



Consiglio di Stato
Ufficio Studi, massimario e formazione

RASSEGNA MONOTEMATICA DI GIURISPRUDENZA
aggiornamento al 31/12/2018 a cura di Maurizio Santise

L'IMPATTO DELLE RECENTI MISURE DI LIBERALIZZAZIONE NELLA GIURISPRUDENZA AMMINISTRATIVA

SOMMARIO: §1. - Premessa. - §2. - COMMERCIO: 2.1. Programmazione commerciale e disciplina urbanistica. 2.2. La modifica ad opera dell'articolo 30, comma 5 ter, del d.l. n. 69/13. 2.3. Risoluzione delle antinomie tra normativa nazionale sopravvenuta e regionale preesistente. 2.4 Orari e giorni di apertura degli esercizi commerciali. 2.5. Questione di costituzionalità relativa alla asserita invasione della competenza residuale in materia di commercio. 2.6. Stampa quotidiana e periodica. 2.7. Distributori di carburante. 2.8. Limiti all'ampliamento del settore merceologico. 2.9. Giochi e scommesse: rinvio. §3. - FARMACIE: 3.1. Brevi spunti ricostruttivi sulla evoluzione normativa. 3.2 La liberalizzazione attuata dalla legge 124/2017. 3.3. Localizzazione delle farmacie e pianta organica. 3.4. Competenza amministrativa. 3.5. Turni di apertura delle farmacie.

§1. Premessa.

L'indagine richiede brevissimi spunti di chiarificazione semantica circa il suo oggetto. All'espressione "liberalizzazioni", difatti, sono riconducibili materiali normativi riferibili ad almeno due itinerari fenomenologici.

Il primo, notevole per impatto economico e sociale, è quello che ha interessato i mercati ove si espletano i servizi d'interesse economico generale (comunicazioni elettroniche, energia e gas, trasporti e poste), i quali sono stati riconfigurati in funzione del principio organizzativo della concorrenza. Come è noto, il superamento dei monopoli seguito dall'innesto di un sistema di autorizzazioni "obiettivate" all'ingresso di

molteplici operatori economici, non ha comportato la deregolamentazione della materia, bensì la riallocazione di ruoli e poteri assegnati, rispettivamente, a Stato e Mercato; una forma di “riorganizzazione”, dunque, in cui la nuova “regolazione” delinea la qualità e la diffusione delle prestazioni ed i requisiti di ammissione al mercato.

Il termine liberalizzazione, tuttavia, viene utilizzato anche per contrassegnare “l'affrancamento o alleggerimento” dal potere amministrativo di conformazione e di controllo delle attività economiche in genere. Il dispositivo giuridico si differenzia dalla precedente accezione sotto vari aspetti: - per obiettivo politico, espressamente declinato (non nella integrazione dei mercati transfrontalieri, quanto) nella volontà di recuperare lo svantaggio competitivo sofferto dal Paese nel contesto della competizione internazionale; - per fondamento “valoriale”, atteso che è ivi sottesa una evidente “percezione” degli istituti di diritto amministrativo come fattore impeditivo della crescita economica; per le conseguenti misure tecniche adottate, consistite fondamentalmente nella abrogazione di norme preesistenti.

Il ruolo delicatissimo svolto dal giudice amministrativo in questo specifico contesto impone, non solo la risoluzione delle immancabili antinomie ed interferenze tra assetti disciplinari (di cui l'interprete deve sperimentare i reciproci adattamenti), ma soprattutto chiama lo stesso a verificare quanto della descritta scelta “deregolamentativa” sia effettivamente “libera” per il legislatore ordinario, considerati i concomitanti vincoli costituzionali, comunitari e convenzionali.

La rassegna, finalizzata al monitoraggio continuo del formante giurisprudenziale, è strutturata secondo un modello casistico. L'esame riguarderà questa volta la disciplina del commercio e delle farmacie.

§2. COMMERCIO.

2.1.) programmazione commerciale e disciplina urbanistica.

L'analisi prende necessariamente l'abbrivio dalla importante sentenza della Corte di Giustizia UE 24 marzo 2011 nella causa C-400/08, relativa alla compatibilità di alcune norme di legge adottate dallo Stato spagnolo in materia di disciplina del commercio con il principio che vieta le restrizioni alla libertà di stabilimento dei cittadini e delle imprese nel territorio comunitario. La pronuncia contiene fondamentali assunti sui rapporti tra libertà di iniziativa economica (nello specifico settore del commercio) e l'intervento statale diretto a fissare limiti normativi al suo esercizio concreto. Nel dettaglio, la Commissione europea, con riferimento ad

alcune disposizioni di legge dello Stato spagnolo applicabili nella Comunità autonoma della Catalogna (recanti limitazioni territoriali e superficiali all'insediamento di esercizi commerciali di grandi dimensioni ed ipermercati, nonché le condizioni di rilascio di apposita autorizzazione), sosteneva che essere avrebbero creato una discriminazione fra gli operatori economici spagnoli e quelli originari di altri Stati membri in quanto avrebbero favorito l'apertura di strutture di vendita di medie dimensioni, che sono quelle preferite dagli imprenditori nazionali, rispetto a quelle di grandi dimensioni al cui insediamento sarebbe maggiormente interessati gli investitori provenienti da altri Stati membri. La Corte di Giustizia, in primo luogo, ha premesso che l'introduzione, da parte di uno Stato membro, di norme dirette a pregiudicare l'accesso al mercato ad imprese provenienti da altri Stati costituisce restrizione vietata ai sensi dell'art. 43 CE, e ciò indipendentemente dalla sussistenza di un effetto discriminatorio fra imprese nazionali, che risulterebbero favorite, e imprese originarie di altri Stati membri, che risulterebbero invece discriminate. Ha aggiunto, poi, che costituisce restrizione una normativa nazionale che subordina l'apertura di una nuova attività al rilascio di un'autorizzazione preventiva alle seguenti condizioni: - quando la normativa si applica all'apertura di qualsiasi grande esercizio commerciale; - se essa limita le zone d'insediamento disponibili per nuove strutture, ovvero, fissa limiti alle superfici di vendita che possono essere autorizzate; - se consente il rilascio dell'autorizzazione unicamente nella misura in cui l'apertura non produce ripercussioni sui piccoli esercizi preesistenti; - se stabilisce norme procedurali per il rilascio della richiesta autorizzazione idonee ad incidere negativamente sul numero di richieste di autorizzazione presentate e/o sul numero di quelle concesse. Tali misure restrittive alla libertà di stabilimento possono trovare giustificazione soltanto quando sussistano "motivi imperativi di interesse generale" ed a condizione che dette restrizioni siano atte "a garantire la realizzazione dell'obiettivo perseguito e non vadano oltre quanto necessario al raggiungimento dello stesso". La giurisprudenza europea riconosce, ad esempio, la sussistenza di un motivo imperativo di interesse generale nella protezione dell'ambiente, nella razionale gestione del territorio e nella tutela del consumatore, mentre lo esclude negli interventi normativi adottati con finalità di natura puramente economica. Su queste basi, quanto alle limitazioni territoriali e superficiali all'insediamento, la Corte di Giustizia è giunta alla conclusione di ritenere le disposizioni controverse in contrasto con il principio di libertà di stabilimento di cui all'art. 43 CE

proprio perché lo Stato spagnolo non aveva fornito i richiesti elementi di giustificazione. Quanto invece al prescritto procedimento autorizzatorio, la Corte, contraddicendo questa volta la tesi della Commissione, ha condiviso la diversa posizione espressa dallo Stato spagnolo che aveva invocato la sussistenza di un obiettivo di protezione dell'ambiente quale adeguata causa di giustificazione, ritenendo la misura adottata idonea a garantire la realizzazione di detto obiettivo rispetto ad una valutazione ex post meno efficace e più costosa. La Corte UE ha, inoltre, precisato le valutazioni istruttorie imposte dalla normativa spagnola (attinenti alla l'esistenza di strutture commerciali nella zona interessata ed agli effetti dell'insediamento di un nuovo esercizio sull'assetto commerciale di tale zona), essendo di natura puramente economica, non trovano giustificazione in motivi imperativi di interesse generale, trattandosi di elementi che riguardano l'incidenza sugli esercizi preesistenti e sulla struttura del mercato.

Procedendo ora nell'analisi della giurisprudenza interna, occorre in primo luogo segnalare l'attenta ricognizione effettuata da T.a.r. Lombardia – Milano (sentenza Sez. I, 10 ottobre 2013 n. 2768). Il decreto legislativo n. 114 del 1998, nell'intento di superare la precedente normativa dirigitica di cui alla L. 426 del 1971, che sottoponeva l'apertura di nuovi esercizi ad un rigido sistema di contingentamento basato sulla pianificazione del rapporto fra domanda ed offerta, aveva completamente liberalizzato il segmento degli esercizi di vicinato e rimesso, invece, alle regioni la regolamentazione della apertura delle medie e grandi strutture di vendita, la cui apertura restava (e resta ancora oggi) soggetta a specifica autorizzazione. In particolare, il predetto decreto legislativo aveva prefigurato un meccanismo di forte integrazione fra urbanistica e disciplina economica delle attività commerciali di maggiore rilevanza, prevedendo che le regioni dovessero dettare indirizzi generali per il loro insediamento e criteri di programmazione urbanistica riferiti al settore commerciale destinati ad essere recepiti in sede di pianificazione del territorio da parte dei comuni (art. 7, comma 5). Tale sistema aveva dato luogo a interpretazioni non univoche, sostenendosi da parte di alcuni che il piano regolatore generale, per effetto delle previsioni contenute nel d.lgs. n. 114 del 1998, avrebbe mutato la sua natura, divenendo uno strumento misto di pianificazione economica oltre che urbanistica, mentre altri avevano, al contrario, ritenuto che, scomparsi i piani del commercio, le uniche limitazioni all'apertura di medie e grandi strutture di vendita potessero fondarsi su esigenze di ordine territoriale, non potendo la

disciplina urbanistica essere piegata a finalità di controllo autoritativo delle dinamiche fra la domanda e l'offerta di servizi di intermediazione commerciale. Sennonché, alcuni anni più tardi, è intervenuto il legislatore che, con il D.L. n. 223 del 2006, ha definitivamente sancito il divieto (valevole anche per le regioni) di sottoporre l'apertura di nuovi esercizi commerciali (ivi comprese medie e grandi strutture) a limiti riferiti a quote di mercato predefinite o calcolate sul volume delle vendite a livello territoriale sub regionale. Il settore dei servizi privati, nell'ambito del quale rientra il commercio, è stato poi oggetto di una specifica direttiva comunitaria (n. 123/2006 altrimenti detta "Bolkestein") volta alla riduzione dei vincoli procedurali e sostanziali gravanti sugli stessi al fine di favorire la creazione nei vari Stati membri di un regime comune mirato a dare concreta attuazione ai principi di libertà di stabilimento e libera prestazione. La direttiva Bolkestein ha profondamente inciso sullo statuto delle libertà economiche rispetto alle quali, in passato, l'art. 41 Cost. ha costituito un assai debole presidio, consentendo che il loro esercizio potesse essere incondizionatamente subordinato nell'an e nel quomodo a qualunque tipo interesse pubblico assunto dal legislatore (ed a cascata dalla p.a.) ad oggetto di tutela. La normativa comunitaria prevede, invece, che l'iniziativa economica non possa, di regola, essere assoggettata ad autorizzazioni e limitazioni (specie se dirette al governo autoritativo del rapporto fra domanda ed offerta), essendo ciò consentito solo qualora sussistano motivi imperativi di interesse generale rientranti nel catalogo formulato dalla Corte di Giustizia. La medesima normativa stabilisce, inoltre, che, anche qualora sussistano valide ragioni per adottare misure restrittive della libertà d'impresa, queste debbano essere adeguate e proporzionate agli obiettivi perseguiti. La direttiva Bolkestein è stata recepita nell'ordinamento interno dal d.lgs. n. 59 del 2010 e ad essa sono ispirati tutti i numerosi provvedimenti di liberalizzazione varati nella scorsa legislatura, i quali ne hanno precisato la portata e gli effetti. Costituisce una costante di tutti questi atti normativi la distinzione fra atti di programmazione economica – che in linea di principio non possono più essere fonte di limitazioni all'insediamento di nuove attività – e atti di programmazione aventi natura non economica, i quali, invece, nel rispetto del principio di proporzionalità, possono imporre limiti rispondenti ad esigenze annoverabili fra i motivi imperativi di interesse generale (art. 11, comma 1, lett. e) del D.lgs. n. 59 del 2010, art. 34, comma 3, lett. a) del D.lgs. 201/2011). Tale distinzione deve essere operata anche nell'ambito degli atti di programmazione territoriale, i quali non vanno esenti dalle

verifiche prescritte dalla direttiva servizi per il solo fatto di essere adottati nell'esercizio del potere di pianificazione urbanistica, dovendosi verificare se in concreto essi perseguano finalità di tutela dell'ambiente urbano o, comunque, riconducibili all'obiettivo di dare ordine e razionalità all'assetto del territorio, oppure perseguano la regolazione autoritativa dell'offerta sul mercato dei servizi attraverso restrizioni territoriali alla libertà di insediamento delle imprese. Il legislatore ha stabilito, infatti, che: a) ricadono nell'ambito delle limitazioni vietate (salvo la sussistenza di motivi imperativi d'interesse generale) non solo i piani commerciali che espressamente sanciscono il contingentamento numerico delle attività economiche, ma anche gli atti di programmazione che impongano "limiti territoriali" al loro insediamento (artt. 31, comma 1 e 34, comma 3 del D.L. 201/2011) b) debbono, perciò, considerarsi abrogate le disposizioni di pianificazione e programmazione territoriale o temporale autoritativa con prevalente finalità economica o prevalente contenuto economico, che pongano limiti, programmi e controlli non ragionevoli, ovvero non adeguati ovvero non proporzionati rispetto alle finalità pubbliche dichiarate e che in particolare impediscano, condizionino o ritardino l'avvio di nuove attività economiche o l'ingresso di nuovi operatori economici (art. 1 del D.L. n. 1/2012). La pregnante conclusione del T.a.r. Lombardia, in definitiva, è nel senso che le norme sopra menzionate impongono al giudice chiamato a sindacare la legittimità degli atti di pianificazione urbanistica che dispongono limiti o restrizioni all'insediamento di nuove attività economiche in determinati ambiti territoriali, l'obbligo di effettuare un riscontro molto più penetrante di quello che si riteneva essere consentito in passato; e ciò per verificare, attraverso un'analisi degli atti preparatori e delle concrete circostanze di fatto che a tali atti fanno da sfondo, se effettivamente i divieti imposti possano ritenersi correlati e proporzionati a effettive esigenze di tutela dell'ambiente urbano o afferenti all'ordinato assetto del territorio sotto il profilo della viabilità, della necessaria dotazione di standard o di altre opere pubbliche, dovendosi, in caso contrario, reputare che le limitazioni in parola non siano riconducibili a motivi imperativi di interesse generale e siano, perciò, illegittime.

Sotto il profilo del riparto di competenze normative, la Corte Costituzionale (con sentenza 15 marzo 2013 n. 38) ha chiarito che i vincoli di cui all'art. 31, comma 2, D.L. 6 dicembre 2011, n. 201 attengono alla materia della concorrenza ex art. 117, comma 2, lett. e), Cost., di competenza esclusiva dello Stato, trattandosi di una disciplina di

liberalizzazione e di eliminazione di vincoli al libero esplicarsi dell'attività imprenditoriale nel settore commerciale. Secondo la Consulta, dunque, devono ritenersi costituzionalmente illegittime le norme regionali, anche a Statuto speciale e delle Province autonome che, traducendosi nell'introduzione di limitazioni all'apertura di nuovi esercizi di commercio al dettaglio nelle zone produttive, determinano restrizioni alla concorrenza, così invadendo la potestà legislativa esclusiva dello Stato in tale materia.

2.2. La modifica ad opera dell'articolo 30, comma 5 ter, del d.l. n. 69/13

L'articolo 31, comma 2, del D.L. n. 201/11, è stato modificato ad opera dell'articolo 30, comma 5ter, del D.L. n. 69/13 convertito, con modificazioni, dalla Legge 9 agosto 2013, n. 98 e dall'articolo 22-ter, comma 1, del D.L. 24 giugno 2014, n. 91, convertito con modificazioni dalla Legge 11 agosto 2014, n. 116. La disposizione nella nuova formulazione recita: "... 2. 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 il 30 settembre 2012, potendo prevedere al riguardo, senza discriminazioni tra gli operatori, anche aree interdette agli esercizi commerciali, ovvero limitazioni ad aree dove possano insediarsi attività produttive e commerciali solo qualora vi sia la necessità di garantire la tutela della salute, dei lavoratori, dell'ambiente, ivi incluso l'ambiente urbano, e dei beni culturali".

Su punto la AGCM, con parere AS1098 in data 11 dicembre 2013, ha dichiarato: "Ai fini della valutazione di tale disposizione, occorre evidenziare che il Legislatore nazionale, allo scopo di garantire la più ampia applicazione del principio di libera concorrenza al settore del commercio, è intervenuto in diverse occasioni, con successivi decreti legge, sancendo il principio generale (nel rispetto della disciplina comunitaria in materia di concorrenza, libertà di stabilimento e libera prestazione dei servizi) della libertà di apertura di nuovi esercizi commerciali, senza contingenti e limiti territoriali o altri vincoli di qualsiasi altra natura. Soltanto laddove sia effettivamente necessario tutelare interessi generali specificamente

individuati, quali la tutela della salute, dei lavoratori, dell'ambiente e dei beni culturali, è riconosciuta la possibilità di introdurre limiti all'esercizio delle attività commerciali purché nel rigoroso rispetto dei principi di necessità, proporzionalità e non discriminazione. Alla luce dei principi generali sopra richiamati, che informano l'ordinamento giuridico nazionale, l'Autorità, al fine di evitare che la novella possa indurre indebite limitazioni alla libertà di apertura di nuovi esercizi commerciali sul territorio, sottolinea che Regioni ed Enti locali potranno legittimamente introdurre restrizioni per quanto riguarda le aree di insediamento di attività produttive o commerciali, così come espressamente previsto dalla nuova formulazione della norma, solo ove esse risultino giustificate dal perseguimento di un interesse pubblico, specificamente individuato, costituzionalmente rilevante e compatibile con l'ordinamento comunitario, e a condizione che ciò avvenga nel rigoroso rispetto dei principi di stretta necessità e proporzionalità della limitazione, oltre che del principio di non discriminazione”.

2.3. Risoluzione delle antinomie tra normativa nazionale sopravvenuta e regionale preesistente.

Il comma 2 dell'art. 31 del d.l. n. 201 (c.d. “Salva-Italia”) aveva inizialmente previsto che le Regioni dovessero adeguare i propri ordinamenti alle nuove prescrizioni di liberalizzazione entro 90 giorni. Il comma 4 ter dell'art. 1 del successivo D.L. 24.1.2012, n. 1 (c.d. “Cresci-Italia”), ha portato quel termine al 30 settembre 2012.

Assume, pertanto, rilievo, l'obiezione (più volte formulata dalle amministrazioni convenute) secondo la quale le norme di liberalizzazione non potrebbero trovare applicazione nel caso in cui siano sopravvenute rispetto alla disciplina urbanistica e commerciale da essa adottata, la cui efficacia, in difetto di tempestiva impugnazione, non avrebbe potuto più essere rimessa in discussione nell'ambito dei ricorsi riguardanti gli atti applicativi.

Sul punto molteplici pronunce del giudice amministrativo hanno sancito che l'inutile decorso del termine assegnato dal legislatore statale per l'adeguamento degli ordinamenti regionali e locali ai principi in materia di concorrenza, determina la perdita di efficacia di ogni disposizione regionale e locale, legislativa e regolamentare, con essi incompatibili. A tal fine, si invoca quanto sancito dal comma 2 dell'art. 1 della L. 131 del 2003 a mente del quale le disposizioni regionali vigenti nelle materie appartenenti alla legislazione esclusiva statale continuano ad applicarsi fino

alla data di entrata in vigore delle disposizioni statali in materia (cfr. Cons. Stato, V, 5/5/2009, n. 2808; TAR Toscana 6400/2010; TAR Sicilia, Palermo, 6884/2010, TAR Friuli Venezia Giulia 145/2011; vedi anche la già citata pronuncia del Tar Lombardia Milano, Sez. I, 10 ottobre 2013 n. 2768, secondo cui i provvedimenti legislativi sopra menzionati non dispongono solo per il futuro, ma contengono clausole di abrogazione attraverso le quali il legislatore statale ha manifestato la volontà di incidere sulle norme regolamentari e sugli atti amministrativi generali vigenti).

E' interessante notare come le conclusioni appena riportate non sembrerebbero replicabili con riferimento allo specialissimo sistema che "valorizza" l'autonomia speciale trentina. Osserva il T.A.R. Trento (Trentino-Alto Adige, sez. I, 10/07/2013 n. 228), in una fattispecie concernente la liberalizzazione degli orari e dei giorni di apertura degli esercizi commerciali, come la tematica dei rapporti tra legislazione provinciale e statale trovi una specifica disciplina in una norma di attuazione dello Statuto, ossia promanante da una fonte normativa di livello inferiore alla legge costituzionale ma con forza e valore superiore alla legge ordinaria (in quanto fonte a competenza riservata e adottata con procedura specifica). Si tratta del d.lgs. 16.3.1992 n. 266, di cui viene in rilievo l'art. 2, ai commi 1, 2 e 4. Questo particolare regime di separazione fra leggi statali e leggi regionali e provinciali ha avuto più occasioni di essere esaminato dalla Corte costituzionale, la quale ha osservato che: - il sistema comporta "non già l'immediata applicabilità delle norme statali nel territorio della Regione e delle Province Autonome" ma solo l'insorgere in capo a queste "dell'obbligo di adeguamento" della propria legislazione ai nuovi principi introdotti nell'ordinamento nazionale entro i sei mesi successivi alla pubblicazione nella Gazzetta ufficiale dell'atto legislativo recante i nuovi principi ovvero nel termine più ampio eventualmente fissato dal medesimo atto; - nel frattempo, continuano ad essere applicate le disposizioni legislative regionali o provinciali preesistenti; - nel caso che il termine concesso per l'adeguamento trascorra inutilmente, entro i successivi novanta giorni dalla scadenza di esso le disposizioni legislative regionali o provinciali preesistenti non adeguate possono essere impugnate dal Presidente del Consiglio dei ministri in via diretta davanti alla Corte costituzionale (cfr., sentenza 5.5.1994, n. 172); - tale meccanismo "sostituisce il meccanismo caducatorio" previsto in via generale per la disciplina dei rapporti tra leggi dello Stato e leggi delle Regioni dall'art. 10 della Legge Scelba 10.2.1953, n. 62, introducendo un ricorso principale di nuovo tipo, proponibile "per incostituzionalità

sopravvenuta” solo in esito all’inutile decorso di un “termine di tolleranza” all’interno del quale è consentito all’ente interessato di “adeguare” spontaneamente la propria legislazione; - tuttavia, non è stato abolito il controllo di costituzionalità diffuso attribuito ai giudici comuni, tanto che nel comma 2 dell’art. 2 in esame è stato ribadito che “si applicano altresì la legge costituzionale 9 febbraio 1948, n. 1, e l’art. 23 della legge 11 marzo 1953, n. 87”, vale a dire le disposizioni che appunto prevedono e disciplinano l’incidente di costituzionalità (cfr., sentenze 19.3.1996, n. 80; 11.12.1997, n. 380; 30.4.1999, n. 147); - a questo particolarissimo sistema di adeguamento sono sottratte soltanto le leggi costituzionali, le leggi statali adottate nelle materie nelle quali la Regione e le Province autonome sono attributarie di delega di funzioni statali o di potestà legislativa integrativa delle disposizioni statali, nonché le norme internazionali e comunitarie direttamente applicabili (cfr., sentenze 5.5.1994, n. 172 e 31.12.1993, n. 496); - dopo la riforma del Titolo Quinto della Costituzione, nemmeno le leggi dello Stato emanate nell’esercizio delle competenze esclusive di cui all’art. 117, secondo comma, Cost. sono direttamente applicabili nel territorio regionale e provinciale trentino, “fermo restando, ricorrendone i presupposti, l’obbligo di adeguamento, imposto dall’art. 2, comma 1, del decreto legislativo n. 266 del 1992, ai principi e alle norme costituenti limiti indicati dagli artt. 4 e 5 dello stesso Statuto” (cfr., sentenza 12.4.2005, n. 145, con riguardo alla competenza esclusiva statale in materia di livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali, di cui all’art. 117, secondo comma, lettera m), Cost.). Sulla scorta di tali riflessioni, il T.a.r. Trento afferma che: il D.L. n. 201 del 2011 non rientra nella limitata e tassativa categoria di atti normativi indicati dal comma 4 dell’art. 2 del D.Lgs. n. 266 del 1992 aventi immediata forza autoapplicativa nell’ordinamento provinciale.

2.4. Orari e giorni di apertura degli esercizi commerciali.

La disciplina degli orari e giorni di apertura degli esercizi commerciali trova una sua prima regolamentazione nella legge 28 luglio 1971, n. 558 che, all’art. 1, delegava le regioni, ai sensi dell’articolo 118 secondo comma della Costituzione, a determinare l’orario di apertura e di chiusura dei negozi e delle altre attività esercenti la vendita al dettaglio, tenendo conto delle esigenze dei consumatori e del tempo libero delle categorie lavoratrici, sentito il parere dei comuni, delle camere di commercio, industria, artigianato ed agricoltura e delle rappresentanze provinciali delle organizzazioni sindacali a carattere nazionale dei commercianti, dei

lavoratori addetti al commercio e dei venditori ambulanti. La determinazione dell'orario, specificava la norma, deve uniformarsi ai seguenti criteri: a) chiusura totale nei giorni domenicali e festivi. Nelle festività infrasettimanali solo le rivendite di pane possono essere autorizzate ad effettuare l'apertura antimeridiana limitatamente a questo genere; b) l'orario complessivo settimanale non deve superare le 44 ore di apertura; c) chiusura infrasettimanale obbligatoria di mezza giornata. Tale chiusura non può essere imposta quando ricorra, nella settimana un giorno festivo oltre la domenica; d) nel caso di più festività consecutive le regioni hanno facoltà di determinare, limitatamente ai negozi del settore dell'alimentazione, l'apertura antimeridiana, nel giorno domenicale o nei giorni festivi più idonei a garantire il servizio di rifornimento al pubblico.

Successivamente è intervenuto il decreto legislativo 31 marzo 1998, n. 114 (Riforma della disciplina relativa al settore del commercio, a norma dell'articolo 4, comma 4, della legge 15 marzo 1997, n. 59) che, pur avendo introdotto, ad esempio, una semplice dichiarazione di inizio attività per gli esercizi commerciali di superficie ridotta, i cosiddetti "esercizi di vicinato", non contiene invece misure sostanziali di liberalizzazione in materia di orari, nonostante si precisi che "gli orari di apertura e di chiusura al pubblico degli esercizi di vendita al dettaglio sono rimessi alla libera determinazione degli esercenti nel rispetto delle disposizioni del presente articolo e dei criteri emanati dai comuni".

Nonostante l'intento di liberalizzazione della riforma Bersani la disciplina generale in tema di apertura degli esercizi commerciali resta sostanzialmente vincolante e caratterizzata da numerosi vincoli, anche se progressivamente e tendenzialmente più ampi ed elastici di quelli precedenti. Resta la chiusura domenicale e festiva, ma gli esercizi commerciali di vendita al dettaglio potevano restare aperti al pubblico in tutti i giorni della settimana dalle ore sette alle ore ventidue. Nel rispetto di tali limiti l'esercente poteva liberamente determinare l'orario di apertura e di chiusura del proprio esercizio, non superando comunque il limite delle tredici ore giornaliere. Gli esercizi di vendita al dettaglio dovevano inoltre osservare la chiusura domenicale e festiva e, nei casi stabiliti dai comuni, la mezza giornata di chiusura infrasettimanale. Le possibili deroghe all'obbligo di chiusura domenicale e festiva erano limitate al mese di dicembre e ad ulteriori otto domeniche o festività nel corso degli altri mesi dell'anno.

Non modifica in senso migliorativo tale disciplina neanche il decreto-legge 4 luglio 2006, n. 223, convertito, con modificazioni, dalla legge 4 agosto 2006, n. 248.

Le prime reali innovazioni in tema di liberalizzazione degli orari sono introdotte dal decreto-legge 6 luglio 2011, n. 9819 (articolo 35, comma 6), che ha integrato l'articolo 3, comma 1, del citato decreto-legge n. 223 del 2006, aggiungendo, in via sperimentale, nell'elencazione dei limiti e delle prescrizioni cui non possono più essere assoggettate le attività commerciali e di somministrazione di alimenti e bevande, anche "il rispetto degli orari di apertura e di chiusura, l'obbligo della chiusura domenicale e festiva, nonché quello della mezza giornata di chiusura infrasettimanale", ma limitatamente agli esercizi ubicati "nei comuni inclusi negli elenchi regionali delle località turistiche o città d'arte".

La portata dell'intervento di liberalizzazione per tali comuni è totale, e quindi certamente più ampia rispetto alla precedente possibilità vigente per le medesime località; ma la sua completa attuazione resta subordinata all'attuazione regionale, attraverso la definizione degli elenchi dei comuni cui la liberalizzazione stessa si applica.

L'articolo 31, comma 121, del decreto-legge 6 dicembre 2011, n. 201, convertito, con modificazioni, dalla legge 22 dicembre 2011, n. 214, ne sopprime il carattere sperimentale ed elimina la sua limitazione territoriale alle sole città d'arte e località turistiche. Si realizza così una piena liberalizzazione degli orari degli esercizi commerciali.

La giurisprudenza amministrativa è, tuttavia, intervenuta, evidenziando che il Sindaco possa, nei casi di urgenza, modificare gli orari commerciali. In particolare, gli schiamazzi degli avventori di un esercizio pubblico possono essere un elemento in base al quale il Sindaco adotta un'ordinanza di necessità, allorché il disagio provocato agli abitanti del posto raggiunge un grado di intollerabilità, oggettivamente accertato, tale da assurgere a una forma di vero e proprio inquinamento acustico con danno alla salute delle persone; in siffatta situazione, qualora, cioè, si raggiunga tale stato di emergenza, deve riconoscersi al Sindaco il potere di intervenire con i mezzi eccezionali che l'ordinamento pone a sua disposizione con l'art. 38, comma 2-bis, introdotto dall'art. 11, l. 3 agosto 1999 n. 265 (oggi trasfuso nell'art. 54, d.lgs. 18 agosto 2000 n. 267), che lo facoltizza a modificare gli orari degli esercizi commerciali, dei pubblici esercizi e dei servizi pubblici per fronteggiare l'inquinamento acustico" (T.A.R. Bologna, (Emilia-Romagna), sez. II, 14/03/2018, (ud. 14/02/2018, dep.14/03/2018), n. 239)".

2.5. Questione di costituzionalità relativa alla asserita invasione della competenza residuale in materia di commercio.

E' stata sollevata la questione se l'intervento statale sugli orari degli esercizi commerciali debba considerarsi incostituzionale perché eccessivamente invasivo della competenza residuale in materia di commercio appartenente alle regioni. Il quesito è stato risolto in senso negativo dalla Corte Costituzionale nella sentenza n. 299/2012 (ma vedi anche la sentenza 15/3/2013 n. 38). In tale pronuncia il giudice delle leggi, premesso che la materia "tutela della concorrenza" ricomprende anche le misure dirette a promuovere l'apertura di mercati o a instaurare assetti concorrenziali, mediante la riduzione o l'eliminazione dei vincoli al libero esplicarsi della capacità imprenditoriale e alle modalità di esercizio delle attività economiche, ha affermato che è consentito al legislatore statale intervenire anche nella disciplina degli orari degli esercizi commerciali nonostante la relativa disciplina, per ciò che riguarda la configurazione "statica", rientri nella materia del commercio attribuita alla competenza legislativa residuale delle regioni. Ha aggiunto la Corte che l'eccessiva invasività della norma statale che attua la deregolazione degli orari e dei giorni di apertura degli esercizi commerciali non può affermarsi per il solo fatto che si tratti di disposizione di dettaglio e non di principio. Infatti, il riparto di competenza fra norme di dettaglio e norme di principio caratterizza esclusivamente le materie di legislazione concorrente e non limita, invece, l'esplicarsi della potestà legislativa statale nelle materie riservate alla competenza esclusiva dello Stato quando questa interferisca con le competenze regionali. In quest'ambito il rispetto della sfera di competenza legislativa costituzionalmente garantita alle regioni richiede solo che la normativa adottata dallo Stato sia effettivamente funzionale alla protezione dei quegli interessi che secondo la Costituzione richiedono standard di tutela uniformi su tutto il territorio nazionale, fra i quali rientra, appunto, la concorrenza. Nel caso di specie, non si può dubitare del fatto che la predetta condizione risulti realizzata in quanto le misure di liberalizzazione in esame tendono ad incrementare il livello di concorrenzialità dei mercati ed a permettere ad un maggior numero di operatori di competere, attraverso la eliminazione di forme di regolazione delle attività economiche non necessarie rispetto alla tutela di beni costituzionalmente protetti e che generano inutili ostacoli alle dinamiche del mercato, a detrimento degli interessi delle imprese e dei consumatori. Quanto detto non contrasta con gli enunciati espressi dalla Consulta nella

pronuncia n. 200 del 2012, di poco anteriore. Tale sentenza, infatti, non riguardava una norma statale di dettaglio, ma una disposizione di principio in base alla quale la libertà di impresa deve considerarsi una regola generale che può essere derogata solo in funzione del rispetto degli obblighi internazionali e comunitari e della piena osservanza dei principi costituzionali legati alla tutela della salute, dell'ambiente, del patrimonio culturale e della finanza pubblica. Dato il tenore della norma impugnata, che non stabilisce regole, ma introduce disposizioni di principio necessitanti di ulteriori sviluppi normativi, la Corte Costituzionale in quella occasione ha affermato che essa non comporta alcuna sovrapposizione del legislatore statale a quello regionale, essendo questo libero di continuare a disciplinare gli ambiti di propria competenza nel rispetto del principio generale da essa enunciato. Ciò, tuttavia, non significa affatto che al legislatore statale sia precluso emanare norme di dettaglio quando la sua competenza esclusiva interferisca con altri ambiti di competenza demandati alle regioni. Tale tecnica normativa è, infatti, pienamente ammissibile nei casi in cui, come accade nella specie, lo Stato intenda stabilire standard uniformi di tutela di determinati valori che le regioni non possono derogare in pejus.

2.6. Stampa quotidiana e periodica

Con riferimento alla vendita della stampa quotidiana e periodica, la giurisprudenza ha più volte manifestato l'opinione secondo cui l'attuale quadro normativo consente di ritenere che non sono più vigenti i limiti derivanti dalla pianificazione locale e dal conseguente contingentamento della rete commerciale. Le norme che impongono il rispetto di distanze minime tra punti vendita esclusivi di quotidiani e periodici, a questa stregua, non solo sono in contrasto con i principi comunitari in materia di concorrenza tra le imprese e di libertà di stabilimento (cfr. Corte giust. UE, 11 marzo 2010, C-384/2008, 16 febbraio 2012, C-107 /11), essendo rivolte a garantire agli operatori commerciali del settore una ormai non più riconoscibile protezione dai rischi della libera concorrenza; bensì confliggono pure con la recente legislazione dello Stato (cui è riservata la competenza ai sensi dell'art. 117, secondo comma, lett. e della Costituzione). Già il decreto legge 4 luglio 2006 n. 223 (convertito con modificazioni dalla legge 4 agosto 2006 n. 248), all'art. 3, aveva disposto che le attività commerciali di cui al decreto legislativo 31 marzo 1998 n. 114 (nel cui ambito è annoverabile pure l'attività di distribuzione e vendita di giornali e riviste, come provato dal disposto dell'articolo 13 del decreto,

che esclude per essa solo l'applicazione delle disposizioni di cui al titolo IV, relative agli orari di apertura e di chiusura al pubblico) fossero svolte liberamente, senza obbligo di rispettare distanze minime tra esercizi della stessa tipologia. I successivi interventi normativi (art. 31 d.l. n. 201/2011 convertito con L. n. 214 del 22 dicembre 2011, modificato dal d.l. n. 69 del 21 giugno 2013, convertito dalla Legge n. 98 del 9 agosto 2013 e, successivamente, l'articolo 22-ter, comma 1, del D.L. 24 giugno 2014, n. 91, convertito con modificazioni dalla Legge 11 agosto 2014, n. 116) hanno ulteriormente consacrato, quale 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" (cfr. Tar Liguria Sez. II, 9 luglio 2013 n. 1049; T.A.R. Campania, Salerno, Sezione 2, 12.04.2012 n. 696; T.A.R. Sicilia, Palermo, Sez. III, 23.09.2011 n.1674; T.A.R. Sardegna, Cagliari, Sezione I, 17.02.2009 n. 196; Consiglio di Stato, n. 1945/2013; Consiglio di Stato n. 4337/2013).

Di recente la Corte Costituzionale si è pronunciata sulla legittimità costituzionale di una legge della Regione Marche (la n. 29/2014), la quale prevede, per gli esercizi di vendita della stampa quotidiana e periodica, anche a carattere stagionale, che il rilascio dell'autorizzazione sia condizionato al previo parere ovvero al confronto con le organizzazioni rappresentative elencate e che le medesime organizzazioni siano sentite in sede di definizione dei criteri e delle modalità per l'apertura, il trasferimento e l'ampliamento.

Secondo la Corte non è fondata, nei sensi di cui in motivazione, la questione di legittimità costituzionale - promossa dal Presidente del Consiglio dei ministri in riferimento all'art. 117, primo comma, Cost. - degli artt. 11 e 17, comma 1, della legge della Regione Marche 17 novembre 2014, n. 29 e dell'art. 7, commi 2 e 3, della legge della Regione Marche 13 aprile 2015, n. 16, in quanto la direttiva in materia di servizi nel mercato interno, stabilisce all'art. 14, n. 6, il divieto di coinvolgimento, diretto o indiretto, di operatori concorrenti, anche in seno agli organi consultivi, ai fini del rilascio di autorizzazioni o ai fini dell'adozione di altre decisioni delle autorità competenti, ad eccezione degli organismi o ordini e delle associazioni professionali o di altre organizzazioni che agiscono in qualità di autorità competente. È precluso, quindi, al legislatore regionale prevedere requisiti ulteriori rispetto a quelli ammessi dalle discipline comunitaria e statale, trattandosi di regolamentazione normativa

riconducibile alla materia "tutela della concorrenza", di competenza legislativa esclusiva dello Stato. Tuttavia, la normativa regionale censurata non ha introdotto requisiti ulteriori per il rilascio dell'autorizzazione, bensì ha stabilito la necessità, per la determinazione della procedura di autorizzazione, di un preventivo confronto con le organizzazioni rappresentative, al fine di consentire la raccolta di tutte le informazioni utili al fine della successiva fase di deliberazione, da parte delle autorità competenti, delle singole autorizzazioni (Corte Costituzionale, 25/02/2016, n. 39).

2.7. Distributori di carburante

La disciplina nazionale relativa all'installazione di impianti di carburante e, in particolare, quella relativa agli obblighi di distanze minime (d.lgs. n. 32 del 1998 e legislazione regionale attuativa cui è rimessa ai sensi dell'art. 1, comma 2, del medesimo decreto, l'adozione di norme di indirizzo programmatico attraverso le quali sono introdotti gli obblighi di rispetto delle distanze minime) è stata sottoposta ad un severo scrutinio del giudice comunitario in relazione alle norme ed ai principi posti a tutela della libertà di stabilimento (cfr. Corte Giustizia Unione Europea, 11 marzo 2010, n. 384/08). L'art. 43 CE (ora art. 49 TFUE), letto in combinato disposto con l'art. 48 CE (ora art. 54 TFUE), è stato interpretato nel senso che una normativa di diritto interno, come quella italiana, che prevede distanze minime obbligatorie fra gli impianti stradali di distribuzione di carburanti, costituisce una restrizione della libertà di stabilimento sancita dal trattato; una disciplina del genere, infatti, applicandosi unicamente ad impianti nuovi e non ad impianti già esistenti prima della sua entrata in vigore, pone condizioni all'accesso all'attività della distribuzione di carburanti e, favorendo gli operatori già presenti sul territorio italiano, è idonea a scoraggiare, se non ad impedire, l'accesso al mercato da parte di imprenditori comunitari.

Il Consiglio di Stato, in più occasioni, non ha ritenuto sussistessero motivi imperativi di interesse generale idonei a giustificare restrizioni alla concorrenza. In dettaglio, è stato evidenziato che: a) i limiti rinvenibili nella normativa italiana a tutela della salute, dell'ambiente, della sicurezza stradale non sono adeguati e proporzionati posto che si applicano solo ai nuovi impianti di distribuzione e non a quelli preesistenti; b) i controlli per la tutela dei su indicati interessi pubblici possono essere efficacemente demandati al concreto riscontro dell'autorità competente, senza inadeguate limitazioni generali basate sul calcolo delle distanze; c) la tutela

dei consumatori, sub specie di “razionalizzazione del servizio reso agli utenti della rete distributiva”, costituisce un motivo economico e non un motivo imperativo di interesse generale; d) in ogni caso tale “razionalizzazione” si rivela, su piano pratico, un espediente per favorire gli operatori già presenti sul territorio (cfr. Consiglio di Stato sez. V, 23 maggio 2011, n. 3084; Consiglio di Stato sez. V 15/02/2013 n. 940).

Di particolare interesse anche la sentenza del T.a.r. Lombardia - Brescia (sez. II, n. 560/2013), il quale si è occupato di un provvedimento comunale che aveva negato l'autorizzazione alla trasformazione dell'impianto di distribuzione carburante da “gestito” a “self service prepay 24h su 24h” (cosiddetto “ghost”). Nella specie, il fondamento normativo del diniego era rappresentato dalla previsione legislativa regionale (art. 88 comma 3 lett. “c” della L.r. 2/2/2010 n. 6 come sostituita dall'art. 2 comma 1 lett. “o” della L.r. 22/11/11 n. 19) che ammette la trasformazione di impianti da “servito” a “ghost” “nei Comuni appartenenti alle comunità montane e nei piccoli comuni ... a condizione che non esistano altri impianti a distanza stradale inferiore a quattro chilometri dall'impianto che si prevede di trasformare”. A sua volta, l'art. 18 del D.L. 24/1/2012 n. 1 conv. in L. 24/3/2012 n. 27 (recante aggiunte all'art. 28 comma 7 del D.L. 6/7/2011 n. 98 conv. in L. 15/7/2011 n. 111) statuisce che “Nel rispetto delle norme di circolazione stradale, presso gli impianti stradali di distribuzione carburanti posti al di fuori dei centri abitati, quali definiti ai sensi del codice della strada o degli strumenti urbanistici comunali, non possono essere posti vincoli o limitazioni all'utilizzo continuativo, anche senza assistenza, delle apparecchiature per la modalità di rifornimento senza servizio con pagamento anticipato”. Dalle disposizioni appena citate, derivava che, all'interno del centro abitato del comune interessato, il mancato rispetto della distanza minima (4 Km) dagli impianti esistenti precludeva la trasformazione da “servito” a “ghost”. Sennonché, al termine di una articolata motivazione, il Tribunale ha accolto il ricorso, sul presupposto che il disposto legislativo fosse in contrasto con i principi del trattato e della direttiva “Bolkestein” e dovesse essere disapplicato dall'amministrazione precedente. Il Collegio, in particolare, non ha ritenuto convincente quale giustificazione della restrizione, né il perseguimento di obiettivi di politica sociale e occupazionale in determinate aree (in quanto le considerazioni di natura economica non sono suscumbibili tra i motivi imperativi di interesse generale idonei a giustificare la limitazione di una libertà fondamentale garantita dal Trattato), né l'esigenza di tutelare il bacino di utenza che

risulterebbe assai svantaggiato da una totale “selfizzazione prepay” degli impianti, in particolare disabili e soggetti anziani (in quando detta finalità, pur astrattamente idonea, era smentita in concreto dal fatto che risultavano presenti nelle vicinanze altri 3 distributori di carburante che contemplavano la presenza del gestore), né la finalità di sicurezza stradale, di tutela ambientale e della salute (potendo tali scopi essere raggiunti con adeguate prescrizioni tecniche e con il potenziamento dei controlli “a valle”).

La Corte Costituzionale, con sentenza dell’11/11/2016, n. 239 ha, inoltre, dichiarato incostituzionale l’art. 45 l. reg. Puglia 16 aprile 2015, n. 24. La norma impugnata, stabilendo che i «nuovi» impianti di distribuzione del carburante devono essere dotati di almeno un prodotto ecocompatibile GPL o metano, seppure a condizione che non vi siano ostacoli tecnici o oneri economici eccessivi, introduce come regola un obbligo asimmetrico, in quanto gravante solo sui nuovi distributori. La legislazione statale, invece, con l’art. 17, comma 5, d.l. 24 gennaio 2012, n. 1, conv., con modif., in l. 24 marzo 2012, n. 27, pone come regola, a tutela della concorrenza, la libertà d’iniziativa da parte dei singoli distributori, stabilendo solo in via d’eccezione la possibilità di imporre obblighi asimmetrici, pur sempre subordinati al rispetto della proporzionalità. Pertanto, le previsioni regionali impuginate determinano una violazione dell’art. 117, comma 2, lett. e) Cost. in materia di tutela della concorrenza, in quanto rendono eccessivamente oneroso l’ingresso di nuovi operatori entranti in un determinato settore di mercato, con correlativa discriminazione concorrenziale tra operatori già presenti e quelli che intendano accedervi. Non vi è, inoltre, alcun elemento da cui desumere margini di flessibilità o caratteri che denotino la transitorietà del vincolo, con conseguente valutazione negativa della ragionevolezza e della proporzionalità della norma regionale impugnata.

Il T.A.R. Napoli, (Campania), sez. III, 05/12/2016, n. 5614 ha, peraltro, evidenziato che, nonostante la liberalizzazione della regolamentazione della rete distributiva dei carburanti, non può dirsi del tutto obliterata, in questo settore, la potestà pianificatoria dell’ente territoriale mirata, essenzialmente, a consentire una distribuzione equilibrata sul proprio territorio degli impianti di distribuzione dei carburanti e con confliggente con le destinazioni urbanistiche assegnate alle varie parti del territorio stesso (nello stesso senso T.A.R. Napoli, (Campania), sez. III, 08/06/2016, n. 2885).

In questo dibattito è intervenuta nel 2017 la legge annuale per la concorrenza ed il mercato (l. 124/2017) che, all'art. 1, commi 100-118, ha dettato una disciplina in cui, tuttavia, emergono nuove restrizioni per i titolari dei predetti impianti.

In particolare, il comma 100 prevede che, al fine di incrementare la concorrenzialità del mercato dei carburanti e la diffusione al consumatore delle relative informazioni, la banca dati istituita presso il Ministero dello sviluppo economico in attuazione dell'articolo 51 della legge 23 luglio 2009, n. 98, senza nuovi o maggiori oneri a carico della finanza pubblica, è ampliata con l'introduzione di un'anagrafe degli impianti di distribuzione di benzina, gasolio, GPL e metano della rete stradale e autostradale. A tal fine, in vista dell'interoperabilità tra le banche dati esistenti presso il Ministero dello sviluppo economico e presso l'Agenzia delle dogane e dei monopoli relativamente al settore della distribuzione dei carburanti, da realizzare, in attuazione dei principi del capo V del codice dell'amministrazione digitale, di cui al decreto legislativo 7 marzo 2005, n. 82, e successive modificazioni, entro il 31 dicembre 2017, l'Agenzia delle dogane e dei monopoli trasmette, entro il 30 giugno di ciascun anno, e in prima applicazione entro il 1° settembre 2017, i dati in suo possesso relativi agli stessi impianti. All'anagrafe possono accedere, per consultazione, le regioni, l'amministrazione competente al rilascio del titolo autorizzativo o concessorio, l'Agenzia delle dogane e dei monopoli e la Cassa conguaglio GPL. Il Ministero dello sviluppo economico, con proprio decreto, provvede a riorganizzare il comitato tecnico per la ristrutturazione della rete dei carburanti di cui alla delibera del Comitato interministeriale dei prezzi n. 18 del 12 settembre 1989, pubblicata nella Gazzetta Ufficiale n. 218 del 18 settembre 1989, riducendone il numero dei componenti e prevedendo la partecipazione di un rappresentante delle regioni e di un rappresentante dell'Associazione nazionale dei comuni italiani.

Il comma 101 prevede poi che i titolari dell'autorizzazione di cui all'articolo 1 del decreto legislativo 11 febbraio 1998, n. 32, e successive modificazioni, o di concessione, laddove prevista, degli impianti di distribuzione dei carburanti hanno l'obbligo di iscrizione nell'anagrafe di cui al comma 100 del presente articolo entro trecentosessanta giorni dalla data di entrata in vigore della presente legge. L'obbligo di iscrizione riguarda anche gli impianti che sono in regolare sospensione dell'attività sulla base della disciplina regionale, con l'evidenza della data di cessazione della sospensione medesima.

Contestualmente all'iscrizione nell'anagrafe i titolari degli impianti di distribuzione dei carburanti devono presentare una dichiarazione sostitutiva dell'atto di notorietà, ai sensi dell'articolo 47 del testo unico di cui al decreto del Presidente della Repubblica 28 dicembre 2000, n. 445, indirizzata al Ministero dello sviluppo economico, alla regione competente, all'amministrazione competente al rilascio del titolo autorizzativo o concessorio e all'ufficio dell'Agenzia delle dogane e dei monopoli, attestante che l'impianto di distribuzione dei carburanti ricade ovvero non ricade, in relazione ai soli aspetti attinenti alla sicurezza della circolazione stradale, in una delle fattispecie di incompatibilità previste dalle vigenti disposizioni regionali e meglio precisate, ai soli fini della presentazione della dichiarazione sostitutiva dell'atto di notorietà, ai commi 112 e 113 del presente articolo, ovvero che, pur ricadendo nelle fattispecie di incompatibilità, si impegnano al loro adeguamento, da completare entro diciotto mesi dalla data di entrata in vigore della presente legge

Il comma 112 codifica poi delle ipotesi di incompatibilità nella localizzazione degli impianti. In particolare, sono considerati incompatibili gli impianti, in relazione agli aspetti di sicurezza della circolazione stradale, nei seguenti casi:

- a) impianti privi di sede propria per i quali il rifornimento, tanto all'utenza quanto all'impianto stesso, avviene sulla carreggiata, come definita all'articolo 3, comma 1, numero 7), del codice di cui al decreto legislativo 30 aprile 1992, n. 285;
- b) impianti situati all'interno di aree pedonali, ai sensi dell'articolo 3, comma 1, numero 2), del codice di cui al decreto legislativo 30 aprile 1992, n. 285.

2.8. Giochi e scommesse: rinvio.

Con riferimento alla materia dei giochi e delle scommesse, si rinvia alla specifica rassegna monotematica curata dall'Ufficio Studi.

§3. FARMACIE.

3.1. Brevi spunti ricostruttivi sulla evoluzione normativa.

In Italia, il servizio di distribuzione dei farmaci, in ragione delle caratteristiche dei prodotti e dei bisogni generali che è deputato a soddisfare, è sempre stato un settore economico sottoposto ad una

penetrante regolazione amministrativa, la quale ha investito nel corso del tempo svariati ambiti tra cui: numero e regime proprietario delle farmacie, turni ed orari di apertura, sistema di remunerazione. Il diritto pubblico ha interferito, inizialmente, non solo sul versante quantitativo, stabilendo in via autoritativa un rapporto “legale” tra domanda ed offerta, ma anche su quello soggettivo, riservando alla sola categoria dei farmacisti la possibilità di intraprendere l'attività di distribuzione dei farmaci. In definitiva, riguardato sotto il profilo dell'ordinamento professionale, il settore si è caratterizzato per essere i farmacisti una delle poche professioni per le quali lo Stato non ha solo prescritto la necessità del conseguimento di un titolo di studio abilitativo ma anche la pianificazione territoriale della relativa attività, contingentando il numero dei professionisti che possono svolgerla.

Nel 2017, tuttavia, la legge annuale sulla concorrenza e il mercato, all'art. 1, comma 157, ha modificato il comma 1 dell'articolo 7 della legge 8 novembre 1991, n. 362, prevedendo che «Sono titolari dell'esercizio della farmacia privata le persone fisiche, in conformità alle disposizioni vigenti, le società di persone, le società di capitali e le società cooperative a responsabilità limitata». Si consente, quindi, anche alle società di capitali di essere proprietarie di farmacie, con una consistente e rivoluzionaria apertura al mercato.

Preliminarmente, è utile esaminare diacronicamente gli sviluppi normativi del settore.

La disciplina della distribuzione territoriale delle farmacie costituisce un esempio paradigmatico di pianificazione delle attività private, le cui radici affondano nella legislazione pre-repubblicana. La riforma “Giolitti” del 1913 (l. 22 maggio 1913 n. 468) riconosceva all'assistenza farmaceutica la natura di attività primaria dello Stato, esercitata tramite gli enti locali (farmacie comunali) oppure a mezzo di concessione governativa ai privati farmacisti. Al fine di garantire la capillare distribuzione delle farmacie sul tutto il territorio nazionale, scongiurando il rischio della concentrazione delle farmacie nelle sole zone più ambite sotto il profilo commerciale, venne messo appunto un apposito strumento amministrativo di contingentamento della offerta, denominato “pianta organica” (tra l'altro, in un contesto storico in cui le farmacie non provvedevano alla sola distribuzione ma, molte volte, anche al “confezionamento” del farmaco). Gli sviluppi normativi successivi (risultanti dalle modifiche intervenute con la legge 2 aprile 1968 n. 475 e la legge 8 novembre 1991 n. 362) hanno sostanzialmente perpetuato il modello del 1913. La pianta organica,

articolata su base comunale, determina il numero complessivo delle farmacie, le zone nelle quali hanno sede, la distanza minima tra di esse. Il criterio generale di pianificazione si basa sul rapporto numerico tra esercizi e utenti; la relativa organizzazione è soggetta a revisione periodica (in particolare, la legislazione, vigente sino alle recentissime modifiche di cui al punto seguente, prevedeva la presenza di una farmacia ogni 4.000 abitanti nei comuni con più di 12.500 abitanti e di una farmacia ogni 5.000 abitanti nei comuni con meno di 12.500 abitanti). La rigidità dell'impianto è reso parzialmente flessibile da misure che consentono di adattare la presenza delle farmacie alla particolare conformazione geomorfologica del territorio e alla difficoltà di raggiungere la farmacia in un altro nucleo abitante troppo distante (art. 2 l. n. 362/1991; v. anche l'art. 6 l. cit. sui dispensari farmaceutici). Le farmacie aperte al pubblico, anche quando sono gestite da comuni, ricadono comunque entro il regime della pianificazione.

E' utile precisare che il successivo articolo 8, comma 10, della legge n. 537/1993 ha proceduto alla riclassificazione delle specialità medicinali e dei preparati galenici, collocando i medesimi in una delle seguenti classi: A) farmaci essenziali e farmaci per malattie croniche; B) farmaci, diversi da quelli di cui alla lettera a), di rilevante interesse terapeutico (categoria successivamente soppressa); C) altri farmaci privi delle caratteristiche indicate alle lettere a) e b) ad eccezione dei farmaci non soggetti a ricetta con accesso alla pubblicità al pubblico; C-bis) farmaci non soggetti a ricetta medica con accesso alla pubblicità al pubblico (OTC). Il comma 14 del medesimo articolo specifica che i farmaci collocati nella classe di cui al comma 10, lettera A), sono a totale carico del Servizio sanitario nazionale; mentre, i farmaci collocati nella classe di cui al comma 10, lettere C) e C-bis), sono a totale carico dell'assistito.

Il d.l. 4 luglio 2006 n. 223 (convertito in l. n. 248/2006), al fine di aumentare la concorrenza nel settore della distribuzione finale dei farmaci e stimolare una riduzione del prezzo finale, ha autorizzato l'apertura di nuovi esercizi commerciali diversi dalle farmacie, denominati "parafarmacie", in cui è consentita la vendita di farmaci da banco (farmaci da automedicazione preconfezionati e vendibili senza ricetta medica di cui all'articolo 9-bis del d.l. 18 settembre 2001 n. 347). Per la prima volta, dunque, un operatore economico diverso dalla farmacia inserita in pianta organica, è abilitato ad effettuare attività di vendita al pubblico di alcune categorie di farmaci.

L' art. 32 d.l. 6-12-2011 n. 201 (convertito nella l. 22 dicembre 2011 n. 214), in continuità con l'ultimo indirizzo, ha previsto che, nei citati nuovi esercizi commerciali, possono essere venduti senza ricetta medica anche i medicinali di cui all'articolo 8, comma 10, lettera c), della legge 24 dicembre 1993, n. 537 (ad eccezione dei medicinali di cui all'articolo 45 del d.P.R. 9 ottobre 1990 n. 309, e di cui all' articolo 89 d.lgs. 24 aprile 2006 n. 219, nonché dei farmaci del sistema endocrino e di quelli somministrabili per via parenterale). Tuttavia, il comma 1 bis, rimette al Ministero della salute il compito di individuare entro centoventi giorni dalla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto un elenco, periodicamente aggiornabile, dei medesimi farmaci di fascia C, per i quali permane l'obbligo di ricetta medica e dei quali non è consentita la vendita nelle parafarmacie.

Per completezza, si ricorda che il medesimo decreto, al fine di censurare talune pratiche di boicottaggio, ha stabilito che le condizioni contrattuali e le prassi commerciali adottate dalle imprese di produzione o di distribuzione dei farmaci che si risolvono in una ingiustificata discriminazione tra farmacie e parafarmacie quanto ai tempi, alle condizioni, alle quantità ed ai prezzi di fornitura, costituiscono casi di pratica commerciale sleale ai fini dell'applicazione delle vigenti disposizioni in materia. Sotto altro profilo, è stata data facoltà alle farmacie e agli esercizi commerciali di cui all'art. 5, comma 1, d.l. n. 223/06 cit, di praticare liberamente sconti sui prezzi al pubblico sui medicinali di cui ai commi 1 e 1-bis, purché gli sconti siano esposti in modo leggibile e chiaro al consumatore e siano praticati a tutti gli acquirenti.

Ulteriori misure in tema di servizio farmaceutico sono state introdotte, dall'art. 11 del d.l. 24 gennaio 2012 n. 1 il quale ha modificato la disciplina concernente la pianta organica delle farmacie, contenuta principalmente nella l. n. 475/1968, come modificata dalla l. n. 362/1991. Con l'obiettivo del potenziamento del servizio farmaceutico territoriale: è stato ridotto il rapporto farmacie-popolazione prevedendo che vi sia una farmacia ogni 3.300 abitanti anziché ogni 5000/4000 rispettivamente nei comuni con popolazione superiore/inferiore a 12.500 abitanti (con possibilità di apertura di un'ulteriore farmacia nel caso di popolazione eccedente, superiore al 50 per cento del predetto parametro); il nuovo art. 1-bis alla l. n. 465/1978 prevede la possibilità di istituire, da parte delle Regioni e delle Province autonome, in aggiunta alle sedi farmaceutiche distribuite in base al criterio demografico ed entro il limite del 5 per cento delle sedi, comprese quelle nuove, farmacie nelle stazioni ferroviarie, negli aeroporti

civili internazionali, nelle stazioni marittime e nelle aree di servizio autostradali ad alta intensità di traffico dotate di servizi alberghieri o di ristorazione, purché non sia già aperta una farmacia a una distanza inferiore a 400 metri, nei centri commerciali e nelle grandi strutture con superficie di vendita superiore a 10.000 metri quadrati, purché non ve ne sia una già aperta a una distanza inferiore a 1.500 metri; viene riconfigurato anche il contenuto dell'art. 2 della l. n. 475/1968, nel senso che “al fine di assicurare una maggiore accessibilità al servizio farmaceutico, il comune, sentiti l'azienda sanitaria e l'Ordine provinciale dei farmacisti competente per territorio, identifica le zone nelle quali collocare le nuove farmacie, al fine di assicurare un'equa distribuzione sul territorio, tenendo altresì conto dell'esigenza di garantire l'accessibilità del servizio farmaceutico anche a quei cittadini residenti in aree scarsamente abitate. Il numero di farmacie spettanti a ciascun comune è sottoposto a revisione entro il mese di dicembre di ogni anno pari, in base alle rilevazioni della popolazione residente nel comune, pubblicate dall'Istituto nazionale di statistica”.

3.2 La liberalizzazione attuata dalla legge 124/2017.

La nuova legge sulla concorrenza ed il mercato per il 2017 raccoglie alcune segnalazioni dell'Autorità garante per la concorrenza e il mercato del luglio 2014 rese, ai sensi degli artt. 21 e 22 della legge 10 ottobre 1990, n. 287, volte ad aumentare la concorrenza nel settore della distribuzione farmaceutica.

L'Agcm, nella proposta di riforma concorrenziale inviata al Parlamento nel 2014, aveva rilevato che, tra gli altri aspetti, i limiti legali alla proprietà delle farmacie limitava la concorrenza nel settore della distribuzione dei farmaci. Secondo la normativa previgente, come visto, la proprietà di una farmacia poteva essere intestata unicamente a persone fisiche, a società di persone o a società cooperative a responsabilità limitata. I proprietari dovevano inoltre essere necessariamente farmacisti che avessero conseguito l'idoneità in un concorso per sedi farmaceutiche. Le società di capitali non potevano pertanto avere la proprietà di una farmacia. Inoltre, ciascun farmacista non poteva essere proprietario di più di una farmacia, mentre le società cooperative a responsabilità limitata non potevano superare il limite di quattro farmacie. Infine, la gestione della farmacia doveva essere necessariamente affidata a uno dei soci (ossia a un comproprietario).

Su tale contesto normativo la Commissione Europea ha più volte sollevato il problema del contrasto della disciplina italiana con i principi dei trattati

UE in termini di libera circolazione di persone, professionisti e capitali, e di libertà di insediamento delle attività economiche e imprenditoriali (cfr. procedure di infrazione IP/05/1665, IP/06/858, IP/08/1352, IP/08/1785).

La Commissione, in particolare, ha sostenuto che, nel prevedere una disposizione che impedisce alle persone fisiche non laureate in farmacia e alle persone giuridiche che non siano composte esclusivamente da soci farmacisti di gestire una farmacia, la disciplina nazionale violerebbe gli artt. 43 CE e 56 CE. La restrizione che viene attuata ai sensi di detti articoli potrebbe, invero, essere giustificata soltanto da motivi imperativi di interesse pubblico e, in particolare, dall'obiettivo di tutela della sanità pubblica.

La Corte di Giustizia europea, pronunciata su tali questioni, ha finora ritenuto legittima la normativa italiana. In particolare, con la sentenza del 19 maggio 2009 nella causa C-531/06, sebbene abbia riconosciuto che l'esclusione dei soggetti non farmacisti dalla possibilità di gestire una farmacia o di acquisire partecipazioni in società di gestione di farmacie costituisce in astratto una restrizione alla libertà di stabilimento e alla libera circolazione dei capitali, ha tuttavia valutato le norme che regolano la proprietà della farmacia italiana non in contrasto con il Trattato CE.

Tenuto conto della facoltà riconosciuta agli Stati membri di decidere il grado di tutela della sanità pubblica, la Corte ha ritenuto che rientra nelle loro facoltà poter esigere che i medicinali vengano distribuiti da farmacisti che godano di un'effettiva indipendenza professionale.

La Corte costituzionale, con sentenza n. 216/2014, ha dichiarato che "il regime delle farmacie è incluso — secondo costante giurisprudenza di questa Corte — nella materia della "tutela della salute" e che, "pur se questa collocazione non esclude che alcune delle relative attività possano essere sottoposte alla concorrenza", le misure a sostegno di questa "potrebbero alterare il sistema stesso, che è posto, prima di tutto, a garanzia della salute dei cittadini".

Queste limitazioni si inserivano in un contesto normativo restrittivo che sono state, almeno in parte, attenuate dalla prima legge annuale per la concorrenza e l'apertura dei mercati, volta alla rimozione degli ostacoli regolatori all'apertura dei mercati, alla promozione della concorrenza e alla garanzia della tutela dei consumatori, anche in applicazione dei principi del diritto dell'Unione europea, nonché delle politiche europee in materia di concorrenza.

La legge 124/2017, si innesta su questo contesto normativo, con la finalità di rimuovere il vincolo relativo alla titolarità della licenza farmaceutica limitata ai soli farmacisti e il limite di quattro licenze per società titolare. L'obiettivo di breve periodo è l'eliminazione del vincolo ritenuto "ingiustificato" alla libertà di organizzazione dell'attività di impresa, mentre quelli di medio-lungo periodo guardano alla modernizzazione della distribuzione farmaceutica, alla differenziazione dell'offerta e, infine, alla riduzione dei prezzi per i consumatori.

Il Consiglio di Stato, Commissione Speciale, con parere comm. spec., 03/01/2018, n. 69, ha chiarito che "Dall'analisi del testo normativo emerge che, con le disposizioni di cui ai commi da 158 a 164 dell'art. 1, vengono apportate diverse modifiche al settore della distribuzione farmaceutica, tra le quali:

- si consente l'ingresso di società di capitale nella titolarità dell'esercizio della farmacia privata;
- si rimuove il limite delle quattro licenze in capo ad una identica società;
- si pone il divieto di controllo, diretto o indiretto da parte di un medesimo soggetto, ai sensi dell'art. 2359 c.c., di una quota superiore al 20 per cento delle farmacie della medesima regione o provincia autonoma. L'Autorità garante della concorrenza e del mercato è incaricata di assicurare il rispetto del divieto summenzionato, attraverso l'esercizio dei poteri di indagine, di istruttoria e di diffida ad essa attribuita dalla disciplina vigente;
- si sopprimono i requisiti soggettivi per la partecipazione alle società che gestiscono farmacie, con la conseguenza che è ora consentita la partecipazione anche ai soci non farmacisti;
- si consente che la direzione della farmacia gestita da una società sia affidata anche ad un farmacista che non sia socio. Ne consegue che ove la titolarità dell'esercizio di una farmacia sia in capo ad una persona fisica, quest'ultima è responsabile della gestione patrimoniale e della conduzione tecnico-professionale della farmacia. Al contrario, se la titolarità dell'esercizio della farmacia è in capo ad una società (alternativamente: di persone, di capitali o cooperativa a responsabilità limitata), la stessa deve avere ad oggetto esclusivo la gestione della farmacia e la direzione della farmacia deve essere affidata ad un farmacista, anche non socio, che ne è responsabile;
- si stabilisce l'incompatibilità della partecipazione alle società nella titolarità dell'esercizio della farmacia privata con l'esercizio della professione medica, si conferma il vincolo di incompatibilità già vigente

con qualsiasi altra attività svolta nel settore della produzione ed informazione scientifica del farmaco e si sopprime il riferimento alle attività di intermediazione (distribuzione) del farmaco;

— viene modificata la disciplina sulla partecipazione in forma associata ai concorsi straordinari per il conferimento di sedi farmaceutiche in riferimento all'obbligo di mantenimento della conseguente gestione associata, che passa da dieci a tre anni”.

Alla luce di tali modifiche una società di capitali potrà essere proprietaria di un numero virtualmente illimitato di farmacie sul territorio nazionale, salvo il rispetto del limite, introdotto dalla nuova legge, di un massimo del 20% delle farmacie presenti nella stessa regione o provincia autonoma.

Viene anche meno l'obbligo che il gestore della farmacia sia uno dei soci, ossia un proprietario della farmacia. Rimane tuttavia ferma la necessità che la gestione della farmacia sia assegnata a un professionista che abbia conseguito l'idoneità in un concorso per sedi farmaceutiche, così da tutelare il consumatore.

L'eliminazione del vincolo alla gestione è coerente con il nuovo assetto sulla proprietà delle farmacie. La società di capitali che sia proprietaria di più farmacie sparse sul territorio dovrà infatti dotarsi di una struttura di gestione e organizzazione del tutto indipendente dai soggetti che ne detengono la proprietà. Al contempo, l'organizzazione dovrà essere idonea a fornire le stesse garanzie, stabilite in precedenza, di tutela degli interessi pubblici e di professionalità richiesti nella gestione del servizio di distribuzione farmaceutico.

La giurisprudenza che si è pronunciata su tali aspetti ha evidenziato che l'art. 1, co. 157, l. 124/2017 impone comunque l'oggetto esclusivo della gestione della farmacia, confermando l'assunto per cui l'esercizio dell'attività farmaceutica è incompatibile con altre attività e in primis con quella sanitaria. Né tale incompatibilità appare restrittiva della concorrenza nella sua dimensione comunitaria, risultando sorretta dall'obiettivo di tutela della sanità pubblica, la quale certamente figura tra i "motivi imperativi di interesse generale" idonei a giustificare restrizioni alle libertà garantite dal Trattato UE (T.A.R. Perugia, (Umbria), sez. I, 01/02/2018, n. 78).

Il Consiglio di Stato, con il già citato parere n. 69/2018, ha precisato che l'art. 7 l. 362/1991, come novellato dalla riforma introdotta dalla l. 124/2017, consente anche ai vincitori di sede farmaceutica all'esito del concorso straordinario di ricorrere alla costituzione di società di capitali, sebbene, in tali casi, debba essere garantito il rispetto del vincolo triennale

di gestione paritaria, previsto dall'art. 11 d.l. 1/2012, conv. in l. n. 27/2012, non essendo permesso l'ingresso di soggetti terzi nella compagine sociale prima che siano decorsi tre anni dal conseguimento della titolarità della farmacia in forma associata. Ferma restando la libertà di scelta del tipo sociale, non si ritiene ideale l'opzione per la costituzione di una società in accomandita, nella quale la presenza di due diverse categorie di soci (accomandatari e accomandanti) renderebbe ancor più difficile la realizzazione di una gestione su base paritaria.

3.3. Localizzazione delle farmacie e pianta organica.

La novella ha posto il problema di verificare se il legislatore avesse, di fatto, superato il sistema di programmazione territoriale delle farmacie, ovvero del numero chiuso di soggetti imprenditoriali insediati spazialmente in base alle prescrizioni di autorizzazioni costitutive; ciò in considerazione del venir meno dell'esplicito riferimento alla pianta organica e del relativo procedimento.

Molti interessati, infatti, avevano sostenuto la tesi che, a seguito del predetto intervento normativo, la localizzazione delle farmacie non sarebbe stata più caratterizzata dalla assegnazione ad ogni farmacia di una zona esclusiva, bensì dalla soppressione delle sedi individuali e dall'assegnazione a ciascuna farmacia di una zona definita sommariamente attraverso le indicazioni frazioni, quartieri et similia.

Sul punto, il Ministero della Salute, in un parere reso in data 21 marzo 2012, in risposta ad alcuni quesiti posti dalle Regioni, ha affermato che la modifica apportata dal comma 1, lettera c) dell'articolo 11 “è, inequivocabilmente, diretta ad eliminare la pianta organica delle farmacie e le procedure alla stessa correlate”; aggiunge, poi, che la localizzazione ora “è svincolata dalla necessità di definire esattamente un territorio di astratta pertinenza di ciascun nuovo esercizio e non incontra limiti nella perimetrazione delle sedi già aperte, dovendo soltanto assicurare un'equa distribuzione sul territorio degli esercizi e tener conto dell'esigenza di garantire l'accessibilità del servizio farmaceutico anche a quei cittadini residenti in aree scarsamente abitate. L'individuazione delle “zone” può dunque avvenire anche in forma assai semplificata (ad esempio, indicando una determinata via e le strade adiacenti). E', infine, da ritenere che l'apertura di una nuova farmacia ancora debba rispettare la distanza minima di 200 metri dalle farmacie aperte”.

Senonché, la giurisprudenza (cfr. *ex multis* Consiglio di Stato, sez. III, 31 maggio 2013 n. 2990; Cons. Stato, Sez. III, 3 aprile 2013, n. 1858) è stata concorde nel ritenere che l'art. 11 del d.l. 24 gennaio 2012 n. 1, pur avendo soppresso le disposizioni che prevedevano la formazione e la revisione periodica delle piante organiche comunali, a cura di un'autorità sovracomunale (da ultimo, la Regione o la Provincia, a seconda delle norme regionali), ha lasciato invariato l'impianto generale della disciplina, a partire dal "numero chiuso" delle farmacie, pur se i criteri per la determinazione di tale numero sono alquanto modificati. Peraltro, il "numero chiuso" implica logicamente che la distribuzione degli esercizi sul territorio sia pianificata autoritativamente. Pertanto, benché la legge non preveda più, espressamente, un atto tipico denominato "pianta organica", resta affidata alla competenza del Comune la formazione di uno strumento pianificatorio che sostanzialmente, per finalità, contenuti, criteri ispiratori, ed effetti corrisponde alla vecchia pianta organica e che niente vieta di chiamare con lo stesso nome. E, in effetti, nel nuovo testo dell'art. 2 della L. n. 475 del 1968, come modificato dal D.L. n. 1 del 2012, non si parla più di "sedi" ma di "zone"; ma questo mutamento non è rilevante, perché la giurisprudenza aveva già da tempo avvertito che quando la normativa previgente usava il termine "sede" si doveva intendere "zona", perché questo era il significato che si desumeva dal contesto. Peraltro usa il termine "zona" anche l'art. 1, comma settimo (originariamente comma quarto) della L. n. 475 del 1968, del seguente tenore: "Ogni nuovo esercizio di farmacia deve essere situato (...) in modo da soddisfare le esigenze degli abitanti della zona". A sua volta il regolamento approvato con D.P.R. n. 1275 del 1971, art. 13, secondo comma, dispone: "Il locale indicato per il trasferimento della farmacia deve essere situato (...) in modo da soddisfare le esigenze degli abitanti della zona". E' vero che la nuova formulazione dell'art. 2 sembra riferirsi esplicitamente solo all'assegnazione delle "zone" alle farmacie di nuova istituzione, tacendo delle altre; ma stanti il contesto e la finalità dichiarata dalla legge, è ovvio che anche le farmacie preesistenti conservano il rapporto con le "sedi", ossia "zone", originariamente loro assegnate; e questo appunto dispone esplicitamente l'art. 13 del regolamento, che del resto esprime una implicazione naturale del sistema. Ed è nella logica delle cose che questo potere-dovere di pianificazione territoriale non si eserciti una tantum ma possa (e se del caso debba) essere nuovamente esercitato per apportare gli opportuni aggiornamenti, e che ciò venga fatto nel quadro di una visione complessiva del territorio comunale. In conclusione,

benché la legge non preveda più, espressamente, un atto tipico denominato “pianta organica”, resta affidata alla competenza del Comune la formazione di uno strumento pianificatorio che sostanzialmente, per finalità, contenuti, criteri ispiratori, ed effetti corrisponde alla vecchia pianta organica e che niente vieta di chiamare con lo stesso nome.

La giurisprudenza amministrativa ha di recente chiarito che la delimitazione delle zone farmaceutiche assolve alla funzione di vincolare l'esercente a mantenere il suo esercizio all'interno del perimetro assegnato alla farmacia, e non anche a dislocare le singole unità farmaceutiche secondo la regola della corrispondenza esatta di una farmacia ogni 3.300 residenti nella zona di riferimento, talché alla realizzazione dell'equa distribuzione concorrono plurimi fattori diversi dal numero di residenti, quali in primo luogo l'individuazione delle maggiori necessità di fruizione del servizio che si avvertono nelle diverse zone del territorio, le correlate valutazioni di situazioni ambientali, topografiche e di viabilità, le distanze tra le diverse farmacie, le quali sono frutto di valutazioni ampiamente discrezionali, come tali inerenti all'area del merito amministrativo (Consiglio di Stato, sez. III, 28/02/2018, n. 1254).

Nello stesso senso si è evidenziato che la delimitazione delle zone assolve alla funzione di vincolare l'esercente a mantenere il suo esercizio all'interno del perimetro assegnato alla farmacia e non anche a dislocare le singole unità farmaceutiche secondo la regola della corrispondenza esatta 1 farmacia ogni 3.300 residenti nella zona di riferimento; la scelta del legislatore statale di attribuire ai Comuni il compito di individuare le zone in cui collocare le farmacie risponde all'esigenza di assicurare un ordinato assetto del territorio corrispondente agli effettivi bisogni della collettività alla quale concorrono plurimi fattori diversi dal numero dei residenti, quali in primo luogo l'individuazione delle maggiori necessità di fruizione del servizio che si avvertono nelle diverse zone del territorio, le correlate valutazioni di situazioni ambientali, topografiche e di viabilità, le distanze tra le diverse farmacie, le quali sono frutto di valutazioni ampiamente discrezionali, rilevanti ai fini della legittimità soltanto in presenza di chiare ed univoche figure sintomatiche di eccesso di-potere (T.A.R. Napoli, (Campania), sez. V, 23/01/2018, n. 464).

La disposizione normativa, invero, non individua dei criteri tassativi di localizzazione, ma fornisce delle indicazioni che l'Amministrazione deve tenere in considerazione nell'identificazione delle zone in cui ubicare la nuova farmacia (Tar Puglia, Lecce, n. 675 del 2013). L'attuale sistema normativo, in particolare, nel rispetto del nuovo parametro relativo alla

popolazione, prevede che la scelta dell'ubicazione debba obbedire unicamente ai vincoli nelle distanze stabiliti dalla legge e trarre ispirazione dall'obiettivo primario della maggiore fruibilità del servizio farmaceutico e della sua capillare articolazione sul territorio, purché le scelte in concreto siano immuni da illogicità o da palese irragionevolezza (Tar Lombardia, Brescia, n. 438 del 2013; Tar Puglia, Bari, n. 626 del 2013).

La scelta con cui l'Amministrazione individua la zona del territorio comunale in cui ubicarla è, anch'essa, frutto di evidente discrezionalità. Si richiede, pertanto, da parte dell'Amministrazione comunale, un'adeguata istruttoria accompagnata da un'esauritiva motivazione, con la quale venga chiaramente rappresentata, eventualmente mediante lo studio del territorio e della sua urbanizzazione, l'opportunità di istituire la farmacia nella zona prescelta (cfr., T.A.R. Napoli, (Campania), sez. V, 23/01/2018, n. 464, T.A.R. Napoli, (Campania), sez. V, 08/01/2018, n. 100).

Criterio prioritario in sede di istituzione di nuove sedi farmaceutiche a seguito della approvazione della d.l. 1/2012, convertita nella l. 27/2012, è quello della equa distribuzione sul territorio, senza che si dica nulla a proposito della esatta definizione dei confini di ciascun esercizio, atteso, tra l'altro, che nella terminologia usata è venuto il meno anche il concetto di "sede" che è stato sostituito dal termine "zona", lasciando supporre che ciò abbia una valenza non solo lessicale e formale, ma di tipo sostanziale. Non è, dunque, manifestamente irrazionale che le nuove farmacie vengano collocate in un'area già servita da una farmacia preesistente, purché nel rispetto dei parametri normativi relativi all'entità della popolazione interessata e alla distanza tra gli esercizi (T.A.R. Napoli, (Campania), sez. V, 08/01/2018, n. 100, cit.).

In questo senso le scelte di localizzazione delle nuove sedi farmaceutiche, una volta rispettati il criterio demografico e quello della distanza minima - e quindi una volta accertata la possibilità di istituire la sede farmaceutica e ubicarvi una nuova farmacia - sono ampiamente discrezionali. La disciplina sul contingentamento delle sedi e la connessa privativa e le relative forme di tutela consentite ai farmacisti che ne beneficiano vanno intese in senso restrittivo, non essendo necessario per ampliare la diffusione sul territorio e l'offerta del servizio farmaceutico una motivazione particolare, bensì sufficiente l'esternazione di ragioni non palesemente illogiche e basata su presupposti di fatto effettivi e non travisati (Consiglio di Stato, sez. III, 16/01/2018, n. 223).

Lo scopo della previsione normativa di cui alla l. n. 27/2012 non è quello del massimo decentramento delle sedi farmaceutiche, a rischio di istituire

nuove sedi che non abbiano una zona di competenza tale da garantirne la loro sopravvivenza, ma quello di aumentare l'accessibilità all'assistenza farmaceutica in favore del maggior numero di abitanti possibile. La finalità-esigenza di poter servire meglio adeguatamente aree isolate e/o scarsamente abitate, va quindi necessariamente coniugata con quella di garantire la maggiore accessibilità al servizio farmaceutico da parte della maggioranza degli abitanti del Comune, in un'ottica complessiva che considera l'intero territorio comunale, rispetto al quale in concreto, va compiuta la valutazione sul grado di accessibilità all'assistenza farmaceutica (in ragione di tale principio è stato affermato che non rileva solo la distanza massima degli edifici abitati dalla farmacia più vicina, ma il miglioramento dell'accessibilità al servizio farmaceutico in generale che deve tenere conto anche del numero di potenziali utenti su cui può contare la zona di competenza di nuova istituzione, Consiglio di Stato, sez. III, 29/01/2018, n. 611).

Peraltro, Il rapporto numerico farmacie/abitanti previsto dall'art. 1 l. n. 475/1968 è indicato per individuare il numero massimo di autorizzazioni che l'Amministrazione può assentire e non per garantire al titolare di ciascuna sede profitti di un determinato livello. Di conseguenza, il bacino d'utenza di una sede può essere anche di dimensioni più ridotte e rientra nelle scelte di merito e nella discrezionalità dell'amministrazione comunale consentire una relativa concentrazione di esercizi farmaceutici in alcune zone più frequentate e determinare la localizzazione delle nuove sedi in un determinato ambito territoriale, fermo restando la dipendenza dal dato demografico generale (T.A.R. Napoli, (Campania), sez. V, 23/01/2018, n. 464).

Il Consiglio di Stato, sez. III, 23/07/2018, n. 4449, ha confermato che la finalità prevista dall'art. 11, d.l. n. 1 del 2012, di garantire l'accessibilità degli utenti al servizio distributivo dei farmaci non può significare che occorra procedere all'allocazione delle nuove sedi di farmacia in zone disabitate o del tutto sprovviste (di farmacie), né può significare che deve essere evitata la sovrapposizione geografica e demografica con le zone di pertinenza delle farmacie già esistenti, essendo, invece, fisiologica e del tutto rispondente alla ratio della riforma l'eventualità che le nuove zone istituite dai Comuni o dalle Regioni incidano sul bacino d'utenza di una o più sedi preesistenti; la riforma, in altri termini, vuole realizzare l'obiettivo di assicurare un'equa distribuzione sul territorio e, solo in via aggiuntiva, introduce il criterio che occorre tener altresì conto dell'esigenza di

garantire l'accessibilità del servizio farmaceutico anche a quei cittadini residenti in aree scarsamente abitate.

Non è indispensabile, inoltre, allocare le nuove sedi unicamente in zone disabitate o del tutto sprovviste di farmacie. Né può ritenersi che debba essere assolutamente evitata la sovrapposizione geografica e demografica con le zone di pertinenza delle farmacie già esistenti, essendo invece fisiologica e del tutto rispondente alla ratio della riforma l'eventualità che le nuove zone istituite dai Comuni o dalle Regioni incidano sul bacino d'utenza di una o più sedi preesistenti (Tar Puglia, Lecce, n. 676 del 2013; Tar Puglia, Bari, n. 626 del 2013; Tar Veneto, n. 1020 del 2012). Peraltro, trattandosi di valutazioni discrezionali riservate all'Autorità amministrativa, al Giudice non è consentito sostituire una sua valutazione a quella dell'Amministrazione comunale, sia pur valutando tra diverse ipotesi alternative e congrue, essendo limite naturale del sindacato giurisdizionale di legittimità la verifica della sola scelta compiuta dall'Amministrazione alla stregua delle prescrizioni di legge e delle regole di logica e di buon andamento, che non risultano nel caso di specie violate. Considerato che "l'art. 11 del d.l. 1/2012 (di c.d. liberalizzazione delle farmacie) mira a coniugare due finalità: quella di razionalizzare la rete distributiva dei farmaci, garantendo l'equa distribuzione nel territorio delle farmacie e, in tal modo, una migliore accessibilità del servizio per i residenti in aree scarsamente abitate; e quella di dare attuazione ai principi costituzionali e comunitari di libertà di iniziativa economica e di favore per lo sviluppo della concorrenza, rimuovendo le restrizioni all'ingresso di nuovi operatori sul mercato, e assicurando, al contempo, che il numero delle farmacie sia proporzionato (con riferimento ad un parametro numerico ridotto rispetto al passato) alle dimensioni demografiche dei Comuni, così che i nuovi esercizi possano contare, al pari di quelli esistenti, su un bacino di utenza potenziale in grado di assicurare condizioni di redditività" (cfr. Cons. Stato, III Sezione, 31 maggio 2013, n. 2990). D'altronde, "la prescritta finalità di migliorare l'accessibilità degli utenti al servizio farmaceutico non può di per sé rendere recessiva quella di favorire la concorrenza; non è secondario che l'art. 11, comma 1, si apra con una dichiarazione di intenti del Legislatore che antepone la seconda, nel senso di favorire l'accesso alla titolarità delle farmacie da parte di un più ampio numero di aspiranti, aventi i requisiti di legge, nonché di favorire le procedure per l'apertura di nuove sedi farmaceutiche garantendo al contempo unapiù capillare

presenza sul territorio del servizio farmaceutico ..." (C.d.S., Sez. III, sent. 2851/2014, 23/01/2017 n.270).

È stato, peraltro, evidenziato che è legittima l'istituzione di una terza farmacia in capoluogo con oltre 9000 abitanti, ma sottodimensionato sotto il profilo dell'assistenza farmaceutica, anziché in altra frazione di 1100 abitanti potenzialmente servita da farmacia già esistente in altro comune, ancorché effettuata tramite la generica individuazione della relativa zona con la sola indicazione della via, tenuto conto che, ai sensi della vigente normativa, la delimitazione delle sedi non deve essere analitica, fermo restando, tuttavia, l'obbligo dell'Amministrazione comunale di provvedere alla pianificazione territoriale, delimitando la zona di competenza di ciascuna farmacia, anche se in forma semplificata, in quanto la mancanza della zonizzazione non consente di delimitare la libertà di scelta del farmacista di allocare il proprio esercizio commerciale a garanzia dell'ottimale collocazione degli esercizi a tutela dell'interesse pubblico alla migliore accessibilità al servizio farmaceutico (Consiglio di Stato, sez. III, 01/03/2017, n. 959).

In punto di legittimazione e interesse a ricorrere è stato evidenziato che la legittimazione e l'interesse a ricorrere vanno riconosciuti ai farmacisti titolari di sede nello stesso Comune nel caso di provvedimenti istitutivi di una nuova sede farmaceutica e idonei a comportare lo sviamento di clientela, atteso che la modifica della pianta organica per effetto dell'istituzione di una nuova sede farmaceutica incide sulla zona di competenza delle farmacie preesistenti, recando un evidente pregiudizio ai relativi titolari di sede che, per effetto della nuova istituzione, si vedono ridotta la perimetrazione della propria zona (in particolare, nella specie, è stato riconosciuto l'interesse a ricorrere in capo ai titolari di farmacia nel territorio comunale in cui sono state istituite nuove farmacie con una prima delibera comunale e poi si è provveduto alla relativa zonizzazione in via definitiva con delibera successiva, in quanto tale delibera ha inciso comunque sulla zona di competenza delle farmacie preesistenti, T.A.R. Napoli, (Campania), sez. V, 18/12/2017, n. 5931).

Sotto altro profilo, è stata ritenuta illegittima la delibera con la quale una Amministrazione provinciale, in sede di revisione della pianta organica delle farmacie, aveva disposto che sette (su otto) di tali farmacie fossero offerte in prelazione ai rispettivi Comuni; ciò in quanto l'art. 11 del d.l. n. 1/2012, come modificato dalla legge di conversione n. 27 del 2012, esclude tassativamente che, sulle sedi farmaceutiche istituite "o comunque

vacanti”, possa essere esercitato il diritto di prelazione da parte del Comune (così: Consiglio di Stato, sez. III, 12 giugno 2013 n. 3249).

E' stato poi evidenziato che l'Amministrazione, una volta postosi un vincolo, non possa esimersi dal rispettarlo: "...quando l'Amministrazione, nell'esercizio del proprio potere discrezionale di autovincolarsi, stabilisce le regole poste a presidio del futuro espletamento di una determinata potestà, la stessa è tenuta all'osservanza di quelle prescrizioni, con la duplice conseguenza che le è impedita la loro disapplicazione e che la violazione di quelle determina l'illegittimità delle relative determinazioni..." (Cons. Stato, Sez. V, 17 luglio 2017, n. 3502). È, dunque, illegittimo il provvedimento comunale recante l'istituzione di nuove sedi farmaceutiche che preveda l'obbligo della distanza di 1 km da altre sedi farmaceutiche, da intendersi quale distanza tra le nuove sedi e quelle preesistenti, quale affermazione in contrasto con l'impegno indicato nel provvedimento di garantire all'utenza una distanza non superiore a km 1 dalla farmacia più vicina (cfr., T.A.R. Milano, (Lombardia), sez. III, 27/02/2018, n. 555).

In relazione all'istituzione del dispensario, si è evidenziato che l'istituzione del dispensario attiene all'assetto pianificatorio dei presidi operanti in ambito comunale e impegnati, a diverso titolo, nella distribuzione dei farmaci. Per effetto della istituzione del dispensario non si determina alcuna automatica violazione dei principi del numero chiuso e della esclusiva territoriale delle singole sedi farmaceutiche, ma non può negarsi, per contro, un generale interesse dei titolari degli esercizi farmaceutici alla corretta applicazione delle regole che disciplinano l'apertura e la dislocazione, sul territorio comunale, di tutte le tipologie di strutture in vario modo impegnate nell'attività di distribuzione di prodotti farmaceutici. In un'ottica di equilibrato componimento degli interessi - quale è quella inaugurata dalla riforma dell'ordinamento farmaceutico ex art. 11 d.l. 1/2012 convertito nella l. 27/2012, nel quale le prerogative degli esercenti farmaceutici devono integrarsi con le priorità del sistema sanitario e dei correlati servizi pubblici si intravede la possibilità di una più bilanciata linea di lettura dell'art. 1, comma 2, l. 221/1968, intesa a scomporre il contenuto in due distinte sotto-ipotesi: la prima ipotesi è quella in cui, ricorrendo entrambi i presupposti previsti dalla norma (sede prevista in pianta organica e farmacia non ancora aperta), le Regioni sono vincolate (dall'uso indicativo "istituiscono") ad aprire dispensari, al fine di garantire l'effettiva copertura dell'intero territorio comunale; la seconda e più restrittiva ipotesi è quella in cui le Regioni avrebbero la semplice facoltà di aprire dispensari (non essendovi una preclusione in tal senso nel

testo della norma), a fronte di una effettiva e comprovata mancanza di assistenza farmaceutica in loco e di una oggettiva difficoltà per gli abitanti di raggiungere la sede farmaceutica viciniora ubicata in altra località. Una soluzione che non precluda in senso assoluto la possibilità di aprire dispensari anche in zone presidiate da farmacie attive appare, peraltro, giustificata dalla necessità di dotare il sistema della capacità di fronteggiare anche situazioni del tutto peculiari in cui, pur a fronte di una razionale programmazione del servizio sul territorio, permangono, a causa della sfavorevole configurazione dei luoghi, aree scoperte o non adeguatamente servite dal presidio di zona (Consiglio di Stato, sez. III, 27/02/2018, n. 1205).

3.4. Competenza amministrativa.

Altro profilo problematico conseguente alla nuova formulazione dell'art. 2 della l. n. 475/1968 concerne la procedura d'istituzione e localizzazione delle sedi farmaceutiche sul territorio. In primo luogo, la novella legislativa ha indubbiamente potenziato il ruolo dell'ente comunale. Mentre nel precedente assetto la funzione di quest'ultimo era meramente consultiva, essendo l'atto finale di approvazione dell'organizzazione territoriale delle farmacie di competenza dell'autorità regionale; nel nuovo quadro normativo la deliberazione comunale si configura quale atto definitivo, con riguardo alla individuazione della ubicazione delle nuove sedi farmaceutiche, spettando alla Regione la sola predisposizione del bando e la gestione della procedura concorsuale.

Osserva il T.a.r. Calabria Catanzaro 26 giugno 2013 n. 726 che, all'indomani dell'entrata in vigore dell'art. 11 del d.l. 24 gennaio 2012, n. 1, convertito in legge n. 27 del 2012, si sono formati, nella giurisprudenza amministrativa, due diversi e contrapposti orientamenti giurisprudenziali in ordine alla competenza della Giunta ovvero del Consiglio comunale all'adozione dell'atto di individuazione e dislocazione sul territorio comunale delle nuove sedi farmaceutiche.

Secondo un primo orientamento, la competenza va ascritta in capo alla Giunta comunale. Si osserva che, nel sistema delineato dal d.lgs. n. 267 del 2000, il principio generale è quello secondo cui la Giunta ha competenza residuale per gli atti di amministrazione non riservati al Consiglio comunale e che non rientrino nelle attribuzioni, previste dalle leggi o dallo statuto, del Sindaco, del Presidente della Provincia, degli Organi di decentramento, del Segretario o dei Funzionari dirigenti. Non esiste, peraltro, alcuna norma espressa che attribuisca al Consiglio la competenza

nella materia in oggetto. Inoltre, la modifica normativa del 2011 ha obiettivamente semplificato le procedure di scelta in subiecta materia ancorandole ad uno stretto criterio demografico. Ha così, seppur indirettamente, attribuito natura gestionale all'atto di istituzione di nuove sedi farmaceutiche, privandolo di quei caratteri di natura programmatica e previsionale che, in astratto, avrebbero indotto a ravvisare una competenza del Consiglio comunale. Infine, induce a deporre in tal senso anche la constatazione che l'art. 2, comma 2, della legge 475 del 1968, che prevedeva la competenza del Consiglio Comunale in questa materia, risulta oggi soppresso (Tar Campania, Napoli, n. 1489 del 2013; Tar Lombardia, Brescia, n. 402 del 2013; Tar Emilia Romagna - Parma, sez. I - sentenza 17 settembre 2013 n. 263; Consiglio di Stato, Sez. III - 22 agosto 2013 n. 4257).

Un diverso orientamento, invece, ritiene che la competenza sia del Consiglio comunale. Si osserva che l'art. 11 del d.l. n. 1 del 2012, convertito nella legge n. 27 del 2012, in materia di pianificazione delle sedi farmaceutiche, ha attribuito al Comune il potere di individuare le sedi farmaceutiche da istituire, lasciando alla Regione solo la possibilità di intervenire in via sostitutiva in caso di inerzia dell'Ente locale, con ciò innovando la previgente disciplina, in base alla quale la revisione della pianta organica delle farmacie spettava esclusivamente all'Autorità regionale mentre l'Amministrazione comunale interveniva nel procedimento fornendo un apporto meramente consultivo. Conseguentemente, nell'attuale sistema, poiché il servizio farmaceutico è un pubblico servizio ed il suo dimensionamento e, soprattutto, l'ubicazione delle sedi farmaceutiche rientrano nell'ambito della materia dell'organizzazione dei pubblici servizi, le relative decisioni spettano, ai sensi dell'art. 42, comma 2, lett. e), del d.lgs. n. 267 del 2000, al Consiglio Comunale, anche perché si tratta di scelte fondamentali attinenti alla vita sociale e civile di una comunità locale (Tar Puglia, Lecce, n. 941 del 2013; Tar Basilicata n. 378 del 2012; Tar Lazio - Latina, sez. I - sentenza 9 luglio 2013 n. 599).

Il T.a.r. Calabria n. 726/2013 dichiara di aderire a questo secondo orientamento giurisprudenziale, perché l'atto con cui il Comune delibera l'istituzione di nuove sedi farmaceutiche ha riflessi sulla pianificazione e organizzazione del servizio farmaceutico nell'intero territorio comunale, con l'effetto che si configura appunto la competenza del Consiglio comunale. Si tratta, peraltro, di atto a contenuto programmatico, che, anche alla luce del nuovo quadro normativo, non appare prescindere da

un momento di pianificazione, a livello pubblicistico, dell'organica distribuzione sul territorio delle sedi delle farmacie, stante la finalizzazione del servizio alla tutela del diritto alla salute, garantendo l'accessibilità in condizioni paritarie e di non discriminazione alla dispensa dei farmaci (Cons. Stato, n. 751 del 2013).

Tale contrasto permane ancora oggi.

Di recente, il Tar Lazio ha evidenziato che la legislazione statale distribuisce le competenze distinguendo tre tipi di attività:

1) la determinazione del numero delle farmacie (disciplina del contingentamento delle sedi farmaceutiche), per la quale il legislatore statale, pur non precisando il soggetto competente alla determinazione, detta una specifica proporzione (una farmacia ogni 3.300 abitanti);

2) l'individuazione delle nuove sedi farmaceutiche e la loro localizzazione, attività che la normativa statale demanda ai Comuni (art. 2 della legge 2 aprile 1968, n. 475, come modificato dall'art. 11, comma 1, lettera c), del decreto-legge 24 gennaio 2012, n. 1, convertito, con modificazioni, dall'art. 1, comma 1, della legge 24 marzo 2012, n. 27);

3) l'assegnazione dei servizi farmaceutici attraverso procedure concorsuali, a cui segue il rilascio delle autorizzazioni ad aprire le farmacie e ad esercitare detti servizi, per cui il legislatore statale determina i requisiti per la partecipazione ai concorsi, mentre alle Regioni e alle Province autonome spetta la competenza ad adottare i bandi di concorso (art. 4 della legge 8 novembre 1991, n. 362 - art. 11, comma 3, del d.l. n. 1 del 2012).

La scelta del Legislatore statale di attribuire ai Comuni il compito di individuare le zone in cui collocare le farmacie risponde all'esigenza di assicurare un ordinato assetto del territorio, corrispondente agli effettivi bisogni della collettività locale, ossia alla finalità, enunciata dall'art. 11 della l. n. 27 del 2012, di assicurare un'equa distribuzione delle farmacie sul territorio, tenendo, altresì, conto dell'esigenza di garantire l'accessibilità del servizio farmaceutico anche a quei cittadini residenti in aree scarsamente abitate.

Per questo motivo, l'individuazione e la localizzazione delle sedi farmaceutiche sono connesse ai compiti di pianificazione urbanistica attribuiti ai Comuni, enti appartenenti ad un livello di governo più prossimo ai cittadini, in piena coerenza con il principio costituzionale della sussidiarietà verticale. Secondo il Tar Lazio, "in mancanza di un'espressa disposizione legislativa contenuta nella l. n. 27 del 2012, con riferimento all'istituzione di nuove sedi farmaceutiche da parte del Comune, trova applicazione il principio generale secondo cui la competenza residuale per

gli atti non riservati al Consiglio e che non rientrino nelle competenze di altri organi, appartiene alla Giunta comunale, e non al Consiglio” (cfr., T.A.R. Roma, (Lazio), sez. II, 03/04/2017, n. 4184).

Né può dubitarsi dell’incostituzionalità dell’art. 11, comma 1, lett. c) del decreto-legge 24 gennaio 2012, n. 1, recante "disposizioni urgenti per la concorrenza, lo sviluppo delle infrastrutture e la competitività", come sostituito in sede di conversione dalla legge 24/03/2012, n. 27, che modifica l’art. 1 della legge 2 aprile 1968, n. 475, per violazione del riparto delle competenze programmatiche tra Comune e Regione, in quanto la Corte Costituzionale (sentenza n. 255 del 31 ottobre 2013) ha già affermato che l’organizzazione dei servizi farmaceutici rientra nella materia della tutela della salute, di competenza concorrente dello Stato e delle Regioni, ai sensi dell’art. 117, comma terzo della Cost. (ex multis, sentenze n. 231 del 2012, n. 150 del 2011, n. 295 del 2009 e n. 87 del 2006). Questa impostazione è stata confermata dal Consiglio di Stato, il quale, riformando sul punto la sentenza di prime cure, ha evidenziato che “secondo costante orientamento giurisprudenziale, spetta alla Giunta comunale (e non al Consiglio) l’istituzione di nuove sedi farmaceutiche, atteso che al Consiglio sono riservati solo gli atti fondamentali relativi alla programmazione della vita politico-amministrativa dell’Ente locale aventi un elevato contenuto di indirizzo politico, mentre spettano alla Giunta tutti gli atti rientranti nelle funzioni di governo aventi contenuto esecutivo. Inoltre, la Giunta ha competenza residuale per gli atti di amministrazione non riservati al Consiglio; tale competenza ha carattere generale e si estende anche alle ipotesi in cui norme anteriori prevedevano espressamente la competenza consiliare” (Consiglio di Stato, sez. III, 20/03/2017, n. 1250 che conferma sul punto la sentenza della stessa sez. III del 15 gennaio 2016, n. 110).

E’ interessante notare che la stessa III sezione del Consiglio di Stato, con una sentenza di poco successiva, ha, in altra occasione, aderito all’impostazione opposta: ai sensi dell’art. 11, d.l. 24 gennaio 2012 n. 1, convertito in l. 24 marzo 2012 n. 27, l’atto con cui il Comune approva l’istituzione di nuove sedi farmaceutiche ha natura programmatica e riflessi sull’intero territorio comunale, con la conseguenza che, ai sensi dell’art. 42 comma 1 lett. b), d.lg. 18 agosto 2000 n. 267, la competenza ad adottare la relativa decisione appartiene al Consiglio comunale al quale, nel sistema del testo unico delle leggi sugli enti locali, sono riservati solo gli atti fondamentali relativi alla programmazione della vita politico-amministrativa dell’ente locale aventi un elevato contenuto di indirizzo

politico, mentre spettano alla Giunta comunale tutti gli atti rientranti nelle funzioni degli organi di governo aventi contenuto esecutivo, con conseguente competenza residuale per gli atti di amministrazione non riservati al Consiglio e che non rientrino nelle competenze, previste dalle leggi o dallo statuto, del Sindaco, del Presidente della provincia, degli Organi di decentramento, del Segretario o dei Funzionari dirigenti; tale competenza della Giunta ha carattere generale e si estende anche alle ipotesi in cui norme anteriori prevedevano, in modo espresso, la competenza consiliare essendo esse mera espressione dell'opposto principio, allora vigente, della generalità e residualità della competenza consiliare e della specialità e tipicità di quella giuntale (Consiglio di Stato, sez. III, 22/03/2017, n. 1305).

Permane, dunque, un contrasto sulla competenza all'istituzione e localizzazione di nuove sedi farmaceutiche, anche se pare prevalente l'orientamento che assegna alla Giunta comunale il relativo potere.

Con riguardo, ad esempio, al diritto di prelazione, altre pronunce hanno affermato la competenza della Giunta Comunale nell'esercizio della prelazione sulla farmacia istituita ai sensi dell'art. 2 della l. 2 aprile 1968 n. 475, dell'art. 104, r.d. 27 luglio 1934 n. 1265, come modificato dall'art. 2, l. 8 novembre 1991 n. 362. Dopo la sostituzione dell'art. 2, la competenza della Giunta è stata confermata dalla sentenza del Consiglio di Stato, Sez. III, 18 maggio 2015 n. 2521 (cfr., T.A.R. Milano, (Lombardia), sez. III, 09/10/2015, n. 2135).

Con riguardo alla violazione del procedimento per l'istituzione di nuove sedi farmaceutiche, è stato ritenuto illegittimo il provvedimento di istituzione di una nuova sede farmaceutica che non ha previamente acquisito e tenuto in considerazione i pareri obbligatori dell'Asl e dell'Ordine dei farmacisti. L'eventuale annullamento del provvedimento istitutivo di una nuova sede farmaceutica per la mancata considerazione dei pareri di Asl e Ordine dei farmacisti contrari alla perimetrazione prescelta dal Comune non investe l'istituzione della nuova sede ma solo l'assegnazione della zona di competenza (T.A.R. Roma, (Lazio), sez. II, 23/02/2017, n. 2773).

Con riguardo allo specifico caso della Provincia autonoma di Bolzano, il Tar ha precisato che, in ordine al procedimento di scelta ed assegnazione delle nuove sedi farmaceutiche, il dato normativo - cfr. l'art. 11 del d.l. n. 1/2012 - evidenzia la separazione delle competenze, ai comuni spettando l'identificazione delle zone ed alla Provincia Autonoma di Bolzano l'espletamento dei concorsi, senza peraltro prescrivere una sequenza

temporale tassativa tra lo svolgimento delle due fasi. Pertanto, la messa a concorso di una nuova farmacia, localizzata con provvedimento oggetto di impugnazione, rimane legittima ed utile, in quanto niente vieta, in linea di principio, che venga individuata una sede nonostante che sia sub iudice la fase di esatta delimitazione dell'area di pertinenza, purchè sia stato chiarito che il futuro vincitore del concorso conseguirà la sede in quella che sarà la sua configurazione definitiva all'esito del relativo giudizio. Inoltre, la scadenza dei termini di cui all'art. 11, comma 3, del d.l. n. 1/2012 e l'insorgere della competenza sostitutiva della Provincia non comporta di per sé l'estinzione del potere decisionale del comune. La competenza sostitutiva della Provincia non è, infatti, una sanzione bensì un rimedio per l'eventualità che il comune resti inadempiente (T.A.R. Bolzano, (Trentino-Alto Adige), sez. I, 17/04/2018, n. 128).

3.5. Turni di apertura delle farmacie.

In relazione agli orari e turni di apertura delle farmacie, la legge 124/2017 ha realizzato una vera e propria liberalizzazione, prevedendo ora la piena libertà della farmacia nello stabilire gli orari di apertura.

In particolare, l'art. 1, comma 165, dispone che “Gli orari e i turni di apertura e di chiusura delle farmacie convenzionate con il Servizio sanitario nazionale stabiliti dalle autorità competenti costituiscono il livello minimo di servizio che deve essere assicurato da ciascuna farmacia. E' facoltà di chi ha la titolarità o la gestione della farmacia di prestare servizio in orari e in periodi aggiuntivi rispetto a quelli obbligatori, purché ne dia preventiva comunicazione all'autorità sanitaria competente e all'ordine provinciale dei farmacisti e ne informi la clientela mediante cartelli affissi all'esterno dell'esercizio”.

In relazione, dunque, agli orari e turni delle farmacie, una volta garantito il livello minimo di servizio che ciascuna farmacia deve assicurare, si può dire che si è realizzata una piena liberalizzazione del servizio, consentendo l'apertura delle farmacia in altri orari e giorni purché sia notiziata l'Asl competente e sia avvisata la clientela.