza alla libertà e alla dignità umana, tra tali valori non può farsi rientrare la salvaguardia di una quota di mercato in favore degli esercizi esistenti”**.

Il CdS ha invece rigettato la richiesta di risarcimento dei danni che l'azienda avrebbe preteso dal Comune, come già aveva fatto il TAR, perchè, anche se è incontestabile che il mancato rilascio dell'autorizzazione abbia privato la società appellata di intuibili vantaggi economici, merita condivisione la decisione dei giudici di primo grado che ha rilevato il difetto di colpa dell'Amministrazione. Il provvedimento di diniego dell'autorizzazione trovava infatti sostegno negli atti interpretativi del Ministero dello sviluppo economico (circ. n. 3603, del 20.9.2006, risoluzione n. 7891, del 10.10.2006).

A questo punto, non v'è dubbio, alla luce della richiamata considerazione secondo cui **“devono ritenersi ormai prive di efficacia, quanto meno a partire dal 1° gennaio 2007 (termine per l'adeguamento da parte delle Regioni e degli Enti locali), le prescrizioni delle leggi regionali non più compatibili con il DL n. 223/06”, sul fatto che occorra un celere intervento delle Regioni a modifica delle disposizioni che disciplinano la programmazione degli esercizi di somministrazione di alimenti e bevande, altrimenti rimanendo i Comuni assolutamente privi di regole di riferimento** (ciò che l'Ordinanza cautelare del CdS aveva voluto evitare in attesa della decisione definitiva).

Infatti, nel momento in cui un qualsiasi soggetto interessato all'avvio di un pubblico esercizio si veda negare l'autorizzazione in applicazione di deliberazioni comunali che ancora facciano riferimento a parametri numerici (nel caso in cui detti parametri siano “saturi”), questi, nel rivolgersi ai giudici amministrativi impugnando il provvedimento del Comune, potrà contare sul principio di diritto espresso dal Consiglio di Stato, che costituirà un fondamentale precedente.

Ne' il Comune può permettersi, in mancanza della chiara indicazione da parte della Regione mediante apposita legge, di dettare proprie regole inerenti la programmazione degli esercizi, in tal caso ponendosi il provvedimento comunale in contrasto con l'art. 41 della Costituzione, che consente la limitazione dell'iniziativa economica privata esclusivamente sulla base di una legge validamente approvata. Solo la legge, infatti, ai sensi del terzo comma dell'art. 41 Cost., può determinare “i programmi e i controlli opportuni perché l'attività economica pubblica e privata possa essere indirizzata e coordinata a fini sociali”

D'altra parte, già esistono nel panorama legislativo regionale esempi di programmazione basati su criteri diversi dal mero parametro numerico (lo stesso CdS, come si è visto, è disposto ad ammettere la possibilità di interventi limitativi collegabili alla tutela di valori di rango equivalente al principio di libera iniziativa economica).

Alcune Regioni, infatti, hanno già previsto all'uopo disposizioni che consentono ai Comuni di programmare mediante nuovi strumenti. Ad esempio:

Toscana

Ai sensi della legge n. 28/2005, art. 42-bis, **“Il comune, previa concertazione con le organizzazioni del commercio, turismo e servizi, le organizzazioni sindacali dei lavoratori del settore e le associazioni dei consumatori, maggiormente rappresentative, nell'ambito delle proprie funzioni di programmazione, definisce i requisiti degli esercizi di somministrazione di alimenti e bevande (...). I requisiti (...) possono riferirsi anche alla materia urbanistica, edilizia, igienico-sanitaria, all'impatto ambientale ed all'adesione a disciplinari di qualità, anche relativi alla qualificazione professionale degli esercenti. Il Comune, sulla base di criteri oggettivi che tengano conto della sostenibilità e qualità urbana ed attraverso un apposito provvedimento, approvato anche nell'ambito della disciplina della distribuzione e localizzazione delle funzioni (...), può stabilire una specifica destinazione d'uso funzionale di somministrazione per gli immobili, nonché limitazioni nelle variazioni di destinazione d'uso degli stessi e specifici divieti, vincoli e prescrizioni, anche al fine di valorizzare e tutelare aree di particolare interesse del proprio territorio”**.

La Deliberazione del Consiglio Regionale 20 giugno 2006, n. 57, recante le “Direttive regionali

per la programmazione comunale delle attività di vendita della stampa quotidiana e periodica e di somministrazione di alimenti e bevande”, stabilisce, a sua volta, che , “tenendo conto delle finalità della programmazione (adeguatezza del servizio al consumatore, produttività delle imprese del settore, equilibrio tra domanda e offerta) e dei fattori da valutare (popolazione residente e fluttuante, abitudini di consumo extradomestico, caratteri e vocazioni del territorio), **gli atti di programmazione comunale prevedono criteri** che si sostanziano in parametri di riferimento numerici, anche relativi alle specificità delle diverse parti del territorio comunale (*parametri che ormai devono ritenersi non più utilizzabili alla luce della sentenza commentata*), oppure **prevedono elementi qualitativi** o caratteristiche compatibili con l'esperibilità di un bando pubblico”.

A mero titolo esemplificativo, il **Comune di Firenze**, con propria Deliberazione del luglio 2008, in relazione alla previsione regionale relativa ad una **destinazione d'uso funzionale** di somministrazione, ha stabilito i **requisiti dei locali deputati all'attività**, che devono rispondere a precise regole inerenti:

- parcheggi;
- assetto dell'unità immobiliare (la superficie complessiva dell'unità immobiliare deve essere ripartita in modo equilibrato fra superficie destinata alla preparazione, conservazione e produzione di alimenti e bevande, compresa quella dei locali destinati ai dipendenti, e superficie destinata alla somministrazione cui i clienti hanno libero accesso: quest'ultima non può essere inferiore al 40 % della superficie totale dell'unità immobiliare;
- sicurezza (il riferimento è alla normativa in materia di sicurezza sui luoghi di lavoro e di misure di prevenzione antincendio);
- accessibilità (l'accessibilità alla totalità dei locali destinati alla somministrazione al pubblico da parte dei soggetti diversamente abili, non più limitata a parti dell'esercizio, è requisito obbligatorio e non derogabile);
- inserimento nel contesto (la soluzione morfologica degli infissi e delle vetrine deve essere adeguata al tipo di edificio e di spazio pubblico cui il locale appartiene e quindi essere esplicitata mediante una relazione/elaborato critico esplicativo
- magazzini;
- servizi igienici;
- in sonorizzazione;
- smaltimento rifiuti;
- risparmio energetico.

Liguria

La Regione Liguria, con Deliberazione Ass. Legisl. 27 febbraio 2008, n. 5, recante “Indirizzi e criteri per la somministrazione di alimenti e bevande, in attuazione della *legge regionale 2 gennaio 2007, n. 1* (testo unico in materia di commercio), ha stabilito che il “Piano comunale” previsto per la programmazione dei pubblici esercizi “si sostanzierà nella **previsione di parametri per nuove autorizzazioni (anche a carattere stagionale), di tipo qualitativo (ad esempio superficie, arredamento locali, somministrazione di prodotti tipici locali e/o provenienti dal commercio equosolidale, personale occupato, inserimento del locale nel contesto urbano, ecc.)**, comunque tali da essere valutabili in sede di bando comunale. **Il comune potrà verificare la sussistenza dei parametri qualitativi a seguito del ricevimento della comunicazione di inizio dell'attività di somministrazione.** Il comune, con l'obiettivo del raggiungimento di una maggiore sostenibilità e qualità urbana, può stabilire **limitazioni nelle variazioni di destinazione d'uso degli immobili**”. Inoltre, “il Comune, con lo strumento urbanistico comunale ovvero nel Piano commerciale comunale (...), può stabilire le condizioni per garantire un'adeguata dotazione di parcheggi necessaria per la funzionalità e fruibilità da parte del consumatore dei nuovi insediamenti,

eventualmente anche a seguito di trasferimento, degli esercizi di somministrazione di alimenti e bevande”.

Marche

La Regione Marche, con Deliberazione della Giunta Regionale 24 luglio 2006, n. 864, relativa all'attuazione dell'art. 4, comma 1, della L.R. n. 30/2005 - "Disciplina delle attività di somministrazione al pubblico di alimenti e bevande" - Indirizzi ai Comuni per il rilascio delle autorizzazioni, ha previsto che “in considerazione degli obiettivi di programmazione e dei parametri da assumersi come riferimento, **la programmazione comunale si attua non attraverso la definizione di parametri meramente numerici, ma attraverso la definizione di obiettivi da raggiungere. Va quindi escluso l'utilizzo di "contingenti numerici o di superficie" e l'individuazione di "distanze minime" fra gli esercizi**, salvo quanto previsto nei presenti indirizzi. Sulla base di analisi specifiche, **il piano per lo sviluppo della rete di somministrazione di alimenti e bevande prevede la possibilità di rilasciare nuove autorizzazioni (o DIA):**

- **senza condizioni ulteriori, rispetto a quelle, che devono sempre sussistere, della conformità alle norme urbanistiche ed igienico-sanitarie, oppure**
- **prevedere la possibilità di rilasciare nuove autorizzazioni, subordinatamente al rispetto di ulteriori condizioni, come per esempio quelle che limitano solo a certe aree comunali o solo a certe tempistiche la possibilità di ottenere nuove autorizzazioni.**

Nella prossima settimana si terrà una riunione della Presidenza Nazionale FIEPeT, che avrà all'ordine del giorno valutazioni concernenti la posizione da assumere alla luce delle descritte novità giurisprudenziali.

Cordiali saluti,

Giuseppe Dell'Aquila

