**N. 00865/2013REG.PROV.COLL.**

**N. 04293/2012 REG.RIC.**

****

**REPUBBLICA ITALIANA**

**IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**

**Il Consiglio di Stato**

**in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)**

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 4293 del 2012, proposto da:  Vitangelo Tangorra, rappresentato e difeso dall'avv. Silvio Dodaro, con domicilio eletto presso l’avv. Alfredo Placidi in Roma, via Cosseria, 2;

*contro*

Comune di Bari, in persona del sindaco in carica, rappresentato e difeso dagli avv. Rossana Lanza e Rosaria Basile, con domicilio eletto presso l’avv. Roberto Ciociola in Roma, via Bertoloni, 37;

*per la riforma*

della sentenza del T.A.R. PUGLIA - BARI: SEZIONE II n. 01751/2011, resa tra le parti, concernente autorizzazione per la vendita al dettaglio, su area pubblica, di alimentari-risarcimento danni.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Comune di Bari;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 14 dicembre 2012 il Cons. Paolo Giovanni Nicolo' Lotti e uditi per le parti gli avvocati Francesco Casertano, su delega dell'avv. Silvio Dodaro e Roberto Ciociola, su delega degli avv.ti Rosaria Basile e Rossana Lanza;

FATTO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia, Bari, Sez. II, con la sentenza n. 1751 del 18 novembre 2011, ha respinto il ricorso proposto dall’attuale appellante per l’annullamento della determina dirigenziale della Città di Bari Ripartizione Sviluppo Economico Settore Commercio – Ufficio Aree Pubbliche n. 2010/263/00228 del 14 settembre 2010, comunicata con nota prot. n. 221204 del 22 settembre 2010, con la quale si revocava l’autorizzazione amministrativa n. 5359 del 12 gennaio 2009 e si rilasciava una nuova autorizzazione amministrativa sostitutiva della precedente (n. 7901 del 16 settembre 2010).

Il TAR fondava la sua decisione rilevando, sinteticamente, che l’intervenuta liberalizzazione dell’esercizio dell’attività commerciale e la bipartizione semplificata dei nuovi settori merceologici in “alimentari” e “non alimentari” ad opera del D.Lgs. 31 marzo 1998, n. 114, ispirate all’esigenza di liberalizzazione di mercato e al principio di libera concorrenza, costituiscono circostanze che, pur definendo ed ampliando l’ambito ed i contenuti dell’esercizio dell’attività commerciale in se considerata, nulla hanno a che vedere con l’esercizio dell’attività di vendita e con l’assegnazione di un posto nell’area mercatale di quartiere, soggetta a speciale normativa; speciale normativa che non attiene all’esercizio dell’attività commerciale in se considerata, bensì all’assegnazione del posto all’interno del mercato rionale ed alla specifica destinazione della connessa attività di vendita.

Per il TAR, infatti, le specifiche problematiche e le esigenze connesse all’assetto commerciale del mercato rionale, giustificano la limitazione e la selezione delle attività di vendita al suo interno al fine di assicurare un corretto andamento dell’attività e di favorire adeguato assortimento di prodotti nell’interesse anche dei consumatori.

Il TAR osserva conclusivamente che la stessa legge regionale 24 luglio 2001, n. 18, in attuazione della normativa nazionale, prevede a sua volta espressamente che il Comune possa differenziare sul piano merceologico l’assegnazione dei posti nell’ambito dei mercati, anche secondo criteri di esclusiva vendita di determinati prodotti e limitazioni, indipendentemente dal contenuto dell’autorizzazione commerciale in se considerata e che, proprio sulla base di tale quadro normativo, il Comune di Bari ha adottato la delibera GM 17 gennaio 2002, n. 24, in cui si prevede che l’assegnazione del posteggio nei mercati giornalieri coperti sia subordinato alla condizione che “non ve ne siano altre analoghe per la tipologia merceologica richiesta”.

L’appellante contestava la sentenza del TAR e, con l’appello in esame, chiedeva l’accoglimento del ricorso di primo grado.

Si costituiva la parte appellata chiedendo il rigetto dell’appello.

All’udienza pubblica del 14 dicembre 2012 la causa veniva trattenuta in decisione.

DIRITTO

Ritiene il Collegio che preliminarmente debba sintetizzarsi il quadro normativo di riferimento in cui deve trovare collocazione la presente vicenda.

E’ noto che nel nostro ordinamento, dalla piena libertà di aprire esercizi commerciali senza alcuna autorizzazione propria dell'età liberale, salvi i controlli estrinseci a tutela dell'ordine pubblico, si è passati nel 1926 alla licenza rilasciata dal podestà che poteva essere negata anche per motivi in senso lato di programmazione.

Infatti, l'art. 3 del R.D.L. 16 dicembre 1926, n. 2174, convertito in L. n. 2501/1927, attribuiva al podestà la facoltà di negare la licenza, qualora il numero degli spacci già esistenti fosse sufficiente alle esigenze del Comune, tenuto conto dello sviluppo edilizio, della densità della popolazione, della ubicazione dei mercati rionali.

Nel secondo dopoguerra, terminata la fase dei tentativi di programmazione economica, la L. n. 426/1971 aveva introdotto una disciplina organica del commercio caratterizzata dal piano comunale di sviluppo e di adeguamento con funzione sia di regolazione urbanistica che di programmazione economica.

L'art. 11 della L. n. 426/1971 prevedeva, infatti, al comma 2, che "Il piano, nel rispetto delle previsioni urbanistiche, tende ad assicurare la migliore funzionalità e produttività del servizio da rendere al consumatore e il maggior possibile equilibrio tra installazioni commerciali a posto fisso e la presumibile capacità di domanda della popolazione stabilmente residente e fluttuante".

All'art. 12, comma 1, si precisava che "Il piano rileva la consistenza della rete distributiva in atto nel territorio del comune, detta norme e direttive per lo sviluppo e l'adeguamento della medesima, e può determinare, per i vari settori merceologici, la superficie minima dei locali adibiti alla vendita" nonché "eventualmente anche con riferimento a singole zone, il limite massimo in termini di superficie globale, separatamente per settori merceologici, della rete di vendita per generi di largo e generale consumo" (comma 2).

A seguito della legge delega 15 marzo 1997, n. 59, il cui art. 4, comma 4, lett. c), indicava al Governo l'obiettivo di promuovere e razionalizzare la rete commerciale, anche a fini del contenimento dei prezzi e dell'efficacia della distribuzione, la cd. riforma Bersani del commercio (d.lgs. n. 114/1998) ha assegnato alle Regioni due compiti fondamentali.

In primo luogo, la definizione degli indirizzi generali per l'insediamento delle attività commerciali, indicando gli obiettivi da perseguire (art. 6, comma 1 e 2, D.Lgs. n. 114/1998).

In secondo luogo, la fissazione dei criteri di programmazione urbanistica riferiti al settore commerciale in modo da consentire agli strumenti urbanistici comunali di individuare le aree da destinare ad insediamenti commerciali e in particolare quelle nelle quali consentire gli insediamenti di medie e grandi strutture di vendita al dettaglio, che come è noto, ai sensi dell'art. 4 del d.lgs. n. 114/1998, sono caratterizzate dall'ampiezza della superficie di vendita, rispettivamente da 150 a 250 mq e da 1500 a 2500 mq a seconda del numero di abitanti del Comune.

Inoltre, vengono specificati i limiti cui sottoporre questi insediamenti in relazione alle tutele artistiche, culturali, ambientali, ai vincoli urbanistici, alla correlazione tra titoli edilizi e autorizzazione commerciale.

In specifico, il comma 2 dell'art. 6 assegna alla Regione il compito di individuare oltre alla localizzazione:

b) "i limiti ai quali sono sottoposti gli insediamenti commerciali in relazione alla tutela dei beni artistici, culturali e ambientali, nonché dell'arredo urbano, ai quali sono sottoposte le imprese commerciali nei centri storici e nelle località di particolare interesse artistico e naturale";

c) "i vincoli di natura urbanistica ed in particolare quelli inerenti la disponibilità di spazi pubblici o di uso pubblico e le quantità minime di spazi per parcheggi, relativi alle diverse strutture di vendita";

d) "la correlazione dei procedimenti di rilascio della concessione o autorizzazione edilizia inerenti l'immobile o il complesso di immobili e dell'autorizzazione all'apertura di una media o grande struttura di vendita, eventualmente prevedendone la contestualità".

Se gli indirizzi generali e i criteri di programmazione appena visti riguardano tutte le specie di strutture di vendita, l'art. 8 del d.lgs. n. 114/1998, con specifico riguardo a quelle medie assegna ai Comuni il compito di adottare i criteri per il rilascio delle autorizzazioni all'apertura, trasferimento e ampliamento (comma 3) e la disciplina relativa del procedimento con la previsione di forme di silenzio assenso (comma 4).

Fino alla direttiva 2006/123/CE e al suo recentissimo recepimento ad opera del D.Lgs. n. 59/2010, il sistema delineato nel 1998 non ha conosciuto particolari interventi normativi, salvo il D.L. n. 223/2006 (cd. Decreto Bersani sulle liberalizzazioni) che, in tema di attività commerciali e di somministrazione al pubblico di alimenti e bevande, ha introdotto il divieto di fissare contingenti e parametri numerici legati alla logica dell'equilibrio tra domanda e offerta; infatti, tale D.L. n. 223/2006, convertito in L. n. 248/2006, all'art. 3, comma 1, lett. d,) abolisce l'obbligo di rispettare i "limiti riferiti a quote di mercato predefinite o calcolate sul volume delle vendite a livello territoriale sub regionale"; e salvo, naturalmente, la riforma del titolo V della Costituzione e la sua successiva interpretazione da parte della Corte Costituzionale con riguardo alla competenza legislativa in materia di commercio, competenza attratta a quella dello Stato stante l'estensione trasversale della materia "tutela della concorrenza" (cfr. Corte cost., 14 dicembre 2007, n. 430 e Consiglio di Stato, sez. V, 5 maggio 2009, n. 2808; inoltre, Corte cost. 20 luglio 2012, n. 200) e la necessità di garantire su tutto il territorio nazionale i livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali.

Pertanto, in linea di principio, la disciplina dell'attività commerciale ha nel tempo conosciuto un progressivo spostamento del momento discrezionale dall'atto puntuale di assenso agli atti generali di programmazione-pianificazione: il piano degli insediamenti produttivi prima e il piano di adeguamento poi (si parlerà, infatti, in proposito, di cd. urbanistica commerciale; il D.M. 4 agosto 1988, n. 375, nel disciplinare la formazione dei piani commerciali all'art. 30, commi 6 e 7 utilizza proprio tale espressione).

Come accennato, il legislatore delegato, con d.lgs. 26 marzo 2010, n. 59, in vigore dal 8 maggio 2010, ha dato attuazione alla direttiva 2006/123/CE (cd. direttiva Bolkestein).

La novità della disciplina e la sua rilevanza ai fini che qui interessano, suggerisce di farne breve cenno.

Con il decreto n. 59/2010 trovano ingresso i principi comunitari di liberalizzazione dei servizi interni, intendendosi per "servizi" tutte le prestazioni anche a carattere intellettuale svolte in forma imprenditoriale o professionale, fornite senza vincolo di subordinazione e normalmente fornite dietro retribuzione.

Solo ai servizi non economici, così come a una nutrita serie di altre ipotesi descritte dall'art. 2 all'art. 7 non si applica la nuova disciplina.

L'art. 10, che apre il capo I del titolo II, è denominato "disposizioni generali sull'accesso e l'esercizio delle attività di servizi" e contiene il fulcro della disciplina in esame: "l'accesso e l'esercizio delle attività di servizi costituiscono espressione della libertà di iniziativa economica e non possono essere sottoposti a limitazioni non giustificate o discriminatorie".

Quando l'esercizio dell'attività non è propriamente libero ma subordinato a comunicazione all'amministrazione, essa ha la forma della dichiarazione con avvio immediato dell'attività: l'art. 10, comma 2, del d.lgs. n. 59/2010 richiama sul punto la disciplina dell'art. 19, comma 2, secondo periodo, della L. 7 agosto 1990, n. 241, come sostituito dall'art. 85 dello stesso decreto.

Il regime autorizzatorio (art. 14) costituisce eccezione al principio di libero accesso all'esercizio delle attività di servizi, in quanto può essere istituito o mantenuto solo se giustificato da motivi imperativi di interesse generale, categoria di formazione giurisprudenziale (cfr., tra le pronunce che fanno applicazione di tale principio, Corte Giust. CE, sez. VIII, 30 aprile 2009, C-132, in tema di circolazione di apparecchiature radio e di apparecchiature terminali di telecomunicazione; Corte giustizia, sez. III, 10 aprile 2008, n. 265, in tema di legge portoghese che vietava l'applicazione di pellicole colorate sui vetri delle automobili), equiparata alle "ragioni di pubblico interesse" ed esemplificata attraverso l'elencazione di valori di ampio spettro: dall'ordine pubblico, alla sicurezza pubblica, al perseguimento degli obiettivi sociali e culturali.

Un caso di mantenimento è proprio relativo al settore del commercio nei mercati rionali, ex art. 70 del decreto, su cui infra.

In ogni caso il regime autorizzatorio è sottoposto a limiti di carattere positivo (rispetto dei principi di non discriminazione, di proporzionalità) e/o negativo (art. 15).

Soltanto se sussiste un motivo imperativo di interesse generale può essere imposto che il procedimento si concluda con l'adozione di provvedimento espresso.

La parte seconda del d.lgs., per quanto qui interessa, contiene importanti applicazioni dei principi appena visti.

In particolare, per quanto riguarda il commercio su aree pubbliche, oggetto del presente appello, l’art. 70 del d.lgs. n. 59/2010, appena richiamato, vi ha inciso profondamente.

Infatti, il comma 2 di tale articolo ha stabilito che il comma 4 dell'articolo 28 del decreto legislativo 31 marzo 1998, n. 114, (articolo prima dedicato a tale settore) è sostituito dal seguente: «4. L'autorizzazione all'esercizio dell'attività di vendita sulle aree pubbliche esclusivamente in forma itinerante e rilasciata, in base alla normativa emanata dalla regione dal comune nel quale il richiedente, persona fisica o giuridica, intende avviare l'attività. L'autorizzazione di cui al presente comma abilita anche alla vendita al domicilio del consumatore, nonché nei locali ove questi si trovi per motivi di lavoro, di studio, di cura, di intrattenimento o svago.».

Il successivo comma 3 ha stabilito di subordinare l’autorizzazione non più, come specificava il comma 13 dell'articolo 28 del citato decreto n. 114 del 1998 alla “densità della rete distributiva e della popolazione residente e fluttuante”, ma solo “limitatamente ai casi in cui ragioni non altrimenti risolvibili di sostenibilità ambientale e sociale, di viabilità rendano impossibile consentire ulteriori flussi di acquisto nella zona senza incidere in modo gravemente negativo sui meccanismi di controllo, in particolare, per il consumo di alcolici e senza ledere il diritto dei residenti alla vivibilità del territorio e alla normale mobilità. In ogni caso resta ferma la finalità di tutela e salvaguardia delle zone di pregio artistico, storico, architettonico e ambientale e sono vietati criteri legati alla verifica di natura economica o fondati sulla prova dell'esistenza di un bisogno economico o sulla prova di una domanda di mercato, quali entità delle vendite di prodotti alimentari e non alimentari e presenza di altri operatori su aree pubbliche”.

Tale impostazione è coerente con il nuovo quadro normativo in materia di pubblici esercizi di somministrazione di alimenti e bevande posteriore all’introduzione nel nostro ordinamento delle disposizioni della cd. Direttiva Bolkestein sopra ricordata.

Infatti, ad un sistema, basato sulla l. n. 287/1991, che prevedeva la programmazione dell'accesso a questa attività in base alle direttive del Ministero dell'industria e in cui le Regioni erano chiamate a fissare criteri e parametri per la determinazione delle autorizzazioni rilasciabili nelle aree interessate, il d.lgs. n. 59/2010 (che mantiene il regime autorizzatorio nella forma del silenzio assenso, che prende la forma dell'inizio attività differito per il trasferimento di sede e di gestione dell'esercizio, ex art. 64) conserva solo limitatamente alle zone del territorio da sottoporre a tutela la programmazione dell'apertura di nuove strutture, con l'impossibilità di adottare criteri di programmazione legati a verifiche di natura economica o fondati sulla prova dell'esistenza di un bisogno economico o sulla prova di una domanda di mercato.

Pertanto, la programmazione dell'apertura di pubblici esercizi, anche in relazione ai mercati rionali, viene attentamente perimetrata nell'ambito dei principi posti dalla direttiva 2006/123/CE con il preciso divieto di utilizzare criteri di tutela per gli esercizi esistenti e le quote di mercato dagli stessi acquisite.

La disposizione è finalizzata a svincolare ogni regolamentazione locale avente fini di programmazione dell’attività commerciale sulle aree pubbliche da logiche legate all’equilibrio del mercato.

La determinazione di criteri programmatori sarà possibile solo qualora lo richiedano ragioni non altrimenti risolvibili di sostenibilità ambientale e sociale e di viabilità che rendano impossibile consentire ulteriori flussi di acquisto nella zona senza incidere in modo gravemente negativo sui meccanismi dì controllo, in particolare per il consumo dì alcolici, e senza ledere il diritto dei residenti alla vivibilità del territorio e alla normale mobilità.

Anche in questo caso, la disposizione attua quanto espressamente previsto dalla Direttiva (cfr. art. 14, comma 1, n. 5).

Tuttavia, l’articolo 70, comma 5, del medesimo d. lgs. n. 59/2010 rinvia ad una “intesa in sede di Conferenza unificata, ai sensi dell’articolo 8, comma 6, della legge 5 giugno 2003, n. 131, anche in deroga al disposto di cui all’articolo 16 del medesimo decreto” (Selezione tra diversi candidati), per individuare, senza discriminazioni basate sulla forma giuridica dell’impresa, i criteri per il rilascio e il rinnovo della concessione dei posteggi per l’esercizio del commercio su aree pubbliche e le disposizioni transitorie da applicare, con le decorrenze previste, anche alle concessioni in essere alla data di entrata in vigore del presente decreto ed a quelle prorogate durante il periodo intercorrente fino all’applicazione di tali disposizioni transitorie.

La disposizione, dunque, rinvia ad un successivo provvedimento da assumersi con intesa in sede di Conferenza Unificata, con il quale risolvere le conseguenze che possono determinarsi in relazione alle nuove disposizioni in materia di esercizio del commercio sulle aree pubbliche tramite l’utilizzo di un posteggio.

Come è noto, la concessione di posteggio per l’esercizio dell’attività di cui al ricordato art. 28, comma 1, lett. a), del decreto legislativo n. 114/1998 ha attualmente durata decennale e, nella quasi totalità dei casi, per effetto delle relative disposizioni regionali, è tacitamente rinnovata o assegnata con procedure di selezione che, in ogni caso, prevedono meccanismi di priorità nei confronti dei soggetti che già hanno utilizzato la relativa porzione di area pubblica.

Le suddette modalità di assegnazione dei posteggi risultano incompatibili con l’art. 12 della Direttiva (art. 16 del decreto n. 59/2010).

Tale articolo, infatti, stabilisce che “1. Qualora il numero di autorizzazioni disponibili per una determinata attività sia limitato per via della scarsità delle risorse naturali (…), gli Stati membri applicano una procedura di selezione tra i candidati potenziali, che presenti garanzie di imparzialità e di trasparenza e preveda, in particolare, un'adeguata pubblicità dell'avvio della procedura e del suo svolgimento e completamento. 2. Nei casi di cui al paragrafo 1 l'autorizzazione è rilasciata per una durata limitata adeguata e non può prevedere la procedura di rinnovo automatico né accordare altri vantaggi al prestatore uscente o a persone che con tale prestatore abbiano particolari legami”.

Tale principio è pedissequamente riprodotto, come detto, all’interno del testo del decreto all’art. 16, per cui risulta necessario procedere alla individuazione di nuovi criteri che risultino conformi al principio comunitario ed emanare apposite disposizioni transitorie.

Nell’ambito dell’intesa di cui al citato articolo 70, comma 5, potranno pertanto, ad esempio, essere fissati i criteri di individuazione di una durata adeguata di tali concessioni, tenuto conto non solo degli investimenti necessari per attrezzare i posteggi, ma anche delle esigenze organizzative dell’impresa e delle problematiche anche di ordine sociale rilevanti nel settore.

In tale intesa, nell’ambito della affermata esigenza di evitare discriminazioni basate sulla forma giuridica dell’impresa nei criteri di concessione dei posteggi, potranno essere inoltre individuati eventuali limiti al numero dei posteggi concedibili ad una stessa impresa nella medesima area pubblica mercatale, a prescindere se si tratti di impresa individuale o impresa costituita in forma societaria, per garantire una maggiore gamma di prodotti e di offerte ed un sufficiente confronto concorrenziale.

In ogni caso, il Collegio ritiene che le concessioni in essere alla data di entrata in vigore del decreto restano efficaci fino alla scadenza del termine decennale per ciascuna di esse originariamente previsto, sulla base delle norme regolamentari e di pianificazione ivi previste; esse saranno oggetto di riassegnazione al termine di tale periodo, nel rispetto delle modalità e delle procedure stabilite in conformità ai nuovi criteri individuati nel provvedimento recante l’intesa prevista dall’art. 70, comma 5, nel rispetto delle nuove regole in materia di commercio sulle aree mercatali disposto dall’art. 70 predetto.

La presenza di una disposizione transitoria, di per sé non contrastante con l’obbligo di recepimento della Direttiva Bolkestein, salvi i limiti di proporzionalità comunitaria e di ragionevolezza costituzionale anche sotto il profilo temporale, al momento non ancora, ritiene il Collegio, superati, elimina la questione, pure importante, della compatibilità di quella disciplina con i principi della direttiva 2006/123/CE ed in particolare del principio che vieta una limitazione delle aperture, se non per motivi imperativi di interesse pubblico sopra evidenziati e oggetto di una specifica disciplina proprio con riferimento al settore dei mercati rionali (l’art. 70 citato).

Giova ricordare che, con riguardo alla distribuzione delle competenze normative e delle funzioni amministrative, con i correlati problemi dell'applicazione del principio di sussidiarietà e dei limiti alla legislazione esclusiva regionale in materia di commercio interno posti dal principio di concorrenza (cfr., da ultimo, anche la già ricordata sentenza della Corte cost. 20 luglio 2012, n. 200 nel giudizio di legittimità costituzionale in via principale dell'art. 3 del D.L. 13 agosto 2011, n. 138, convertito, con modificazioni, dalla l. 14 settembre 2011, n. 148), il d.lgs. n. 59/2010 prevede che, in attesa del recepimento della direttiva 2006/123/CE da parte delle Regioni e delle Province autonome per i profili eventualmente rientranti nelle loro competenze esclusive o concorrenti, le nuove norme statali abbiano natura cedevole e dunque prevalgono solo provvisoriamente (ex art. 84).

Pertanto, la legittimità dell’atto impugnato in questo giudizio, relativa all’autorizzazione ora ricadente nella disciplina dell’art. 70 del d.lgs. n. 59/2010, non può essere valutata alla stregua dei nuovi principi e delle nuove regole in materia, introdotte dalla disciplina di recepimento, poiché, come detto, il regime transitorio ne differisce l’applicazione con riferimento proprio al settore qui in rilievo (commercio nei mercati rionali).

Peraltro, si deve osservare che la Corte Costituzionale, con la sentenza 19 dicembre 2012, n. 291, nel giudizio di costituzionalità in via principale avverso le norme della Regione Toscana di cui all’art. 6 della L. reg. 28 novembre del 2011, n. 63 (recante “Disposizioni in materia di outlet ed obbligo di regolarità contributiva nel settore del commercio sulle aree pubbliche. Modifiche alla legge regionale 7 febbraio 2005 n. 28”), che prevedono l’inapplicabilità, per motivi imperativi di interesse generale, dell'art. 16 del decreto legislativo n. 59 del 2010, riguardante la procedura di selezione tra i candidati al rilascio di autorizzazioni disponibili in numero limitato per una determinata attività di servizi, ha dichiarato l’illegittimità costituzionale di detto articolo.

Tale disposizione, infatti, per la Consulta, eliminando, nel proprio ambito regionale, i vincoli e i limiti posti dalla disciplina statale relativamente ai regimi di rilascio di autorizzazioni per avere accesso ad un’attività di servizi, si pone in evidente contrasto con la normativa comunitaria e con quella nazionale attuativa della stessa.

Tale pronuncia non contraddice, ma anzi rafforza l’apparato argomentativo della presente decisione, poiché da un lato conferma che le disposizioni in materia di commercio sulle aree mercatali, come quella oggetto del presente giudizio, sono ora pienamente attratte dalla disciplina comunitaria e dalla normativa nazionale di essa attuativa e, pertanto, esse sono inderogabili da fonti diverse, come quella regionale o come la disciplina statale anteriore.

Dall’altro, si conferma che è la disciplina nazionale attuativa (e quindi il cit. d.lgs. n. 59 del 2010, di recepimento della cit. Direttiva n. 123 del 2006) a dover dettare la disciplina di dettaglio attuativa della Direttiva comunitaria e dei principi di liberalizzazione del commercio ad essa sottesa, pur nei limiti della compatibilità con le norme comunitarie stesse, di cui si effettua la trasposizione; limiti di compatibilità che, con riferimento al periodo transitorio sopra indicato, appaiono rispettati dal legislatore nazionale, salva, come detto e si ribadisce, una sproporzionata dilatazione del periodo transitorio medesimo che, invece, sarebbe possibile ritenere non conforme al diritto comunitario.

Ovviamente, l’atto impugnato, in quanto di poco posteriore all’entrata in vigore del d.lgs. n. 59/2010 (come detto, in vigore dall’8 maggio 2010), può ricadere legittimamente in tale periodo transitorio, il quale, tuttavia, non può dilatarsi oltre la proporzionalità e la ragionevolezza (come già accennato), pena la disapplicabilità della relativa disposizione e l’immediata applicazione della normativa comunitaria in tema, con disapplicazione di ogni altra norma regolamentare e/o di rango legislativo con essa contrastante.

Pertanto, nel caso di specie, la revoca dell’autorizzazione n. 5359 del 12 gennaio 2009 e il rilascio di una nuova autorizzazione sostitutiva della precedente (nuova autorizzazione n. 7901 del 16 settembre 2010), finalizzata alla vendita di frutta secca, olive, prodotti conservati, bevande e taralli con esclusione, dunque, dei prodotti del suolo, può essere legittimamente disposta sulla base del predetto diritto transitorio, così come sopra articolatamente argomentato, essendo invece in sé incompatibile, come è ovvio, con le regole generali per il commercio su aree pubbliche ed in particolare con i divieti di cui al predetto comma 2 dell’art. 70 del d.lgs. n. 59/2010.

In altre parole e conclusivamente, finché opera la deroga prevista dall’art. 70, comma 5 citato, per i mercati rionali continuano ad applicarsi le regole vigenti e, in particolare, nel caso di specie, la legge regionale 24 luglio 2001, n. 18, in attuazione della normativa nazionale (art. 28 d.lgs. n. 114/1998, già più volte indicato), che prevede a sua volta espressamente che il Comune possa differenziare sul piano merceologico l’assegnazione dei posti nell’ambito dei mercati, anche secondo criteri di esclusiva vendita di determinati prodotti e limitazioni, indipendentemente dal contenuto dell’autorizzazione commerciale in se considerata (art. 3, comma 2, art. 6, comma 5), nonché la delibera di giunta municipale 17 gennaio 2002, n. 24 del Comune di Bari (che sarebbe, invece, disapplicabile, in quanto atto regolamentare, se la vicenda fosse avvenuta al di fuori del periodo transitorio, così come la Legge Regionale).

Peraltro, la revoca in oggetto, contenente una limitazione per singoli prodotti, non solo è implicita nel tenore del predetto atto regolamentare del 2002, ma risulta anche dal Piano Comunale del Commercio di Bari, approvato successivamente al rilascio dell’autorizzazione originaria, ma in vigore al momento dell’emanazione dell’atto qui impugnato.

All’infondatezza della pretesa azionata dall’appellante consegue la reiezione della domanda risarcitoria proposta dal medesimo.

Conclusivamente, alla luce delle predette argomentazioni, l’appello deve essere respinto, in quanto infondato.

Le spese di lite del presente grado di giudizio possono essere compensate sussistendo giusti motivi.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull’appello come in epigrafe proposto, lo respinge.

Compensa le spese di lite del presente grado di giudizio.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 14 dicembre 2012 con l'intervento dei magistrati:

Carmine Volpe, Presidente

Paolo Giovanni Nicolo' Lotti, Consigliere, Estensore

Antonio Amicuzzi, Consigliere

Doris Durante, Consigliere

Antonio Bianchi, Consigliere

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
|  |  |  |
|  |  |  |
| **L'ESTENSORE** |  | **IL PRESIDENTE** |
|  |  |  |
|  |  |  |
|  |  |  |
|  |  |  |
|  |  |  |

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 13/02/2013

IL SEGRETARIO

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