

Problemi interpretativi e applicativi in tema di liberalizzazione del commercio

Note a margine di alcune recenti risoluzioni del Ministero dello sviluppo economico

di Marilisa Bombi

Le risoluzioni del Ministero dello sviluppo economico suscitano da sempre un grande interesse, anche se spesso le indicazioni che vengono fornite suscitano qualche perplessità. E' il caso dell' ultimo pacchetto messo in rete il 9 maggio 2008, a disposizione degli operatori sia pubblici che privati, i quali, dalle argomentazioni esposte, dovrebbero pervenire ad una più facile interpretazione delle disposizioni, a volte decisamente complesse. Delle sette risoluzioni che coprono l'arco temporale di due mesi (febbraio e marzo 2008) quattro affrontano significative problematiche, che qui di seguito si analizzano.

1. Preposto alla vendita in un esercizio di vicinato.

Il Ministero ritiene che la seguente disposizione di cui all'articolo 5, comma 6 del decreto legislativo 114/1998

“6. In caso di società il possesso di uno dei requisiti di cui al comma 5 e' richiesto con riferimento al legale rappresentante o ad altra persona specificamente preposta all'attività commerciale.”

debba essere intesa nel senso di “garantire la presenza all'interno dell'esercizio commerciale di un soggetto in possesso dei requisiti professionali richiesti. Detto obiettivo, ovviamente, può essere perseguito solo se il soggetto qualificato è correlato ad un'unica e specifica attività. “. Questa interpretazione non può essere condivisa.

Il decreto legislativo 114 del 1998, infatti, non prevede in alcuna disposizione l'obbligo di nomina di un preposto all'interno dell'esercizio di vendita nel caso in cui l'esercizio non sia condotto direttamente dal titolare dell'esercizio. L'obbligo che la norma introduce è che ogni impresa che esercita **l'attività** commerciale debba avere un referente qualificato, sia esso il legale rappresentante o altro soggetto specificatamente preposto. Il legislatore, infatti, come risulta dal sopraindicato comma 6, non ha utilizzato la congiunzione “e” bensì la disgiunzione “o”. Peraltro, all'indomani dell'entrata in vigore del decreto e dell'emanazione da parte del Ministero della circolare 3467 del 28 maggio 1999, una Camera di commercio¹ si interrogò sul significato che andava attribuito “all'apposito atto” di nomina, tenuto conto che la preposizione institoria non presuppone, in alcuni casi, alcun atto formale se la preposizione è generale.

L'approfondimento:

¹ La risposta del Ministero al quesito della camera di commercio è disponibile all'indirizzo http://www.sviluppoeconomico.gov.it/pdf_upload/documenti/phpcalcR0.pdf

La legge 426/1971 che ha introdotto nella disciplina del commercio la figura del preposto, mutuando quella civilistica, prevedeva due sezioni specifiche: una destinata al registro esercenti il commercio ed una sezione speciale del registro nel quale venivano iscritti i legali rappresentanti delle società e i preposti alla vendita. L'articolo 9 (Elenco speciale) della legge, specificatamente, disponeva che:

Sono iscritti in uno speciale elenco annesso al registro con l'osservanza delle disposizioni di cui agli articoli 4, 5, 6 e 7 coloro:

1) che siano preposti dal titolare dell'impresa, esercente una delle attività indicate nell'articolo 1, alla gestione di ciascun punto di vendita o di esercizio pubblico, o che, in qualità di institori, siano preposti all'esercizio di una sede secondaria o di un ramo particolare ai sensi dell'articolo 2203 del codice civile;

2) che siano preposti alla gestione di punti di vendita o di esercizio pubblico dagli enti pubblici per i quali la legge e i regolamenti che li disciplinano o gli statuti prevedano l'esercizio delle attività di vendita al pubblico;

3) che siano preposti ai sensi dell'articolo 320, quarto comma, del codice civile all'esercizio di un'impresa che svolga una delle attività indicate nell'articolo 1.

In pratica, con le tre ipotesi sopraindicate, il legislatore nazionale aveva preso in esame tutte le diverse possibilità della rappresentanza disciplinata dal codice civile, sia che questa operi in un'impresa commerciale (punto 1) sia in attività non esercitata in forma imprenditoriale (punto 2) sia, infine, la rappresentanza del minore (punto 3).

La sezione III (Disposizioni particolari per le imprese commerciali) del codice civile disciplina, a differenza della rappresentanza in generale normata dall'articolo 1387, quella commerciale che attribuisce una rappresentanza commisurata alle mansioni svolte. Si tratta, dunque, di una speciale rappresentanza il cui contenuto non scaturisce soltanto da una procura (che può anche non esserci e in tal caso è generale), ma costituisce la conseguenza naturale dell'attribuzione del ruolo all'interno dell'impresa. La normativa è contenuta negli articoli dal 2203 al 2213.

Con il regolamento d.m. 375 del 1988, sono state introdotte disposizioni di dettaglio alla disciplina commerciale contenuta nella legge 426 del 1971 e, di conseguenza, anche con riferimento al registro esercenti il commercio. In particolare, l'articolo 23 (Iscrizione nell'elenco speciale di cui all'art. 9 della legge) del regolamento, al comma 4, prevede che:

4. L'iscrizione nell'elenco speciale può essere ottenuta, oltre che per l'istitutore, per qualsiasi dipendente dell'impresa o dell'ente pubblico che ne abbia i requisiti.

Questa disposizione, allora, era di portata innovativa perché annullava il principio della personale responsabilità dell'esercizio in capo al soggetto che, in possesso dei requisiti professionali, garantiva il corretto svolgimento dell'attività. In sostanza, con la possibilità di ammettere l'iscrizione al registro dell'addetto alla vendita di cui all'articolo 2210 del codice civile con ciò, automaticamente, era considerata legittima l'ingerenza nella conduzione dell'attività d'impresa al titolare, legale rappresentante, pur in assenza dei requisiti professionali per l'esercizio dell'attività.

Ma oggi le cose sono cambiate. Dal decreto legislativo 114 del 1998 alla legge 248 del 2006 è stata rimossa dall'ordinamento tutta la disciplina in materia di registro degli

esercenti il commercio² e, di conseguenza, l'unico preposto che l'ordinamento attualmente conosce è quello definito dall'articolo 2203 del codice civile. Di conseguenza il legale rappresentante della società avrà l'obbligo di nominare un preposto institore per l'attività commerciale nel caso in cui non sia in possesso dei requisiti professionali, mentre sarà sufficiente un procuratore nel caso in cui i requisiti siano posseduti. Non viola alcuna disposizione, quindi, il soggetto che, pur non presente nell'esercizio, non affida la gestione a terzi.

Relativamente al fatto che un soggetto non possa "fare da preposto" a più imprese, l'impossibilità non deriva, quindi, dalla circostanza che nessuno può avere la possibilità di trovarsi in due o più posti nello stesso identico momento e garantire, di conseguenza, all'interno dell'esercizio commerciale un soggetto in possesso dei requisiti professionali previsti dalla legge bensì vi si oppone in senso logico, il principio codicistico del divieto di concorrenza.³

2. Le parafarmacie e i requisiti professionali per la vendita di generi alimentari

Esaminando la richiesta di una camera di commercio che si interroga sulla possibilità di dotare una parafarmacia della tabella speciale prevista per le farmacie, il Ministero afferma che il requisito professionale per la vendita di prodotti alimentari deve essere posseduto dal titolare dell'attività - sia questi il farmacista stesso o altro soggetto - soltanto nel caso in cui all'interno della parafarmacia siano posti in vendita prodotti alimentari diversi dai farmaci OTC o SOP. Questa interpretazione non può essere complessivamente condivisa.

Il comma 1 dell'articolo 5 del decreto legge 223/2006 riconvertito, con modificazioni, dalla legge 248/2006 recante "Interventi urgenti nel campo della distribuzione di farmaci" inizia con l'inciso: *"Gli esercizi commerciali di cui all'articolo 4, comma 1, lettere d), e) e f), del decreto legislativo 31 marzo 1998, n. 114, possono effettuare attività di vendita al pubblico*"

In queste prime righe è disegnato l'ambito di applicazione della nuova disposizione e, implicitamente, rimosso un divieto. La norma rimuove il divieto che consentiva alle sole farmacie di porre in vendita farmaci, a qualsiasi categoria essi appartenessero, e definisce gli ambiti di applicazione della disposizione, ovvero individua le diverse tipologie di esercizi di vendita in cui oggi è consentita la commercializzazione dei farmaci: gli esercizi di vicinato, le medie e grandi strutture di vendita. In sostanza, la vendita dei farmaci può essere effettuata in tutti i negozi al minuto, qualsiasi sia la loro dimensione. Sono esclusi, in pratica, gli esercizi che commercializzano all'ingrosso, ovvero chi rivende la merce ad altri commercianti, siano essi grossisti o dettaglianti, o ad utilizzatori professionali o, ancora, ad altri utilizzatori in grande, quali: comunità, caserme e simili. E' esclusa anche la vendita su aree pubbliche così come è esclusa la vendita mediante le cosiddette "forme

² Si veda, a tale proposito, l'articolo 3, comma 3 della legge Legge 4 agosto 2006, n. 248

³ Un approfondimento sul divieto di concorrenza è disponibile all'indirizzo <http://antexnews.b2blavoro.com/commento/Cod-759.html>

speciali di vendita”, (catalogo, internet, o tv, per intenderci anche se relativamente alla vendita via Internet è intervenuta la Corte di Giustizia europea che si è espressa in senso favorevole). Allo stato attuale, comunque, in Italia, la vendita dei farmaci è esclusa anche negli spacci per i dipendenti di enti o imprese, pubblici o privati, di militari, di soci di cooperative di consumo. Ed è esclusa anche la vendita mediante distributori automatici.

L’approfondimento:

Relativamente al sistema autorizzatorio, la vendita dei prodotti farmaceutici e specialità medicinali è sempre rimasta fuori dalla disciplina generale per il commercio. Anzi, fin dalla prima legge organica, la legge 426/1971, ne era stato escluso espressamente l’ambito di applicazione, nel senso che le regole per l’esercizio dell’attività commerciale dei prodotti farmaceutici e specialità medicinali non si applicavano, per enunciata disposizione, ai farmacisti e direttori di farmacie delle quali i Comuni assumono l’impianto e l’esercizio. Il motivo di questa esclusione, come ebbe modo di rilevare la Cassazione Civile con la sentenza n. 5713 del 21 ottobre 1988, non era quella di sottrarre alla sfera della legge 426/1971 gli "articoli" in commercio che attengono alla salute in senso generico, bensì di sottrarre alla disciplina commerciale gli articoli soggetti a diverse (ed addirittura più rigorose ed intense) forme di vigilanza amministrativa che riguardano la distribuzione, all’ingrosso ed al minuto, attraverso il circuito privilegiato delle farmacie. In forza di questa interpretazione giurisprudenziale si evince che la vendita dei farmaci non rientra nella disciplina del commercio non in quanto l’attività è esercitata da un farmacista, bensì perché la vendita è effettuata all’interno di una farmacia. La conseguenza è ovvia: se la vendita dei farmaci è effettuata al di fuori delle farmacie è sottoposta alla disciplina del commercio.

Il primo comma dell’articolo 5 della legge 248/2006, che dall’inizio di luglio del 2006 consente la vendita dei farmaci anche al di fuori delle farmacie, prevede che gli esercizi commerciali possono effettuare l’attività di vendita previa comunicazione al Ministero della salute e alla regione in cui ha sede l’esercizio. A tale riguardo, nella circolare interpretativa delle nuove disposizioni emanata il 3 ottobre 2006, l’indomani dell’entrata in vigore delle nuove disposizioni dal Ministero della sanità⁴, sono contenute due precisazioni degne di sottolineatura:

- la prima riguarda il fatto che le attività di vendita dei medicinali interessano direttamente anche l’Agenzia italiana del farmaco e, di conseguenza, è opportuno che la comunicazione inviata al Ministero sia trasmessa, in copia, anche all’Agenzia;
- la seconda, invece, affronta la questione della competenza del comune. Testualmente, la circolare riferisce che: *“Poichè, inoltre, la vigilanza sulla vendita al pubblico negli esercizi commerciali, ai sensi della normativa sul commercio, è di competenza dei comuni, appare necessario, al fine di consentire l’espletamento delle relative funzioni amministrative in materia di commercio, che la comunicazione di avvio dell’attività di vendita dei farmaci sia inviata per conoscenza anche al Comune dove ha sede l’esercizio.”*

⁴ Il testo della circolare è disponibile all’indirizzo http://www.sportello-online.it/inc/bersani/docs/circolare_farmaci.pdf

Sul significato dell'inciso "al fine di consentire l'espletamento delle relative funzioni amministrative in materia di commercio" inserito all'interno della circolare, pare non porre dubbi perlomeno nei confronti dei destinatari di queste note. Al fine, tuttavia, di meglio esplicitare il ragionamento, si evidenzia l'assoggettabilità della vendita dei farmaci effettuata al di fuori delle farmacie, alla disciplina del commercio, con le conseguenze che saranno qui di seguito evidenziate.

Com'è noto, dopo la riforma Bersani del 1998 emanata in attuazione della legge 59/1997 (Bassanini 1), l'esercizio dell'attività commerciale è consentito previa comunicazione per l'apertura di un esercizio di vicinato (superficie massima mq. 250) o previo ottenimento di un'autorizzazione di vendita per gli esercizi appartenenti al medio o grande dettaglio. I prodotti posti in vendita sono suddivisi in due settori: settore alimentare e settore non alimentare. Per la vendita dei prodotti appartenenti al settore alimentare è necessario essere in possesso di particolari requisiti che il legislatore nazionale ha espressamente individuato ma che alcune regioni hanno ritenuto di diversamente identificare. Si tratta, quindi, di capire se i farmaci appartenenti alla categoria OTC o SOP sono considerati alimenti o medicinali in senso stretto e, quindi, esclusi dall'obbligo di dimostrare la professionalità in forza di quanto previsto dall'articolo 2 del Regolamento (CE) n. 178/2002 del Parlamento europeo e del Consiglio del 28 gennaio 2002 che fornisce la definizione di "alimento":

Ai fini del presente regolamento si intende per "alimento" (o "prodotto alimentare", o "derrata alimentare") qualsiasi sostanza o prodotto trasformato, parzialmente trasformato o non trasformato, destinato ad essere ingerito, o di cui si prevede ragionevolmente che possa essere ingerito, da esseri umani. Sono comprese le bevande, le gomme da masticare e qualsiasi sostanza, compresa l'acqua, intenzionalmente incorporata negli alimenti nel corso della loro produzione, preparazione o trattamento. Esso include l'acqua nei punti in cui i valori devono essere rispettati come stabilito all'articolo 6 della direttiva 98/83/CE e fatti salvi i requisiti delle direttive 80/778/CEE e 98/83/CE.

E ancora, al comma 3, il Regolamento comunitario individua i casi di esclusione:

Non sono compresi:

- a) i mangimi;*
- b) gli animali vivi, a meno che siano preparati per l'immissione sul mercato ai fini del consumo umano;*
- c) i vegetali prima della raccolta;*
- d) i medicinali ai sensi delle direttive del Consiglio 65/65/CEE e 92/73/CEE;*
- e) i cosmetici ai sensi della direttiva 76/768/CEE del Consiglio;*
- f) il tabacco e i prodotti del tabacco ai sensi della direttiva 89/622/CEE del Consiglio);*
- g) le sostanze stupefacenti o psicotrope ai sensi della convenzione unica delle Nazioni Unite sugli stupefacenti del 1961 e della convenzione delle Nazioni Unite sulle sostanze psicotrope del 1971;*
- h) residui e contaminanti.*

Con riferimento, ai "medicinali" indicati alla lettera d) si può obiettivamente escludere che i "medicinali OTC o SOP" siano alimenti ma anche non alimenti e, allora, come autorizzare l'apertura di una para-farmacia? La disciplina che ha ammesso la commercializzazione dei farmaci negli esercizi di vendita al minuto ha introdotto all'interno della disciplina commerciale un terzo genere dopo quello del settore

alimentare e non alimentare. Questo fatto non comporta soltanto la ovvia conseguenza che tutta la disciplina del commercio va re-interpretata alla luce di tale nuovo elemento, ma anche che le regioni devono necessariamente intervenire adeguando la propria disciplina a questo nuovo genere. Se, peraltro, all'interno della parafarmacia, come puntualmente ha precisato il Ministero, saranno commercializzati anche prodotti alimentari in senso stretto, andrà dimostrato anche il possesso del requisito professionale per la vendita di tali prodotti non da parte del farmacista bensì dal proprietario dell'esercizio se soggetto diverso dal farmacista. Ma oggi? Quale requisito professionale può essere richiesto a garanzia del consumatore? La risposta ovvia è la professionalità conseguente alla laurea in farmacia (e la relativa iscrizione all'albo) di cui l'addetto alla vendita deve essere in possesso, ma in tal caso viene a porsi l'ulteriore problema connesso alla titolarità dell'esercizio che può essere di un soggetto non farmacista. Il dubbio iniziale quindi ritorna: ed è accentuato alla luce delle considerazioni che sono state sviluppate nell'affrontare le questioni connesse al preposto. Che ci sia, a tale proposito, un *bug* nell'articolo 5 della legge 248/2006, lo ha rilevato la stessa Federfarma, la Federazione italiana dei titolari di farmacie, la quale, con distinte circolari emanate quali informative delle iniziative assunte da alcune regioni, ha evidenziato la necessità di *“colmare le evidenti carenze contenute nella legge Bersani che si è limitata a estendere la vendita dei farmaci agli esercizi commerciali senza preoccuparsi di disciplinare le modalità concrete con cui tale vendita deve avvenire”*. Che può fare il comune nelle more di un intervento legislativo risolutore? A giudizio di chi scrive, il modo più semplice per dirimere la questione è prevedere una disposizione regolamentare con questo contenuto:

Art. x Vendita di farmaci nei locali commerciali

1. Al fine di dare attuazione all'articolo 5 della legge 248/2006, è istituito il settore “farmaci”.
2. La vendita dei farmaci al di fuori delle ipotesi di cui all'articolo 4, comma 2, lettera a) del decreto legislativo 114/1998 effettuata in base all'articolo 5 della legge 248/2006 è consentita previa presentazione di comunicazione di aggiunta settore mercologico per la vendita dei prodotti compresi nel settore farmaci.
3. Il titolare dell'esercizio già autorizzato alla vendita dei prodotti alimentari è legittimato alla vendita dei farmaci, previa comunicazione di cui al comma 2;
4. Il titolare dell'esercizio già autorizzato alla vendita dei prodotti non alimentari è legittimato alla vendita dei farmaci, previa comunicazione di cui al comma 2 e dimostrazione del possesso della laurea in farmacia o dei requisiti professionali per la vendita dei prodotti alimentari
5. Permane l'obbligo di cui all'articolo 5, comma 2, il quale prevede che l'attività di vendita è effettuata con l'assistenza di uno o più farmacisti abilitati all'esercizio della professione ed iscritti al relativo ordine

Il motivo di questo indirizzo è legato al fatto che il titolare dell'esercizio non può essere considerato estraneo alle responsabilità conseguenti alla vendita di prodotti “speciali” in forza soprattutto del fatto che le funzioni assegnate al farmacista dal d.l. 223/2006 sono

esclusivamente di assistenza al cliente e non di gestione dell'esercizio, neppure per la parte relativa al reparto dei farmaci.

3. Parametri numerici per la somministrazione al pubblico di alimenti e bevande.

In questi ultimi vent'anni, nessun operatore pubblico che si occupa del settore delle attività economiche ha avuto modo di annoiarsi. Dalla legge 241 del 1990, ai regolamenti attuativi dpr 300, 407, 411, alle leggi Bassanini, ai regolamenti di delegificazione, alla riforma del commercio, alla novella del titolo V della Costituzione e, infine, alle lenzuolate del precedente Governo, le occasioni per ritrovarsi in una tavola rotonda per parlare "del nuovo che avanza" ci sono state tantissime. In più, ad aggiungersi, i tribunali amministrativi regionali e, più recentemente in maniera decisamente stimolante, l'Autorità antitrust. Leggere *online* le critiche, assolutamente non velate, che l'Autorità ha rivolto la scorsa estate alla direzione nazionale del Ministero dello sviluppo economico, per una interpretazione a suo dire non conforme alle disposizioni e comunque allo spirito di un importante provvedimento normativo qual è senza ombra di dubbio il decreto legge 223 del 2006, riconvertito con la legge 248; se non altro per aver consentito la vendita di certe tipologie di farmaci al di fuori delle farmacie. Il dibattito, le proteste, le discese in piazza, dimostrano, inconfutabilmente, che qualche interesse è stato scalfito. Insomma, un piccolo passo avanti nel processo di liberalizzazione della economia. Non poteva fare a meno il Ministero di riprendere in mano la questione, se non altro per auto-difesa. Tra l'altro, chiamare in causa il titolo V e il riparto delle attribuzioni tra Stato e regioni, è stato un modo signorile per manifestare quella che, alla fin fine, è la verità: la materia è attribuita alle regioni e, di conseguenza, il punto di vista del Ministero è irrilevante.

Approfondimento:

Nella risoluzione al quesito posto da un comune siciliano, la Direzione del Ministero sviluppo economico, in merito al contingentamento degli esercizi di somministrazione al pubblico di alimenti e bevande, rileva che lo Stato si occupa di concorrenza mentre la disciplina positiva per l'esercizio delle attività economiche rientra tra le competenze delle regioni e che, peraltro, "le regole introdotte in materia di concorrenza non potevano essere ritenute idonee a far decadere automaticamente ed immediatamente le regolamentazioni e le programmazioni locali...." Questa affermazione non può essere condivisa. Come è stato puntualmente precisato⁵ nella nota a commento della sentenza tar Friuli Venezia Giulia n. 786 del 13 dicembre 2007, "Per quanto riguarda la tutela della concorrenza, attribuita alla competenza esclusiva dello Stato dall'art. 117, secondo comma, lettera e), della Costituzione, questa norma evidenzia l'intendimento del legislatore costituzionale del 2001 di unificare in capo allo Stato strumenti di politica economica che attengono allo sviluppo dell'intero Paese; strumenti che, in definitiva,

⁵ Il contributo è di Sonia Lazzini che per la rivista telematica www.diritto.it commenta le più significative sentenze in materia amministrativa.

esprimono un carattere unitario e, interpretati gli uni per mezzo degli altri, risultano tutti finalizzati ad equilibrare il volume di risorse finanziarie inserite nel circuito economico : corollario di ciò è che nelle suindicate materie, appartenenti alla competenza esclusiva dello Stato, le disposizioni legislative regionali – comprese quelle delle Regioni a statuto speciale - che confliggano con quelle statali, sono da considerarsi recessive rispetto alle corrispondenti disposizioni statali sopravvenute, le quali sono, in tal caso, immediatamente applicabili, senza che vi sia necessità di un loro recepimento espresso: queste disposizioni hanno la forza di abrogare, espressamente o implicitamente, qualsiasi norma che sia stata emanata in precedenza dalle Regioni in una materia di competenza statale, non occorrendo, pertanto, che venga posta nei confronti delle leggi regionali una questione incidentale di legittimità costituzionale”. Fondamentale, il passaggio della già citata sentenza, nella parte in cui si afferma : “la locuzione (usata dal legislatore ndr) “adequano le proprie disposizioni legislative e regolamentari ai principi e alle disposizioni” sta, chiaramente, a significare che questi enti debbono conformare, con norme di adattamento, la propria vigente normativa alla legge n. 248 del 2006, fermo, restando, ovviamente, l’effetto abrogativo di quest’ultima sulle disposizioni regionali incompatibili con essa. Proprio questo effetto impone alle Regioni l’”adeguamento” e, nel caso in cui non avessero legiferato in materia, sono tenute ad introdurre disposizioni tali da conformarsi alla sopravvenuta normativa statale, armonizzando nel contempo le pregresse disposizioni direttamente od indirettamente correlate alle disposizioni stesse. Diversamente, anche in questo caso si vanificherebbe un corpo normativo di diretta ed immediata applicabilità all’intero tessuto ordinamentale del Paese.”

E’ innegabile che l’ordinanza n. 1641 del 28 marzo scorso con la quale il Consiglio di Stato, Sezione V, ha sospeso l’efficacia della sentenza del Tar Lombardia che annullava il contingentamento del Comune di Milano induce a qualche riflessione. Il ricorso del Comune, della Regione e della Fipe, la Federazione dei pubblici esercizi che questa liberalizzazione proprio non riescono (comprensibilmente) a digerire doveva politicamente presentato. Tuttavia, quando la questione sarà esaminata nel merito, difficilmente si arriverà ad una sentenza rivoluzionaria. Insomma, facendo salvi i diritti nel frattempo maturati in quel di Milano, la sospensiva del Consiglio di Stato sembra quasi porre l’invito ad una pausa di riflessione.

Tuttavia, a tale proposito, è difficile pensare che il futuro approfondimento che il Consiglio di Stato sarà chiamato a fare, possa portare a un travolgimento della attuale situazione. Anzi. Secondo Andrea Bitetto⁶, una maggior audacia è imposta non solo dalla convinzione che in Italia, e di conseguenza a livello locale, sia necessaria una massiccia dose di liberalizzazioni, ma anche da una più aggiornata lettura dello stesso testo Costituzionale. Infatti, il tentativo di fornire una adeguata (anche rispetto ai tempi e al mutato scenario politico-culturale) interpretazione dell’art. 41 Cost., porta coerentemente a sostenere che la regola fondamentale sancisce non solo la libertà di iniziativa economica, ma che il suo limite è insito nel rispetto di una non meglio precisata ‘utilità

⁶ Andrea Bitetto, avvocato, è dottore di ricerca in Sistemi Giuridici Comparati ed Europei, all’Università degli Studi di Trento e collaboratore della rivista Critica liberale

sociale'. Scandagliare le evidenti ragioni che condussero ad una simile formulazione, sessanta anni fa, è superfluo. Meno superfluo, secondo Bitetto, e senz'altro più attuale, sarebbe cercare di definire tale utilità sociale anche come difesa della concorrenza e del mercato, che o è concorrenziale o non è. Tale chiave, evidentemente, la si può cercare e trovare nei Trattati istitutivi prima della Comunità Economica Europea e, poi, nell'aggiornato Trattato di Amsterdam (artt. 81, 82) che rappresentano oggi parte integrante della costituzione materiale del nostro paese. E così si potrebbe giungere, ed in una certa qual misura si deve giungere, a ritenere che il contrasto tra la libertà e l'utilità sociale (ovvero oggi la tutela – anche – della concorrenza) è rappresentato dalle bardature e dai limiti di accesso ai mercati che, tutelando gli *incumbent*⁷, sfavoriscono gli *outsider* e la platea dei consumatori. Se poi, infine, ci si pone, come pare fare la Direzione del Ministero per lo Sviluppo economico, il problema del riparto di competenza previsto dal novellato Titolo V, allora la risposta diviene ancor più semplice. L'art. 117, comma II, lett. e) assegna allo Stato la tutela della concorrenza, con potestà normativa esclusiva. Ma vi è di più. Il successivo art. 120, comma II, riconosce il potere del Governo di sostituirsi, rispetto agli organi periferici, qualora lo richieda la tutela dell'unità economica e giuridica. Ebbene, diviene difficilmente comprensibile la tollerabilità di un sistema economico a macchia di leopardo, quanto l'esperienza comunitaria si è da sempre caratterizzata per il tentativo di promuovere l'armonizzazione, se non l'uniformazione, delle regole giuridiche tutte le volte in cui queste rischiavano di limitare la libertà di circolazione dei capitali e il radicamento di un mercato comune ed aperto. Oggi, in pratica, a sessant'anni dalla Costituzione, deve essere sensibilizzata, a tutti i livelli, una aggiornata rilettura della clausola di utilità sociale. Rilettura che ne deve evidenziare la compatibilità – e non il contrasto – con un moderno assetto concorrenziale dei mercati.

4. Il gioco mediante apparecchi da intrattenimento

Il Ministero dello sviluppo economico con la risoluzione n. 1375 del 19 febbraio 2008 si cimenta in un campo che non gli è proprio. Lo fa, comunque, citando un ampio passo di un parere fornito dal Ministero dell'Interno che, par di capire, è subissato da richieste di chiarimenti da parte dei comuni. La richiesta di aiuto è motivata dal fatto che la mancata sistematizzazione delle disposizioni che nel tempo si sono succedute per la disciplina del comparto del gioco lecito, ha portato ad una mostruosità interpretativa che legittimerebbe l'archiviazione di quella concezione che vuole il legislatore coerente e le norme dallo stesso emanate, capaci di esprimere un senso logico. Poiché, invece, a proposito del gioco lecito il legislatore nazionale, nel bene e nel male, ha finora dimostrato una assoluta chiarezza e coerenza, è evidente che è l'interprete ad aver errato nella sua ricostruzione. Pensare, infatti, che i titolari di pubblico esercizio possano installare all'interno di un pubblico esercizio apparecchi da intrattenimento, che lo stesso

⁷ In economia, il termine *incumbent* viene adottato per designare l'impresa di dimensioni maggiori in una determinata area, ad esempio le compagnie telefoniche tradizionali nel campo delle telecomunicazioni.

legislatore ha classificato come apparecchi per il gioco d'azzardo, equivale ad un suicidio della ragionevolezza. Ed, infatti, così non è.

Per dimostrarlo, è sufficiente analizzare il contenuto dell'articolo 86 del tulp nella sua formulazione antecedente alla modifica introdotta dalla finanziaria 2006, il comma primo dell'articolo 110 del medesimo tulp e l'articolo 194 del relativo regolamento.

Tra l'altro va precisato che, in un quadro già di per sé complesso, la sentenza del Tar Lazio n. 15382 del 21 dicembre 2006 ha fatto emergere una problematica che alla maggior parte dei comuni era sfuggita in quanto, a prima vista, sembrava materia esclusa da qualsiasi rapporto di connessione con i procedimenti comunali. La questione è connessa ai requisiti di onorabilità per un'attività, quale quella della raccolta delle giocate, che per il normatore statale presuppone l'esigenza di particolari requisiti atti a scongiurare ogni possibile degenerazione criminale o infiltrazione illecita nel settore del gioco lecito. Il problema sorge in concomitanza e conseguenza del decreto direttoriale 17 maggio 2006 che fissa i requisiti morali dei terzi incaricati nella raccolta delle giocate mediante apparecchi con vincite in denaro. La questione, logicamente, riguarda tutti i distributori (o gestori) autorizzati dai comuni in base al terzo comma dell'art. 86 tulp ma anche, evidentemente, gli esercenti nel caso in cui siano questi ad essere incaricati della raccolta delle giocate. Ed è il comune che, all'interno del procedimento autorizzatorio per il gioco, è tenuto ad accertarne l'esistenza.

L'approfondimento:

La ricerca di un senso logico delle disposizioni emanate in materia di gioco lecito è la prima operazione che l'interprete è tenuto a fare. A tale proposito, si evidenzia che, prima della novella del terzo comma dell'articolo 86 del tulp, introdotta con la legge 23 dicembre 2005 n. 226, la prima disposizione da prendere in considerazione aveva questo contenuto:

art. 86, III comma tulp

La licenza (quella prevista dall'art. 86) è altresì necessaria per l'attività di distribuzione di apparecchi e congegni automatici, semiautomatici ed elettronici di cui al quinto comma dell'articolo 110, e di gestione, anche indiretta, dei medesimi apparecchi per i giochi consentiti. La licenza per l'esercizio di sale pubbliche da gioco in cui sono installati apparecchi o congegni automatici, semiautomatici ed elettronici da gioco di cui al presente comma e la licenza per lo svolgimento delle attività di distribuzione o di gestione, anche indiretta, di tali apparecchi, sono rilasciate previo nulla osta dell'Amministrazione finanziaria, necessario comunque anche per l'installazione degli stessi nei circoli privati.

Questo terzo comma venne aggiunto all'articolo 86, dall'art. 37, comma 2, della legge 23 dicembre 2000, n. 388. Il frammento della disposizione "e di gestione, anche indiretta, dei medesimi apparecchi per i giochi consentiti" portò, da subito, gli interpreti a ritenere che per installare i giochi fosse necessaria la licenza con, il conseguente paradosso che i titolari di PE avrebbero dovuto munirsi di due licenze: una in base all'articolo 86, primo comma, ed una in base all'articolo 86, terzo comma. Nell'era della semplificazione procedimentale era palese che tale situazione era assolutamente priva di senso logico

ancor più tenendo conto che i presupposti soggettivi e oggettivi erano i medesimi sia per il primo che per il terzo comma.

La necessità di modificare la norma, tuttavia, che avvenne un paio di anni più tardi e precisamente con la già citata finanziaria del 2006, non fu introdotta al fine di evitare inutili passaggi burocratici, bensì per creare la base giuridica all'ampliamento della diffusione degli apparecchi previsti al comma 6 e 7 dell'articolo 110 del tulps. Infatti, la possibilità originariamente limitata ai pubblici esercizi in possesso della licenza prevista dagli articoli 86 e 88 del tulps, con la legge di fine anno, venne estesa a negozi, circoli privati, ed altre aree aperte al pubblico. Da questa necessità nacque il nuovo terzo comma dell'articolo 86 del tulps che, oggi, con queste note è in commento.

Art. 86, III comma tulps

Relativamente agli apparecchi e congegni automatici, semiautomatici ed elettronici di cui all'articolo 110, commi 6 e 7, la licenza è altresì necessaria:

a) per l'attività di produzione o di importazione;

b) per l'attività di distribuzione e di gestione, anche indiretta;

c) per l'installazione in esercizi commerciali o pubblici diversi da quelli già in possesso di altre licenze di cui al primo o secondo comma o di cui all'articolo 88 ovvero per l'installazione in altre aree aperte al pubblico od in circoli privati

Immutato è rimasto, invece, nel tempo il primo comma dell'articolo 86, il quale dispone che:

Non possono esercitarsi, senza licenza del Questore, alberghi, compresi quelli diurni, locande, pensioni, trattorie, osterie, caffè o altri esercizi in cui si vendono al minuto o si consumano vino, birra, liquori od altre bevande anche non alcoliche, né sale pubbliche per bigliardi o per altri giuochi leciti o stabilimenti di bagni, ovvero locali di stallaggio e simili.

Dalla lettura delle sopraindicate disposizioni, e soprattutto da quanto previsto alla lettera c) del novellato terzo comma, appare inconfutabile che il fine della norma è di individuare le tipologie dei luoghi in cui, previo ottenimento della licenza, è possibile installare gli apparecchi automatici previsti dai già citati commi 6 e 7 dell'articolo 110 del tulps. Direttamente connesso con l'articolo 86, per questa materia, è infatti, l'articolo 110 del testo unico che, più ancora dell'articolo 86, ha subito progressive e costanti modifiche in questi ultimi anni, al fine di definire (ampliando) le caratteristiche del gioco lecito.

Il primo comma dell'articolo 110, dispone che:

In tutte le sale da biliardo o da gioco e negli altri esercizi, compresi i circoli privati, autorizzati alla pratica del gioco o all'installazione di apparecchi da gioco, è esposta in luogo visibile una tabella, predisposta ed approvata dal questore e vidimata dalle autorità competenti al rilascio della licenza, nella quale sono indicati, oltre ai giochi d'azzardo, anche quelli che lo stesso questore ritenga di vietare nel pubblico interesse, nonché le prescrizioni ed i divieti specifici che ritenga di disporre. Nelle sale da biliardo deve essere, altresì, esposto in modo visibile il costo della singola partita ovvero quello orario.

Letta la disposizione, il primo interrogativo che l'interprete si deve porre è il seguente: quali sono gli esercizi autorizzati alla pratica del gioco o all'installazione di apparecchi da

gioco? Dalla lettura del contenuto dell'articolo 86 del tulp, più sopra riportato, si desume che a tale categoria appartengono senz'altro:

- a) le sale pubbliche per bigliardi o per altri giochi leciti; (muniti della licenza ex art. 86, comma primo)
 - b) gli esercizi commerciali o pubblici e altre aree aperte al pubblico o i circoli privati (muniti della licenza ex art. 86, comma terzo)
- ma si evince anche che non vi sono inclusi, ad esempio, bar e ristoranti.

Il gioco lecito negli esercizi pubblici

Com'è stato evidenziato, l'articolo 86 del tulp assoggetta a licenza l'apertura di alberghi, compresi quelli diurni, locande, pensioni, trattorie, osterie, caffè o altri esercizi in cui si vendono al minuto o si consumano vino, birra, liquori od altre bevande anche non alcoliche, oltre alle sale pubbliche per bigliardi o per altri giochi leciti o stabilimenti di bagni, ovvero locali di stallaggio e simili. Va da sé che in questo elenco sono compresi esercizi pubblici che nulla hanno a che fare con il gioco: alberghi, locande, pensioni, osterie, stabilimenti bagni e locali di stallaggio ed esercizi pubblici dove, invece, il gioco è espressamente autorizzato. Questi esercizi pubblici sono le sale pubbliche per bigliardi o per altri giochi leciti e tutte le categorie autorizzate ai sensi dell'articolo 88.

Il tulp, e ben lo sanno gli operatori pubblici, non esaurisce la disciplina nel settore della pubblica sicurezza, ed oggi, di polizia amministrativa. Infatti, la disciplina primaria è integrata dal "Regolamento per l'esecuzione del testo unico 18 giugno 1931, n. 773 delle Leggi di Pubblica Sicurezza" approvato con regio decreto 6 maggio 1940, n. 635. Specificatamente, ed è su questa norma che ci si intende soffermare, l'articolo 194 dispone che:

articolo 194 reg.to tulp

Nei pubblici esercizi non sono permessi i giochi, ove non ne sia stata data espressa autorizzazione.

Questa disposizione è talmente precisa che non serve andare a ripescare il brocardo *In claris non fit interpretatio* (nelle questioni chiare non si fa luogo a interpretazione personale) per poter affermare che negli esercizi pubblici autorizzati ai sensi dell'articolo 86, per le attività che non presuppongono il gioco (come avviene per le sale giochi e per le attività ex art. 88 t.u.l.p.s.) il gioco lecito può essere esercitato soltanto se permesso da specifica autorizzazione, ovvero da autorizzazione rilasciata ai sensi dell'art. 194 del regolamento tulp. In sostanza, il titolare del bar, ristorante, albergo, stabilimento balneare e via dicendo, se deciderà di consentire all'interno del suo esercizio pubblico la pratica del gioco lecito con: carte, biliardi, freccette, videogiochi o, anche, con gli apparecchi di cui al comma 6 o 7 dell'art. 110 del tulp dovrà, prioritariamente, essere autorizzato.

L'affermare, quindi, che per installare gli apparecchi di cui si sta trattando non è necessaria l'autorizzazione di cui al terzo comma dell'articolo 86 del t.u.l.p.s. può essere fuorviante se, contemporaneamente, non si puntualizza che l'esercizio pubblico può consentire la pratica del gioco soltanto se espressamente autorizzato: vuoi con il titolo



principale: articolo 86 per le sale gioco, vuoi con il titolo accessorio previsto dall'articolo 194 regolamento tulps per le restanti categorie incluse nell'articolo 86.⁸

15 maggio 2008

⁸ La modulistica e una scheda di approfondimento per ogni distinta tipologia di gioco è disponibile nel sito www.sportello-online.it