

Corte di Giustizia dell'unione Europea, Sez. I, causa C-16/2023, 17/10/2024

di Miriam Francesca Canna*

LA DISCIPLINA NORMATIVA SUI MONOPOLI: TRA TUTELA DELLA SALUTE E LIBERTÀ DI CONCORRENZA

Sommario: -1. Introduzione e questioni al vaglio della decisione annotata; -2. La decisione della Corte di Giustizia UE; -3. Contesto normativo e giurisprudenziale nazionale; -4. Considerazioni conclusive.

1.- Introduzione e questioni al vaglio della decisione annotata.

La decisione che si annota afferisce alla tematica della lotta al tabagismo e del difficile bilanciamento tra la tutela del diritto alla salute e la libertà di concorrenza.

In breve, la vicenda giudiziaria. Il Tribunale amministrativo regionale per la Liguria, nel contesto dell'istituzione di una nuova rivendita di tabacchi lavorati, ha proposto alla Corte di Giustizia dell'Unione europea la domanda di pronuncia pregiudiziale, ai sensi dell'art. 267¹² del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea (TFUE). A fronte di tale richiesta, la CGUE si è pronunciata sulla compatibilità con la direttiva n. 2006/123/CE (cd. direttiva Bolkestein o direttiva Servizi)³ della normativa italiana applicabile alla vendita al dettaglio di prodotti del tabacco, considerato che tale disciplina utilizza criteri restrittivi, basati sulla distanza geografica e sulla densità di popolazione, per autorizzarne l'istituzione.

* Laureata in Giurisprudenza presso l'Università degli Studi di Salerno.

¹ Rubricato, "Rinvio pregiudiziale", a tenore del quale: "La Corte di giustizia dell'Unione europea è competente a pronunciarsi in via pregiudiziale: a) sull'interpretazione dei trattati; b) sulla validità e l'interpretazione degli atti compiuti dalle istituzioni, dagli organi o dagli organismi dell'Unione.

Quando una questione del genere è sollevata dinanzi ad un organo giurisdizionale di uno degli Stati membri, tale organo giurisdizionale può, qualora reputi necessaria per emanare la sua sentenza una decisione su questo punto, domandare alla Corte di pronunciarsi sulla questione.

Quando una questione del genere è sollevata in un giudizio pendente davanti a un organo giurisdizionale nazionale, avverso le cui decisioni non possono proporsi un ricorso giurisdizionale di diritto interno, tale organo giurisdizionale è tenuto a rivolgersi alla Corte.

Quando una questione del genere è sollevata in un giudizio pendente davanti a un organo giurisdizionale nazionale e riguardante una persona in stato di detenzione, la Corte statuisce il più rapidamente possibile".

² Per un approfondimento sul tema si rimanda a L. Daniele, *Diritto dell'Unione europea*, VII ed., Milano 2020, 434; L. Antonioli, voce *Corte di Giustizia delle Comunità europee*, in *Enc. dir.*, Annali, I, (2007) 440; S. Spuntarelli, *Il ruolo del rinvio pregiudiziale alla CGUE nella giurisdizione amministrativa*, in *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico* 3 (2018) 985ss.; G. Vitale, *La logica del rinvio pregiudiziale tra obbligo di rinvio per i giudici di ultima istanza e responsabilità*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.* 1 (2013) 59ss.; S. Foà, *Giustizia amministrativa e rinvio pregiudiziale alla CGUE: da strumento "difensivo" a mezzo per ridiscutere il sistema costituzionale*, in *Federalismi.it.* 4 (2021); G. Tulumello, *Sui presupposti dell'obbligatorietà del rinvio pregiudiziale per i giudici nazionali di ultima istanza: segnali (convergenti) di un'esigenza di ripensamento della giurisprudenza Cilfit*, in www.giustiziamministrativa.it, 2021.

³ Direttiva 2006/123/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 12 dicembre 2006 relativa ai servizi nel mercato interno, sulla quale, *ex multis*, R. Cafari Panico, *La liberalizzazione dei servizi tra il regime vigente e la direttiva Bolkestein*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo* (2006) 1880-1893; M. Fallon, A.-C. Simon, S. D'Acunto, *Direttiva Servizi (2006/123/CE): genesi, obiettivi e contenuto*, Milano 2009; C. Buzzacchi, *Il panorama dei servizi in Europa: in attesa della libera circolazione*, in C. Buzzacchi (a cura di), *Il mercato dei servizi in Europa*, Milano 2014, 1-24; R. Mastroianni, *La libertà di prestazione di servizi nella giurisprudenza comunitaria. I principi generali*, in F. Bestagno, L.G. Radicati Di Brozolo (curr.), *Il mercato unico dei servizi*, Milano 2007, 2ss.; M. Pedrazzi, *Potrà l'applicazione della "direttiva Bolkestein" ledere i diritti fondamentali?*, in *Dir. Pub. Comparato ed Europeo* IV (2006).

È utile precisare che la questione pregiudiziale è stata sollevata nell'ambito della controversia tra FA.RO (società di diritto italiano) e l'Agenzia delle Dogane e dei Monopoli (in prosieguo: "ADM") relativamente al rigetto di una domanda di detta società volta ad ottenere l'istituzione di una nuova rivendita di tabacchi lavorati. A seguito della soppressione del patentino che le permetteva la vendita al dettaglio di prodotti del tabacco, la FA.RO. chiedeva all'ADM l'istituzione di una nuova rivendita presso la propria attività commerciale di somministrazione di alimenti e bevande. L'Autorità rigettava l'istanza, motivando che i requisiti relativi alla distanza geografica minima tra prestatori e alla demografia, previsti dalla normativa nazionale (art. 2 del d.m. n. 38 del 2013), non fossero stati soddisfatti.

La FA.RO, dal canto suo, proponeva ricorso al Tar Ligure, giudice del rinvio, rappresentando che l'istituzione di una nuova rivendita presso il proprio esercizio commerciale non avrebbe determinato alcun sovradimensionamento dell'offerta rispetto alla domanda, a causa dell'elevato flusso turistico in determinati periodi (in particolare, nel fine settimana e durante la stagione turistica). Alla luce di tali circostanze, a parere della società ricorrente, l'ADM non avrebbe dovuto applicare meccanicamente i parametri stabiliti dalla normativa nazionale, piuttosto verificare la necessità e la proporzionalità delle restrizioni al libero accesso al mercato dei servizi e disapplicare l'art. 24, comma 42, del d.l. n. 98 del 2011⁴ (convertito, con modificazioni, nella l. n. 111 del 2011) e l'art. 2 del d. m. n. 38 del 2013⁵, in quanto contrari all'art. 15, paragrafi 1 e 2, della direttiva n. 2006/123.

⁴ Art. 24, comma 42, d.lgs. n. 98 del 2011, Disposizioni urgenti per la stabilizzazione finanziaria: *“Con regolamento emanato entro il 31 marzo 2013, ai sensi dell'articolo 17, comma 3, della legge 23 agosto 1988, n. 400, dal Ministro dell'economia e delle finanze sono dettate disposizioni concernenti le modalità per l'istituzione di rivendite ordinarie e speciali di generi di monopolio, nonché per il rilascio ed il rinnovo del patentino, secondo i seguenti principi:*

a) ottimizzazione e razionalizzazione della rete di vendita, anche attraverso l'individuazione di criteri volti a disciplinare l'ubicazione dei punti vendita, al fine di contemperare, nel rispetto della tutela della concorrenza, l'esigenza di garantire all'utenza una rete di vendita capillarmente dislocata sul territorio, con l'interesse pubblico primario della tutela della salute consistente nel prevenire e controllare ogni ipotesi di offerta di tabacco al pubblico non giustificata dall'effettiva domanda di tabacchi;

b) istituzione di rivendite ordinarie solo in presenza di determinati requisiti di distanza, non inferiore a 200 metri, e di popolazione, nel rispetto del rapporto di una rivendita ogni 1.500 abitanti;

c) (lettera abrogata dalla l. 3 maggio 2019, n. 37);

d) trasferimenti di rivendite ordinarie solo in presenza dei medesimi requisiti di distanza e, ove applicabili, anche di popolazione di cui alla lettera b);

e) istituzione di rivendite speciali solo ove si riscontri un'oggettiva ed effettiva esigenza di servizio, da valutarsi in ragione dell'effettiva ubicazione degli altri punti vendita già esistenti nella medesima zona di riferimento, nonché in virtù dei requisiti di cui alla lettera b);

f) rilascio e rinnovi di patentini da valutarsi in relazione alla natura complementare e non sovrapponibile degli stessi rispetto alle rivendite di generi di monopolio, anche attraverso l'individuazione e l'applicazione del criterio della distanza”.

⁵ Art. 2 del decreto ministeriale n. 38/2013 (*“Regolamento recante disciplina della distribuzione e vendita dei prodotti da fumo”*) Criteri per l'istituzione di rivendite ordinarie: *1. L'istituzione delle rivendite ordinarie è consentita in presenza dei parametri di cui al presente articolo. 2. La distanza minima del locale adibito a nuova rivendita, rispetto a quello della rivendita più vicina già in esercizio, è pari o superiore a: a) metri 300, nei comuni con popolazione fino a 30.000 abitanti; b) metri 250, nei comuni con popolazione da 30.001 a 100.000 abitanti; c) metri 200, nei comuni con popolazione superiore a 100.000 abitanti. 3. Non è consentita l'istituzione di una nuova rivendita qualora ((nei comuni interessati)) sia stato già raggiunto il rapporto di una rivendita ogni 1.500 abitanti, salvo che ((nei comuni con popolazione inferiore a 1.500 abitanti che ne siano sprovvisti, qualora sussista un effettivo e concreto interesse del servizio e la rivendita ordinaria più vicina già in esercizio ((in altro comune)) risulti distante oltre 600 metri. 4. La distanza è intesa come il percorso pedonale più breve ed è calcolata secondo le disposizioni applicative stabilite con provvedimento direttoriale dell'Agenzia delle dogane e dei monopoli, nel rispetto delle disposizioni del decreto legislativo 30 aprile 1992, n. 285, e successive modificazioni. ((Per l'individuazione della popolazione comunale si fa riferimento, nelle more della completa accessibilità dell'Anagrafe nazionale della popolazione residente, ad apposita certificazione rilasciata dal Comune ovvero, in mancanza, ai dati dell'ultimo censimento pubblicato dall'Istat.)). 4-bis. Il provvedimento di istituzione di una rivendita in via di esperimento ai sensi dell'articolo 21, comma 2, della legge 22 dicembre 1957, n. 1293, può essere revocato nell'interesse del servizio nel caso in cui venga meno uno dei parametri di cui ai commi 2 e 3. Le rivendite in esperimento non possono formare oggetto di cambio di titolarità, salvo il caso di assegnazione al*

In tale contesto, il giudice del rinvio decideva di sospendere il giudizio e di sottoporre alla Corte il seguente quesito: se, in sostanza, la direttiva n. 2006/123⁶ osti ad una normativa nazionale che subordina il rilascio di un'autorizzazione di punti vendita di prodotti del tabacco al rispetto di requisiti relativi alla distanza geografica minima tra i prestatori e alla demografia, senza che l'Autorità pubblica competente possa prendere in considerazione, in luogo di tali requisiti, aumenti periodici del numero di consumatori.

2.- La decisione della Corte di Giustizia.

Va premesso che l'art. 267 del TFUE attribuisce alla CGUE la competenza a pronunciarsi, in seguito a richiesta di un organo giurisdizionale di uno Stato membro, “a) *sull'interpretazione dei trattati*” e “b) *sulla validità e l'interpretazione degli atti compiuti dalle istituzioni, dagli organi o dagli organismi dell'Unione*”. Tale competenza (c.d. pregiudiziale o di rinvio) costituisce uno strumento di preziosa cooperazione tra il giudice nazionale e la Corte di giustizia. Essa, infatti, viene esercitata con riguardo a questioni che sorgono in un processo nazionale, relative all'interpretazione di disposizioni comunitarie ovvero alla validità di atti unionali. La decisione su tali questioni è essenziale per la risoluzione del caso da parte del giudice nazionale⁷.

In ordine all'interpretazione della direttiva n. 123/2006, con le due diverse questioni, il giudice *a quo* chiede, “*essentialiter*”, se l'art. 15 debba essere interpretato nel senso che osta ad una normativa nazionale che subordini il rilascio di un'autorizzazione di punti vendita di prodotti del tabacco al rispetto di requisiti relativi alla distanza geografica minima tra i prestatori e alla demografia, il tutto senza che l'Autorità pubblica competente possa considerare, in luogo di tali requisiti, aumenti periodici del numero di consumatori.

La normativa nazionale che riserva la vendita al dettaglio di tabacchi lavorati a distributori autorizzati rientra, come precisato dalla CGUE, nell'ambito di applicazione della Direttiva Servizi. Nel dettaglio, trattasi di un «regime di autorizzazione»⁸, ai sensi dell'art. 4, punto 6, della direttiva n. 2006/123, in quanto un prestatore di servizi ha l'obbligo di espletare una pratica presso un'Autorità competente al fine di ottenere da quest'ultima un atto formale che gli consenta di accedere a tale attività. Ne consegue che i requisiti restrittivi, come quelli relativi a distanza e demografia, devono rispettare l'art. 10, paragrafo 2, lettere da a) a g), di detta direttiva ovvero devono essere: non discriminatori, giustificati da un motivo imperativo di interesse generale e commisurati a tale obiettivo⁹, chiari ed inequivocabili, oggettivi, resi pubblici preventivamente e, infine, trasparenti e accessibili.

coadiutore nell'ipotesi di premorienza del titolare. 4-ter. Ai fini dell'assegnazione, ai sensi degli articoli 19 e seguenti della legge 22 dicembre 1957, n. 1293, della gestione delle rivendite istituite, il richiedente presenta una dichiarazione sostitutiva di atto notorio redatta ai sensi del decreto del Presidente della Repubblica 28 dicembre 2000, n. 445, relativa alla sussistenza di eventuali violazioni fiscali e situazioni di morosità verso l'Erario o verso l'Agente della riscossione di importo superiore a quello previsto dall'articolo 80, comma 4, del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, definitivamente accertate o risultanti da sentenze non più impugnabili”.

⁶ Per un approfondimento sul contenuto della direttiva si rimanda a S. D'acunto, *Direttiva servizi (2006/123/UE), Genesi, obiettivi, contenuto*, Milano 2009.

⁷ Secondo l'impostazione tradizionale della dottrina, il rinvio pregiudiziale (d'interpretazione) ha una duplice funzione: quella di “realizzare una interpretazione e quindi una applicazione del diritto comunitario uniforme in tutti i Paesi membri, in modo che esso abbia dovunque la stessa efficacia”; e quella “di verificare la legittimità di una legge nazionale o di un atto amministrativo o anche di una prassi amministrativa rispetto al diritto comunitario”, G. Tesaurò, *Diritto comunitario*, IV ed., Padova 2005, 295-296.

⁸ Sul punto, v. B. Nascimbene, *Le eccezioni ai principi. Interesse generale di ordine pubblico*, in F. Bestagno, L.G. Radicati Di Brozolo (curr.), *Il mercato unico dei servizi*, Milano 2007, 42ss.; M. Condinanzi, *La libertà di stabilimento*, in G. Strozzi (cur.), *Diritto dell'Unione Europea. Parte Speciale*, Torino 2006, 172ss.; M. Condinanzi, B. Nascimbene, *La libera prestazione dei servizi e delle professioni in generale*, in A. Tizzano (cur.), *Il diritto privato dell'Unione europea*, Torino 2006, 330ss.; S. D'acunto, *Direttiva servizi (2006/123/CE): genesi, obiettivi e contenuto*, Milano 2009, 47ss.

⁹ In dottrina si è rilevato che la fissazione da parte di istituzioni europee dei criteri generali di fornitura del servizio costituisce «una comunitarizzazione dell'individuazione degli interessi generali dei cittadini che richiedono deroghe ai

Ebbene, il motivo imperativo di interesse generale sotteso a tali criteri restrittivi ben può consistere nella protezione della salute umana¹⁰ contro i rischi derivanti dai tabacchi lavorati. Viceversa, considerazioni di natura puramente economica non possono costituire un motivo imperativo di interesse generale.

Giova rammentare, inoltre, che un regime di autorizzazione non può contenere requisiti vietati ed è l'art. 14, punto 5, della direttiva n. 2006/123 a prevedere il divieto di subordinare il rilascio di un'autorizzazione alla prova dell'esistenza di un bisogno economico o di una domanda di mercato. I requisiti restrittivi relativi alla distanza e alla demografia, a parere della Corte, devono essere, altresì, tali da garantire, in modo coerente e sistematico, la realizzazione dell'obiettivo perseguito e non eccedere quanto necessario per conseguirlo. Tali restrizioni, dunque, sono strumentali al controllo dell'offerta di tale prodotto. Infatti, la verifica sull'offerta di tabacchi lavorati tende non solo, limitando il numero di punti vendita, a scoraggiarne il consumo (contribuendo così a proteggere la salute della collettività), ma può anche contribuire a ridurre il ricorso a prodotti di contrabbando, i quali, a causa dei prezzi inferiori e della potenziale mancanza di controlli di qualità, potrebbero incentivare ulteriormente il consumo e comportare rischi supplementari per la salute dei consumatori. Ebbene, il meccanismo di controllo dell'offerta, pur essendo volto a garantire l'accessibilità e la disponibilità dei tabacchi lavorati legali, deve essere coerente con l'obiettivo primario di tutela della salute pubblica. Ciò significa che tale meccanismo deve avere un effetto dissuasivo reale sulla domanda di tali prodotti, scoraggiandone il consumo, senza paradossalmente condurre ad un aumento dell'offerta illegale.

Gli Stati membri, come peraltro evidenziato dalla Corte nella sentenza in commento, godono di un ampio margine di discrezionalità nel decidere il livello di tutela della salute pubblica che intendono attuare e le modalità per raggiungere tale obiettivo. Pertanto, non è indispensabile che le misure restrittive adottate da uno Stato membro corrispondano ad una concezione condivisa da tutti gli Stati dell'Unione Europea.

Alla luce di tale margine di discrezionalità, quando uno Stato ritiene opportuno introdurre misure volte a controllare l'offerta di prodotti del tabacco lavorato, può legittimamente ritenere che un aumento periodico del numero dei consumatori non costituisca un fattore di cui occorra specificamente tener conto. La presa in considerazione di un siffatto aumento periodico, infatti, sarebbe in palese contrasto con l'obiettivo primario perseguito di una limitazione dell'offerta, la quale è direttamente finalizzata a disincentivare il consumo di tabacco.

Peraltro, secondo la normativa nazionale¹¹, anche se i requisiti relativi alla distanza e alla demografia siano soddisfatti, le rivendite ordinarie sono istituite, segnatamente, quando l'amministrazione lo ritenga utile ed opportuno nell'interesse del servizio; ne consegue che la mera circostanza che i requisiti siano soddisfatti non garantisce automaticamente il rilascio di un'autorizzazione per una nuova rivendita ordinaria.

principi di concorrenza»: V. Sottili, *L'art. 86 del trattato CE*, in L.G. Radicati Di Bronzolo (cur.), *Servizi essenziali e diritto comunitario*, Torino 2001, 60.

¹⁰ La tutela della sanità pubblica, come risulta dall'art. 4, punto 8, della direttiva 2006/123 e del suo considerando 7, figura tra i motivi imperativi di interesse generale che possono giustificare restrizioni alle libertà di circolazione: «*Ai fini della presente direttiva, si intende per "motivi imperativi d'interesse generale": motivi riconosciuti come tali dalla giurisprudenza della Corte di giustizia, tra i quali: l'ordine pubblico, la sicurezza pubblica, l'incolumità pubblica, la sanità pubblica, il mantenimento dell'equilibrio finanziario del sistema di sicurezza sociale, la tutela dei consumatori, dei destinatari di servizi e dei lavoratori, l'equità delle transazioni commerciali, la lotta alla frode, la tutela dell'ambiente, incluso l'ambiente urbano, la salute degli animali, la proprietà intellettuale, la conservazione del patrimonio nazionale storico ed artistico, gli obiettivi di politica sociale e di politica culturale*».

¹¹ Dal combinato disposto dell'art. 21, comma 1, della l. n. 1293 del 1957 e dell'art. 2, lett. a), del decreto ministeriale n. 38 del 2013, si desume che l'istituzione delle rivendite ordinarie avviene dove e quando l'amministrazione ne ravvisi l'utilità e l'opportunità nell'interesse generale e che la rete di vendita dei tabacchi lavorati sia adeguata all'interesse del servizio.

In conclusione, alla luce di tali considerazioni, la CGUE ha dichiarato conforme alla disciplina comunitaria (direttiva n. 123/2006) la normativa nazionale che fissa restrizioni all'autorizzazione di punti vendita di prodotti del tabacco in funzione di una distanza geografica minima tra prestatori e della popolazione residente, consentendo all'Autorità pubblica competente di valutare altre circostanze di fatto oggettive - come l'afflusso turistico - che, pur in mancanza dei suddetti requisiti, dimostrino nel caso concreto la sussistenza di un'esigenza di servizio, purché soddisfino i criteri di cui all'art. 10 della direttiva di cui si tratta.

3.- Contesto normativo e giurisprudenziale nazionale.

La normativa nazionale¹² che disciplina la vendita al dettaglio di generi di monopolio¹³, con particolare attenzione ai prodotti del tabacco e accessori, è improntata ai principi di ottimizzazione e razionalizzazione della rete di vendita al fine di contemperare, in conformità con la tutela della concorrenza, l'esigenza di garantire all'utenza una rete di vendita dislocata sul territorio in modo capillare, con l'interesse pubblico primario della tutela della salute consistente nel prevenire e controllare ogni ipotesi di offerta di tabacco al pubblico non giustificata dall'effettiva domanda di tabacchi, e nel rispetto di determinati requisiti di distanza (non inferiore a 200 metri) e di popolazione (rapporto di una vendita ogni 1.500 abitanti).

L'art. 16 della l. n. 1293 del 1957¹⁴ prevede che la vendita al pubblico di generi di monopolio è effettuata a mezzo di rivendite o di patentini. In particolare, occorre distinguere tra rivendite ordinarie e quelle speciali. Mentre le rivendite ordinarie sono istituite dove e quando l'Amministrazione lo ritenga utile ed opportuno nell'interesse del servizio (*ex art. 21*), le rivendite speciali sono istituite per soddisfare particolari esigenze del servizio in aree specifiche; inoltre, l'Autorità pubblica competente può concedere l'autorizzazione a vendere prodotti soggetti a monopolio in tali particolari aree di ritrovo mediante un patentino.

Nel dettaglio. Le rivendite ordinarie rappresentano esercizi commerciali specificamente autorizzati alla vendita di tabacchi e altri generi di monopolio, comunemente noti come "tabaccherie". Sono ubicate sulla pubblica via e affidate in concessione a privati per una durata massima di nove anni.

Le rivendite speciali sono punti vendita istituiti per soddisfare particolari esigenze di servizio in luoghi specifici, quali stazioni ferroviarie e marittime, aeroporti, aree di servizio automobilistiche, istituti di pena, sale bingo, stazioni metropolitane, ipermercati e centri commerciali. L'affidamento in concessione avviene generalmente tramite trattativa privata per un periodo massimo di nove anni.

L'amministrazione può rilasciare l'autorizzazione a vendere i generi di monopolio nei pubblici esercizi a mezzo di patentino; in tale ipotesi il titolare si approvvigiona presso la rivendita ordinaria più vicina; ai sensi dell'art. 7 del d.m. n. 38 del 2013 il rilascio ovvero il rinnovo¹⁵ dei patentini devono essere giustificati dalla necessità di erogazione del servizio in luoghi e tempi in cui non può essere svolto dalle rivendite ordinarie. È esclusa, tuttavia, la possibilità di rilasciare il patentino quando presso la rivendita vicina, collocata a distanza inferiore a limiti predeterminati, sia installato un distributore automatico di tabacchi lavorati.

¹² Si tratta di un complesso quadro normativo: l. n. 1293 del 22 dicembre 1957, e il relativo regolamento di esecuzione (DPR n. 1074 del 14 ottobre 1958); l. n. 384 del 23 luglio 1980, l'art. 24, comma 42, del d.l. n. 98 del 6 luglio 2011, convertito con l. n. 111 del 15 luglio 2011, come modificato dall'art. 4 della l. n. 37 del 3 maggio 2019, e i decreti del Ministro dell'economia e delle finanze n. 38 del 21 febbraio 2013, e n. 51 del 12 febbraio 2021.

¹³ In materia di liberalizzazione della vendita di generi di monopolio, la normativa di riferimento è dettata dall'art. 45 della l. n. 907 del 1942 (legge sul monopolio dei sali e dei tabacchi), riguardo alla quale la Corte di Giustizia, con sentenza n. 387/1995, ha statuito che: "gli artt. 5, 9, 30, 37 e 86 del Trattato di Roma non ostano ad una normativa nazionale che, come quella italiana, riserva la vendita al dettaglio dei tabacchi lavorati a rivenditori autorizzati dalla PA allorché questa non intervenga nelle scelte di rifornimento dei dettaglianti".

¹⁴ L. n. 1293 del 1957: "Organizzazione dei servizi di distribuzione e vendita dei generi di monopolio".

¹⁵ V. Cons. Stato, Sez. IV, 26/05/2017, n. 2479, che ha chiarito che non sussiste differenziazione, quanto ai requisiti richiesti, tra rilascio del patentino e rinnovo del patentino sicché v'è la necessità, anche per il rinnovo, di tutti i presupposti previsti normativamente per il rilascio.

La decisione di istituire rivendite ordinarie è rimessa all’Agenzia delle dogane e dei monopoli che, ai sensi dell’art. 21, comma 1, della l. n. 1293 del 1957, deve esercitare il potere guardando al criterio-guida dell’“interesse del servizio”.

L’Amministrazione ha, in materia, una sfera di discrezionalità ristretta¹⁶, poiché vincolata “a monte” dalla legge. In particolare, la lett. b) dell’art. 24, comma 42, del d.l. n. 98 del 2011¹⁷ ha stabilito che le rivendite ordinarie possono essere istituite solo in presenza di determinati requisiti di distanza, non inferiore a 200 metri, e di popolazione, nel rispetto del rapporto di una rivendita ogni 1.500 abitanti. Il legislatore, tra l’altro, ha fissato criteri minimi volti ad evitare una sovrabbondante concentrazione di tabaccherie e conseguente eccesso di offerta di prodotti da fumo¹⁸. Si è osservato che la normativa in tema di distanze tra rivendite ha come finalità quella di prevenire ed escludere il possibile sovradimensionamento ingiustificato della rete di vendita mediante l’equa e razionale dislocazione territoriale dei punti vendita di generi di monopolio, assicurando al contempo il perseguimento di fondamentali interessi di rilevanza costituzionale quali la tutela della salute e dei minori dell’età¹⁹.

Il parametro relativo al rapporto rivendite/popolazione residente è stato introdotto con la l. n. 37 del 2019 e con il d.m. n. 51 del 2021, in sostituzione del requisito di produttività minima previsto dai testi originari²⁰²¹. Con riguardo a tale criterio demografico, è stato chiarito che la sua *ratio* sta

¹⁶ Sulla discrezionalità amministrativa, si vedano ad es. e di recente: R. Villata, M. Ramajoli, *Il provvedimento amministrativo*, Torino 2017, 72ss.; F.G. Scoca, *L’interesse legittimo. Storia e teoria*, Torino 2017, 432ss.

¹⁷ Novellata dall’art. 4 della l. n. 37 del 2019.

¹⁸ A seguito delle modifiche introdotte dal d.m. n. 51 del 2021, l’art. 2 del d.m. n. 38 del 2013 prescrive i seguenti parametri distanziali e demografici: una distanza minima dalla rivendita viciniora già in esercizio di metri 300 nei comuni con popolazione fino a 30.000 abitanti, di metri 250 nei comuni con popolazione da 30.001 a 100.000 abitanti e di metri 200 nei comuni con popolazione superiore a 100.000 abitanti nonché un rapporto di n. 1 rivendita ogni 1.500 abitanti residenti nel comune; è ammessa la possibilità di deroga alla suddetta proporzione solamente per i comuni con meno di 1.500 abitanti sprovvisti di tabaccherie, qualora sussista un effettivo e concreto interesse del servizio e la rivendita ordinaria più vicina già in esercizio in altro comune disti oltre 600 metri.

¹⁹ Cfr., in tal senso, Cons. St., Sez. IV, 17/02/2017, n. 725.

²⁰ D.l. n. 98 del 2011 e del d.m. n. 38 del 2013, il cui requisito di produttività minima aveva formato oggetto di rilievi della Commissione europea nel caso precontenzioso EU-Pilot 8002/15/GROW, risultando in contrasto con l’art. 14, par. 1, n. 5) della direttiva 2006/123/CE (che vieta di subordinare l’autorizzazione di un’attività di servizi, tra l’altro, alla valutazione della redditività dell’impresa).

²¹ Con riferimento all’originario parametro della produttività minima (sostituito dall’art. 4, comma 1, della l. n. 37 del 3 maggio 2019, che ha modificato l’art. 24, comma 42, del d.l. n. 98 del 6 luglio 2011, da quello della popolazione, a propria volta corredato dall’indicazione del rapporto di una rivendita ogni millecinquecento abitanti), cfr. Cons. Stato, Sez. IV, 17/04/2020, n. 2440 (in *Foro it.* III (2020) 261 con nota di A. Palmieri), secondo cui l’art. 24, comma 42, del d.l. n. 98 del 6 luglio 2011, convertito, con modificazioni, dalla l. n. 111 del 15 luglio 2011, nell’affidare a un regolamento la disciplina della rete di vendita dei generi di monopolio, individuava due parametri fondamentali ai fini dell’istituzione delle rivendite: la distanza e la produttività minima; contestualmente veniva esplicitato che l’intento della regolamentazione in materia era quello di “*contemperare, nel rispetto della tutela della concorrenza, l’esigenza di garantire all’utenza una rete di vendita capillarmente dislocata sul territorio, con l’interesse pubblico primario della tutela della salute consistente nel prevenire e controllare ogni ipotesi di offerta di tabacco al pubblico non giustificata dall’effettiva domanda di tabacchi*”; il d.m. n. 38 del 21 febbraio 2013, attuativo della predetta disposizione di rango primario conteneva norme di dettaglio anche in relazione al requisito della produttività, stabilendo il c.d. criterio reddituale di zona in virtù del quale, per l’istituzione di nuove rivendite, erano stabilite soglie minime che dovevano essere quantomeno raggiunte da un valore pari alla quarta parte della somma degli aggi realizzati dalla vendita di tabacchi dalle tre rivendite più vicine a quella da istituire ed ognuna delle quali posta a una distanza inferiore ai seicento metri rispetto alla sede proposta per l’istituzione della nuova rivendita; il criterio della produttività minima era stato formulato nell’ambito delle regole relative alle rivendite ordinarie (art. 2 del predetto d.m.), ma era richiamato anche dalle norme concernenti le rivendite speciali (art. 4) e quelle ubicate presso gli impianti di distribuzione carburanti (art. 6); queste ultime rientrano peraltro nell’ambito della categoria delle rivendite speciali e sono, dunque, assoggettate allo stesso modo all’obbligo di osservare le distanze minime (cfr. Cons. Stato, Sez. IV, 2/11/2017, n. 5048; Cons. Stato, Sez. IV, 13/04/2016, n. 1450, in *Rep. Foro it.* (2016), voce Atto amministrativo, n. 271; Cons. Stato, Sez. IV, 19/03/2015, n. 1428; Cons. Stato, Sez. IV, 19/03/2015, n. 1427, in *Rep. Foro it.* (2015), voce Idrocarburi, n. 6; pronunce, queste, che hanno superato il diverso orientamento seguito da Cons. Stato, Sez. II, 8/10/2014, n. 3054, secondo cui per le rivendite annesse agli impianti di distribuzione carburanti non poteva farsi ricorso a criteri fondati sulla distanza); in particolare, secondo

nell'esigenza di garantire una rete di vendita capillare, ma non sovradimensionata sicché, nella sua applicazione, è ragionevole prendere in considerazione tutti e soltanto i punti vendita che sono immediatamente accessibili al pubblico, ovvero quelli che sono caratterizzati da un accesso diretto dalla pubblica via ed escludere, invece, i punti vendita che questo accesso non hanno²².

L'ADM, in ogni caso, può disporre di ulteriori criteri, quali: l'esigenza di tenere particolarmente conto delle zone caratterizzate da nuovi sviluppi abitativi, commerciali, della particolare rilevanza assunta dai nodi stradali e dai centri di aggregazione urbana, della popolazione residente ovvero della presenza di uffici e strutture produttive di particolari rilevanza e frequentazione tali da rendere palese la sussistenza dell'interesse del servizio nonché l'esigenza che la rete di vendita dei tabacchi lavorati risulti adeguata all'interesse del servizio ed organizzata in modo tale da garantire l'efficienza e l'efficacia dei controlli da parte dell'amministrazione, a tutela dei minori, dell'ordine e della sicurezza pubblica, della salute pubblica, nonché del gettito delle imposte sui generi di monopolio.

Il legislatore italiano nel non liberalizzare i servizi di commercializzazione dei prodotti da fumo ha operato una scelta che, secondo la giurisprudenza nazionale²³, si rivela giustificata. Le rivendite di tabacchi, infatti, non possono essere equiparate alle comuni imprese economiche, in quanto assolvono una duplice funzione: da un lato siffatte rivendite originano da un monopolio pubblico finalizzato alla realizzazione di entrate fiscali per lo Stato e, dall'altro, cooperano all'espletamento di un servizio che incide su interessi sensibili della collettività, quali la salute pubblica e l'ordine pubblico.

Di conseguenza, si rende necessario un controllo efficace da parte dell'Amministrazione sulla rete di vendita dei tabacchi, al fine di tutelare sia la finanza pubblica (garantendo il gettito fiscale derivante dalla vendita di tali prodotti) sia la salute umana (limitando l'accesso ai prodotti del tabacco e promuovendo politiche di prevenzione del tabagismo).

Tale controllo si realizza attraverso il regime autorizzatorio che consente di regolamentare l'apertura e la gestione delle rivendite di tabacchi, assicurando che rispondano a determinati requisiti e criteri, e che la loro attività sia svolta nel rispetto delle normative vigenti. Ad ogni modo, l'Amministrazione rimane libera, nell'esercizio della sua discrezionalità, di apprezzare diversamente gli interessi in gioco e di ritenere non rilasciabile la concessione ovvero non rinnovabile quella precedentemente concessa²⁴.

In conclusione, la scelta del legislatore di non liberalizzare i servizi di commercializzazione dei prodotti da fumo appare condivisibile, in quanto volta a bilanciare l'interesse economico dello Stato con la tutela di interessi pubblici primari, quali la salute e l'ordine pubblico.

4.- Considerazioni conclusive.

Le coordinate ermeneutiche delineate dalla Corte di Giustizia UE più che tracciare il percorso esegetico per la risoluzione della controversia in esame, sembrano confondere l'interprete non fornendo un valido contributo per la definizione del caso. Infatti, se da un lato la Corte europea afferma che lo Stato gode di un ampio margine di discrezionalità tale che "quando uno Stato membro

la pronuncia in parola, ai fini della verifica della sussistenza del requisito della produttività, nell'ipotesi in cui il soggetto che sia già titolare di un patentino chiedi l'istituzione di una rivendita speciale manifestando la volontà di trasformare il patentino in rivendita speciale, nel calcolo del reddito di zona non può tenersi conto dell'aggio attribuibile al patentino dell'istante.

²² V. Cons. Stato, Sez. IV, 10/02/2022, n. 961.

²³ In tal senso, *inter alia*, Cons. Stato, Sez. I, parere 3/06/2022, n. 927; Cons. Stato, Sez. IV, 25/09/2014, n. 4811; C.g.a., Sez. giur., 30/11/2022, n. 1239; nella giurisprudenza europea si rammenta Corte di giustizia UE, 14/12/1995, C-387/93, Banchemo, la quale, seppur anteriormente alla direttiva "servizi", ha sancito che le norme del Trattato CEE non ostano ad una normativa nazionale, come quella italiana, che riservi la vendita al dettaglio dei tabacchi lavorati a rivenditori autorizzati dalla pubblica amministrazione.

²⁴ V. Cons. Stato, Sez. IV, 29/03/2021, n. 2599 e Cons. Stato, Sez. IV, 19/07/2021, n. 5392, che in relazione al diniego di rinnovo di patentino per una rivendita speciale e per la ricevitoria del lotto ivi ubicata, sita nei pressi di una ex-stazione ferroviaria, ha osservato che l'amministrazione rimane libera, nell'esercizio della sua discrezionalità di apprezzare diversamente gli interessi in gioco e di ritenere non rinnovabile la concessione precedentemente concessa.

ritiene opportuno introdurre misure volte a controllare l'offerta di prodotti del tabacco lavorato, può legittimamente ritenere che un aumento periodico del numero dei consumatori non costituisca un fattore di cui occorra specificamente tener conto", dall'altro, tuttavia, ha dichiarato conforme alla Direttiva servizi (direttiva n. 123/2006) la normativa nazionale che fissa restrizioni all'autorizzazione di punti vendita di prodotti del tabacco in funzione di una distanza geografica minima tra prestatori e della popolazione residente, consentendo altresì all'Autorità pubblica competente di valutare altre circostanze di fatto oggettive, come l'afflusso turistico.

Ebbene, spetta al giudice del rinvio non solo stabilire se, concretamente, l'aumento periodico della domanda sia un fattore "oggettivo" da considerarsi ai fini del rilascio del patentino, ma anche se siffatto requisito dimostri la sussistenza di un'esigenza di servizio e sempre che soddisfi i criteri di cui all'art. 10 della direttiva Servizi.

Lo scrutinio del giudice *a quo* chiamato a decidere sulla legittimità o meno del provvedimento di diniego del rilascio del patentino (motivato dalla violazione della normativa nazionale che fissa restrizioni all'autorizzazione di punti vendita di prodotti del tabacco in funzione di una distanza geografica minima tra prestatori e della popolazione residente) non potrà non considerare l'*obiter dictum* della CGUE, in particolare nel punto in cui si ammette l'eventuale valutazione, da parte dell'Autorità pubblica competente, delle altre circostanze oggettive che dimostrino la sussistenza di un'esigenza di servizio, compatibilmente con la direttiva n. 123/2006. L'applicazione dei criteri geografici e demografici, pur essendo un elemento fondamentale nella procedura di autorizzazione di rivendite e patentini, non è priva di criticità.

L'obiettivo dichiarato delle restrizioni sul consumo di tabacco, sancito dall'art. 24, comma 42, del d.l. n. 98 del 2011 (convertito in l. n. 111 del 2011), è la tutela della salute umana dai pericoli derivanti dai prodotti del tabacco.

I diversi requisiti (indicati all'art. 7 del d.m. n. 38 del 2013) che l'Amministrazione deve valutare ai fini del rilascio del patentino non sono un mero adempimento formale, ma regolano l'ampia discrezionalità della stessa nella valutazione: il rispetto delle distanze minima tra rivendite e del requisito demografico fornisce un dato oggettivo per l'esame dell'offerta di prodotti di tabacco, consentendo di verificare se la rete di vendita sia satura o se ne sia possibile l'ampliamento²⁵.

Tuttavia, l'efficacia di tali misure nel disincentivare o limitare concretamente il consumo di sigarette suscita dubbi e perplessità, sollevando interrogativi sulla loro reale adeguatezza a proteggere la salute collettiva. Infatti, la sempre maggiore diffusione dei distributori automatici di tali prodotti, facilmente accessibili e utilizzabili anche al di fuori degli orari di apertura dei tabaccai, li rende, di fatto, costantemente disponibili per i consumatori, vanificando ogni tentativo di limitarne la reperibilità.

Inoltre, le distanze minime stabilite tra le rivendite di tabacco, misurate in metri anziché in chilometri, appaiono insufficienti a creare un reale ostacolo all'acquisto di prodotti lavorati di tabacco. Affinché una minore presenza di punti vendita sul territorio possa effettivamente incidere sulle abitudini dei consumatori, sarebbe necessario un ripensamento radicale dei criteri di distanza, con un'implementazione di parametri più stringenti e significativi.

Un ulteriore elemento di criticità risiede nel fatto che la Convenzione-quadro dell'Organizzazione Mondiale della Sanità per la lotta al tabagismo²⁶ (c.d. "CQLT"), pur rappresentando un riferimento

²⁵ Tali affermazioni trovano conferma nella giurisprudenza: "*l'obiettivo generale da raggiungere, infatti, è quello della razionalizzazione delle reti di vendita, garantendo la distribuzione capillare della rete nel rispetto della concorrenza e, nel contempo, la tutela della salute mediante la previsione di un'offerta che non fosse superiore alla domanda*" (Cons. Stato, Sez. IV, 10/07/2018, n. 4208), il Consiglio di Stato ha chiarito che "*in questo contesto assume senz'altro rilievo la disciplina delle distanze, stabilita dal d.m. 21 febbraio 2013, n. 38, per quanto attiene alla vendita dei tabacchi, che va incontro alla necessità di contemperare concorrenza e salvaguardia della salute, lesa, quest'ultima, da un'offerta di prodotti da fumo sproporzionata rispetto alla domanda*" (Cons. Stato, Sez. II, 19/10/2019, n. 6606).

²⁶ Adottata dall'Assemblea mondiale della Sanità il 21 maggio 2003 a Ginevra. Nel preambolo della Convenzione si riconosce che: "*i dati scientifici hanno stabilito in maniera irrefutabile che il consumo di tabacco e l'esposizione al fumo del tabacco, sono causa di decesso, malattia e inabilità*".

autorevole nella definizione di strategie di contrasto a tale fenomeno, non contempla restrizioni specifiche che colpiscano direttamente i venditori di tabacco. Tale omissione appare quantomeno singolare, considerando il ruolo cruciale che i rivenditori svolgono nella catena di distribuzione e commercializzazione dei prodotti del tabacco. La Convenzione indica altri strumenti utili ed efficaci a frenare il consumo di tabacchi; più segnatamente, per diminuire la domanda²⁷ e per ridurre l'offerta²⁸.

Pur riconoscendo l'importanza di tutelare la salute pubblica dai rischi connessi al fumo, le attuali restrizioni sembrano presentare lacune significative che ne minano l'efficacia²⁹.

I vincoli dettati dalla normativa interna potrebbero, talvolta, eccedere i limiti di ciò che è indispensabile per tutelare la salute pubblica attraverso un bilanciamento tra domanda e offerta di tabacco. La loro rigidità, basata su criteri di distanza minima e demografica, potrebbe risultare eccessiva.

È innegabile, infatti, che esistano situazioni in cui il numero di rivenditori autorizzati sia inferiore rispetto alle reali esigenze del territorio. In tali circostanze, in linea con il principio di proporzionalità, l'Agenzia delle dogane e dei monopoli dovrebbe avere la facoltà di valutare eventuali elementi oggettivi che, pur in assenza dei requisiti di distanza e popolazione, dimostrino come l'apertura di una nuova rivendita ordinaria soddisferebbe un'effettiva domanda di servizio, senza determinare un'offerta eccessiva.

Una conferma in tal senso si deduce dalle premesse del d.m. n. 38 del 2013 nelle quali si ravvisa l'esigenza di realizzare una diffusione delle rivendite sul territorio che lungi dal perseguire il massimo incremento dei ricavi del venditore e dello stesso gettito fiscale, piuttosto che preservi un controllato equilibrio tra l'offerta e la domanda effettiva del consumatore³⁰.

Ebbene, considerato che il patentino per la rivendita di tabacchi svolge una funzione di supporto e completamento rispetto alla rete di vendita principale, volto a garantire una maggiore disponibilità di generi di monopolio per rispondere a una domanda che le attività già presenti sul territorio non sono in grado di soddisfare pienamente, il rilascio di tale provvedimento autorizzatorio è subordinato ad una valutazione amministrativa circa l'utilità del nuovo punto vendita e la sua capacità di soddisfare una domanda specifica³¹.

Premesse tali considerazioni, si ritiene che il giudice del rinvio possa chiarire che, in virtù di taluni elementi di flessibilità, l'Autorità sia autorizzata a considerare il flusso turistico quale elemento rilevante ai fini dell'assegnazione di una nuova rivendita.

²⁷ Misure fiscali (art. 6); il divieto di fumare in un'ampia tipologia di luoghi (art. 8); la comunicazione al pubblico delle informazioni sui componenti tossici dei prodotti del tabacco (art. 10); l'apposizione di avvertenze e messaggi descrittivi degli effetti nocivi del fumo stampati su ogni pacchetto o stecca (art. 11); l'organizzazione di campagne di sensibilizzazione sui rischi sanitari del tabagismo (art. 12) ed il divieto di pubblicità e di sponsorizzazione (art. 13); programmi di disintossicazione e cura della dipendenza dal tabacco (art. 14).

²⁸ Misure per prevenire e contrastare il commercio illecito, quali il rilascio di licenze e il tracciamento dei prodotti (art. 15), il divieto di vendita ai minori, divieto di vendita di sigarette sfuse o in piccoli pacchetti, proibizione dell'esposizione su scaffalature direttamente accessibili ai clienti, divieto di distribuzione gratuita (art. 16).

²⁹ Giova rammentare che, con segnalazione AS1059 in data 21 giugno 2013, l'Autorità garante della concorrenza e del mercato, ritenendo che le misure restrittive italiane fossero volte a tutelare non tanto la salute dei cittadini, quanto la redditività dell'attività, auspicava "una modifica della regolamentazione riguardante l'accesso al mercato della vendita al dettaglio dei prodotti del tabacco, affinché siano abolite le distanze minime e, più in generale, tutte le forme di programmazione della struttura dell'offerta".

³⁰ Cfr. T.A.R. Umbria, Perugia, Sez. I, Sent., 28/02/2019, n. 117.

³¹ V. Cons. Stato, Sez. II, 2/10/2019, n. 6606, secondo cui: "esso trova giustificazione solo laddove possa dimostrarsi, all'esito di un esame svolto sulle peculiarità del caso concreto, che l'istanza concerna un'iniziativa idonea, per le sue caratteristiche oggettive e il contesto in cui si inserisce, ad intercettare una domanda nuova (espressa o solo potenziale) rinvenibile in loco".

Infatti, l'applicazione dei criteri restrittivi non è inflessibile. L'art. 3, co. 1 e 2, del d.l. n. 38 del 2013³² introduce criteri integrativi che consentono di modulare tale disciplina. Nel dettaglio, si prevede la possibilità di considerare circostanze specifiche, quali le variazioni stagionali della popolazione (dovute ad esempio all'afflusso turistico). L'apertura di nuovi punti vendita in tali contesti non implicherebbe necessariamente un'offerta sproporzionata rispetto alla domanda. È, peraltro, il dettato normativo che consente all'ADM di valutare l'importanza di aree di espansione, snodi stradali, luoghi di aggregazione e strutture di particolare rilevanza.

In definitiva, l'integrazione dei criteri geografici e demografici con i suddetti elementi di flessibilità potrebbe superare il vaglio di proporzionalità³³³⁴ e soddisfare i requisiti di cui all'art. 10, paragrafi 1 e 2, della direttiva n. 2006/123.

³² Art. 3, d.l. n. 38 del 2013: Istituzione delle rivendite ordinarie: *Ai sensi dell'articolo 21 della legge 22 dicembre 1957, n. 1293, le rivendite ordinarie sono istituite con provvedimento dei competenti Uffici dell'Agenzia delle dogane e dei monopoli nei tempi e nei luoghi individuati in funzione dell'interesse del servizio, tenendo particolarmente conto delle zone caratterizzate da nuovi sviluppi abitativi, commerciali(...), della particolare rilevanza assunta dai nodi stradali e dai centri di aggregazione urbana (della popolazione residente ovvero dalla presenza di uffici e strutture produttive di particolare rilevanza e frequentazione) tali da rendere (palese la sussistenza dell'interesse del servizio), nonché delle istanze di trasferimento pervenute agli Uffici. Ai fini del comma 1, gli Uffici competenti adottano per ogni anno solare due piani semestrali per l'istituzione delle rivendite ordinarie, avendo riguardo, alla luce dei punti di vendita già esistenti nonché delle istanze di trasferimento nel frattempo pervenute, della necessità che la rete di vendita dei tabacchi lavorati risulti:*

a) adeguata (all'interesse del servizio); b) organizzata in modo tale da garantire l'efficienza e l'efficacia dei controlli da parte dell'amministrazione, a tutela dei minori, dell'ordine e della sicurezza pubblica, della salute pubblica, nonché del gettito.

³³ Per una disamina del principio di proporzionalità così come applicato dalla Corte di Giustizia, v. C. Cattabriga, *La Corte di Giustizia e il processo decisionale politico comunitario*, Milano 1998; L. Daniele, *Diritto dell'Unione Europea. Sistema istituzionale, ordinamento tutela, giurisdizionale, competenze*, IV ed. Milano 2014.

³⁴ Sul principio di proporzionalità in merito alla teoria generale ma anche con attenzione ai profili amministrativistici S. Cognetti, *Principio di proporzionalità. Profili di teoria generale e di analisi sistematica*, Torino 2011.