

IL FORO AMMINISTRATIVO T.A.R.

ISSN 1722-2397

RIVISTA MENSILE DI DOTTRINA E GIURISPRUDENZA

Vol. VIII - Aprile 2009

4

DIRETTA DA

MARIA ALESSANDRA SANDULLI, GAETANO TROTTA

Si segnalano all'attenzione del lettore

- Tar Friuli Venezia Giulia, 24 aprile 2009 n. 280, *sulla legittimazione a ricorrere di un Comune contro l'insediamento di una discarica* 1040
- Tar Liguria, Sez. II, 6 aprile 2009 n. 610, *sulla non necessità di impugnare l'atto finale di una procedura concorsuale qualora sia stato già impugnato l'atto preparatorio, nel senso che l'atto successivo si pone come conseguenza di quello precedente (rapporto di presupposizione)* 1055
- Tar Lazio, Sez. I, 6 aprile 2009 n. 3683, *sulla non ravvisabilità di una pratica commerciale ingannevole nella condotta degli operatori creditizi dopo l'entrata in vigore del d.l. n. 7 del 2007 sulla portabilità del mutuo* 1093
- Tar Lazio, Roma, Sez. I, 29 aprile 2009 n. 4454, *sulle condizioni e presupposti del trasferimento per incompatibilità ambientale del magistrato, ai sensi dell'art. 2, r.d.lg. n. 511 del 1946* 1108
- Tar Sicilia, Palermo, sez. I, 29 aprile 2009 n. 785, *sui limiti alla capacità di agire della società controllata da una società affidataria in modo diretto della gestione di un aeroporto, alla partecipazione alla gara per l'affidamento di servizi presso un altro aeroporto, nonché sulla possibilità, prima dell'art. 3 comma 27, l. n. 244 del 2007, di creare, da parte di un ente locale, una società che, non godendo di affidamenti diretti, potesse agire liberamente nel mercato* 1236
- Tar Sardegna, sez. II, 20 aprile 2009 n. 541, *sull'illegittimità dell'annullamento da parte della Soprintendenza del Ministero per i beni ambientali, architettonici ecc., del nullaosta paesaggistico rilasciato in sede locale per specifici interventi edilizi* 1264



www.giuffre.it/riviste/foro

Per i testi dei provvedimenti più importanti non inseriti nel fascicolo



GIUFFRÈ EDITORE

quello della normale ripetibilità da parte della P.A., soprattutto nel caso di somme di lieve entità: infatti, il recupero delle somme indebitamente corrisposte ai dipendenti pubblici ha natura di atto dovuto, ex art. 2033 c.c., con la conseguenza che la buona fede del percettore rileva ai soli fini delle modalità con cui il recupero deve essere effettuato, in modo da non incidere in maniera eccessivamente onerosa sulle esigenze di vita del dipendente; pertanto, lo stato psicologico del debitore, in ipotesi in buona fede, di per sé non preclude l'attività di recupero dell'indebitato, ma impone l'obbligo di una più approfondita valutazione degli interessi implicati, in particolare sotto il profilo del grado di lesione di quello del dipendente; ne consegue che, nel caso in cui il sacrificio imposto con il recupero è di lieve entità, l'interesse del dipendente a trattenere gli emolumenti percepiti non può prevalere su quello pubblico alla ripetizione delle somme erogate indebitamente, che è di per sé sempre attuale e concreto (1).

(1) Cfr. TAR Lazio Roma, sez. I, 1 aprile 2008 n. 2764, in questa Rivista TAR, 2008, 4, 1011 (s.m.).

1229 - Sez. III — 22 aprile 2009 — Pres. De Zotti — Est. Mielli — A. (avv. Cacciavillani) c. Regione Veneto (avv. Roversi Monaco, Zanon), Regione Emilia Romagna (avv. Russo Valentini, Caburazzi).

[7608/12] Sanità pubblica - In genere - Mobilità sanitaria per prestazioni di ricovero ospedaliero e di disciplina ambulatoriale - Accordi tra le Regioni - Intese tra le Regioni finalizzate a concordare le politiche tariffarie - Mancata adozione del decreto ministeriale - Impossibilità di concludere accordi tra le Regioni - Escusione - Ragioni.

Con riguardo ad un accordo tra la Regione Veneto e la Regione Emilia Romagna per la gestione della mobilità sanitaria per le prestazioni di ricovero ospedaliero e di disciplina ambulatoriale, non sussiste l'illegittimità dell'accordo e della deliberazione di recepimento del medesimo in quanto adottati senza che sia stato ancora emanato da parte del Ministero (d'intesa con la Conferenza Stato Regioni, sentita l'Agenzia per i servizi sanitari regionali) l'apposito decreto di definizione dei « criteri generali per la compensazione dell'assistenza prestata a cittadini in regioni diverse da quelle di residenza », nell'ambito dei quali le Regioni, successivamente, possono concludere gli accordi: la mancata adozione del decreto ministeriale non risulta preclusiva della conclusione di specifiche intese tra le Regioni finalizzate a concordare le politiche tariffarie, in primo luogo perché l'esercizio consensuale di pubbliche funzioni tra amministrazioni pubbliche mediante la conclusione di accordi o intese costituisce un principio generale che non necessita di volta in volta di una specifica norma autorizzativa; in secondo luogo perché, sotto il profilo contenutistico, al decreto ministeriale è demandato il compito di adottare meri criteri generali che, in modo non dissimile a quanto avviene per i principi fondamentali delle materie di legislazione concorrente, anche se non enunciati espressamente, possono essere desunti dalla normativa vigente e dalle posizioni unitarie già raggiunte in seno alla Conferenza Stato Regioni.

746 - Sez. III — 23 marzo 2009 — Pres. Zotti — Est. Mielli — Ass. dei Venditori A.I. (avv. Pozzan) c. Comune di Venezia (avv. Gidoni, Morino, Venezian, Ballarin).

[1536/60] Commercio di vendita al pubblico - Licenza di esercizio - In genere - Commercio itinerante - Disciplina di cui all'art. 4, comma 4-bis, l. rg. Veneto n. 10 del 2001, intr. dall'art. 16, l. rg. Veneto n. 7 del 2005 - Questione di costituzionalità - In relazione agli artt. 2, 3, 4, 5, 10 comma 1, 41, 117, comma 1 e 2, 118 Cost. - È non manifestamente infondata - Fattispecie.

(L. rg. Veneto 6 aprile 2001 n. 10, art. 4 comma 4 bis; l. rg. Veneto 25 febbraio 2005 n. 7, art. 16; Cost. art. 2, 3, 4, 5, 10 comma 1, 41, 117 comma 1 e 2, 118).

In tema di commercio itinerante, è non manifestamente infondata la questione di legittimità

costituzionale del comma 4 bis, dell'art. 4, della l. rg. Veneto 6 aprile 2001, n. 10, come introdotto dall'art. 16 della l. rg. Veneto 25 febbraio 2005, n. 7, per violazione degli artt. 2, 3, 4, 5, 10 primo comma, 41, 117 commi primo e secondo lett. e), nonché 118 della Costituzione (fattispecie relativa al ricorso dell'Associazione dei Venditori Ambulanti Immigrati con licenza di commercio itinerante, avverso l'ordinanza del Sindaco del Comune di Venezia con la quale si dispone quanto segue: « è vietato il trasporto senza giustificato motivo di mercanzia in grandi sacchi di plastica e borsoni nel centro storico del Comune di Venezia »; « il predetto trasporto, se accompagnato con la sosta prolungata nello stesso luogo o in aree limitrofe deve essere considerato come atto direttamente ed immediatamente finalizzato alla vendita su area pubblica in forma itinerante ed in quanto facenti parte sostanziale dell'atto di vendita, rientrando nella fattispecie prevista e sanzionata dalla vigente legislazione regionale ») (1).

DIRITTO. — 1. Il Collegio, in via pregiudiziale rispetto ai diversi motivi di merito, ritiene rilevante e non manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale del comma 4-bis, dell'art. 4, della l. rg. 6 aprile 2001, n. 10, come introdotto dall'art. 16 della l. rg. 25 febbraio 2005, n. 7, per violazione degli artt. 2, 3, 4, 5, 10 primo comma, 41, 117 commi primo e secondo lett. e), nonché 118 della Costituzione (relativamente a questo ultimo parametro per contrasto con la norma interposta di cui all'art. 28, comma 16, del d.lg. 31 marzo 1998, n. 114).

2. Va innanzitutto evidenziata la rilevanza della questione di legittimità costituzionale ai fini della decisione dell'odierno ricorso.

2.1. Sul punto va premesso che il ricorso, per la parte che riguarda l'ordinanza del 13 giugno 2008 il cui sindacato è demandato alla giurisdizione del giudice amministrativo, è stato proposto in modo rituale da soggetti che appaiono certamente legittimati, in quanto portatori di una posizione differenziata e qualificata (cfr. per quanto riguarda l'Associazione il verbale del Consiglio direttivo 25 luglio 2008, depositato in giudizio il 29 luglio 2008) e che conservano interesse alla sua definizione nel merito nonostante il provvedimento impugnato limiti la propria efficacia al 31 dicembre 2008.

Infatti, *medio tempore* l'ordinanza impugnata ha prodotto effetti e dunque deve trovare applicazione la regola secondo cui la mera scadenza del termine di efficacia del provvedimento amministrativo impugnato non fa venire meno l'interesse della parte sia a vederne caducati gli effetti per il passato, sia a non vedere adottati successivi provvedimenti similari (cfr., tra le tante, Cons. St., sez. IV, 5 aprile 2003, n. 1786; Cons. St., sez. VI, 18 luglio 1998, n. 846; Cons. St., sez. IV, 19 dicembre 1994, n. 1037).

2.2. In secondo luogo va evidenziato che la censura prospettata con il settimo motivo del ricorso ed ulteriormente illustrata nella memoria depositata in prossimità della pubblica udienza, con cui si deduce l'illegittimità costituzionale del comma 4-bis, dell'art. 4, della l. rg. 6 aprile 2001, n. 10, come introdotto dall'art. 16 della l. rg. 25 febbraio 2005, n. 7, assume carattere logicamente prioritario rispetto agli altri motivi.

Infatti con le ulteriori censure i ricorrenti lamentano sotto molteplici profili vizi sintomatici (quali il difetto di motivazione, di istruttoria, l'insussistenza dei presupposti, giuridici o di fatto, per l'adozione in concreto del provvedimento temporaneo oggetto di impugnazione, ovvero l'incompetenza o l'illogicità del medesimo) che, anche se accolti, non precluderebbero una riedizione dell'atto amministrativo con contenuto analogo, quantunque diversamente formulato, parimenti lesivo degli interessi sostanziali di cui sono portatori i ricorrenti.

La censura di cui al settimo motivo invece, coinvolge direttamente la premessa esplicita su cui si regge l'ordinanza impugnata evidenziando in astratto, tra quelle dedotte, una illegittimità, per così dire radicale, del provvedimento impugnato, che appare idonea a

(1) Segue nota di P. LODI PIZZOCHERO, *Sulla legittimità costituzionale di una norma legislativa regionale limitativa dell'esercizio di commercio itinerante su aree pubbliche, infra*, 1018.

soddisfare più pienamente ed efficacemente l'interesse sostanziale dedotto in giudizio dai ricorrenti i quali, essendo stranieri regolari in possesso di apposita autorizzazione rilasciata dal Comune per l'esercizio dell'attività di commercio in forma itinerante, assumono come interesse primario quello di poter trarre i propri mezzi di sussistenza dallo svolgimento di regolare attività lavorativa.

Pertanto, la questione di legittimità costituzionale è rilevante ai fini della definizione del giudizio perché attiene ad una censura espressamente enunciata nel ricorso che, avuto riguardo all'interesse sostanziale dei ricorrenti ed al principio di effettività della tutela giurisdizionale e di effettività del controllo costituzionale sulle leggi, non potrebbe restare assorbita dall'eventuale accoglimento degli altri motivi.

Né, d'altra parte, è possibile, onde superare l'elemento della rilevanza, pervenire ad un'interpretazione costituzionalmente orientata della disposizione di cui al comma 4-bis, dell'art. 4, della l. rg. 6 aprile 2001, n. 10 (adombrata dai ricorrenti nell'ambito dell'ottavo motivo di ricorso), in quanto, come precisato dal Comune nelle proprie difese, non vi è in detta norma alcun elemento che, sotto il profilo testuale e sistematico, consenta all'interprete di ritenere necessaria, ai fini della sua operatività, un'apposita delimitazione del centro storico funzionale al solo commercio itinerante su aree pubbliche, in sostituzione di quella di carattere urbanistico adottata nell'ambito del piano regolatore ai sensi della l. rg. 31 maggio 1980, n. 80.

2.3. Più nello specifico, vi è da osservare che l'impugnata ordinanza sindacale vieta e sanziona il trasporto di mercanzia in grandi sacchi di plastica, borsoni o analoghi contenitori nel Centro storico del Comune di Venezia che avvenga "senza giustificato motivo".

Nel caso all'esame, tuttavia, come premesso in fatto, i Sigg. S. E. M. M. e N. A. sono titolari di un permesso di soggiorno e di un'autorizzazione per il commercio ambulante, così come i membri dell'Associazione.

Nel ricorso (cfr. pagg. 5 e 6) si evidenzia, quindi, in maniera pertinente alla specifica situazione processuale, come nel passato fosser state avviate, tra il Comune di Venezia e l'Associazione ricorrente, iniziative finalizzate all'individuazione di aree poste all'interno del centro storico veneziano in cui esercitare la vendita ambulante (cfr. la cartografia prodotta dalla commissione mista di cui al doc. 7 allegato al ricorso).

Iniziative rese vane dal fatto che successivamente, con l'art. 16 della l. rg. 25 febbraio 2005, n. 7, nell'ambito dell'art. 4 della l. rg. 6 aprile 2001, n. 10, concernente il rilascio delle autorizzazioni per il commercio in forma itinerante nell'ambito della disciplina del commercio sulle aree pubbliche, è stato introdotto un comma ulteriore (co. 4-bis), il quale dispone che "è vietato il commercio su aree pubbliche in forma itinerante nei centri storici dei comuni con popolazione superiore ai cinquantamila abitanti".

Orbene, i ricorrenti sostengono che tale norma, comportante un divieto generalizzato ed indiscriminato di esercizio dell'attività dove questa presenta una qualche redditività, ovvero nei centri storici dei Comuni di maggiore affluenza di popolazione residente e fluttuante, ha, all'evidenza, dapprima azzerato il valore commerciale delle autorizzazioni di cui sono titolari e dalle quali traggono il proprio sostentamento, e successivamente creato la premessa per l'applicabilità anche nei loro confronti, in forme manifestamente illegittime, dell'ordinanza impugnata, nella parte in cui questa persegue il possesso "non giustificato" dei contenitori di mercanzia.

Senza il divieto imposto dalla norma regionale, infatti, una prescrizione, riferita alle modalità di trasporto della merce, come quella contenuta nell'ordinanza impugnata non potrebbe operare nei confronti dei ricorrenti, giacché gli stessi svolgerebbero un'attività lecita, per la quale dispongono delle necessarie autorizzazioni, che giustificerebbe il possesso dei contenitori altrimenti vietati, ferma restando in ogni caso la possibilità di interventi volti a prevenire e reprimere ogni forma di commercio abusivo (con analoghe ordinanze adottate da Comuni di altre Regioni nei quali non vige il divieto previsto dalla legge della Regione Veneto è infatti perseguito il solo commercio abusivo e non quello posto in essere da soggetti titolari di regolari autorizzazioni comunali per il commercio itinerante).

Peraltro, dalla documentazione versata in atti (cfr. doc. 5 depositato in giudizio dal Comune) risulta che con deliberazione n. 124 del 25 luglio 2005, ritenendo conculcate le proprie

prerogative, il Consiglio comunale del Comune di Venezia aveva approvato (ai sensi dell'art. 38 dello Statuto della Regione Veneto che riconosce ai Consigli comunali dei comuni capoluogo di Provincia di presentare progetti di legge regionali), un progetto di legge per sostituire il comma 4-bis, dell'art. 4, della l. rg. 6 aprile 2001, n. 10, introdotto dall'art. 16 della l. rg. 25 febbraio 2005, n. 7, prevedendo, in luogo del divieto generalizzato ed indiscriminato ivi previsto, una modifica del seguente tenore "è facoltà dei Comuni con popolazione superiore ai cinquantamila abitanti, individuare nell'ambito dei centri storici specifiche aree ove l'attività di commercio su aree pubbliche in forma itinerante possa essere esercitata secondo specifiche modalità": proposta di modifica che non ha avuto, in prosieguo, alcun esito.

2.4. Dalla questione di legittimità costituzionale del comma 4-bis, dell'art. 4, della l. rg. 6 aprile 2001, n. 10, come introdotto dall'art. 16 della l. rg. 25 febbraio 2005, n. 7, dipende per le ragioni sin qui spiegate, l'accoglimento o meno del settimo motivo di ricorso.

Di qui la rilevanza della questione nel presente giudizio.

3. In ordine alla non manifesta infondatezza il Collegio osserva quanto segue.

Anche alla luce delle più recenti sentenze della Corte costituzionale che si sono pronunciate su questioni analoghe (cfr. le sentenze 24 ottobre 2008, n. 350; 30 gennaio 2009, n. 25), appare innanzitutto violata la competenza statale in materia di concorrenza stabilita dagli artt. 41 e 117, secondo comma, lett. e), della Costituzione.

Infatti non vi è dubbio che il commercio itinerante costituisca una delle forme attraverso cui si esplica la libertà di iniziativa economica consistente nel commercio su aree pubbliche (cfr. art. 28, comma 1, del d.lg. 31 marzo 1998, n. 31).

L'art. 28 del d.lg. 31 marzo 1998, n. 114, prevede, infatti:

- che possa essere svolto su qualsiasi area (cfr. comma 1, lett. b);
- che la relativa autorizzazione è rilasciata, in base alla normativa emanata dalla regione, dal Comune nel quale il richiedente ha la residenza e che la stessa abilita anche alla vendita al domicilio del consumatore (cfr. comma 4);
- che, ed è il profilo di maggiore interesse in questa sede, il Comune con apposita deliberazione individui "le aree aventi valore archeologico, storico, artistico e ambientale nelle quali l'esercizio del commercio" su aree pubbliche "è vietato o sottoposto a condizioni particolari ai fini della salvaguardia delle aree predette. Possono essere stabiliti divieti e limitazioni all'esercizio anche per motivi di viabilità, di carattere igienico sanitario o per altri motivi di pubblico interesse" (cfr. comma 16).

Il Collegio ritiene pertanto che la norma statale da ultimo citata costituisca una sorta di catalogo dei limiti che, ai sensi dell'art. 41 della Costituzione, possono opporsi alla libera espansione dell'attività economica, per l'utilità sociale, la sicurezza, la libertà o a altri valori costituzionalmente rilevanti.

Le Regioni, a loro volta, possono certamente intervenire in questo settore dettando norme che trovino fondamento in ambiti materiali di propria competenza, quali il commercio o l'urbanistica; tuttavia siffatti ambiti non possono eludere la competenza statale in materia di concorrenza né il rispetto dei principi di proporzionalità ed adeguatezza, cosicché non possono risolversi in una forma di compressione totale della libertà di iniziativa economica, non giustificata dalla natura e dalle caratteristiche della specifica attività inibita, ciò che avviene per esempio influenzando direttamente l'accesso degli operatori economici ad un determinato mercato e ponendo barriere all'ingresso tali da alterare la concorrenza tra soggetti imprenditoriali o, ancora, vietando in modo generalizzato e indiscriminato l'esercizio dell'attività commerciale laddove questa presenti una qualche redditività.

Nel caso di specie la l. rg. 6 aprile 2001, n. 10, già prima delle modifiche apportate dall'art. 16 della l. rg. 25 febbraio 2005, n. 7, conteneva (e contiene tutt'ora seppure in modo non coordinato con la norma della cui legittimità costituzionale si dubita) un'articolata disciplina che salvaguarda gli interessi pubblici potenzialmente confliggenti con le modalità attraverso le quali si svolge questo tipo di commercio e al contempo appare rispettosa della competenza statale in materia di concorrenza.

All'art. 2, comma 1, lett. a), essa prevede che i Comuni individuino "le aree nelle quali l'esercizio del commercio è vietato o sottoposto a condizioni particolari per motivi di viabilità, di carattere igienico-sanitario o per altri motivi di pubblico interesse, nonché per

motivi di salvaguardia di aree aventi valore architettonico, storico, artistico e ambientale", e all'art. 4, commi 2, e 3, dispone, rispettivamente, che la relativa autorizzazione abiliti al commercio su tutto il territorio nazionale e che l'esercizio dell'attività "può essere svolto su qualsiasi area pubblica, purché non espressamente interdetta dal comune".

Senonché, appare evidente che il divieto assoluto, inderogabile, generalizzato, non giustificato da concrete e localizzabili esigenze previsto dal comma 4-bis, dell'art. 4, della l. rg. 6 aprile 2001, n. 10, come introdotto dall'art. 16 della l. rg. 25 febbraio 2005, n. 7, finisce per comportare un'irragionevole e contraddittoria eliminazione di una delle modalità attraverso le quali, per la normativa statale, può essere svolta l'attività commerciale.

Di qui la manifesta violazione della competenza statale in materia di concorrenza così come definita dal d.lg. 31 marzo 1998, n. 114 (sulla cui nozione è da richiamare la sentenza della Corte cost., 14 dicembre 2007, n. 430).

4. La norma di cui al comma 4-bis, dell'art. 4, della l. rg. 6 aprile 2001, n. 10, come introdotto dall'art. 16 della l. rg. 25 febbraio 2005, n. 7, viola inoltre, a giudizio del Collegio, sotto altri profili, gli artt. 3, 5 e 118 della Costituzione.

La norma Costituzionale da ultimo citata è, come noto, espressione del principio di sussidiarietà c.d. verticale, poiché dispone che le funzioni amministrative sono attribuite ai Comuni salvo il conferimento ad enti di maggiori dimensioni, al fine di assicurarne l'esercizio unitario, e che i Comuni sono titolari di funzioni amministrative proprie e di quelle conferite con legge statale o regionale.

Orbene, nel caso in esame, sia la normativa statale (cfr. l'art. 28 del d.lg. 31 marzo 1998, n. 114) che regionale (cfr. gli artt. 2 e 4 della l. rg. 6 aprile 2001, n. 10) sopra richiamate, demandano ai Comuni l'adozione di appositi piani e provvedimenti per porre dei limiti all'esercizio del commercio su aree pubbliche in forma itinerante.

La competenza comunale trova la propria ragion d'essere nell'esigenza di non porre limiti all'attività economica che non siano idonei, necessari ed adeguati alla finalità di tutelare l'interesse pubblico confliggente da salvaguardare, e all'esigenza di differenziare i limiti e le regole applicabili in ciascun comune, secondo le proprie specificità territoriali, archeologiche ed ambientali, al fine di non comprimere in modo immotivato tale tipologia di commercio.

La norma di cui al comma 4-bis, dell'art. 4, della l. rg. 6 aprile 2001, n. 10, come introdotto dall'art. 16 della l. rg. 25 febbraio 2005, n. 7, prescinde, per contro, dalle caratteristiche del tutto disomogenee degli ambiti territoriali, sociali ed economici in cui vige il divieto (si tratta, per fare un esempio, dei centri storici dei Comuni di Rovigo, Padova, San Donà di Piave e Venezia, nonché Chioggia, Belluno o Verona) e comprime irragionevolmente l'autonomia comunale, in tal modo privata della possibilità di governare l'elemento della disomogeneità distinguendo tra commercio svolto abusivamente da soggetti privi di un valido titolo di soggiorno o dei titoli amministrativi necessari e soggetti che, come gli odierni ricorrenti, si trovano a questi equiparati pur essendo muniti di tutti i titoli necessari per svolgere regolarmente l'attività.

5. Vi è infine un ulteriore concorrente profilo, sul quale particolarmente insistono i ricorrenti, rispetto al quale viene a configurarsi la violazione degli artt. 2, 3, 4, 10 primo comma, 41 e 117 primo comma della Costituzione.

È un dato di comune esperienza, documentato anche dalle allegazioni al ricorso, che il commercio su aree pubbliche in forma itinerante riguarda attualmente in modo prevalente se non esclusivo la piccola imprenditoria degli extracomunitari.

Orbene, con la norma della cui legittimità costituzionale si dubita, viene assoggettata a divieto soltanto questa tipologia di commercio, mentre non viene introdotta alcuna analoga restrizione nei confronti di corrispondenti forme di commercio su aree pubbliche, quali quelle su posteggi dati in concessione in sede fissa.

Questo elemento, da un lato incide illegittimamente sulla libertà di iniziativa economica e il diritto al lavoro, che sono diritti inviolabili degli stranieri regolari per i quali vale il principio di parità di trattamento sancito dalla Convenzione Oil n. 143/1975 (ratificata con la l. n. 158 del 1981) anche se si tratta di lavoratori autonomi, con conseguente violazione 10, primo comma, della Costituzione.

Dall'altro la stessa norma rischia di avere oggettivamente, al di là delle intenzioni del legislatore regionale, l'effetto di una discriminazione indiretta, che si verifica ogniqualvolta "una disposizione, un criterio, una prassi, un atto, un patto o un comportamento apparentemente neutri possono mettere le persone di una determinata origine etnica in una posizione di particolare svantaggio rispetto ad altre persone" (cfr. art. 2, comma 1, lett. b, del d.lg. 9 luglio 2003 n. 215).

Infatti, come recentemente affermato dalla Corte costituzionale con sentenza 30 luglio 2008, n. 306, "al legislatore italiano è certamente consentito dettare norme, non palesemente irragionevoli e non contrastanti con obblighi internazionali, che regolino l'ingresso e la permanenza di extracomunitari in Italia (da ultimo, sentenza n. 148 del 2008). È possibile, inoltre, subordinare, non irragionevolmente, l'erogazione di determinate prestazioni — non inerenti a rimediare a gravi situazioni di urgenza — alla circostanza che il titolo di legittimazione dello straniero al soggiorno nel territorio dello Stato ne dimostri il carattere non episodico e di non breve durata; una volta, però, che il diritto a soggiornare alle condizioni predette non sia in discussione, non si possono discriminare gli stranieri, stabilendo, nei loro confronti, particolari limitazioni per il godimento dei diritti fondamentali della persona, riconosciuti invece ai cittadini".

Appare infatti evidente che, per quanto gli interessi pubblici incidenti sulla materia dell'immigrazione siano molteplici e per quanto possano essere percepiti come gravi i problemi connessi a flussi migratori, non può risultarne scalfito il carattere universale dei diritti fondamentali, come il diritto al lavoro e alla libera iniziativa economica, del cittadino extracomunitario regolare.

Sotto questo profilo, il comma 4-*bis*, dell'art. 4, della l. rg. 6 aprile 2001, n. 10, come introdotto dall'art. 16 della l. rg. 25 febbraio 2005, n. 7, pare porsi in contrasto con gli artt. 2, 3, 4, 10 primo comma e 41 della Costituzione.

P.Q.M. — Il Tribunale amministrativo regionale per il Veneto, III sezione, dichiara rilevante e non manifestamente infondata, in relazione agli artt. 2, 3, 4, 5, 10, primo comma, 41, 117 commi primo e secondo lett. e), nonché 118 della Costituzione, la questione di legittimità costituzionale del comma 4-*bis*, dell'art. 4, della l. rg. 6 aprile 2001, n. 10, come introdotto dall'art. 16 della l. rg. 25 febbraio 2005, n. 7, secondo quanto precisato in motivazione.

Sospende il giudizio in corso e dispone, a cura della segreteria della Sezione, che gli atti dello stesso siano trasmessi alla Corte costituzionale per la risoluzione della prospettata questione, e che la presente ordinanza sia notificata alle parti ed al Presidente della Giunta regionale, e comunicata al Presidente del Consiglio regionale del Veneto.

Sulla legittimità costituzionale di una norma legislativa regionale limitativa dell'esercizio di commercio itinerante su aree pubbliche.

Abstract: The Italian State legislation (d.lg. n. 14/98) allows foreigners with a valid residence permit to get a peddling licence. The law punishes selling without a licence with an administrative sanction, while selling of fake products is a criminal act. In Italy the selling of fakes has increased considerably therefore the Region of Veneto (l. rg. n. 10/01) has forbidden all hawkers (with or without the licence) the access to old towns of the most populated cities. Among these Venice has been the first to take this measure. However the Venice court has consulted the Corte Costituzionale for establishing the constitutional validity of this regional law. These are the principles which are supposed to be violated: Statal jurisdiction over competition matters; subsidiarity and local self-government; violation of human rights, equality before the law and labour law.

SOMMARIO: 1. Dall'ordinanza contingibile e urgente del Comune di Venezia all'ordinanza di rimessione del TAR Veneto. — 2. Violazione della competenza statale in materia di tutela della concorrenza? — 3. Violazione dei principi di sussidiarietà e di autonomia degli enti locali. — 4. Violazione dei diritti inviolabili dell'uomo, dei principi di uguaglianza, nonché del diritto al lavoro.

1. *Dall'ordinanza contingibile e urgente del Comune di Venezia all'ordinanza di rimessione del TAR Veneto.*

In data 13 giugno 2008 il Comune di Venezia, con provvedimento urgente n. 398/2008, ai sensi dell'art. 54, comma 4, del d.lg. 18 agosto 2000, n. 267 (1), per la tutela della sicurezza urbana e l'incolumità pubblica, ha vietato « *il trasporto senza giustificato motivo di mercanzia in grandi sacchi di plastica, borsoni (od in altri analoghi contenitori) nel Centro Storico del Comune di Venezia* ». In particolare, con questa ordinanza è stato disposto che « *[i]l predetto trasporto se accompagnato con la sosta prolungata nello stesso luogo od in aree limitrofe deve essere considerato come atto direttamente ed immediatamente finalizzato alla vendita su area pubblica in forma itinerante ed in quanto facente parte sostanziale dell'atto di vendita, rientrando nella fattispecie prevista e sanzionata dalla vigente legislazione regionale* ».

La fattispecie cui fa riferimento la prescrizione dell'ordinanza è contenuta nella l. rg. 6 aprile 2001, n. 10 (2), con cui la Regione Veneto ha disciplinato, ai sensi del Titolo X del d.lg. 31 marzo 1998, n. 114 (3), l'esercizio del commercio su aree pubbliche. In particolare, ai sensi dell'art. 4, comma 4-bis di questa legge regionale, così come recentemente introdotto dall'art. 16, comma 1, della l. rg. 25 febbraio 2005, n. 7 (4), è stato « *vietato il commercio su aree pubbliche in forma itinerante nei centri storici dei comuni con popolazione superiore ai cinquantamila abitanti* ».

Nella motivazione dell'ordinanza si fa riferimento a come l'azione di contrasto al commercio abusivo si sia spesso risolta in episodi dannosi per i cittadini, con evidente grave pericolo per la sicurezza e per l'incolumità pubblica. Più in generale, nell'ordinanza si afferma che i prolungati stazionamenti con sacchi e borsoni (o altri analoghi contenitori) sono causa di continue frizioni con i residenti nelle zone interessate dal fenomeno, con gli operatori commerciali regolari ed altre categorie produttive, nonché con la cittadinanza in genere, spesso costretta a subire danni viabilistici diretti, con conseguenti stati di tensione tali da compromettere la sicurezza urbana.

Il provvedimento contingibile e urgente in questione ha diviso l'opinione

(1) « Testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali ». Ai sensi dell'art. 54, comma 4, di questo decreto legislativo, « *[i]l sindaco, quale ufficiale del Governo, adotta con atto motivato provvedimenti, anche contingibili e urgenti nel rispetto dei principi generali dell'ordinamento, al fine di prevenire e di eliminare gravi pericoli che minacciano l'incolumità pubblica e la sicurezza urbana* ».

(2) « Nuove norme in materia di commercio su aree pubbliche ».

(3) « Riforma della disciplina relativa al settore del commercio, a norma dell'articolo 4, comma 4, della l. 15 marzo 1997, n. 59 ».

(4) « Disposizioni di riordino e semplificazione normativa — collegato alla legge finanziaria 2004 in materia di miniere, acque minerali e termali, lavoro, artigianato, commercio e veneti nel mondo ».

pubblica tra chi l'ha interpretato come misura discriminante e ingiustificata, diretta a colpire una delle categorie più deboli del mercato del lavoro, e chi, invece, come misura necessaria a risolvere i problemi dell'incolumità pubblica, della sicurezza sociale, della criminalità. Infatti, se l'origine storica dei commercianti che non esercitano la propria professione in un luogo stabile si perde nella notte dei tempi, la più recente evoluzione di questo tipo di attività economica è segnata dalla preponderanza di esercenti extracomunitari, tra i quali figurano anche coloro che la esercitano in modo abusivo e vendendo prodotti commerciali contraffatti.

In linea generale di disciplina legislativa statale, a prescindere da quanto specificamente disciplinato nella Regione Veneto e ordinato nel Comune di Venezia, la distinzione giuridica tra commercianti itineranti regolarmente autorizzati ai sensi dell'art. 28, commi 2 e 4, del d.lg. n. 14/98, e commercianti itineranti abusivi — ossia coloro che svolgono il commercio in itinere senza l'autorizzazione di cui al precedente articolo e conseguentemente sanzionati ai sensi dell'art. 30, comma 1, del d.lg. n. 14/98 — coincide con la linea di separazione tra lecito e illecito amministrativo. Per quanto riguarda poi l'eventualità che determinati soggetti — titolari o meno di regolare autorizzazione al commercio itinerante — vendano supporti privi del contrassegno S.I.A.E. o dotati di contrassegno contraffatto o alterato, nonché prodotti con segni falsi (c.d. contraffatti), rilevano le rispettive fattispecie penali previste dalla legge (5).

Nella Regione Veneto, invece, ai sensi di quanto previsto dal comma 4-bis inserito dalla l. rg. n. 7/05 nell'art. 4 della leg. rg. n. 10/01, anche i commercianti itineranti regolarmente autorizzati possono porre in essere un'attività costituente illecito amministrativo nel momento in cui si trovino ad esercitare effettivamente la propria attività commerciale entro i centri storici dei comuni veneti con più di cinquantamila abitanti.

Con l'ordinanza contingibile e urgente del Comune di Venezia, il campo d'illiceità creato dalla summenzionata legge regionale viene ad essere ampliato sino a ricomprendere il momento prodromico della fattispecie di commercio itinerante entro il centro storico di comuni con più di cinquantamila abitanti, in quanto nel centro storico del Comune di Venezia è stato vietato il trasporto non giustificato di mercanzia entro vari contenitori idonei al trasporto stesso, così da configurare una sorta di « illecito amministrativo di sospetto », in assonanza con le fattispecie penali di possesso ingiustificato di cui agli artt. 707 e 708 del c.p., spesso fonte di problemi connessi al principio di offensività.

Al di là di quest'ultimo rilievo, tuttavia, il divieto previsto a livello legislativo regionale veneto, ancor prima della relativa applicazione che ne è seguita attraverso il divieto integrativo disposto dall'ordinanza del Comune di Venezia, costituisce già di per sé una concreta limitazione dell'attività commerciale autorizzata considerata, relegandone lo svolgimento al di fuori dei centri storici dei principali comuni della Regione.

(5) Al riguardo, rilevano anzitutto le fattispecie delittuose di cui rispettivamente all'art. 171-ter, l. 22 aprile 1941, n. 633 (« Protezione del diritto d'autore e di altri diritti connessi al suo esercizio »), e gli artt. 473 e 474 c.p.. Con particolare riferimento ai cittadini extracomunitari si ricorda inoltre che, secondo l'art. 26, comma 7-bis, del d.lg. 25 luglio 1998, n. 286 (« Testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero »), la condanna con provvedimento irrevocabile per alcuno dei reati appena citati comporta la revoca del permesso di soggiorno rilasciato allo straniero e l'espulsione del medesimo con accompagnamento alla frontiera a mezzo della forza pubblica.

A causa della particolare incidenza nello svolgimento della libertà d'iniziativa economica, l'ordinanza contingibile e urgente in questione è stata impugnata dinanzi al TAR Veneto, sezione III, dalla « Associazione dei venditori ambulanti immigrati con licenza di commercio itinerante », che ha sollevato diverse censure di legittimità, tra le quali rileva anzitutto — rispetto all'attuale stato del giudizio in corso — quella relativa all'illegittimità derivata per illegittimità costituzionale dell'art. 4, comma 4, della l. rg. n. 10/01. La questione della legittimità costituzionale della norma regionale indicata è stata infatti portata alla Corte costituzionale con ordinanza di rimessione del TAR Veneto.

In particolare, il giudice rimettente ha evidenziato la rilevanza della questione di legittimità costituzionale, sottolineando che il connesso divieto contenuto nell'ordinanza impugnata, riferito al trasporto « senza giustificato motivo » di mercanzia nel centro storico veneziano, è stato attuato nei confronti di ricorrenti titolari di un permesso di soggiorno e di un'autorizzazione per il commercio ambulante.

Più in generale, la lesione dell'interesse sostanziale dei ricorrenti, sempre secondo quanto riportato dal TAR Veneto, emerge dalle loro stesse affermazioni, per le quali l'art. 4, comma 4-bis, della l. rg. n. 10/01, avrebbe comportato « un divieto generalizzato ed indiscriminato di esercizio dell'attività dove questo presenta una qualche redditività », azzerando il valore commerciale delle autorizzazioni di cui sono titolari e creando la premessa per l'applicabilità anche nei loro confronti, in forme manifestamente illegittime, dell'ordinanza impugnata, nella parte in cui questa persegue il possesso non giustificato dei contenitori di mercanzia.

Rispetto a quanto lamentato dai ricorrenti, il TAR Veneto ha quindi riconosciuto la valenza radicale dell'illegittimità derivata per illegittimità costituzionale, in quanto idonea a soddisfare più pienamente ed efficacemente l'interesse sostanziale dedotto in giudizio dai ricorrenti. Infatti, in assenza di detta norma, il giudice remittente ha ritenuto che l'ordinanza contingibile e urgente in questione, avendo ad oggetto le modalità di trasporto della merce, non sarebbe potuta essere stata emanata nei confronti di soggetti titolari di regolari autorizzazioni comunali al commercio itinerante (6).

Per quanto riguarda invece la non manifesta infondatezza della questione di legittimità costituzionale, il TAR Veneto ha rilevato quelli che ritiene essere i vizi di costituzionalità della norma da applicare partendo dalla violazione della competenza statale in materia di concorrenza stabilita dagli artt. 41 e 117, comma 2, lett. e) della Costituzione, rilevando poi ulteriori profili concorrenti rispetto ai quali viene a configurarsi la violazione degli artt. 2, 3, 4, 5, 10 primo comma, 41 e 117, comma 2, lett. e) della Costituzione.

La sorte dell'ordinanza qui riportata e, più in generale, la possibilità o meno di un'eventuale riedizione di un atto amministrativo di contenuto analogo — come del resto è già accaduto con una più recente ordinanza del Comune di Venezia (7) — dipende quindi dalla futura sentenza della Corte costituzionale.

(6) Al riguardo, è significativo che il TAR Veneto abbia fatto riferimento a quelle regioni diverse dal Veneto ove i comuni, in assenza di una norma analoga a quella di cui all'art. 4, comma 4-bis, l. rg. Veneto n. 10/01, hanno adottato ordinanze contingibili e urgenti dirette a colpire il solo fenomeno del commercio abusivo, senza coinvolgere i soggetti titolari di regolari autorizzazioni comunali per il commercio itinerante.

(7) Si ricorda che, in pendenza della sospensione del giudizio *a quo*, poco prima della data fissata nell'ordinanza contingibile e urgente quale termine della relativa adozione, le

2. *Violazione della competenza statale in materia di tutela della concorrenza?*

Come anticipato, al TAR Veneto appare anzitutto violata la competenza statale in materia di concorrenza stabilita dagli artt. 41 e 117, secondo comma, lett. e) della Costituzione.

Dopo aver espressamente richiamato entrambe le suddette norme costituzionali, il giudice amministrativo fa partire il suo ragionamento proprio dalla considerazione che il commercio itinerante è una delle forme attraverso cui si esplica la libertà di iniziativa economica consistente nel commercio su aree pubbliche, richiamando al riguardo la disciplina del commercio al dettaglio su aree pubbliche di cui al Titolo X del d.lg. n. 114/98 (artt. 27-30).

In particolare, nell'espone la fondatezza di questa prima censura, il TAR Veneto si riferisce all'art. 28 del d.lg. n. 114/98 nella parte in cui esso prevede che: il commercio itinerante possa essere svolto su qualsiasi area pubblica (cfr. lett. b) del comma 1); la relativa autorizzazione sia rilasciata, in base alla normativa emanata dalla Regione, dal Comune nel quale il richiedente ha la residenza e che la stessa abiliti anche alla vendita al domicilio del consumatore (cfr. comma 4); il Comune con apposita deliberazione individui le aree aventi valore archeologico, storico, artistico e ambientale nelle quali l'esercizio del commercio su aree pubbliche è vietato o sottoposto a condizioni particolari ai fini della salvaguardia delle aree predette, potendo essere stabiliti divieti e limitazioni all'esercizio anche per motivi di viabilità, di carattere igienico sanitario o per altri motivi di pubblico interesse (cfr. comma 16).

Le disposizioni appena citate rappresentano, secondo il tribunale rimettente, una sorta di catalogo dei limiti che, ai sensi dell'art. 41 della Costituzione, possono essere opposti alla libera espansione dell'attività economica, per utilità sociale, sicurezza, libertà o altri valori costituzionalmente rilevanti.

Rispetto a quanto disciplinato dal d.lg. n. 114/98, poi, il TAR Veneto afferma che gli interventi legislativi regionali troverebbero comunque spazio negli ambiti materiali di propria competenza, come l'urbanistica e il commercio, senza tuttavia potersi estendere sino a eludere la competenza statale in materia di tutela della concorrenza, né i principi di proporzionalità ed adeguatezza. In questo senso, la competenza legislativa regionale non potrebbe comprimere totalmente la libertà di iniziativa economica senza che tale compressione sia giustificata dalla natura e dalle caratteristiche della specifica attività inibita.

Sempre secondo il giudice rimettente, i suddetti limiti sono stati superati dal divieto assoluto, inderogabile, generalizzato, e non giustificato da concrete e localizzabili esigenze, previsto dall'art. 4, comma 4-bis, della l. rg. Veneto n. 10/01. Tale divieto — in contrasto con la sintonia invece intercorrente tra la normativa statale e la restante parte della disciplina regionale di cui alla l. rg. n. 10/01 (8) — finirebbe con l'annullare una delle modalità previste dalla legisla-

disposizioni ivi contenute sono state riprodotte da una successiva ordinanza del Comune di Venezia, la n. 983/2008 del 30 dicembre 2008, che, fondandosi sul medesimo art. 4, comma 4, della l. rg. n. 10/01, ripercorrendone le considerazioni e affermando la persistenza della situazione di fatto posta alla base dell'esigenza di tutela della sicurezza urbana e dell'incolumità pubblica, ne ha sostanzialmente prorogato gli effetti sino alla data di relativa cessazione dell'efficacia, fissata il 31 dicembre 2010.

(8) In particolare, il TAR Veneto ritiene che la l. rg. n. 10/01, nel suo complesso e a

zione statale per svolgere l'attività commerciale. Dal suddetto contrasto della norma regionale rispetto a quanto previsto dalla legge nazionale dedicata al commercio, il TAR Veneto rileva pertanto la violazione della competenza statale in materia di concorrenza.

Ora, il fatto che nell'ordinanza di rimessione si richiami espressamente l'art. 41 Cost. senza poi specificarne l'articolazione rispetto alla tutela della concorrenza esalta la sensazione che il giudice rimettente salti un passaggio logico, finendo col confondere tra tutela della concorrenza e libertà di iniziativa economica.

Come è noto, infatti, solo l'art. 117, comma 2, lett. e), Cost., introdotto dalla recente riforma del Titolo V della Costituzione da parte della l. cost. 18 ottobre 2001, n. 3, enuncia espressamente la « tutela della concorrenza », mentre l'art. 41 Cost. si riferisce alla libertà di iniziativa economica (comma 1) nonché ai suoi limiti (comma 2) e alla connessa riserva di legge (comma 3). Altrettanto noto è il dibattito dottrinale generatosi intorno all'interpretazione dell'art. 41 Cost. quale fondamento costituzionale della tutela della concorrenza (9).

prescindere ovviamente dall'art. 4, comma 4, introdotto dalla l. rg. n. 7/05, costituisce un'articolata disciplina che, oltre a salvaguardare gli interessi pubblici potenzialmente confliggenti con le modalità di svolgimento del commercio itinerante, appare rispettosa della competenza statale in materia di concorrenza.

(9) Tale dibattito ha preso le mosse dai diversi e antecedenti orientamenti interpretativi della dimensione costituzionale della libertà d'iniziativa economica e i suoi limiti. Anche in quest'ultimo caso — a maggior ragione — si contano numerosi contributi in dottrina. Tra questi figurano per l'influenza esercitata in dottrina: V. CRISAFULLI, *La Costituzione e le sue disposizioni di principio*, Milano, Giuffrè, 1952, 115; V. SPAGNUOLO VIGORITA, *L'iniziativa economica privata nel diritto pubblico*, Napoli, Jovene, 1957; G. MINERVINI, *Contro la funzionalizzazione dell'impresa privata*, in *Riv. dir. civ.*, 1958, 618; E. CHELLI, *Libertà e limiti dell'iniziativa economica privata nella giurisprudenza della Corte costituzionale e nella dottrina*, in *Rass. dir. pubbl.*, 1960, 260; C. MORTATI, *Costituzione (dottrine generali)*, in *Enc. dir.*, 1962, XI, 218; A. BALDASSARRE, voce *Iniziativa economica privata*, in *Enc. dir.*, 1971, XXI, 582; M. LUCIANI, *La produzione economica privata nel sistema costituzionale*, Padova, CEDAM, 1983; G. MORBIDELLI, *Iniziativa economica privata*, in *Enc. Giur.*, 1989, XVII, 1; G. OPPO, *L'iniziativa economica*, in *La Costituzione economica a quarant'anni dall'approvazione della carta fondamentale, Atti del Convegno, Milano 6-7 maggio 1988*, Milano, Giuffrè, 1990, 35; A. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali*, Padova, CEDAM, 1992, II, 460; F. GALGANO, *La libertà di iniziativa economica privata nel sistema delle libertà costituzionali*, in *La costituzione economica*, in F. GALGANO (a cura di), *Trattato di diritto commerciale e diritto pubblico dell'economia*, Padova, CEDAM, 1997, I, 526. In estrema sintesi, tali orientamenti si sono concentrati tanto sulla natura giuridica e sul contenuto della libertà di iniziativa economica e dei suoi limiti, quanto sulla connessa questione di una portata normativa precettiva o immediatamente programmatica dell'art. 41 Cost., nonché del collegamento di quest'ultimo articolo con altre norme costituzionali. Queste tematiche si sono pertanto riflesse sullo studio della tutela della concorrenza nella Costituzione. In particolare, è proprio il rapporto tra i concetti di principio di cui ai tre commi dell'art. 41 Cost., che — diversamente interpretato dai sostenitori (cfr. C. MORTATI, *Costituzione, cit.*) e oppositori (cfr. G. MORBIDELLI, *Iniziativa, cit.*, nonché G. MINERVINI, *Contro la funzionalizzazione, cit.*) della famigerata teoria della « funzionalizzazione » della libertà d'iniziativa economica — ha ulteriormente diviso la successiva dottrina sulla tutela della concorrenza tra coloro che hanno identificato il fondamento di quest'ultima nel secondo comma del suddetto articolo costituzionale (Cfr. C. PICCIOLI, *Contributo all'individuazione del fondamento della normativa a tutela della concorrenza (c.d. legge antitrust)*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1996, 35, nonché L. BUFFONI, *La « tutela della concorrenza » dopo la riforma del Titolo V: il fonda-*

Le problematiche di tale dibattito — riaccessosi in concomitanza con l'emanazione della l. 10 ottobre 1990, n. 287 (10), e solo in parte temperato con la riforma del titolo V della Costituzione da parte della l. cost. 18 ottobre 01, n. 3, — vengono così riecheggiate dall'asettico richiamo all'art. 41 Cost. in tema di tutela della concorrenza da parte dell'ordinanza di rimessione. Tuttavia, è soprattutto rispetto a quanto deciso dalla giurisprudenza costituzionale al riguardo che tale richiamo desta una certa perplessità.

Prima di entrare nel merito dell'atto di promovimento del giudice amministrativo occorre allora ricordare quanto deciso dalle sentenze costituzionali richiamate dal TAR Veneto quali casi analoghi a quello trattato (Corte cost., 24

*mento costituzionale ed il riparto di competenze legislative, in Istituz. del Fed., 2001, 358) e chi invece ha richiamato in proposito il primo comma (Cfr. A. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali*, cit.). La stessa Corte costituzionale ha talvolta manifestato di seguire la prima delle due dottrine, così complicando ulteriormente il quadro interpretativo (cfr. Corte cost., 22 maggio 1969, n. 97, in *Giur. cost.*, 1969, 2, 1239, in materia di licenze di impianto e di esercizio dei magazzini di vendita di merci a prezzo unico; 9 dicembre 1991, n. 439, *ivi*, 1991, 6, 3671, in materia di integrazione salariale; 30 luglio 1992, n. 389, *ivi*, 1992, 4, 3123, in materia di ammissione ai pubblici impieghi; 6 aprile 1995, n. 110, *ivi*, 1995, 2, 902, in materia di fallimento; 4 luglio 1996, n. 236, *ivi*, 1996, 3, 2135, in materia di brevetti industriali. Come ricordato, detta questione è stata nuovamente al centro dell'attenzione dottrinale a seguito dell'emanazione della l. n. 287/90, ai sensi della quale (art. 1) la disciplina in essa contenuta costituisce « attuazione » dell'art. 41, comma 1, Cost.. Non è qui possibile approfondire quanto deciso dalla Corte e interpretato dalla dottrina in riferimento all'art. 41 Cost.. e agli interventi legislativi in nome di detta norma costituzionale. Tuttavia, quale valido punto di partenza teorico per superare l'impasse generato dalla diatriba dottrinale, pare opportuno ricordare il pensiero di chi (cfr. P. BARILE, *Norme di diritto costituzionale: dal codice civile, dalla Costituzione alla legge 287 del 1990*, in *Per un diritto della concorrenza*, Roma, Banca d'Italia, 1996, 159) ha considerato la libertà di iniziativa economica come indissolubilmente specificata dai successivi commi dell'art. 41. Così facendo, il richiamo al primo comma dell'art. 41 riceverebbe diretta estensione dal postulato che la libertà d'iniziativa economica privata è tale in quanto inestricabilmente rapportata all'utilità sociale (comma 2) e alla riserva di legge su programmi e controlli per finalità sociali (comma 3). Una volta accolta questa prospettiva sistematica, emerge la questione più precipuamente definitoria del significato da attribuirsi a tali concetti quali limiti della libertà d'iniziativa economica. Sotto questo aspetto, ben si allinea alla critica della « funzionalizzazione » la configurazione di tali limiti sì come elementi compenetrati all'essenza stessa della libertà di iniziativa economica, ma quali « limiti esterni » alla libertà economica. In tal modo si sposta la concorrenza dal piano soggettivo a quello oggettivo, al fine di evidenziarne la connessione non con interessi individuali, ma con interessi di carattere generale. In questa ricostruzione è allora possibile ravvisare nell'utilità sociale un nucleo indefettibile costituito dall'insieme di valori garantiti da norme costituzionali specifiche, tra le quali certamente spicca l'art. 3, comma 2, Cost., relativo all'uguaglianza sostanziale. Rispetto a questi valori, la tutela della concorrenza si porrebbe quindi come strumento di realizzazione d'interessi riconosciuti alla concorrenza effettiva, ossia la libertà di accedere al mercato e la libertà di scelta del consumatore (dal lato delle posizioni giuridiche tutelate), e una migliore efficienza allocativa e distributiva delle risorse (dal lato degli effetti macroeconomici riconosciuti alla concorrenza stessa). Condividendo questo schema interpretativo, può assumersi che la tutela della concorrenza — che certamente limita o promuove la libertà d'iniziativa economica a seconda della prospettiva soggettiva considerata — in ultima analisi — poiché socialmente utile — connota l'iniziativa economica nel contesto macroeconomico, ossia nel suo significato di libertà di accesso al mercato.*

(10) « Norme per la tutela della concorrenza e del mercato ».

ottobre 2008, n. 350 (11), e 30 gennaio 2009, n. 25), nonché quale riferimento per la nozione di tutela della concorrenza (Corte cost., 14 dicembre 2007, n. 430 (12)).

Per quanto riguarda la definizione della materia di cui all'art. 117, comma 2, lett. e), Cost., con la sentenza n. 430/07 (13), la Corte ha ribadito per l'ennesima volta che l'espressione « tutela della concorrenza » non è una « materia di estensione certa », ma presenta i tratti « di una funzione esercitabile sui più diversi oggetti » ed è configurabile come « trasversale » (14), caratterizzata da una portata ampia (15). In particolare, la giurisprudenza costituzionale afferma che la « tutela della concorrenza » è una « materia funzione », che si intreccia inevitabilmente con una pluralità di interessi connessi allo sviluppo economico produttivo del Paese, tra i quali anche alcuni rientranti nella sfera di competenza legislativa, concorrente o residuale, delle Regioni.

Considerata l'affermata trasversalità della materia della tutela della concorrenza, diventa ancora più delicata la questione delle modalità con cui la Corte costituzionale ne ha distinto la prevalenza rispetto ad altre materie riconducibili alla normativa impugnata. Al riguardo, la Corte ha affermato che per condurre tale operazione di identificazione « occorre fare riferimento all'oggetto ed alla disciplina stabilita delle norme scrutinate, per ciò che esse dispongono (sentenze n. 450 e n. 411 del 2006), alla luce della ratio dell'intervento legislativo nel suo complesso e nei suoi punti fondamentali, tralasciando gli aspetti marginali e gli effetti riflessi delle norme medesime (sentenze n. 319 e n. 30 del 2005), così da identificare correttamente e compiutamente anche l'interesse tutelato (sentenze n. 449 del 2006 e n. 285 del 2005) » (16).

In questo senso si pongono, infatti, le altre due sentenze citate dal TAR Veneto, con cui la Corte ha dichiarato l'illegittimità costituzionale rispetto all'art. 117, comma 2, lett. c), Cost. di disposizioni legislative regionali che

(11) In *Foro amm. C.d.S.*, 2008, 10, 2637.

(12) In *Foro amm. C.d.S.*, 2007, 12, 3356 (s.m.), e *Giur. cost.*, 2007, 6, 435.

(13) In quell'occasione la Corte ha dichiarato — in riferimento agli artt. 117 e 118 Cost. — l'infondatezza della q.l.c. di una norma legislativa statale in forza della quale lo svolgimento delle attività economiche di distribuzione commerciale individuate dal d.lg. n. 114/1998, ivi comprese la somministrazione di alimenti e bevande, è stato reso libero da una serie di limiti e prescrizioni nella medesima norma puntualmente indicati.

(14) Oltre alla citata sentenza, cfr. Corte cost., 27 luglio 2004, n. 272 (in *Servizi pubbl. e appalti*, 2004, 4, 824, con nota di A. POLICE, W. GIULIETTI, e *Foro amm. C.d.S.*, 2004, 1971, con nota di R. IANNOTTA) quale precedente in materia (per il cui commento cfr. L. CERASO, *La recente giurisprudenza della Corte costituzionale sulla « tutela della concorrenza » (art. 117, comma 2, lett. e): linee di tendenza e problemi aperti*, in *Giur. cost.*, 2005, 4, 3448), nonché 23 novembre 2007, n. 401 (in *Riv. giur. edilizia*, 2008, 1, (s.m.), con nota di E. GHERA, R. DE NICTOLIS, *Il riparto delle competenze tra Stato e Regioni in materia di appalti pubblici*, e *Foro it.*, 2008, 6, (s.m.), con nota di G. CORSO, G. FARES, *Il Codice dei contratti pubblici tra tutela della concorrenza e ordinamento civile*).

(15) Cfr. Corte cost., 3 marzo 2006, n. 80 (in *Foro amm. C.d.S.*, 2006, 3, (s.m.), e *Giur. cost.*, 2006, 2).

(16) In questi termini si esprime la Corte nella n. 350/2007, nonché similmente nella n. 430/07 e in molte altre ancora, tra le quali cfr. Corte cost., 11 Maggio 2007, n. 165 (in *Giur. cost.*, 2007, 3, e *Foro amm. C.d.S.*, 2007, 5, (s.m.)), e 30 Luglio 2008, n. 320 (in *Giur. Cost.*, 2008, 4, 3418).

limitavano l'accesso al mercato dei servizi di comunicazione elettronica (17), in quanto contrastanti con quanto previsto dal d.lg. 1 agosto 2003 n. 259, meglio conosciuto come « Codice delle comunicazioni elettroniche » (18). In particolare la Corte, nel richiamare gli artt. 3 e 4 del Codice delle comunicazioni elettroniche, afferma che disposizioni del genere sono espressione della competenza esclusiva dello Stato in tema di « tutela della concorrenza » e di « ordinamento civile », prima ancora di costituire principi fondamentali in tema di « ordinamento della comunicazione ».

Confrontando quanto deciso nelle sentenze costituzionali citate con la questione di legittimità costituzionale rimessa con l'ordinanza del TAR Veneto, non resta che fare riferimento a quanto previsto nel d.lg. n. 114/98 e riscontrare che: ai sensi dell'art. 1, comma 3, tra le finalità perseguite dalla disciplina in materia di commercio ivi contenuta, figurano « *la trasparenza del mercato, la concorrenza, la libertà di impresa e la libera circolazione delle merci* »; ai sensi dell'art. 2, « *[l]attività commerciale si fonda sul principio della libertà di iniziativa economica privata ai sensi dell'articolo 41 della Costituzione ed è esercitata nel rispetto dei principi contenuti nella legge 10 ottobre 1990, n. 287, recante norme per la tutela della concorrenza e del mercato* ».

Quindi, in chiara analogia con le ricostruzioni teleologiche contenute nelle sentenze costituzionali citate nell'ordinanza TAR Veneto, nonché in sintonia con l'ormai consolidato — e più in generale — criterio di prevalenza applicato dalla giurisprudenza costituzionale, è possibile verificare che il d.lg. n. 114/98, pur se intitolato in riferimento ad un determinato settore economico — il commercio — rientrando nella competenza legislativa regionale residuale, è composto da una serie di disposizioni che, espressamente dirette nel loro complesso alla tutela della concorrenza, fanno di quest'ultima la materia dominante, così legittimando la competenza legislativa esclusiva dello Stato in materia, stabilita dall'art. 117, comma 2, lett. e) (19).

(17) Tali limitazioni sono state poste in essere con l'adozione di norme legislative regionali di contenuto diverso. Con la sentenza n. 350/08, la Corte ha giudicato illegittimo l'autonomo procedimento autorizzatorio previsto dalla normativa della Regione Lombardia, contestando quanto previsto in merito alla collocazione *tout court* della disciplina dei centri di telefonia ivi contenuta nella materia del commercio di competenza legislativa regionale residuale. Con la sentenza n. 25/09, invece, la Corte ha dichiarato l'illegittimità delle misure introdotte dalla legge della Regione Veneto consistenti nella limitazione della localizzazione dei soli centri di telefonia fissa ad ambiti territoriali preventivamente individuati, nonché nella subordinazione dell'apertura dei nuovi esercizi alla previa adozione di una specifica normativa urbanistica. In quest'ultimo caso, l'interferenza con la disciplina statale in materia di tutela della concorrenza è stata riconosciuta dalla Corte nonostante la disciplina urbanistica in questione fosse riconducibile alla materia del governo del territorio di competenza legislativa regionale concorrente.

(18) In entrambe queste due sentenze (richiamando quanto deciso dalla Corte cost., 27 luglio 2005, n. 336, In *Giur. cost.*, 2005, 4, 3165) la Corte costituzionale ha affermato che le disposizioni che compongono il Codice delle comunicazioni elettroniche perseguono in generale « *l'obiettivo della liberalizzazione e semplificazione delle procedure anche al fine di garantire l'attuazione delle regole della concorrenza* », e riguardano materie che appartengono alle diverse competenze legislative previste dai commi 2, 3 e 4 dell'art. 117 Cost., tra cui anche quella del commercio quale materia demandata alla competenza legislativa residuale delle Regioni.

(19) In particolare, il criterio di prevalenza quale parametro di composizione delle

Tuttavia è bene precisare che le citate sentenze della Corte si esprimono sul riparto costituzionale delle competenze legislative in materia di tutela della concorrenza limitandosi a richiamare la violazione l'art. 117 Cost. In altre parole, la Corte, pur considerando l'incidenza di una determinata normativa sulla libertà d'iniziativa economica — nella sua manifestazione di libertà di accesso al mercato — quale indice dell'effettiva concorrenza del settore disciplinato dalla normativa medesima, considera tale incidenza soltanto per verificare l'interferenza delle norme legislative regionali nella materia di tutela della concorrenza di competenza esclusiva dello Stato, o per riconoscere la competenza legislativa trasversale di quest'ultimo in detta materia.

Più in generale del resto, nel risolvere le varie questioni di legittimità che hanno riguardato l'art. 117, comma 2, lett. e), la Corte costituzionale ha nel tempo fornito una dettagliata serie di strumenti interpretativi idonei ad individuare gli effettivi ambiti di estensione di competenza legislativa esclusiva in materia di tutela della concorrenza (concetto della trasversalità di certe materie, metodo di individuazione dell'oggetto della disciplina, criterio della prevalenza), stabilizzatasi, almeno nell'ultimo periodo, in senso rafforzativo della competenza legislativa dello Stato (20). Tuttavia, nel consolidamento di questa giurisprudenza costituzionale è rimasta in ombra la tematica sistematica intercor-

eventuali interferenze tra discipline statali e regionali generative di concorso di competenze impone di verificare se una tra le materie interessate possa dirsi dominante, in quanto nel complesso normativo sia rintracciabile un nucleo essenziale appartenente ad un solo ambito materiale ovvero le diverse disposizioni perseguano una medesima finalità. Oltre alle sentenze costituzionali sinora richiamate in materia di tutela della concorrenza che si riferiscono espressamente a questo criterio, si possono citare le seguenti sentenze, ricordandone la relativa materia legislativa trattata. In materia di « tutela della salute », di competenza concorrente delle Regioni ex art. 117, comma 3, Cost., cfr. Corte cost., 5 maggio 2006, n. 181, (in *Giur. cost.*, 2006, 3, 1809), 19 dicembre 2006, n. 422 (in *Giur. cost.*, 2006, 6, 4359), e 13 giugno 2006, n. 222 (*Giur. cost.*, 2006, 3, in *Foro it.*, 2007, 4, 1072). In materia di « ordine pubblico e sicurezza », di competenza esclusiva dello Stato ex art. 117, comma 2, lett. h), oltre alla sentenza da ultimo citata cfr. Corte cost., 7 marzo 2008, n. 50, relativa anche alle materie dell'« ordinamento civile e penale », e dei « servizi sociali », rispettivamente di competenza legislativa statale assoluta ex art. 117, comma 2, lett. l), e di competenza residuale delle regioni ex art. 117, comma 3. In materia di « determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale », di materia esclusiva dello Stato ex art. 117, comma 2, lett. m), cfr. Corte cost., ord. 8 maggio 2007, n. 162 (in *Giur. cost.*, 2007, 3, 1515). In materia di « sviluppo economico », di competenza residuale delle Regioni ex art. 117, comma 4, Cost., cfr. la sent. 11 maggio 2007, n. 165 (in *Giur. cost.*, 2007, 3, 1556). In materia di « tutela e sicurezza del lavoro », di competenza concorrente delle Regioni ex art. 117, comma 3, Cost., cfr. la sent. cost. 8 giugno 2005, n. 219 (in *Giur. cost.*, 2005, 3, 1911), 16 giugno 2005, n. 231 (in *Giur. cost.*, 2005, 3, 1979), 19 dicembre 2006, n. 425 (in *Giur. cost.*, 2006, 6, 4382), con nota di B. CARUSO e A. ALAIMO, *Il conflitto tra Stato e Regioni in tema di lavoro e la mediazione della Costituzione: la recente giurisprudenza tra continuità e innovazione*. In materia di « ordinamento civile », di competenza esclusiva dello Stato ex art. 117, comma 2, lett. l), Cost., oltre alle ultime due sentenze citate, cfr. Corte cost., 16 giugno 2005, n. 234 (in *Giur. cost.*, 2005, 3, 2016). In materia di « istruzione », di competenza regionale concorrente ex art. 117, comma 3, Cost., cfr. Corte cost. n. 425/2006.

(20) Come evidenziato dalla dottrina (cfr. M. LIBERTINI, *La tutela della concorrenza nella Costituzione italiana*, in *Giur. cost.*, 2005, 2, 1429), nel primo periodo successivo alle modifiche al titolo V della parte seconda della Costituzione, introdotte dalla l. cost. 18 ottobre 2001, n. 3, sembravano sussistere tutte le premesse per una interpretazione riduttiva

rente tra gli artt. 41 e 117, comma 2, lett. e), Cost., ossia la relazione tra tutela della concorrenza e libertà di iniziativa economica, relazione che — prima della riforma del 2001 al Titolo V, Parte II Cost. — assurgeva alla più ampia questione della costituzionalizzazione stessa della tutela della concorrenza.

È per questo motivo pertanto che destano perplessità tanto il richiamo all'art. 41 Cost. operato dal giudice rimettente, quanto il fatto che quest'ultimo, nelle sue argomentazioni, si limiti a riconoscere che dal contrasto dell'art. 4, comma 4-bis, l. rg. Veneto, rispetto ad una normativa statale, (il d.lg. n. 114/98) espressamente ispirata alla tutela della concorrenza, scaturisce l'illegittimità costituzionale della norma regionale censurata in quanto interferente con la competenza legislativa statale in materia.

Sotto questo punto di vista, il TAR Veneto, sostenendo che la libertà d'iniziativa economica non può subire irragionevoli compressioni, ha sì fatto un'affermazione importante nel momento in cui ha esemplificato tali compressioni riferendosi a quelle che influenzano direttamente « *l'accesso degli operatori economici ad un determinato mercato* », ossia ponendo « *barriere all'ingresso tali da alterare la concorrenza tra soggetti imprenditoriali* ».

Tuttavia, confermando il « catalogo dei limiti » alla libertà di commercio interposto dal legislatore all'art. 28, d.lg. n. 114/98, e rilevandone il travalicamento da parte della norma censurata, il giudice amministrativo — se non oltre ad un accenno al concetto di proporzionalità e adeguatezza — non entra nel merito della libertà d'iniziativa economica, dei limiti al suo svolgimento e della rilevanza dell'intervento pubblico in economia, così come tali concetti sono indicati, rispettivamente, dai commi 1, 2 e 3 dell'art. 41 Cost. (21).

della « tutela della concorrenza », da parte della Corte costituzionale. In tale senso, l'A. riporta: Corte cost., 4 febbraio 2003, n. 27 (in *Giur. cost.*, 2003, 1, 141), che ha confermato la legittimità di una legge regionale contenente una disciplina vincolistica di tipo tradizionale sull'esercizio delle farmacie, affermando che la stessa si giustifica in funzione della tutela della salute e che una concorrenza tra farmacie impedirebbe la fornitura del servizio universale di distribuzione dei farmaci; e Corte cost., 24 luglio 2003, n. 275 (in *Giur. cost.*, 2003, 4, 2274), che ha sancito l'illegittimità costituzionale di una norma relativa alla privatizzazione di farmacie comunali « *nella parte* le esigenze di tutela della salute imporrebbero la riserva ai farmacisti iscritti all'ordine della facoltà di gestire farmacie comunali. Quale primo forte segnale di inversione di questo primo orientamento si rammenta la Corte cost., 13 gennaio 2004, n. 14. (in *Giur. it.*, 4, 2004, 2234, con nota di V. TALIENTI, *Le politiche statali di sostegno del mercato alla luce del diritto comunitario e delle competenze legislative regionali nel nuovo Titolo V, Parte II della Costituzione, con particolare riferimento alla tutela della concorrenza*) con cui la Corte, in merito a questioni di legittimità costituzionale di alcune norme della l. 28 dicembre 2001, n. 448, riguardanti gli investimenti che possono essere ammessi al finanziamento attraverso gli aiuti comunitari, ha affermato che la tutela della concorrenza non può essere intesa soltanto « in senso statico », come garanzia di interventi di regolazione e ripristino di un equilibrio perduto, ma anche in quell'accezione dinamica, ben nota al diritto comunitario, che giustifica misure pubbliche — quali gli aiuti di Stato — volte a ridurre squilibri, a favorire le condizioni di un sufficiente sviluppo del mercato o ad instaurare assetti concorrenziali. Tale affermazione di principio si fonda, a detta della stessa Corte, in considerazione dell'accorpamento, nel medesimo titolo di competenza, della tutela della concorrenza con altre materie come la moneta, la tutela del risparmio e dei mercati finanziari, il sistema valutario, i sistemi tributario e contabile dello Stato, la perequazione delle risorse finanziarie, che rende palese che la tutela della concorrenza costituisce una delle leve della politica economica statale.

(21) Si condivide la dottrina (cfr. M. LIBERTINI, *La tutela della concorrenza*, cit.) che

Così argomentando, tuttavia, il giudice amministrativo mette in ombra « l'altra faccia della concorrenza », ben conosciuta a livello teorico, ossia che la realizzazione di tale tutela comporta una limitazione alla libertà di iniziativa economica nei confronti di chi abusi del proprio potere economico a discapito della libertà di iniziativa economica altrui quale libertà di accesso al mercato. Che la tutela della concorrenza sia limitativa della libertà economica risulta poi concretamente dalla dilatazione operata dalla stessa Corte costituzionale sul suo significato sino a ricomprenderne misure fortemente incidenti il mercato, come ad esempio forme di sostegno economico alle imprese (22). Soprattutto, il TAR Veneto sembra aver dimenticato — o per lo meno non aiuta a ricordare — che, oltre alla tutela della concorrenza, sono altri gli interessi parimenti garantiti dalla costituzione che legittimano una compressione della libertà d'iniziativa economica.

È sotto questo aspetto che nell'ordinanza di rimessione sembra darsi per scontato che ogni disposizione contemplata dall'art. 28 del decreto legislativo sia per forza da ricondurre teleologicamente all'ambito della tutela della concorrenza. Invece, è proprio il collegamento indiscriminato di tutti i limiti del suddetto « catalogo » alla tutela della concorrenza che non convince.

Infatti, se alcune norme di questo articolo — come nel caso del regime autorizzatorio previsto dal comma 4 — confermano la finalità della concorrenza e della libertà di impresa, altre norme in esso contenute esorbitano invece espressamente dalle finalità appena citate, costituendone altresì un limite in ragione di altre finalità. Dette finalità sono molteplici e variegate in ragione dei diversi interessi pubblici coinvolti. Ad esempio, possono essere archeologiche, storiche, artistiche, ambientali, di viabilità, di carattere igienico sanitario.

Con riferimento alla questione qui esaminata, occorre pertanto riferirsi al sedicesimo comma dell'art. 28 in particolare, ai sensi del quale — come abbiamo ricordato — è prevista l'eventualità che l'attività commerciale in questione sia vietata proprio in ragione delle finalità appena elencate.

Quanto stabilito dall'art. 28, comma 16, al contrario di quanto sembrerebbe intendere il TAR Veneto, non è finalizzato alla tutela della concorrenza, ma alla

critica quella linea di pensiero (L. BUFFONI, *La « tutela della concorrenza »*, cit.) secondo la quale l'art. 41 della Costituzione si limiterebbe ad attribuire la competenza, ma sarebbe poi neutra, rispetto al valore della concorrenza nel quadro dei principi generali dell'ordinamento. Argomentando il proprio convincimento contro questa teoria, l'A. individua un triplice rilievo normativo nell'art. 117 della Cost.: « a) la doverosità dell'esercizio della funzione (normativa ed amministrativa) di tutela della concorrenza da parte dello Stato; b) la sottrazione alle Regioni e agli enti locali di qualsiasi potere (normativo od amministrativo) di intervento positivo in materia, ancorché con finalità integrative o rafforzative degli standard di intervento determinati dalla normativa statale (non sarebbe costituzionalmente legittima, dunque, l'ipotetica istituzione di un'autorità antitrust regionale da parte di una Regione); c) il divieto, in capo alle Regioni e agli enti locali, di contrastare o frustrare le regole e gli obiettivi del diritto generale della concorrenza, stabiliti dalle leggi dello Stato, con misure di regolazione amministrativa incompatibili con i principi sostanziali della materia ».

(22) Su questo significato della tutela della concorrenza, oltre al *leading case* in materia rappresentato dalla Corte cost. n. 14/04 (citata in nota 20), e alle già citate sentenze n. 272/2004, e n. 430/07, cfr. Corte cost., 4 maggio 2005, n. 175 (in *Giur. cost.*, 2005, 3, 1591), e 15 novembre 2004, n. 345 (in *Foro amm. C.d.S.*, 2004, 11, 3069, con nota di M. NISPI LANDI, *Due parole della Corte costituzionale sulla responsabilità amministrativa*).

stessa libertà di iniziativa economica quale limite al suo svolgimento di modo da non creare contrasto con l'utilità sociale. Conseguentemente, la tutela della concorrenza, che pur permea il complesso normativo di cui al d.lg. n. 144/98, deve lasciare spazio ad altri interessi costituzionalmente garantiti.

Una volta che si è individuato, nella violazione della libertà d'iniziativa economica (pur comprensiva della libertà di accesso al mercato), il nodo centrale della questione, è opportuno rilevare che tale problema, se analizzato alla luce del panorama giurisprudenziale costituzionale di riferimento, diventa — per le risposte che possono trovarsi — piuttosto un problema dei confini di legittimità costituzionale delle limitazioni imposte dal legislatore alla libertà d'iniziativa economica (23).

Si devono pertanto considerare le decisioni della Corte che hanno ammesso limitazioni di aspetti concreti della libertà di iniziativa economica, da parte del legislatore statale (24) e regionale (25) per interessi diversi dalla tutela della

(23) Tale prospettiva del resto è suggerita dall'impianto letterale dello stesso art. 41 Cost., così come accadrebbe più genericamente quando si deve misurare qualcosa che, di per sé, non può esistere se non oltre qualcos'altro. Se nel tempo la Corte è stata restia nell'affrontare direttamente l'essenza della libertà d'iniziativa economica, preferendo soffermarsi sulla connessa tematica dell'utilità sociale, un'importante eccezione a questa impostazione è comunque rappresentata dalla Corte cost., 16 dicembre 1958, n. 78 (in *Giur. cost.*, 1958, 2, 979). In particolare la Corte ha dichiarato l'illegittimità costituzionale delle norme sull'imponibile di mano d'opera agricola, affermando che l'esercizio del potere legislativo non può essere tale da imporre determinate scelte all'imprenditore, ritenendo altresì che la libera valutazione e la conseguente autodeterminazione in ordine al dimensionamento dell'azienda e alla sua organizzazione interna fossero nel caso considerato « notevolmente turbate e sostituite da immissione, nel complesso equilibrio dell'azienda, di elementi non richiesti, spesso non ritenuti idonei ». Tuttavia, la solitudine e l'età di questa sentenza la costringono inevitabilmente al di fuori del contesto di riferimento.

(24) La Corte ha acconsentito a varie restrizioni delle esplicazioni della libertà d'iniziativa economica. Con riguardo all'autonomia negoziale, cfr. Corte cost., 8 aprile 1965, n. 30 (in *Giur. cost.*, 1965, I, 283, con nota di D. SERRANI, *Brevi note in tema di libertà contrattuale e principi costituzionali*), sulla libertà di fissare i prezzi; 5 luglio 1990 n. 316 (in *Giur. cost.*, 1990, 3, 2025), sulla libertà di assumere parte del personale dell'impresa stessa; 30 giugno 1994, n. 268 (in *Riv. it. dir. lav.*, 1995, II, 237, con nota di E. MANGANIELLO, e *Giur. it.*, 1995, I, 588, con nota di, S. FATONE, *Accordi cosiddetti gestionali, autonomia contrattuale del lavoratore ed autonomia collettiva: la questione di legittimità costituzionale dell'art. 5, primo comma, della legge n. 223 del 1991*), sulla libertà di scelta dei lavoratori da licenziare per riduzione di personale; 17 marzo 2000, n. 70 (in *Giur. cost.*, 2000, 2, 788), sulla libertà di definire i rapporti obbligatori derivanti dai contratti di appalto e di gestione del servizio di riscossione delle imposte di consumo. Per altri aspetti ancora cfr. Corte cost., 15 febbraio 1980, n. 20 (in *Giur. cost.*, 1980, 1, 171, e *Giur. it.*, 1980, 1, 1249), riferita alla libertà di scelta dell'oggetto della propria produzione; 13 marzo 2001, n. 54 (in *Giur. cost.*, 2001, 2, 336) relativa alla libertà di estendere o meno territorialmente la propria attività economica; e 4 febbraio 2003, n. 27 (in *Giust. civ.*, 2003, I, 1163, e *Rass. dir. farm.*, 2003, 2, 285), riguardante la libertà di fissare l'orario del proprio esercizio commerciale;

(25) Sul sindacato costituzionale delle misure legislative regionali, tra le tante, cfr. Corte cost., 24 giugno 1992, n. 301 (in *Regioni*, 1993, 2, 564, e *Quaderni reg.*, 1-2, 1992, 402.), che ha dichiarato infondata la q.l.c., sollevata in riferimento agli artt. 3 e 41 Cost., di una norma della Regione Emilia-Romagna proibitiva del rinnovo delle concessioni per i distributori di carburante c.d. marginali; 3 giugno 1998, n. 196, (in *Giur. cost.*, 1998, 3, 1577, e *Riv. giur. ambiente*, 1999, 2, 372, con nota di L. PRATTI) che ha dichiarato l'infondatezza della q.l.c. di una norma della Regione Friuli-Venezia introduttiva del divieto di smaltimento nelle

concorrenza, ma parimenti meritevoli di tutela ai sensi della Costituzione e riconducibili in quanto tali all'utilità sociale di cui al secondo comma dell'art. 41 Cost. Tuttavia, come normalmente ci si aspetta quando si allarga il contesto di un determinato problema, la risoluzione di quest'ultimo è resa difficoltosa sotto molteplici aspetti.

Anzitutto, l'attività interpretativa, come è noto, è fisiologicamente complicata dal testo letterale dello stesso art. 41 Cost. costruito per grandi forme e in chiave di indicazioni di principio (26). A ciò si aggiunga che tale « norma in bianco » (27) non è stata riscritta dalla Corte costituzionale con regole puntuali, ma si è spesso limitata ad esercitare un « controllo formale » di legittimità sulla interposizione normativa operata dal legislatore (28). In particolare, nelle sentenze costituzionali ove sono state affrontate queste tematiche, la Corte ha dimostrato una certa deferenza nei confronti delle scelte operate dal legislatore, nel senso di autolimitare il proprio potere di giudicare in merito all'utilità sociale entro i meri « aspetti logici del problema » (29).

Ne consegue la difficoltà di misurare con sufficiente precisione la dimen-

discariche regionali di rifiuti solidi urbani provenienti da altre regioni, e ricondotto dalla Corte in quanto tale alla tutela dell'ambiente; 14 giugno 2001, n. 190 (in *Giur. cost.*, 2001, 3, con nota di A. MORRONE, *Libertà d'impresa nell'ottica del controllo sull'utilità sociale*, e *Foro it.*, 2001, I, 2733, con nota di G. BELLANTUONO, *L'acquacultura come attività tra normativa comunitaria, nazionale e regionale*), con cui la Corte ha rigettato una q.l.c. di una norma regionale veneta in materie di risorse idrobiologiche rilevando che la tutela dell'ambiente giustifica il divieto di esportazione dei materiali delle escavazioni; 4 febbraio 2003, n. 27 (in *Giur. cost.*, 2003, 1, 141), che ha dichiarato non fondata la q.l.c. di una normativa regionale della Lombardia sugli orari di apertura e sui turni di servizio delle farmacie evidenziando la finalità alla tutela della salute quale fondamento di tali disposizioni.

(26) Tale caratteristica fa delle disposizioni in esame dei « principi valvola » (cfr. A. BALDASSARRE, *Iniziativa*, cit. p. 592) nel senso che, entro i limiti di una costituzione rigida, legittimano sviluppi interpretativi di segno anche molto diverso, con conseguenti meriti in termini di capacità di adeguamento dell'ordinamento giuridico ai mutamenti della vita politica, sociale ed economica, ma con le conseguenti complicazioni in termini esegetici. Al riguardo si ricorda la fortunata espressione con cui E. CHELLI, *Libertà e limiti dell'iniziativa economica*, cit., 303, ha definito « anfibologico » il limite dell'utilità sociale di cui all'art. 41, comma 2, Cost.

(27) Così definita da A. BALDASSARRE, *Iniziativa cit.*, 590.

(28) Cfr. A. MORRONE, *Libertà di impresa*, cit., ove si citano: Corte cost., 6 febbraio 1962, n. 4 (in *Giur. cost.*, 1, 1962, 31), che ha ritenuto corrispondente all'utilità sociale il divieto di tenuta dei bovini maschi per la monta senza autorizzazione; 4 marzo 1964, n. 24 (in *Giur. cost.*, 1964, 1, 207), sulla disciplina transitoria in materia di ammasso del grano, nel passaggio obbligatorio a quello facoltativo; 6 febbraio 1973, n. 110 (in *Giur. cost.*, 1973, 2, 1259), sulle licenze per l'installazione nei bar dei flipper e dei juke box, la cui funzione istituzionale di tutela dell'ordine e della sicurezza pubblica ha consentito di non escludere il contrasto con l'art. 41; 15 maggio 1990, n. 241 (in *Giur. cost.*, 1990, 2, 1466), che ha giustificato l'esclusiva della SIAE in materia di diritti di autore, in assenza di disciplina antitrust (salvo l'auspicio per la rapida approvazione della legge), attraverso la disciplina dell'art. 2597 c.c., l'unica disposizione del codice civile ritenuta coerente con l'art. 41, comma 2, Cost.

(29) Cfr. Corte cost., 22 giugno 1971, n. 137 (in *Foro it.*, 1971, I, 1766), ove detto potere di giudizio è circoscritto entro « la rilevabilità di un intento legislativo di perseguire quel fine e la generica idoneità dei mezzi predisposti per raggiungerlo ». Per approfondire quest'ultimo profilo cfr. M. RAMAJOLI, *La regolazione amministrativa dell'economia nell'interpretazione dell'art. 41 della Costituzione*, in *Dir. amm.*, 2008, 1, 1429, ove l'A. cita — quale giurisprudenza costante sul tema — Corte cost., 15 febbraio 1980, n. 20 (in *Giur. cost.*, 1980,

sione costituzionale dei limiti di cui all'art. 41, comma 2, della Costituzione, anche perché è sullo stesso nucleo minimo di detta libertà che la Corte costituzionale ha mantenuto un orientamento elusivo (30).

Inoltre, alla giurisprudenza della Corte che ha confermato restrizioni alla libertà d'iniziativa economica concentrandosi su un aspetto in particolare di quest'ultima, ossia la libertà organizzativa dell'attività imprenditoriale, se ne è tuttavia accompagnata un'altra che — diversamente — ha ampliato gli spazi della libertà di iniziativa economica passando dall'affermazione di un altro aspetto della libertà considerata, ossia la libertà di accesso al mercato (31).

Diventa quindi difficile ricavare risultati certi dal raffronto tra questi due diversi filoni giurisprudenziali a fronte dell'impossibilità di ridurne il contenuto in termini puntuali, in quanto i medesimi sono composti da casi in realtà molto differenti tra loro in ragione della varietà di disposizioni normative oggetto delle questioni di legittimità costituzionale. Tutto è ulteriormente complicato, poi, dal fatto che la Corte ha amplificato il significato di tutela della concorrenza sino a ricondurvi interventi legislativi di politica economica particolarmente invasivi della libertà d'iniziativa economica (32).

A fronte di queste considerazioni, l'unico punto fermo a cui potersi aggrap-

1, 171), 14 aprile 1988, n. 446, (in *Giur. cost.*, 1988, 3, 2049), 14 giugno 2001, n. 190 (in *Giur. cost.*, 2001, 2, 1462, con nota di A. MORRONE).

(30) In questa prospettiva, ove i confini del contenuto incompressibile della libertà di iniziativa economica segnano al contempo l'area del limite opponibile alla libertà stessa, tuttavia, la Corte si è limitata a fornire affermazioni di principio poi smentite dall'esito delle sue stesse decisioni. È paradigmatica al riguardo la Corte cost. 8 giugno 1960, n. 38 (in *Giur. cost.*, 1960, 628) che afferma che « non può disconoscersi (...) che il disposto dell'art. 41 legittima un intervento dello Stato con "misure protettive del benessere sociale e, contemporaneamente, restrittive della privata iniziativa" (...), sempreché la privata iniziativa non venga da siffatto intervento annullata o soppressa ». Tuttavia, con la medesima sentenza la Corte ha fatto seguire la dichiarazione d'infondatezza della q.l.c. delle norme statali concernenti l'assunzione obbligatoria dei mutilati e invalidi del lavoro nelle imprese private, in riferimento agli artt. 3, 38, 41 e 42 della Costituzione.

(31) Questo aspetto in particolare della libertà d'iniziativa economica, com'è noto, riguarda la tutela della concorrenza e incontra il suo importante precedente nella Corte cost., 3 giugno 1970, n. 78 (in *Giur. cost.*, 1970, 2, 1037), che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale delle norme che avevano chiuso il settore della produzione di fiammiferi attraverso la costituzione di un consorzio obbligatorio tra i produttori esistenti limitandone l'accesso da parte di nuovi. Così, le barriere di accesso al mercato sono state, per la prima volta, riconosciute contrastanti con la tutela dell'iniziativa economica. Come rilevato dalla dottrina (cfr. M. RAMAJOLI, *La regolazione, cit.*), questa affermazione di principio è stata sviluppata dalla Corte combinando le norme di cui agli artt. 3, 41 e 120 Cost. Al riguardo hanno suscitato interesse le seguenti sentenze: Corte cost., 6 novembre 1998, n. 362, in *Foro it.*, 1999, I, 42, con nota di F. SALMONI, *Quando la concorrenza diventa il limite della libertà d'impresa. Riflessioni a partire da una sentenza della Corte costituzionale*, *ivi*, 2000, I, 412; 13 marzo 2001, n. 54, in *Giur. cost.*, 2001, 1, 336; 24 ottobre 2001, n. 339, in *Giur. cost.*, 2001, 5, 2900; 30 dicembre 2003, n. 375, in *Giur. Cost.*, 2003, 5, 3840; 26 giugno 2001, n. 207, in *Urb. e app.*, 2002, 1, 47, con nota di L. DE PAULI, *La Corte costituzionale ed i sistemi regionali di qualificazione: la « bocciatura » della Valle d'Aosta*, in *Le Regioni*, 2002, 1, 124, con nota di E. VALLANIA, *Albo di preselezione regionale e libera prestazione dei servizi*, e in *Giur. it.*, 2002, 382, con nota di A. RAUTI, *L'interpretazione adeguatrice come criterio logico tra rilevanza e non manifesta infondatezza*; Corte cost., 22 dicembre 2006, n. 440, in *Giur. cost.*, 2006, 6, 4465.

(32) Cfr. nota 20, e 22.

pare, in un'ottica previsionale sulla sorte della questione rimessa alla Corte dal TAR Veneto, rimane allora il criterio di ragionevolezza dalla Corte posto alla base delle valutazioni che hanno interessato simili questioni (33). Sotto questo punto di vista, ci si dovrebbe allora chiedere se la sicurezza e l'incolumità pubblica sono ragionevolmente perseguite dal divieto imposto al trasporto di mercanzia entro i centri storici di tutti i comuni con più di cinquantamila abitanti.

In proposito, se anche la sicurezza e l'incolumità pubblica sono interessi costituzionalmente garantiti, non sembra comunque condivisibile la scelta del legislatore regionale di limitare in generale l'esercizio dell'attività commerciale regolarmente autorizzata così coinvolgendo soggetti estranei a quei fatti criminali che detto ordine e sicurezza pubblica hanno messo a rischio. Così disponendo, questa scelta appare incongrua e arbitraria, ed è auspicabile che il giudizio della Corte si traduca in un controllo di proporzionalità sulla base del quale se ne dichiari l'illegittimità costituzionale.

Inoltre, quanto previsto dal legislatore regionale nell'art. 4, comma 4-bis, l. rg. Veneto n. 10/01, risulterebbe comunque destinato ad essere dichiarato costituzionalmente illegittimo in quanto irrispettoso dei criteri di ripartizione delle competenze come definiti dall'art. 117 Cost., pur se non con riferimento alla lett. e) del secondo comma di tale articolo costituzionale.

Nel quadro finora delineato, infatti, anche a voler espungere a tutti i costi l'art. 28, comma 16, dal tessuto delle disposizioni legislative statali finalizzate alla tutela della concorrenza nel settore del commercio, si dovrebbe comunque riconfermare l'inderogabilità delle disposizioni dettate dal legislatore statale in materia.

In particolare, detta disposizione — pur se disciplinante il commercio — ricadrebbe entro la materia dell'ordine pubblico e della sicurezza di cui all'art. 117, comma 2, lett. h), Cost., in forza di quella medesima trasversalità che caratterizza la tutela della concorrenza.

3. *Violazione dei principi di sussidiarietà e di autonomia degli enti locali.*

Il giudice rimettente ha poi affermato che la norma censurata viola, sotto altri profili, anche gli artt. 3, 5 e 118 Cost.

In particolare, il TAR Veneto, nel richiamare il principio di sussidiarietà verticale espresso nell'ultimo degli articoli costituzionali citati, evidenzia che sia

(33) La ragionevolezza è stata spesso rilevata in dottrina quale concetto chiave della legittimità costituzionale dei limiti opponibili alla libertà di iniziativa economica. Tra i molti, cfr. A. MORRONE, *Libertà d'impresa*, cit., che scorge in alcune pronunce della Corte la possibilità di avvalorare una visione del sindacato di ragionevolezza quale controllo nel merito delle scelte politiche; M. LOTTINI, *Libertà d'impresa come diritto fondamentale*, in *Foro amm. TAR*, 2004, 2, 541, che evidenzia le differenti impostazioni sulla ragionevolezza assunte dalla nostra Suprema Corte e dalla Corte di Giustizia, sottolineando la rigidità che caratterizza il giudizio di necessità e proporzionalità del giudice comunitario in materia di libertà di iniziativa economica. Tuttavia, non è mancato chi come F.S. MARINI, *Il « privato » e la Costituzione. Rapporto tra proprietà ed impresa*, Milano 2000, 62, e E. GIANFRANCESCO, *Libertà di impresa e libertà professionale nell'esperienza costituzionale italiana*, in *Giur. cost.*, 2005, 3, 2209, ha criticato ogni tentativo di fondare il limite dell'utilità sociale sul principio di ragionevolezza o di « non arbitrarietà ».

il d.lg. n. 114/98 (art. 28) che la l. rg. Veneto n. 10/01 (artt. 2 e 4) prevedono l'adozione da parte dei Comuni di appositi piani e provvedimenti per porre dei limiti all'esercizio del commercio su aree pubbliche in forma itinerante.

Secondo il giudice amministrativo tale competenza comunale si fonda sulla « esigenza di non porre limiti all'attività economica che non siano idonei, necessari ed adeguati alla finalità di tutelare l'interesse pubblico configgente da salvaguardare », e sulla « esigenza di differenziare i limiti e le regole applicabili in ciascun comune, secondo le proprie specificità territoriali, archeologiche ed ambientali, al fine di non comprimere in modo immotivato tale tipologia di commercio ».

Il TAR Veneto censura quindi l'art. 4, comma 4-bis, della l. rg. Veneto n. 10/01 in quanto ritiene che prescinde dalle caratteristiche disomogenee dei diversi ambiti territoriali, sociali ed economici rispetto ai quali vige il relativo divieto, così da comprimere irragionevolmente l'autonomia comunale. In particolare, l'autonomia comunale sarebbe privata di governare l'elemento della disomogeneità distinguendo tra commercio svolto abusivamente e commercio svolto regolarmente come nel caso dei soggetti ricorrenti contro l'ordinanza veneziana.

Individuati la sicurezza e l'ordine pubblico quali interessi-limite della libertà di iniziativa economica, pare allora corretto integrare la ricostruzione del giudice rimettente allargando l'orizzonte normativo di riferimento oltre il settore del commercio, per confrontare quanto previsto dalla norma censurata anche con la disciplina contenuta nel Testo unico degli enti locali.

Anche in questo caso, l'art. 4, comma 4-bis, l. rg. Veneto n. 10/01 pare essere una disposizione in evidente contrasto con la scelta del legislatore di demandare al Sindaco, quale ufficiale del Governo, l'esercizio delle funzioni amministrative in materia di ordine e sicurezza pubblica, secondo quanto disposto dall'art. 54 del d.lg. n. 267/00.

Generalizzando il divieto del commercio itinerante a tutti i centri storici dei principali Comuni veneti, detta disposizione finisce, infatti, col determinare a priori il contenuto delle ordinanze *extra ordinem* previste dall'art. 54, comma 4, del d.lg. n. 267/00, sottraendo di fatto i livelli di governo più prossimi alla comunità della relativa funzione amministrativa (34).

Sotto questo punto di vista, il problema della legalità-garanzia delle ordinanze contingibili e urgenti, nel caso esaminato, sarebbe sostituito, per un eccesso di tipicità legislativa, da quello della sussidiarietà verticale nel riparto delle competenze amministrative.

4. *Violazione dei diritti inviolabili, dei principi di uguaglianza, nonché del diritto al lavoro.*

Infine, ma non da ultimo per quanto qui interessa, secondo il TAR Veneto vi

(34) A conferma dell'ambito di applicazione della norma statale considerata può riportarsi il dettato del recente Decreto del Ministro dell'interno 5 agosto 2008 (« Incolumità pubblica e sicurezza urbana: definizione e ambiti di applicazione »), emanato ai sensi dell'art. 54, comma 4-bis, per disciplinare l'ambito di applicazione delle disposizioni di cui al comma 4 del medesimo articolo, anche con riferimento alle definizioni relative alla incolumità pubblica e alla sicurezza urbana. Ai sensi dell'art. 2, lett. d), del d.m. citato, infatti, il sindaco interviene per prevenire e contrastare « le situazioni che costituiscono intralcio alla pubblica viabilità o che alterano il decoro urbano, in particolare quelle di abusivismo commerciale e di illecita occupazione di suolo pubblico ».

è un ulteriore profilo concorrente rispetto al quale verrebbe a configurarsi la violazione degli artt. 2, 3, 4, 10 primo comma, 41 e 117, primo comma, Cost..

Al riguardo il TAR Veneto prende in considerazione le peculiarità dei soggetti rispetto alla sfera giuridica dei quali la norma censurata è di fatto destinata a produrre effetti. Sotto questo profilo sottolinea, quindi, la circostanza che: da un lato, la norma censurata non introduce alcuna restrizione analoga nei confronti di corrispondenti forme di commercio su aree pubbliche, come quelle sui posteggi dati in concessione in sede fissa; dall'altro lato, il commercio su aree pubbliche in forma itinerante è praticato quasi esclusivamente da cittadini extracomunitari.

Due sono gli effetti anticostituzionali che secondo il TAR Veneto ne conseguirebbero: anzitutto, un'illegittima limitazione alla libertà di iniziativa economica e al diritto al lavoro, che sono diritti inviolabili degli stranieri regolari per i quali vale il principio di parità di trattamento sancito dalla Convenzione del 1975 (35), n. 143, dell'Organizzazione internazionale del lavoro (ratificata con l. 10 aprile 1981, n. 158 (36)), anche se si tratta di lavoratori autonomi, con conseguente violazione dell'art. 10, comma 1, Cost.; in secondo luogo, il rischio di realizzare una discriminazione indiretta, che si verifica quando « *una disposizione, un criterio, una prassi, un atto, un patto o un comportamento apparentemente neutri possono mettere le persone di una determinata origine etnica in una posizione di particolare svantaggio rispetto ad altre persone* » (cfr. art. 2, comma 1, lett. b), del d.lg. 9 luglio 2003, n. 215 (37)).

Quanto affermato dal TAR sembra cogliere nel segno la questione di legittimità costituzionale della norma censurata sotto il suo profilo più manifestamente illegittimo, ossia quello relativo alla violazione di diritti fondamentali.

In particolare, si condivide il rilievo del TAR Veneto circa l'illegittima limitazione al diritto al lavoro di cui all'art. 4 Cost. Detta disposizione costituzionale di principio, infatti, garantisce il lavoro nelle sue possibili manifestazioni, tanto nella forma del lavoro subordinato, quanto in quella del lavoro autonomo (38). Quindi, pur riconoscendo la preminenza dell'art. 41 Cost. sulla que-

(35) « Convenzione sulle migrazioni in condizioni abusive e sulla promozione della parità di opportunità e di trattamento dei lavoratori migranti », adottata dall'OIL nella seduta del 4 giugno 1975.

(36) « Ratifica ed esecuzione delle convenzioni numeri 92, 133 e 143 dell'Organizzazione internazionale del lavoro ».

(37) « Attuazione della direttiva 2000/43/CE per la parità di trattamento tra le persone indipendentemente dalla razza e dall'origine etnica ».

(38) In questo senso, secondo quanto rilevato da parte della miglior dottrina (E. GIANFRANCESCO, *Libertà di impresa*, cit.), « la fattispecie disciplinata dall'art. 41 Cost. si pone in rapporto di parziale coincidenza con quella regolata dall'art. 4 ». In senso contrario invece cfr. A. BALDASSARRE, *Iniziativa economica privata*, cit., 594, nota 39, che distingue il lavoro in quanto « esplicazione di valori umani non solo materiali, ma anche e soprattutto spirituali ». Il rapporto sistematico tra art. 4 e 41 Cost. del resto non è sempre considerato dalla dottrina che si è occupata di definirne gli aspetti costituzionali del diritto al lavoro. In ogni caso, non pare scorretto parlare di parziale coincidenza tra le due norme costituzionali se tale parzialità viene considerata con particolare riferimento al dato letterale della Costituzione, secondo la quale all'utilità sociale di cui all'art. 41, comma 2, Cost., non corrisponde, nell'art. 4 Cost., un simile concetto-limite di principio. Sotto questo punto di vista, la suddetta coincidenza, pur certamente parziale, costituirebbe un collegamento tra i principi fondamentali della costituzione e il Titolo III, della Parte II, sui rapporti economici, andando ad

stione di legittimità considerata, il prospettato giudizio di ragionevolezza non dovrebbe prescindere da questa norma costituzionale ugualmente compromessa, almeno per evidenziare la violazione dei diritti fondamentali posta in essere dalla norma censurata.

Tanto la violazione dell'art. 4 Cost. quanto quella dell'art. 41 Cost., poi, trovano modo di essere combinate con la connessa violazione dell'art. 3 Cost., in riferimento al fatto che il divieto di cui all'art. 4, comma 4-bis, l. rg. Veneto n. 10/01 sia circoscritto ai soli commercianti in forma itinerante.

Il richiamo operato dal giudice rimettente alla violazione dell'art. 2 Cost., invece, pare essere più pertinente alla rilevata discriminazione indiretta posta in essere dalla norma censurata nei confronti dei cittadini extracomunitari che di fatto svolgono l'attività economica considerata. Al riguardo, è noto il corposo ventaglio di principi e regole dettati da fonti sopranazionali e nazionali che regolamenta il regime dei cittadini extracomunitari. Sul piano nazionale, la discriminazione indiretta è stata regolata dal legislatore con il d.lg. n. 215/03 in attuazione della direttiva 2000/43/CE del Consiglio del 29 giugno 2000, a sua volta attuativa del principio comunitario della parità di trattamento fra le persone indipendentemente dalla razza e dall'origine etnica.

Se il legislatore ha dimostrato di integrare l'ordinamento nazionale con quanto stabilito a livello di fonti sopranazionali, così ampliando la tutela contro le disparità di trattamento oltre la materia del lavoro, anche la Corte costituzionale, nella sentenza citata nell'ordinanza di rimessione (Corte cost., 30 luglio 2008, n. 306 (39)), ha affrontato la questione discriminatoria degli stranieri extracomunitari, fornendo importanti indicazioni.

Come ricordato dal TAR Veneto, in detta occasione la Corte ha affermato che: « Al legislatore italiano è certamente consentito dettare norme, non palesemente irragionevoli e non contrastanti con obblighi internazionali, che regolino l'ingresso e la permanenza di extracomunitari in Italia (da ultimo, sentenza n. 148 del 2008). È possibile, inoltre, subordinare, non irragionevolmente, l'erogazione di determinate prestazioni — non inerenti a rimediare a gravi situazioni di urgenza — alla circostanza che il titolo di legittimazione dello straniero al soggiorno nel territorio dello Stato ne dimostri il carattere non episodico e di non breve durata; una volta, però, che il diritto a soggiornare alle condizioni predette

integrare il contenuto della libertà di iniziativa economica nella sua essenza di diritto fondamentale. Per un panorama sullo studio dell'art. 4 Cost. quale disposizione costituzionale di principio, cfr. V. CRISAFULLI, *Appunti preliminari sul diritto al lavoro nella Costituzione*, in *Riv. giur. lav.*, 1951; *id.*, *ivi*, *La Costituzione e le sue disposizioni di principio*, Milano 1952, 145; U. PROSPERETTI, *I principi generali del diritto del lavoro nella Costituzione*, in *Riv. giur. ed.*, 1970, 2, 353; M. D'ANTONA, *La posizione del lavoro nella Costituzione e l'opera della Corte costituzionale*, in *Democrazia e dir.*, 1979, 4-5, 667; V. PIRRO, *Il lavoro nella Costituzione italiana*, in *Nuovi studi pol.*, 1982, 4, 103; A. MARTINI, *Il lavoro tra diritto e libertà individuale nell'ordinamento costituzionale italiano*, in *ADL*, 2006, 1, 173; C. SMURAGLIA, *Il lavoro nella Costituzione*, in *Rivista giur. lav. e prev. soc.*, 2007, 2, 425; C. ALESSI, *L'art. 4 della Costituzione e il diritto al lavoro*, in *Jus*, 2006, 1, 127; G. CRISCI, *Lavoro e Costituzione*, in *Giurisd. amm.*, 2008, 9, 10.

(39) In *Giur. cost.*, 2008, 4, (s.m.), con nota di A.M. BATTISTI, *D.L. Riv. critica dir. lav.*, 2008, 3, (s.m.), con nota di M. ALTIMARI, in *Stranieri non comunitari e assistenza sociale: tra parità di trattamento e limiti legittimi*. Per un ulteriore commento a questa sentenza cfr. anche N. SALVINI, *Prevalenza del diritto alla salute sul requisito reddituale: brevi note a Corte costituzionale n. 306 del 30.7.2008*, in *Dir. imm. citt.*, 2008, 3-4, 149.

non sia in discussione, non si possono discriminare gli stranieri, stabilendo, nei loro confronti, particolari limitazioni per il godimento dei diritti fondamentali della persona, riconosciuti invece ai cittadini. ».

In questo senso, la Corte distingue tra la regolamentazione dell'ingresso e del soggiorno dello straniero nel territorio dello Stato — rispetto alla quale ribadisce la discrezionalità del legislatore — e la parità di trattamento nei confronti dello straniero una volta che quest'ultimo sia comunque divenuto titolare del diritto di soggiorno. Al riguardo, è agevole osservare che la condizione dei soggetti ricorrenti contro l'ordinanza del Comune di Venezia rientra nella seconda delle due ipotesi appena prospettate. Pertanto, le relative censure dell'art. 4, comma 4-bis, l. rg. Veneto n. 10/01 sembrano essere corroborate da quanto sopra deciso dalla Corte. Tuttavia, si vuole concludere la presente disamina con due ultime e brevi osservazioni.

Anzitutto, per quanto riguarda la questione della disparità di trattamento posta in essere dalla norma regionale veneta, non può non tenersi conto del fatto che la sentenza costituzionale appena citata ha riguardato una norma che la Corte ha ricondotto alla materia della salute, e non a quella della libertà di iniziativa economica (40). Conseguentemente devono considerarsi le peculiarità dei due diversi valori di stampo costituzionale, soprattutto per quanto concerne la diversa misura possibile in termini di compressione costituzionale, evidentemente più intensa nel caso della libertà di cui all'art. 41 Cost.

D'altra parte poi, anche se nella sent. cost. n. 306/2008 la Corte non dice nulla al riguardo, è presumibile che in quel particolare caso fosse configurabile una discriminazione diretta, almeno se si considera il fatto che le norme oggetto della questione di legittimità costituzionale erano espressamente applicate ai cittadini extracomunitari. La disposizione censurata nell'ordinanza di rimesione, invece, rivolgendosi (formalmente) alla generalità di tutti coloro che sono interessati ad esercitare il commercio itinerante, pare proprio costituire una discriminazione indiretta e come tale sicuramente più insidiosa da verificare.

Sotto questo ultimo punto di vista, in vista del fatto che la tutela costituzionale in materia di discriminazioni è stata integrata — e se non addirittura superata — da quanto pattuito a livello di diritto internazionale (41) e discipli-

(40) In particolare con detta sentenza la Corte ha dichiarato l'illegittimità costituzionale, per contrasto con gli artt. 2, 3, 10, 32 e 38 Cost., degli artt. 80, comma 19, l. 23 dicembre 2000, n. 388 (Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato — legge finanziaria 2001), e 9 comma 1, d.lg. 25 luglio 1998, n. 286 (Testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero), nella parte in cui escludono che l'indennità di accompagnamento, di cui all'art. 1 l. n. 18 del 1980, possa essere attribuita agli stranieri extracomunitari soltanto perché essi non risultano in possesso dei requisiti di reddito già stabiliti per la carta di soggiorno ed ora previsti, per effetto del d.lg. 8 gennaio 2007 n. 3 per il permesso di soggiorno Ce per soggiornanti di lungo periodo. In particolare con detta sentenza, relativa alla materia dell'assistenza obbligatoria, la Corte ha ritenuto manifestamente irragionevole subordinare l'attribuzione di una prestazione assistenziale quale l'indennità di accompagnamento al possesso di un titolo di legittimazione alla permanenza del soggiorno in Italia che richiede per il suo rilascio, tra l'altro, la titolarità di un reddito.

(41) Rispetto al divieto di discriminazione quale attuazione degli obblighi assunti in sede di formazione del diritto internazionale pattizio, si rammenta che quest'ultimi assumono la valenza di norme primarie in quanto detto diritto internazionale trova la propria copertura costituzionale nell'art. 10, comma Cost., ai sensi del quale « *la condizione giuridica*

Corte costituzionale potrebbe essere il valore probatorio assegnato agli indici statistici in sede comunitaria (43).

Inoltre, un'ulteriore perplessità in merito all'ordinanza di rimessione del TAR Veneto è suscitata dal fatto che in essa non è contenuto alcun riferimento alla violazione dell'art. 120, comma 1, Cost., che vieta espressamente alle Regioni di adottare provvedimenti che ostacolino in qualsiasi modo la libera circolazione delle persone e delle cose tra le Regioni, né limitare l'esercizio al lavoro (44).

Sulla base di quanto sinora riportato, si giunge quindi alla conclusione che il TAR Veneto, pur intravedendo la giusta direzione nel cammino della valutazione della questione di legittimità costituzionale della norma censurata, ha in parte intrapreso un percorso fuorviante nel rilevarne la non manifesta infondatezza.

Infatti, come abbiamo avuto modo di approfondire più specificatamente, l'ordinanza di rimessione del giudice amministrativo, pur rilevando correttamente la violazione dell'art. 41 Cost. e collegando alla libertà d'iniziativa economica ivi proclamata la libertà di accesso al mercato, finisce con l'accavalare i concetti di tali libertà con quello di tutela della concorrenza, così fornendo un'indicazione parzialmente imprecisa delle norme costituzionali violate, nonché perdendo l'occasione di chiamarne in causa altre di pari importanza.

Ciononostante, nel suo complesso, l'atto di promovimento del TAR Veneto pare aver individuato in modo sufficientemente chiaro e fondato gli ulteriori profili di illegittimità costituzionale della norma regionale censurata, sulla fondatezza dei quali ci si aspetta una sentenza della Corte che ne condivide le ragioni, trovando tra l'altro un'importante occasione per definire gli aspetti discriminatori indiretti della questione.

PAOLO LODI PIZZOCHERO

abbiamo già visto, « quando una disposizione, un criterio, una prassi, un atto, un patto o un comportamento apparentemente neutri possono mettere le persone di una determinata razza od origine etnica in una posizione di particolare svantaggio rispetto ad altre persone » (art. 2, comma 1, lett. b). È importante ricordare che dette nozioni non si sostituiscono, ma integrano quanto previsto dall'art. 43, commi 1 e 2, d.lg. 289/1998, il cui disposto, espressamente fatto salvo dal d.lg. n. 215/03 (art. 2, comma 2).

(43) Per la rilevanza di questi indici nel controllo giurisdizionale della Corte di giustizia e, più in generale, per i principi da quest'ultima adottati, cfr. G. BURRAGATO, *La discriminazione indiretta secondo la Corte di giustizia: oneri probatori e sanzioni*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1993, 3, 468; G. LUDOVICO, *La nozione di discriminazione indiretta di nuovo all'esame della Corte di giustizia*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2000, 1, 16; C. AMATO, *La giurisprudenza comunitaria sulle discriminazioni di genere*, in *Dir. lav. merc.*, 2008, 2, 403.

(44) Per uno studio su casi giurisprudenziali costituzionali che potrebbero risultare pertanto assonanti con quello qui trattato, cfr. A. BONOMO, *Potestà legislativa e limiti alla libertà di circolazione: la Corte costituzionale torna sull'art. 120 cost.* (Nota a C. Cost. 30 dicembre 2003, n. 375), in *Giur. it.*, 2004, 6, 1273, ove l'A., oltre alla sentenza in nota, commenta altre due decisioni della Corte significative al riguardo: Corte cost., 6 febbraio 1991, n. 51 (in *Rass. avv. Stato*, 1991, 139), e 4 dicembre 2002, n. 505 (in *Giur. cost.*, 2002, 6, 4129).