



DIPARTIMENTO DI GIURISPRUDENZA  
DOTTORATO DI RICERCA IN DIRITTO ED  
IMPRESA - XXXI CICLO  
A.A. 2018/2019

**IL CONTROLLO PUBBLICO  
DELL'INIZIATIVA ECONOMICA PRIVATA**

**TUTOR**

Chiar.mo Prof. Bernardo Giorgio Mattarella

**DOTTORANDO**

Marco Santangeli

*La sfera dei valori sta al di fuori della scienza, salvo nel tratto in cui la scienza consiste nella ricerca del sapere. La scienza (...) non deve ostacolare la sfera dei valori, e la tecnica scientifica, se vuole arricchire la vita umana, non deve superare i fini a cui dovrebbe servire.*

[**Bertrand Russell**, *La visione scientifica del mondo*, cap. XVII, trad. it., Laterza, 2009]

*La scienza non è un insieme di asserzioni certe, o stabilite una volta per tutte, e non è neppure un sistema che avanzi costantemente verso uno stato definitivo. La nostra scienza non è conoscenza (epistème): non può mai pretendere di aver raggiunto la verità, e neppure un sostituto della verità, come la probabilità.*

[**Karl Popper**, *Logica della scoperta scientifica. Il carattere autocorrettivo della scienza*, trad. it., Einaudi, 1995]

## INDICE

### INTRODUZIONE

*pag.*

1

### CAPITOLO I

#### **L'OGGETTO DEL CONTROLLO PUBBLICO: L'INIZIATIVA ECONOMICA PRIVATA**

1. Premessa: i servizi privati, i servizi pubblici e il ruolo dello Stato	9
2. La libertà di iniziativa economica privata: l'articolo 41, comma 1, della Costituzione	17
2.1. L'equilibrio tra libertà d'impresa e autorità amministrativa: l'articolo 41, comma 2, della Costituzione	23
3. L'iniziativa economica privata e il principio di concorrenza.	30
3.1. Le fonti giuridiche del principio di concorrenza tra Europa e Costituzione	36
3.2. La concorrenza come regola di efficienza della regolazione pubblica dell'attività economica privata	45
4. Libertà d'impresa, concorrenza e principio di liberalizzazione	47

### CAPITOLO II

#### **GLI STRUMENTI DEL CONTROLLO PUBBLICO**

1. I regimi amministrativi tradizionali e le situazioni giuridiche soggettive	54
1.1. Natura, funzioni e presupposti della concessione amministrativa	55
1.2. L'autorizzazione amministrativa	62
2. I regimi amministrativi alternativi all'autorizzazione	72
2.1. La segnalazione certificata di inizio attività (Scia)	73
2.2. Il silenzio-assenso	86
3. La semplificazione amministrativa e la semplificazione normativa	95
4. La direttiva 2006/123/CE e il controllo pubblico euro-unitario	100
4.1. L'attuazione della direttiva servizi in Italia e in Europa	110
5. L'emersione dei nuovi principi: semplificazione e proporzionalità	118

### CAPITOLO III

#### **POLITICHE PUBBLICHE E CONTROLLO DELL'INIZIATIVA ECONOMICA PRIVATA**

1. L'esigenza di bilanciare principi e valori	128
2. Il bilanciamento e le recenti riforme amministrative	133
3. Il bilanciamento di principi alla "prova dei fatti"	143
3.1. Le autorizzazioni sanitarie.	143
3.2. Le fonti energetiche rinnovabili.	160

3.3. La disciplina degli esercizi commerciali.	168
<b>CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE</b>	174
<b>BIBLIOGRAFIA</b>	176

## INTRODUZIONE

Nel rapporto della Banca mondiale denominato “Doing Business 2018”<sup>1</sup>, che presenta la classifica dei Paesi in base alla “*facilità di fare impresa*”<sup>2</sup>, l’Italia occupava la 46esima posizione nel *ranking* internazionale, in salita di quattro posizioni rispetto alla precedente edizione, ma ancora in vistoso ritardo rispetto ai principali *benchmark* europei<sup>3</sup>.

Nel citato rapporto si evidenziava come il ritardo di competitività del nostro Paese fosse dovuto, tra gli altri, alla persistente difficoltà nello “*starting business*”, nel quale l’Italia raggiungeva il 66esimo posto nella classifica mondiale, peggiorando di tre posizioni rispetto al medesimo risultato ottenuto nel rapporto relativo all’anno 2017.

Con la recente pubblicazione del rapporto “Doing business 2019”<sup>4</sup>, il nostro Paese ha perso ben cinque posizioni nel *ranking* mondiale, scendendo dal 46esimo al 51esimo posto della classifica delle Nazioni in cui è più facile fare impresa, con un punteggio complessivo di 72.56 (-0,15 rispetto all’anno precedente) a fronte di una media Ocse pari a 77.80<sup>5</sup>.

Con particolare riguardo alla categoria “*starting business*”, il nuovo rapporto della Banca mondiale ha certificato un ulteriore peggioramento, avendo l’Italia perso un’altra posizione rispetto al

---

<sup>1</sup> International Bank for Reconstruction and Development / The World Bank – Doing business 2018. Reforming to create jobs. November 2017. Disponibile sul sito [www.worldbank.org](http://www.worldbank.org).

<sup>2</sup> L’analisi è condotta su circa 190 Paesi.

<sup>3</sup> La Germania si collocava al 20esimo posto; la Francia al 31esimo; la Spagna al 28esimo.

<sup>4</sup> International Bank for Reconstruction and Development / The World Bank – Doing business 2019. Training for reform. November 2018. Disponibile sul sito [www.worldbank.org](http://www.worldbank.org).

<sup>5</sup> Anche in tal caso il raffronto con gli altri Paesi dell’euro-zona non conforta. Tutti i principali Stati membri dell’Unione Europea precedono in classifica l’Italia: troviamo la Svezia al 12esimo posto, la Germania al 24esimo. Poi Austria (26), Spagna (30), Francia (32) e Portogallo (34).

2018 (è ora al numero 67 nel *ranking* mondiale, con punteggio complessivo di 89,50)<sup>6</sup>.

Particolarmente delicato, nel citato settore, è il problema del numero di procedure richieste per l'avvio di un'attività economica, nonché il costo dell'intero processo amministrativo/economico: in entrambi gli indicatori, l'Italia registra una media di molto superiore al resto dei Paesi esaminati nel rapporto<sup>7</sup>.

Tuttavia, i dati contenuti nel "Doing business 2019", se correttamente letti e interpretati, comprendono aspetti della procedura di avvio di un'impresa poco o difficilmente eliminabili: basti pensare, ad esempio, ai costi derivati dagli atti notarili con i quali viene costituita una società di capitali o ai contributi per i servizi legali (che rilevano sia come tappe della procedura complessiva che come costi/oneri amministrativi).

A ben vedere, dunque, i risultati della classifica stilata dalla Banca mondiale non appaiono complessivamente attendibili, pur essendo, fuor di dubbio, uno strumento utile per analizzare le difficoltà del sistema giuridico-economico italiano.

In tale ottica, l'obiettivo che si pone il presente lavoro di ricerca è proprio quello di determinare, mediante l'analisi dei principi e dei valori che sottendono alle scelte di politica economica, quali strumenti di controllo pubblico dell'iniziativa economica privata siano necessari al fine di garantire, al contempo, la protezione degli interessi pubblici di volta in volta considerati e il completo sviluppo della libertà d'impresa.

Al riguardo, l'analisi riguarderà, preliminarmente, lo studio del principio cardine che il nostro ordinamento pone a tutela delle attività

---

<sup>6</sup> Pur migliore rispetto ad altri Paesi dell'Unione europea: la Spagna si colla all'86esimo posto e la Germania, addirittura, al 114esimo. In generale, la media dei Paesi europei si attesta intorno al punteggio di 91,19.

<sup>7</sup> Per il numero di procedure, calcolato su singola impresa avviata, il punteggio è 6, a fronte della media OECD di 4,9; per i costi della procedura di avvio di un'attività economica il punteggio è 14,1, a fronte di una media OECD di 3,1.

economiche private: la libera iniziativa economica garantita dall'articolo 41 della Costituzione.

In particolare, si tenterà di tracciare i confini (espliciti e impliciti) del principio di libertà d'impresa, avendo riguardo tanto agli aspetti favorevoli alle imprese private (la libertà di avviare e svolgere un'attività economica senza condizionamenti pubblici), quanto alle connesse esigenze di interesse pubblico (la possibilità di limitare l'iniziativa economica nei limiti imposti dalla legge e nel rispetto dei criteri di cui all'articolo 41, comma 2, della Costituzione).

Per altro verso, verrà approfondita la questione circa la tenuta dell'impianto costituzionale, disegnato sulla dicotomia libertà/autorità, in considerazione dell'impatto della normativa europea.

Quanto la libera iniziativa economica è influenzata dai principi di concorrenza e liberalizzazione? L'articolo 41 è ancora attuale? La libertà d'impresa è rafforzata o depauperata dai principi dell'ordinamento europeo?

A queste domande si tenterà di dare risposta, evidenziando i rapporti complementari esistenti tra i principi costituzionali e ultracostituzionali, al fine precipuo di dimostrare quanto, nel sistema vigente in materia di controlli pubblici sulle attività private, il tema preponderante riguardi, nella sostanza, non un preteso antagonismo tra principi, bensì l'esigenza di conseguire un efficace equilibrio tra gli stessi.

In quest'ottica, si guarderà anche agli effettivi strumenti di controllo pubblico (concessioni, autorizzazioni, Scia e silenzio-assenso), come modificati e integrati dalla normativa europea (mediante la c.d. direttiva servizi), al fine di coglierne gli aspetti caratterizzanti, sia sul versante dei pubblici poteri (e dell'emersione di nuovi principi dell'azione amministrativa), sia, soprattutto, in relazione alla rilevanza delle situazioni giuridiche soggettive che da essi discendono.

Infine, l'esigenza di bilanciamento tra principi e valori verrà indagata nella prassi, mediante l'applicazione della ricostruzione teorica avanzata nel corso della trattazione a tre differenti ambiti di attività economica, tutti variamente incidenti su interessi particolarmente qualificati (la sanità, l'ambiente e il commercio).

Tutto ciò con l'obiettivo ultimo di evidenziare come, nell'attuale ordinamento e nell'attuale contesto socio-economico, il principio (o i principi) vadano intesi in senso dinamico e, conseguentemente, l'impianto regolatorio pubblico debba necessariamente essere disegnato in maniera agile e flessibile, proprio per adeguarsi al rapido divenire di una realtà fluida, o «*liquida*»<sup>8</sup>.

---

<sup>8</sup> In tal senso, Z. BAUMAN, *Liquid modernity* (2000), trad. it. *Modernità liquida*, Roma-Bari, Laterza, 2002.

**CAP. I**  
**L'OGGETTO DEL CONTROLLO PUBBLICO:**  
**L'INIZIATIVA ECONOMICA PRIVATA**

SOMMARIO: 1. Premessa: i servizi privati, i servizi pubblici e il ruolo dello Stato; 2. La libertà di iniziativa economica privata: l'articolo 41, comma 1, della Costituzione; 2.1. L'equilibrio tra libertà d'impresa e autorità amministrativa: l'articolo 41, comma 2, della Costituzione; 3. L'iniziativa economica privata e il principio di concorrenza; 3.1. Le fonti giuridiche del principio di concorrenza tra Europa e Costituzione; 3.2. La concorrenza come regola di efficienza della regolazione pubblica dell'attività economica privata; 4. Libertà d'impresa, concorrenza e principio di liberalizzazione.

***1. Premessa: i servizi privati, i servizi pubblici e il ruolo dello Stato.***

Il tema oggetto del presente lavoro di ricerca, ossia il controllo pubblico dell'iniziativa economica privata e, quindi, l'indagine circa l'intensità dei vincoli amministrativi posti a carico degli operatori privati, presuppone, in primo luogo, la definizione del "campo di gioco".

Cosa si intende analizzare quando si fa riferimento all'espressione "controllo pubblico dell'iniziativa economica privata"?

La scienza amministrativa ha tradizionalmente incentrato le proprie riflessioni in materia intorno alla nozione di servizio pubblico, soffermandosi tanto sulla caratterizzazione giuridica dell'attività economica svolta dai privati, nel momento in cui essa può essere qualificata come "servizio pubblico", quanto sui rapporti tra privati che erogano servizi pubblici e amministrazione.

La dottrina gius-pubblicistica più risalente<sup>9</sup>, infatti, nel condurre una prima analisi circa l'iniziativa economica privata, ha guardato essenzialmente al momento in cui tale iniziativa assume un qualche rilievo pubblicistico, evidenziandone la natura essenzialmente "funzionalizzata" a taluni interessi pubblici.

La questione che si è tentato di risolvere può riassumersi nel seguente interrogativo: un soggetto privato ha facoltà di essere titolare di funzioni amministrative, nella specie di servizi pubblici?

Si è passati, così, dal riconoscimento dell'esercizio privato di funzioni amministrative, quale delegazione di potere che prescinde dalla qualificazione dei privati quali soggetti sostanzialmente pubblici<sup>10</sup>, alla celebre teoria del "*munus publico*", mediante la quale il privato, pur mantenendo la natura soggettivamente privata, ha facoltà di adottare atti produttivi di effetti amministrativi (anche se non perfettamente equiparabili agli atti amministrativi in senso stretto)<sup>11</sup>, in modo «*niente affatto diverso rispetto a quanto avrebbe fatto un organo dell'amministrazione pubblica in senso "proprio"*»<sup>12</sup>.

In considerazione degli approdi della dottrina tradizionale, inoltre, sono state elaborate le note teorie che distinguono tra servizio pubblico in senso soggettivo e servizio pubblico in senso oggettivo, le quali sono, in fin dei conti, l'espressione giuridica dell'analisi - di stampo più puramente economico - dei diversi "gradi" di intervento dello Stato nell'economia<sup>13</sup>.

---

<sup>9</sup> G. ZANOBINI, *L'esercizio privato delle funzioni e dei servizi pubblici*, in ID., *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano*, vol. II, Milano, Giuffrè, 1920, p. 235 e ss.

<sup>10</sup> O. RANELLETTI, *Teoria generale delle autorizzazioni e concessioni amministrative*, in *Rivista italiana di scienza giuridica*, n. 3, 1896.

<sup>11</sup> M.S. GIANNINI, *Lezioni di diritto amministrativo. L'amministrazione pubblica e la sua attività*, Milano, Giuffrè, 1950, nonché ID., *Esercizio privato di pubbliche attività*, in AA.VV., *Enciclopedia del diritto*, vol. XV Milano, Giuffrè, 1966, p. 686.

<sup>12</sup> F. DI CRISTINA, *La regolazione pubblica dei servizi privati. Principi e regole nel mercato europeo a un decennio dalla direttiva Bolkestein*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2015.

<sup>13</sup> Così S. CASSESE, *La vecchia costituzione economica: i rapporti tra Stato ed economia dall'Unità ad oggi*, in ID., *La nuova costituzione economica*, Bari, Laterza, 2013, p. 27 e ss. che distingue tra interventi diretti quando lo Stato assume

Da una parte, le ricostruzioni teoriche, almeno nell'impostazione originaria, hanno valorizzato il riconoscimento della caratterizzazione pubblica di un servizio poiché «*tendenzialmente attività svolta da pubbliche amministrazioni o comunque riconducibile a un pubblico potere, che si assumeva la responsabilità complessiva del servizio [stesso]*»<sup>14</sup>. In altre parole, «*pubblico è tutto ciò che è direttamente o indirettamente di Stato*»<sup>15</sup>.

A tale nozione soggettiva di servizio pubblico<sup>16</sup> conseguiva l'analisi dei tipici strumenti giuridici di stampo pubblicistico e, in particolare, della c.d. riserva originaria (o esclusiva) di cui all'articolo 43 della Costituzione, che escludeva dall'erogazione del servizio tutti i soggetti ai quali esso non fosse esplicitamente affidato dal pubblico potere<sup>17</sup>.

Dall'altra, il riconoscimento della possibilità del privato di esercitare funzioni amministrative ha comportato, anche su impulso della disciplina europea, un'estensione della nozione di servizio pubblico che è arrivata a coinvolgere, in senso questa volta oggettivo, anche i soggetti formalmente privati che siano titolari di compiti e prerogative di stampo pubblicistico<sup>18</sup>.

---

la veste di proprietario, imprenditore o erogatore di servizi e indiretti quando esso impone indirizzi, direttive o piani.

<sup>14</sup> B.G. MATTARELLA, *L'attività*, in S. CASSESE (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, Giuffrè, Milano, 2003. L'attenzione era posta, essenzialmente, all'imputabilità di una determinata attività amministrativa a un ente pubblico e sul suo essere svolta a favore dei cittadini.

<sup>15</sup> O. RANELLETTI, *Il concetto di pubblico nel diritto*, in *Rivista italiana di scienza giuridica*, XXIX, 1905, p. 268 e ss.

<sup>16</sup> Sul punto, A. DE VALLES, *I servizi pubblici*, in V.E. ORLANDO (a cura di), *Primo trattato completo del diritto amministrativo italiano*, vol. IV, Milano, 1924, p. 6 e ss.

<sup>17</sup> Esclusa la generalità dei soggetti dallo svolgimento del servizio, questo veniva svolto, in molti casi, dagli stessi pubblici poteri (Stato o enti territoriali) in gestione diretta, cioè attraverso propri uffici (il modello normale era quello dell'azienda: per esempio, l'Azienda di Stato per i servizi telefonici e, fino al 1985, l'Azienda delle ferrovie dello Stato) o indiretta, cioè attraverso un ente pubblico distinto (per i servizi economici, un ente pubblico economico: per esempio, l'Ente nazionale per l'energia elettrica-Enel e, dal 1985 al 1992, l'Ente ferrovie dello Stato). In altri casi, la gestione del servizio era oggetto di un provvedimento di concessione, con il quale essa veniva affidata a soggetti privati (che a volte, peraltro, erano società con partecipazione pubblica: per esempio, la Radiotelevisione italiana-Rai e l'Alitalia).

<sup>18</sup> Si veda, in tal senso, G. NAPOLITANO, *Regole e mercato nei servizi pubblici*, Bologna, Il Mulino, 2005.

Come evidente, lo sforzo compiuto dalla dottrina è stato preordinato, nella sostanza, a rilevare i tratti tipici della dottrina pubblicistica anche nell'ambito di attività non strettamente ascrivibili alla pubblica amministrazione.

La ricostruzione teorica appena menzionata ha avuto il merito di accentuare l'importanza dell'aspetto oggettivo dell'attività amministrativa, a scapito di quello soggettivo, ponendo, però, il problema dell'applicazione, ai soggetti privati, di un corpo di principi e regole elaborate con riferimento all'attività delle organizzazioni pubbliche.

In questa chiave di analisi, peraltro, si è innestata la relativa ricostruzione dei regimi amministrativi, in particolare quelli aventi forma concessoria<sup>19</sup>, che non si discostava dal tema di fondo improntato al riconoscimento della capacità privata di svolgere funzioni di rilievo pubblicistico.

Il regime amministrativo stesso era, in qualche caso, espressione proprio della qualificazione oggettiva del servizio come pubblico, in quanto strumento giuridico che ne tracciava i confini e i limiti (ad esempio, in tema di obblighi di servizio pubblico); esso si traduceva, coerentemente con la concezione prevalente<sup>20</sup>, nell'attribuzione a un soggetto privato di beni della vita riservati ai pubblici poteri, non suscettibili di formare oggetto di atti di autonomia privata.

La finalità avvertita dalla dottrina è stata pur sempre quella di regolare la particolare fattispecie che consentiva al soggetto privato lo svolgimento di funzioni amministrative.

Anche i principi di derivazione comunitaria, del resto, quali, in particolare, il principio di liberalizzazione e quello di concorrenza, sono stati osservati nel prisma del servizio pubblico.

---

<sup>19</sup> O. RANELLETTI, *Concetto e natura delle autorizzazioni e concessioni amministrative*, in *Giur. It.*, 1894; M. D'ALBERTI, *Le concessioni amministrative (aspetti della contrattualità delle pubbliche amministrazioni)*, Napoli, Jovene, 1981.

<sup>20</sup> P. VIRGA, *Diritto amministrativo, II, Atti e ricorsi*, Milano, Giuffrè, 2001.

Essi hanno postulato il superamento delle riserve e dei monopoli legali di cui al ricordato articolo 43 della Costituzione, determinando l'apertura del mercato delle relative attività, ormai ricondotte allo svolgimento di attività imprenditoriali e soggette alla disciplina tipica di queste.

Contemporaneamente, però, per assicurare finalità sociali (ad esempio, il servizio universale), sono stati stabiliti limiti e controlli.

L'introduzione della concorrenza ha, peraltro, imposto di separare le funzioni di regolazione dall'erogazione del servizio e, nei servizi a rete, la gestione della rete, aperta a più operatori, dal suo utilizzo da parte di questi ultimi a fini di erogazione dei servizi stessi.

Il venir meno dei regimi di riserva e l'affermazione della concorrenza hanno poi causato la privatizzazione di molti soggetti erogatori, tra i quali la forma normale è ormai quella societaria.

Nondimeno, il riconoscimento dell'oggettività del servizio pubblico e la connessa valorizzazione dei principi di liberalizzazione e concorrenza hanno avuto un notevole impatto anche sullo studio delle forme di organizzazione della pubblica amministrazione<sup>21</sup>, che si è sviluppato intorno al concetto dello Stato regolatore (e non più imprenditore).

Difatti, al precipuo fine di introdurre un assetto disciplinare idoneo ad evitare fallimenti di mercato, nonché ad assicurare un quadro di regole stabili e pro-concorrenziali, l'ordinamento ha conferito a talune Autorità amministrative indipendenti poteri regolatori da esercitare sia *ex ante*, tramite l'emanazione di atti normativi (regolamenti) ed atti amministrativi generali, sia *ex post*, mediante l'applicazione delle regole poste al caso concreto (come avviene, ad esempio, per l'Autorità garante della concorrenza e del mercato)<sup>22</sup>.

---

<sup>21</sup> Per una trattazione esauriente si veda M. D'ALBERTI, *Poteri pubblici, mercati e globalizzazione*, Bologna, Il Mulino, 2008.

<sup>22</sup> La distinzione tra poteri di intervento *ex ante* (*rulemaking*) ed *ex post* (*adjudication*), che implicano diverse esigenze di disciplina e tutela, costituisce

L'introduzione nell'ordinamento delle Autorità amministrative indipendenti ha favorito le riflessioni della scienza amministrativa in merito all'innesto costituzionale di un siffatto modello organizzativo pubblico, che la Costituzione del 1948 non contempla.

Stante la natura essenzialmente amministrativa delle Autorità<sup>23</sup>, assai autorevole dottrina ne ha ritenuto la conformità a Costituzione opinando che, oltre al modello di amministrazione come struttura servente dell'esecutivo (come desumibile dall'articolo 95), la Carta fondamentale conosce anche un diverso modulo amministrativo, come «*apparato a sé, separato dal Governo ed in genere dal potere politico: una sorta di pouvoir administratif non subordinato al potere politico, ma regolato direttamente dalla legge*»<sup>24</sup>; trattasi della c.d. Amministrazione imparziale, come emerge dal pensiero di Mario Nigro<sup>25</sup>.

La conformità a Costituzione del nuovo modello amministrativo, d'altra parte, è stata argomentata alla stregua delle funzioni esercitate dalle Autorità, che sono poste a tutela di valori costituzionalmente rilevanti che si ritiene di dover sottrarre alla conflittualità del sistema politico.

---

un'acquisizione che risale al *Final Report of Attorney General's Committee on Administrative Procedure* del 1939, prodromico all'approvazione, nel 1946, dell'*Administrative Procedure Act* statunitense.

<sup>23</sup> In tal senso, Cass. civ., sent. 20 maggio 2002, n. 7341, in *Diritto e giustizia*, che ha escluso la sussistenza di un *tertium genus* tra amministrazione e giurisdizione, statuendo che il riconoscimento in capo alle Autorità di funzioni para-giurisdizionali non vale a farne un giudice speciale, nel rispetto dell'art. 102, secondo comma, Cost. D'altra parte, la circostanza che i provvedimenti adottati dalle Autorità a conclusione dell'istruttoria non sono suscettibili di "passare in giudicato" e possono essere soggetti allo scrutinio dell'autorità giudiziaria impedisce di attribuire agli organi emananti natura giurisdizionale.

<sup>24</sup> M. NIGRO, *La pubblica amministrazione fra costituzione formale e costituzione materiale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1985, p. 163 s.

<sup>25</sup> Si è tuttavia fatto notare che l'amministrazione imparziale di cui all'art. 97 Cost. non può che coincidere con l'amministrazione servente di cui all'art. 95, atteso che l'imparzialità, intesa come considerazione equanime degli interessi in gioco, è requisito generale di tutta la Pubblica Amministrazione. Diversamente, indipendenza e neutralità sono proprie solo delle AAI. Per tale critica, si veda M. CLARICH-G. CORSO-V.Z. ZENCOVICH, *Il sistema delle Autorità indipendenti: problemi e prospettive*, relazione per l'Associazione Nexus.

Proprio l'esigenza di garantire a tali valori un presidio rafforzato, sciolto dai condizionamenti della maggioranza parlamentare, giustifica, per altro verso, l'attribuzione della relativa cura ad autorità indipendenti dal Governo e, mediamente, anche dal Parlamento. Ciò inerisce, d'altronde, al risalente dibattito sui poteri neutri, sottratti al collegamento con il circuito rappresentativo proprio in ragione della conflittualità immanente tra tutela di valori di lungo periodo ed esigenze politiche contingenti<sup>26</sup>.

Nel quadro così tracciato, risulta essenziale il ruolo assolto dal principio di legalità in senso formale che compensa, in un'ottica di correlazione inversa, con il contraddittorio e le garanzie partecipative, l'estraneità delle Autorità al circuito democratico, per tal via simmetricamente bilanciato da una "legittimazione dal basso", fondata sul giusto procedimento e sul susseguente sindacato giurisdizionale<sup>27</sup>.

Il rafforzamento delle garanzie di legalità in senso procedimentale si rende necessario proprio a causa dello stesso connotato di indipendenza delle Autorità di regolazione, come tali sottratte al circuito politico-rappresentativo, che avvince le scelte di indirizzo amministrativo alla responsabilità politica dell'organo esecutivo di vertice (c.d. "democrazia procedurale" intesa come strumento sostanzialmente surrogatorio della dialettica propria delle strutture *stricto sensu* rappresentative)<sup>28</sup>.

---

<sup>26</sup> In tal senso, si vedano le riflessioni di V. CAIANELLO, *Le autorità indipendenti tra potere politico e società civile*, in *Foro amm.*, 1997, p. 341 e ss.

<sup>27</sup> M. CLARICH, *Garanzia del contraddittorio nel procedimento innanzi alle Autorità amministrative indipendenti*, intervento al convegno *Le Autorità amministrative indipendenti*, in *giustizia-amministrativa.it*.

<sup>28</sup> In termini, Cons. Stato, sez. VI, 27 dicembre 2006, n. 7972, in *osservatorioair.it*. Si segnala il passaggio più rilevante dell'*iter* motivazionale: "Del resto, non è pensabile che l'attività di regulation venga svolta senza la necessaria partecipazione al procedimento dei soggetti interessati: nei settori regolati dalle Autorità, in assenza di un sistema completo e preciso di regole di comportamento con obblighi e divieti fissati dal legislatore, la caduta del valore della legalità sostanziale deve essere compensata, almeno in parte, con un rafforzamento della legalità procedurale, sotto forma di garanzie del contraddittorio (la dottrina ha sottolineato che si instaura una correlazione inversa tra legalità sostanziale e legalità procedurale: quanto meno è garantita la prima, per effetto dell'attribuzione alle Autorità indipendenti di poteri normativi e amministrativi non compiutamente definiti, tanto maggiore è l'esigenza di potenziare le forme di coinvolgimento di tutti

In definitiva, può dirsi che la maggior parte dell'analisi giuridica di diritto amministrativo in tema di iniziativa economica privata si è, da sempre, focalizzata sui rapporti pubblico-privato nell'erogazione di servizi pubblici, nella specie sul rapporto tra la forma della gestione e la sostanza del servizio<sup>29</sup>, nonché sul ruolo dello Stato nella regolazione/gestione di tali servizi.

Ciò ha posto in secondo piano l'analisi delle caratteristiche proprie del servizio privato, la cui connotazione giuridica ne imporrebbe la trattazione mediante i canoni interpretativi tipici del diritto civile<sup>30</sup>, anche se, di recente, non sono mancati tentativi di addivenire a una ricostruzione pubblicistica unitaria della nozione di servizio privato<sup>31</sup>.

Sullo sfondo è, in ogni caso, rimasto il tema del servizio privato e di quanto un servizio che voglia rimanere tale, senza cioè doversi calare nella connotazione pubblicistica, debba essere conformato dall'attività dei pubblici poteri.

Quali sono i limiti, quali i regimi amministrativi applicabili, quali i principi che regolano le scelte del legislatore e, conseguentemente, delle amministrazioni nel vincolare le attività private?

In tal senso, il presente lavoro di ricerca mira proprio a ricostruire le dinamiche pubbliche di controllo dell'iniziativa economica privata che non sia espressione di funzioni amministrative, mediante l'analisi dei regimi amministrativi corrispondenti e la rivisitazione, in tal senso, dei principi di stampo costituzionale e comunitario.

---

*i soggetti interessanti nel procedimento finalizzato all'assunzione di decisioni che hanno un impatto così rilevante sull'assetto del mercato e sugli operatori)".*

<sup>29</sup> Come ampiamente evidenziato da G. NAPOLITANO, *Pubblico e privato nel diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2005.

<sup>30</sup> Sul punto si vedano le riflessioni di M.S. GIANNINI, *Il pubblico potere. Stati e amministrazioni pubbliche*, Bologna, Il Mulino, 1986, p. 69 e ss.

<sup>31</sup> Si veda F. DI CRISTINA, *La regolazione pubblica dei servizi privati*, op. cit.

Tutto ciò, tenendo bene a mente l'insegnamento classico di Gian Domenico Romagnosi<sup>32</sup>: «rendere libero l'accesso ad ogni ramo d'industria, e levare anzi gli ostacoli se ve ne fossero. (...) Non togliere oggetto alcuno all'industria privata, se ciò non è richiesto da fini politici più importanti del fine di accumulare què tali oggetti d'industria (...) Non impedire la libera concorrenza delle arti e mestieri; ma, poste in non cale le gelose querele dei pochi speculatori, proteggere la concorrenza suddetta».

## **2. La libertà di iniziativa economica privata: l'articolo 41, comma 1, della Costituzione.**

L'interrogarsi sulle forme di controllo dell'iniziativa economica privata non può in alcun modo prescindere dall'analisi della norma costituzionale sulla quale tale iniziativa si fonda e in considerazione della quale vanno parametrati gli strumenti di controllo pubblico previsti dall'ordinamento.

Come noto, l'articolo 41 della Costituzione prevede espressamente che “l'iniziativa economica privata è libera” (comma 1) ed essa “non può svolgersi in contrasto con l'utilità sociale o in modo da recare danno alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana” (comma 2).

Inoltre, solo la legge può determinare “i programmi e i controlli opportuni perché l'attività economica pubblica e privata possa essere indirizzata e coordinata a fini sociali” (comma 3).

L'analisi sistematica dell'articolo in questione fa venire in rilievo le tre fondamentali caratteristiche costituzionali dell'iniziativa economica privata: essa è fondamentalmente libera, pur non potendo svolgersi in contrasto con l'utilità sociale (o in modo da recare danno

---

<sup>32</sup> G.D. ROMAGNOSI, *Principi fondamentali di diritto amministrativo onde tesserne le istituzioni*, 1814, par. 119.

alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana) ed essendo, altresì, vincolata a (eventuali) fini sociali stabiliti per legge<sup>33</sup>.

La medesima disposizione, tuttavia, pone anche alcuni problemi interpretativi, che si riverberano sul rapporto tra autorità dello Stato e libertà dell'individuo e, di riflesso, sulla legittimità delle forme di controllo pubblico delle attività economiche.

Anzitutto, cosa si intende con l'espressione iniziativa economica? In secondo luogo, qual è il perimetro di libertà indicato dal primo comma?

Sotto il primo profilo, il dibattito dottrinale si è concentrato essenzialmente sulla possibilità di ricondurre il concetto di iniziativa economica privata a quello d'impresa, sulla fondamentale considerazione che il referente materiale dell'articolo in commento sia proprio la nozione civilistica dell'impresa<sup>34</sup>.

La premessa logica di fondo è che l'iniziativa economica privata sia, nella sostanza, attività di produzione o erogazione di un servizio o di un bene, il che porterebbe a distinguerla dalla proprietà, che è invece fondata sul modello romanistico della signoria potenzialmente illimitata del soggetto sulla cosa e alla quale la stessa Costituzione dedica il successivo articolo 42<sup>35</sup>.

La considerazione della rilevanza del momento produttivo (o erogativo di un servizio o di un bene) come tratto distintivo

---

<sup>33</sup> S. CASSESE, *La nuova costituzione economica, op. cit.*, include l'articolo 41 a fondamento della Costituzione economica. Si tratta di quel nucleo di norme e principi che, direttamente o indirettamente, definisce la scelta dei modelli economici alla base dell'ordinamento e dei valori fissati dalla Costituzione politica. Questa nozione, sviluppata dalla dottrina pubblicistica tedesca, può essere letta in tre modi. In un primo senso, la nozione di "costituzione economica" indica l'insieme delle norme costituzionali scritte che disciplinano l'economia; un secondo senso ricomprende tutti gli istituti che fanno parte del diritto, istituti disciplinati dalla Costituzione formale e dalle leggi; un terzo modo d'intendere questa nozione è quello di ricomprendervi anche il "diritto vivente".

<sup>34</sup> In tal senso, *ex multis*, A. BERTOLINO, *L'attività economica, funzioni e forme organizzative del lavoro. Il Consiglio Nazionale dell'Economia e del Lavoro*, in *Commentario sistematico della Costituzione italiana*, I, p. 410; G. ABBAMONTE, *Libertà e convivenza*, Napoli, 1954, p. 139; F. BENVENUTI, *Appunti di diritto amministrativo*, Padova, 1955, p. 208.

<sup>35</sup> Sulla distinzione, tuttavia, non sono ravvisabili indici di certezza. La stessa giurisprudenza costituzionale, ad esempio, la C. Cost. 14 febbraio 1962, n. 4, ha configurato, come limiti all'iniziativa, attività che si riferivano invece alla proprietà.

dell'attività economica privata ha determinato, però, come osservato da attenta dottrina<sup>36</sup>, l'esclusione dal novero delle attività economiche di «*tutti quei comportamenti che vengano esercitati non professionalmente od anche al di fuori di una sia pure occasionale organizzazione, i quali pertanto, pur non differendo, per contenuto e per rilevanza economica, dalle attività svolte in forma imprenditoriale, risultano ciò nonostante estromessi dalla disciplina prevista nell'art. 41 Cost.*».

In tal senso, quindi, appare maggiormente opportuno che la definizione di cui all'articolo 41 della Costituzione sia interpretata in senso più ampio, essendo rilevante, ai fini dell'identificazione dell'oggetto della disposizione stessa, non solo l'attività di produzione materialmente organizzata sotto forma d'impresa, ma anche quella che non segua tale organizzazione tipica ma sia, nondimeno, astrattamente configurabile come attività economica in senso stretto<sup>37</sup>.

In ragione di tale esegesi, deve essere ricompresa nella definizione tracciata dall'articolo in esame anche l'attività lavorativa autonoma, che solo eventualmente può assumere le dimensioni di impresa, come del resto implicitamente sostenuto dalla Corte Costituzionale<sup>38</sup>.

In altre parole, la Costituzione, declinando il concetto di iniziativa economica, si riferisce a qualsiasi attività non immediatamente destinata al consumo personale del soggetto privato<sup>39</sup>, ma destinata prevalentemente (se non esclusivamente) alla

---

<sup>36</sup> A. BALDASSARE, voce *Iniziativa economica privata*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XXI, 1971, p. 599.

<sup>37</sup> Così, *ex plurimis*, A. BALDASSARE, *op. cit.*; G. MORBIDELLI, voce *Iniziativa economica privata*, in *Enc. giur. XVIII*, Roma, 1989, p. 2 e ss.

<sup>38</sup> Corte Cost., sentenza n. 32 del 1959. La Consulta ha fatto rientrare nel concetto di iniziativa economica l'attività di venditore ambulante osservando che «(...) le limitazioni disposte al commercio ambulante sono ispirate ad un'evidente necessità di disciplina economica e sociale e tendono a garantire che tale commercio si ripartisca in modo equilibrato tra le varie zone del territorio nazionale (...)». Sono state ricomprese anche: l'esercizio di piccole aziende commerciali (Corte Cost., sentenza n. 47 del 1958); l'artigianato (Corte Cost., sentenza n. 176 del 2004); l'attività professionale (Corte Cost., sentenza n. 133 del 1984).

<sup>39</sup> F. GALGANO, voce *Art. 41 Cost.*, in G. MORBIDELLI (a cura di), *Commentario della costituzione*, 1982, p. 11.

produzione di beni e servizi, anche se al di fuori di un'organizzazione d'impresa costituita secondo le regole del diritto civile.

Strettamente connesso alla definizione del concetto di iniziativa economica sembra essere anche il secondo degli interrogativi posti ad inizio paragrafo. Se è vero che l'iniziativa economica privata è attività di produzione o erogazione di un bene o di un servizio, allora occorre analizzare cosa il legislatore costituzionale abbia inteso cristallizzare riconoscendone la libertà.

Al riguardo, le opinioni di dottrina hanno oscillato intorno ad interpretazioni letterali e sistematiche della disposizione.

L'articolo 41 della Costituzione afferma, al primo comma, che l'iniziativa economica privata è libera, mentre nei successivi commi, come visto, ne condiziona lo svolgimento al rispetto di taluni interessi pubblici, nonché al rispetto dei programmi e dei controlli stabiliti per legge.

L'originaria interpretazione ha sostenuto, quindi, che la norma sembrerebbe distinguere due diversi momenti, tenuto conto che l'iniziativa sarebbe altra cosa rispetto all'attività economica ed esse sarebbero rette da principi generali differenti: la libertà (tendenzialmente assoluta) per quanto attiene all'iniziativa e la soggezione a una serie di interessi pubblici prevalenti per quanto attiene al suo avvio e al suo svolgimento<sup>40</sup>.

In altri termini, la garanzia di libertà opererebbe solo nel momento dell'iniziativa, ossia nell'«atto che costituisce il fondamento logico di un processo produttivo qualitativamente determinato»<sup>41</sup>, mentre l'avvio e lo svolgimento dell'attività sarebbero essenzialmente condizionati dagli interessi pubblici previsti nei successivi commi II e III dell'articolo 41.

Tale ricostruzione teorica sembrerebbe concretizzare, in altri termini, un generale principio di libertà nella scelta dei fini da conseguire e dei mezzi da approntare per la concreta realizzazione di

---

<sup>40</sup> G. BIANCO, *Costituzione ed economia*, Torino. Giappichelli, 1999, p. 8 e ss.

<sup>41</sup> Così, A. BALDASSARE, voce *Iniziativa economica privata*, *op. cit.*

questi, principio che, su un piano giuridico e logico-sistematico, non è assolutamente posto in discussione dall'articolo in esame, essendo espressione del più generale principio di matrice civilistica di libertà nella manifestazione di volontà dei privati.

Appare, nondimeno, estremamente evidente che, come osservato<sup>42</sup>, questa ricostruzione tende a limitare notevolmente l'area di protezione offerta dalla norma costituzionale, determinando un notevole «*declassamento dell'iniziativa economica privata*».

Accedendo a tale impostazione, infatti, la garanzia della libertà potrebbe esaurire i suoi effetti nell'impedire il caso di iniziative economiche obbligatorie, che non siano cioè frutto della libera scelta di chi le assume.

Ma, così ragionando, il principio di libertà d'impresa non si potrebbe spingere oltre e non consentirebbe una decisiva protezione della situazione giuridica soggettiva del privato, protezione che opera mediante il necessario bilanciamento tra la libertà di iniziativa economica e i valori costituzionali che la conformano.

In questa chiave di analisi, dunque, appare maggiormente opportuno considerare l'attività economica privata come un unico momento produttivo che involge sia l'iniziativa che il suo concreto avvio e svolgimento, con la conseguenza che essa si configura, ai sensi del richiamato articolo 41, come un diritto di libertà riconosciuto alla generalità degli individui e si estrinseca non solo nella libertà di decidere, ma anche nella libertà di avviare un'attività o di accedere al mercato, nonché di esercitare l'attività imprenditoriale diretta alla produzione di beni e servizi<sup>43</sup>, pur sempre, però, nel rispetto dei richiamati vincoli costituzionali.

Tale diritto di libertà caratterizza, quindi, l'attività economica privata sotto numerosi e diversi punti di vista: da un lato, come libertà

---

<sup>42</sup> E. GIANFRANCESCO, *Libertà di impresa e libertà professionale nell'esperienza costituzionale italiana*, in *Giur. Cost.*, 2005, vol. 3, p. 2214.

<sup>43</sup> G. DI GASPARE, *Costituzionalizzazione simbolica e decostituzionalizzazione di fatto dell'articolo 41 della costituzione*, in *Amministrazione in cammino*, 2011.

di accesso al mercato e come libertà di intraprendere l'attività economica in tutti i campi potenzialmente suscettibili di ospitare l'attività d'impresa; dall'altro, come libertà di scegliere concretamente i mezzi e gli strumenti di organizzazione dell'impresa<sup>44</sup>; o, ancora, come libertà di operare su un mercato concorrenziale (sul quale v. *infra* par. 3); oppure come fonte di libertà verso lo Stato e verso i cittadini, consentendo dunque quel generalizzato accesso al mercato tale da generare il confronto competitivo, l'efficienza e la prosperità collettiva<sup>45</sup>.

In altre parole, alla luce di quanto appena esposto, non esisterebbe una effettiva dicotomia tra iniziativa e svolgimento dell'attività economica, essendo questa, considerata nella sua interezza e completezza, allo stesso tempo libera e condizionata secondo i criteri indicati dall'articolo 41 della Costituzione.

Del resto, è la stessa Corte Costituzionale a giungere a tale conclusione, laddove precisa che nella locuzione di cui al primo comma del citato articolo 41 debba essere ricompresa l'attività volta alla costituzione dell'azienda ma anche il suo svolgimento, identificando sostanzialmente i due concetti<sup>46</sup> e sottolineando che i limiti posti dalla norma costituzionale configurano un sistema di delimitazioni e controlli necessari, non solo per la stessa economia di mercato, ma anche per la tutela degli altri molteplici valori costituzionali.

E, inoltre, vale comunque la pena di evidenziare che, in seno alla stessa Assemblea Costituente, si evidenziava come l'articolo 41

---

<sup>44</sup> Ad esempio, è un corollario del principio di libera iniziativa economica la scelta circa il dimensionamento della manodopera: la Corte Costituzionale, con sentenza n. 78 del 1958 ha sancito l'incompatibilità con il principio di libera iniziativa economica del cosiddetto "imponibile di manodopera", ossia la previsione di obblighi di assunzione di prestatori d'opera.

<sup>45</sup> M. GIAMPIERETTI, *Il principio costituzionale di libera concorrenza*, in *Diritto e società*, 2003, fasc. 4, p. 439 e ss.. Nel testo costituzionale è possibile rinvenire indizi che confermerebbero la «doppia affermazione di libertà» contenuta nell'articolo 41. Gli indizi sono: il principio antimonopolistico ricavabile dall'art 41 ed il principio di uguaglianza formale sostanziale statuito dall'art. 3 Cost.

<sup>46</sup> *Ex multis*, si vedano le sentenze della Corte Cost., sentenza n. 29 del 1957; 365 e 443 del 1997 relative al rapporto tra regime comunitario della concorrenza e art. 41.

fosse il risultato dell'art 37 e 39 del progetto di Costituzione, articoli aventi in comune proprio «*l'obiettivo di armonizzare l'attività economica privata [intesa sia come avvio che come svolgimento della stessa] con i fini pubblici*»

In definitiva, stante quanto argomentato, si può condividere la tesi che individua la libertà di impresa quale libertà che «*nasce limitata in funzione di un principio che trascende l'interesse dell'operatore economico*»<sup>47</sup>, con l'inevitabile conseguenza che i limiti posti a tale libertà (sui quali v. *infra* par. 2.1) sono necessariamente da considerare quali fondamentali criteri attraverso i quali risolvere i conflitti che sorgono, tra gli interessi individuali e quelli sociali, nel perseguimento del fine economico da parte delle imprese<sup>48</sup>.

E tali conflitti rappresentano, vieppiù, il parametro di legittimità (e di giustificazione) dei controlli pubblici dell'iniziativa economica privata o, se si vuole, dei regimi amministrativi che la sfera pubblica può imporre agli operatori economici.

### ***2.1 L'equilibrio tra libertà di impresa e autorità amministrativa: l'articolo 41, comma 2, della Costituzione.***

Nel precedente paragrafo si è evidenziata la natura del principio di libertà di iniziativa economica e ne sono stati tracciati i contorni giuridici, sia rispetto al perimetro oggettivo di applicazione (cosa si intende per iniziativa economica), sia rispetto al diritto di libertà insito nella disciplina costituzionale.

Si è giunti alla conclusione che l'iniziativa economica è retta da tale principio di libertà sia nel momento dell'avvio di un'attività economica che nel momento concreto del suo svolgimento.

---

<sup>47</sup> N. LIPARI, *Persona e mercato, 20 Anni di Antitrust, l'evoluzione dell'Autorità Garante della concorrenza e del mercato*, Torino, Giappichelli, 2007, p. 46.

<sup>48</sup> In questo senso, F. TRIMARCHI BANFI, *Lezioni di diritto pubblico dell'economia*, Torino, Giappichelli, 2012.

È stato precisato, però, che la norma di cui al primo comma dell'articolo 41, pur essendo di carattere generale, non postula un concetto di libertà illimitata e assoluta, in quanto incontra precisi e stringenti limiti che trovano il loro fondamento nel secondo comma dell'articolo stesso.

Sulla base di queste premesse logiche, occorre ora interrogarsi su un altro aspetto interpretativo che origina dalla disposizione in commento.

Quali sono i criteri che giustificano la compressione della libertà di iniziativa economica?

Per rispondere alla domanda appena posta, potrebbe essere sufficiente richiamare il dato letterale del secondo comma dell'articolo 41: l'iniziativa economica è libera, ma essa *“non può svolgersi in contrasto con l'utilità sociale o in modo da recare danno alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana”*.

È di immediata comprensione che il legislatore costituzionale abbia inteso delimitare le iniziative economiche private all'interno di un recinto di controlli predeterminati e riferibili ai più alti valori costituzionali: sicurezza, libertà e dignità umana.

Il medesimo legislatore, tuttavia, ha utilizzato delle formule ampie e indeterminate, peraltro non prevedendo, relativamente alle modalità di applicazione delle stesse, l'istituto della riserva di legge, prevista invece per i “programmi e controlli” di cui al comma 3 dell'articolo 41 in commento.

Sulla questione, la Consulta, con due famose pronunce<sup>49</sup>, ha espressamente esteso la riserva di legge anche alla disposizione del comma 2, determinando una riscrittura del testo costituzionale, orientata alla maggiore garanzia della libertà di iniziativa economica.

In ogni caso, anche a prescindere da quanto appena ricordato, è interessante notare che il concetto di sicurezza è stato interpretato dalla maggior parte della dottrina come limite volto a tutelare i beni

---

<sup>49</sup> Corte Cost., sentenze nn. 4 e 5 del 1962.

necessari per la protezione della collettività e la Corte Costituzionale, sostanzialmente accedendo a tale qualificazione, non ha esitato ad affermare che il concetto di sicurezza si possa identificare con quella “*situazione nella quale sia assicurato ai cittadini, per quanto possibile il pacifico esercizio di quei diritti di libertà che la Costituzione garantisce con tanta forza*”<sup>50</sup>.

Come evidente, dunque, sicurezza e libertà sono concetti che vanno trattati unitariamente, anche tenuto conto della grande estensione che il principio di libertà ha assunto nelle interpretazioni costituzionali, tale per cui sono considerate espressione del principio di libertà tutte quelle situazioni giuridiche soggettive essenziali per l'essere umano e che riguardano tutte le principali esternazioni della sua personalità<sup>51</sup>.

Anche con riferimento al concetto di dignità umana, è stato opportunamente osservato<sup>52</sup> che la stessa deve essere correlata al concetto di dignità sociale di cui all'articolo 3 della Costituzione, con la conseguenza che alla pari dignità dovrebbe necessariamente conseguire la parità di condizioni all'interno di rapporti che implicano l'esercizio delle libertà civili, dei rapporti sociali, economici, politici.

Si tratta, in altre parole, di una serie di limiti cogenti dell'ordinamento, in relazione ai quali l'affermazione della libertà di iniziativa economica va bilanciata e temperata e in considerazione dei quali il legislatore può prevedere delle forme di regolazione preventiva dell'iniziativa economica stessa, tali da introdurre condizioni soggettive e oggettive per il suo svolgimento.

---

<sup>50</sup> Corte Cost., sentenza n. 2 del 1956, punto di diritto n. 5.

<sup>51</sup> A. BALDASSARE, voce *Iniziativa economica privata*, *op. cit.*, nella quale si sostiene che sia la libertà che la dignità umana non sono volti a realizzare una tutela generica dei beni dell'uomo, bensì «una protezione immediata della personalità (...) comprensivo dei valori direttamente costitutivi della soggettività umana». Pertanto, per libertà si intende «l'insieme degli attributi fondamentali che riassumono in termini soggettivi lo spiegamento immediato della persona umana nel mondo esterno».

<sup>52</sup> G. BIANCO, *Costituzione ed economia*, *op. cit.*

La disposizione di cui al comma 2, però, prevede anche un altro importante limite che incide sulla libera iniziativa economica: essa non può, in ogni caso, svolgersi in contrasto con l'utilità sociale.

Diversamente dai principi appena analizzati, la Costituzione non fornisce alcuna definizione di "utilità sociale", il che ha determinato non pochi problemi ermeneutici.

Al riguardo, numerosi sono gli approdi della giurisprudenza costituzionale.

Già a partire dagli anni 60<sup>53</sup>, con riferimento ai rapporti tra la normativa sul divieto di panificazione notturna e le esigenze di tutela della salute pubblica, la Corte Costituzionale ha precisato che, ad esempio, *"(...) la tutela della sanità può fornire una delle ragioni di utilità sociale che, a mente dell'articolo 41 Cost., giustificano le limitazioni all'iniziativa economica privata fondate sul supremo interesse consacrato dell'articolo 32 (...)"*.

O, ancora, in relazione al problema della serrata nel mercato agroalimentare, la Corte afferma che *"non sussistono limitazioni all'iniziativa economica privata ex art. 41 Cost., perché questa non può svolgersi in contrasto con l'utilità sociale: e la Corte ha già indicato proprio in relazione al problema della serrata, la disciplina dei prezzi delle merci a largo consumo, come le carni bovine, fra le legittime misure protettive del benessere sociale (sent. 27 giugno 1958 n. 47)"*<sup>54</sup>.

Sono state, inoltre, ricomprese nel concetto di utilità sociale le regole poste a tutela del mercato e della concorrenza, dirette a proteggere i concorrenti più deboli<sup>55</sup>.

Come si può agevolmente notare dalle poche pronunce richiamate, la Corte Costituzionale ha da sempre evitato di dare una connotazione specifica al concetto di utilità sociale, limitandosi a valutarne la coerenza rispetto a singole fattispecie normative.

---

<sup>53</sup> Corte Cost., sentenza n. 21 del 1964.

<sup>54</sup> Corte Cost., sentenza n. 53 del 1986.

<sup>55</sup> Corte Cost., sentenza n. 439 del 1991.

Questo atteggiamento, che potrebbe apparire timido in considerazione del mancato sforzo definitorio, appare, tuttavia, l'unico in grado di delineare le caratteristiche proprie dell'utilità sociale richiamata dall'articolo 41, comma 2, della Costituzione.

Come autorevolmente osservato<sup>56</sup>, infatti, il criterio in esame può considerarsi quale vero e proprio "concetto-valvola", ovvero quale meccanismo attraverso il quale si introducono, in maniera tendenzialmente permanente, dei poteri idonei a conformare l'ordinamento al continuo evolversi della società.

Il concetto di utilità sociale è un concetto poliedrico, costituito «ora dai rapporti interni dell'unità produttiva, ora dalla sua attività rivolta all'esterno (...) il referente oggettivo si identifica nella soddisfazione di bisogni imputabili, in un caso ai lavoratori dipendenti e nell'altro, all'intera società o, più precisamente, a quel gruppo o a quel soggetto che nella singola fattispecie si presenta come investito dall'interesse sociale»<sup>57</sup>.

Osservato da tale punto di vista, quindi, l'utilità sociale altro non è che un costante parametro di giudizio dei limiti all'iniziativa economica privata posti dal legislatore e, ai fini che qui interessano, un decisivo parametro di legittimità dei regimi amministrativi imposti agli operatori privati.

In tal senso, il limite dell'utilità sociale, come del resto i ricordati limiti della sicurezza, libertà e dignità umana, può essere utilizzato proprio per legittimare gli interventi regolamentari, qualora essi siano strettamente necessari per la tutela dei diritti fondamentali sottesi e costituzionalmente garantiti<sup>58</sup>.

---

<sup>56</sup> A. BALDASSARE, voce *Iniziativa economica privata*, *op. cit.* Sulla nozione di utilità sociale sono state fornite diverse interpretazioni riconducibili a tre orientamenti delineati da E. CHELI, *Libertà e limiti all'iniziativa economica privata nella giurisprudenza della Corte Costituzionale*, in *Rass. Dir. Pubbl.*, I, 1960, p. 275 e ss. Per un approfondimento delle diverse ricostruzioni dottrinali si veda C. PICCIOLI, *Contributo all'individuazione del fondamento costituzionale della normativa a tutela della concorrenza*, in *Riv. Trim. dir. pubbl.*, I, 1996, p. 29-70.

<sup>57</sup> A. BALDASSARE, voce *Iniziativa economica privata*, *op. cit.*, p. 603.

<sup>58</sup> Così, L. DELLI PRISCOLLI, *Il limite della utilità sociale nelle liberalizzazioni*, in *Giur. Comm.*, 2014, II, p. 352 e ss.

Anzi, a ben vedere, più che un limite proprio dell'iniziativa economica privata, che si riflette sulla stessa in quanto tale, i menzionati principi sono essenzialmente criteri attraverso i quali il legislatore può, opportunamente e secondo i generali principi amministrativi di ragionevolezza e proporzionalità, imporre vincoli amministrativi agli operatori privati. In altri termini, il comma II dell'articolo 41 della Costituzione dovrebbe essere inteso come un mero rinvio alle scelte del legislatore, nel senso che solo a quest'ultimo spetterebbe il potere di stabilire cosa sia conforme e cosa contrasti con l'utilità sociale.

Il tema di fondo che la clausola di "utilità sociale" pone al legislatore è, dunque, proprio quello della verifica puntuale circa la legittimità dell'imposizione di poteri pubblici di condizionamento, utilizzando, quale criterio-guida, la "funzionalizzazione" sociale dell'attività economica privata; tale verifica dovrebbe avere, come fine ultimo, quello di evitare un eccesso di disponibilità recessiva del principio di libertà d'impresa di fronte a ogni interesse pubblico che il legislatore individui come tale.

Sul punto, peraltro, va ricordato che le clausole generali di utilità sociale e dei fini sociali, "*non devono necessariamente risultare da esplicite dichiarazioni del legislatore*"<sup>59</sup>, essendo sufficiente "*la rilevabilità di un intento legislativo di perseguire quel fine e la generica idoneità dei mezzi predisposti per raggiungerlo*"<sup>60</sup>, ferma, in ogni caso, l'esigenza che l'individuazione delle medesime "*non appaia arbitraria e che le stesse non siano perseguite dal legislatore mediante misure palesemente incongrue*"<sup>61</sup>.

Ciò anche con l'obiettivo, oggi più attuale che mai, di prevenire il proliferarsi di atti regolatori particolarmente intrusivi, considerato che, in ogni caso, l'eccesso regolatorio "*genera inutili ostacoli alle dinamiche economiche, a detrimento degli interessi degli operatori*

---

<sup>59</sup> Corte Cost., sentenza n. 46 del 1963.

<sup>60</sup> Corte Cost., sentenze nn. 63 del 1991, 388 del 1992 e 446 del 1988.

<sup>61</sup> Corte Cost., sentenze nn. 247 e 152 del 2010, 167 del 2009 e 428 del 2008.

*economici, dei consumatori e degli stessi lavoratori e, dunque, recano danno alla stessa utilità sociale*<sup>62</sup>.

Tali criteri, se pur notevolmente ampi sotto il profilo contenutistico, diventano gli strumenti fondamentali per imporre il costante adeguamento dell'ordinamento giuridico ai mutevoli fatti economico-sociali<sup>63</sup>.

Essi, in altri termini, presuppongono che l'attività amministrativa volta al controllo pubblico delle attività private debba necessariamente operare un bilanciamento di interessi e di priorità, tale da giustificare l'imposizione di vincoli e restrizioni agli operatori privati titolari della relativa libertà di iniziativa economica.

Tale bilanciamento, come si vedrà bene *infra*, non può limitarsi alla sola indagine circa l'utilità sociale, la sicurezza, la libertà e la dignità umana richiamate dall'articolo 41 della Costituzione, ma deve necessariamente coinvolgere anche altri principi costituzionali, nonché i principi che derivano dall'ordinamento dell'Unione europea.

Anche perché, come recentemente evidenziato dalla Consulta in merito alla nota vicenda dell'Ilva di Taranto<sup>64</sup>, la Costituzione italiana, come le altre Costituzioni democratiche e pluraliste contemporanee, richiede *“un continuo e vicendevole bilanciamento tra principi e diritti fondamentali, senza pretese di assolutezza per nessuno di essi. (...) Il punto di equilibrio, proprio perché dinamico e non prefissato in anticipo, deve essere valutato - dal legislatore nella statuizione delle norme e dal giudice delle leggi in sede di controllo - secondo criteri di proporzionalità e di ragionevolezza, tali da non consentire un sacrificio del loro nucleo essenziale”*.

Questa, in verità, è la *ratio* sottesa al disposto di cui all'articolo 41, il quale non intende ridurre il quadro entro il quale la libertà economica può esplicarsi, ma vuole esclusivamente sottolineare la

---

<sup>62</sup> Corte Cost., sentenza n. 200 del 2012.

<sup>63</sup> N. IRTI, *L'ordine giuridico del mercato*, Roma-Bari, Laterza, 2003.

<sup>64</sup> Corte Cost., sentenza n. 85 del 2013.

priorità di valori da salvaguardare rispetto alle modalità attraverso le quali l'attività economica si può svolgere.

Tali limitazioni sono introdotte proprio per tutelare specifici interessi pubblici e, in tal senso, giustificano l'imposizione di vincoli amministrativi.

In fin dei conti, come correttamente affermato<sup>65</sup>, per «*sciogliere l'iniziativa economica dai lacci e laccioli, non dobbiamo fare altro che applicare l'articolo 41*» e occorre, oltremodo, resistere alla suggestione esercitata da «*sintesi verbali*», dirigendosi, piuttosto, verso lo «*studio approfondito dei procedimenti amministrativi di più frequente e costante applicazione*»<sup>66</sup>.

### ***3. L'iniziativa economica privata e il principio di concorrenza.***

Si è accennato in conclusione del precedente paragrafo che la verifica di legittimità dei regimi amministrativi imposti agli operatori privati non può prescindere dal bilanciamento tra la libertà di iniziativa economica prevista dall'articolo 41 della Costituzione e i relativi limiti posti dalla medesima norma costituzionale.

Tale aspetto, per quanto preponderante, rappresenta, però, solo una piccola porzione del più complesso discorso circa la giustificazione dei vincoli amministrativi sugli operatori privati.

Viene in rilievo, in tal senso, il principio di concorrenza e i rapporti che intercorrono tra tale principio e la libera iniziativa economica costituzionalmente garantita.

La nozione di concorrenza è complessa da definirsi perché in gioco entrano una serie di ulteriori e diversi concetti-valori che ne flettono, in un certo senso, il significato di base, indirizzandolo in un verso o nell'altro a seconda delle epoche storiche, delle condizioni

---

<sup>65</sup> G. DI GASPARE, *Costituzionalizzazione simbolica e deconstituzionalizzazione di fatto dell'articolo 41 della Costituzione*, op. cit., p. 20

<sup>66</sup> M.S. GIANNINI, *Sull'azione dei pubblici poteri nel campo dell'economia*, in *Rivista di diritto commerciale*, 1959, pp. 326-327.

sociali, del tipo di economia di riferimento e del modello istituzionale predominante<sup>67</sup>.

“*Cum-currere*”, letteralmente “correre insieme”, in origine indicava un’istanza di accordo “per fare o avere qualcosa”. Gli elementi della cooperazione e della contribuzione nel raggiungimento di un certo obiettivo, quindi, sono i suoi tratti caratteristici originari. A partire dal XVI-XVII secolo, con l’affermarsi delle teorie mercantilistiche, l’espressione si è evoluta fino a esprimere uno strumento volto a “stimolare l’industriosità umana”. In altri termini, col passare dei secoli, il connotato della competizione è divenuto dominante<sup>68</sup> e, così, come diceva Harvey B. Mackay nel secondo dopoguerra «*ama i tuoi concorrenti. Sono gli unici che ti rendono tanto bravo quanto puoi esserlo*».

Una volta posti, sia pur in modo ancora approssimativo, i confini lessicali del principio, è doveroso indagare quale sia, ai fini del presente contributo, il *locus*, in senso più o meno figurato, in cui il fenomeno concorrenza si manifesta.

E, invero, in via preliminare, occorre condurre l’indagine sulle condizioni sociali che danno forma e sostanza al concetto, correlato e in qualche modo interconnesso, di “mercato”.

A tal proposito, già nel 1949 Einaudi ha osservato: «*Siete mai stati in un borgo di campagna in un giorno di fiera? In mezzo al chiasso dei ragazzi, alle gomitate dei contadini e delle contadine le quali vogliono avvicinarsi al banco dove sono le stoffe, i vestiti, le*

---

<sup>67</sup> Per un approfondimento si veda G. FONDERICO, *Diritto della regolazione e del mercato - Lezioni - parte I*, 2010, p. 3-4.

<sup>68</sup> Fornisce un’analisi etimologica parzialmente diversa L. ARNAUDO, *Scambi, mercati e concorrenza*, Bergamo, Zanichelli, 2014, p. 19. L’Autore evidenzia come il termine “concorrenza” già nel suo etimo latino mostra uno spiccato profilo agonistico. Prosegue poi evidenziando come, “competere” – termine semanticamente prossimo al primo – «*trattiene l’ambivalente riferimento tanto al battersi che al richiedere insieme, anche nel senso processuale di richiesta congiunta dinanzi a un giudice, così per certi versi presupponendo una forma di coordinamento tra i diversi soggetti coinvolti*». Tuttavia, tiene a precisare, il lemma inglese “*competition*” «*in correlazione a mercato non è registrato prima dell’Ottocento, quasi in contemporanea all’insorgere di una connotazione sportiva*».

*scarpe ecc. da osservare, confrontare, toccare con mano ed alle grida dei venditori, i quali vi vogliono persuadere che la loro roba è la migliore di tutte, la sola che fa una gran bella figura quando l'avete addosso, la sola che vi farà prima infastidire voi di portarla che essa di essere frustata, quella che è un vero regalo in confronto al poco denaro che dovete spendere per acquistarla? Quella fiera è un mercato, ossia un luogo dove, a giorno fisso e noto per gran cerchia di paesi intorno, convengono a centinaia i camion, i carri ed i carretti dei venditori carichi delle merci, delle cose più diverse, dai vestiti alle scarpe, dalle casserole da cucina ai vomeri per l'aratro, dalle lenzuola alle federe, dalle cianfrusaglie per i ragazzi ai doni alla fidanzata per le nozze»<sup>69</sup>.*

Questa è senza dubbio una suggestiva ed efficace descrizione di “mercato”. C'è molto di vero tra queste righe, come anche una buona dose di attualità<sup>70</sup>.

I suoi tratti salienti sono colti qualche pagina più in là dallo stesso Autore, che non manca di sottolineare come esso sia caratterizzato da una molteplicità di venditori e compratori, dal libero ingresso nell'arena economica e dalla libera negoziazione. E in un mercato siffatto il prezzo non è né giusto né sbagliato, ma solo «fatto»<sup>71</sup>.

Una ricostruzione siffatta implica necessariamente che la concorrenza sia l'espressione fisiologica della modalità più efficiente di funzionamento del mercato stesso, fondato sulla libertà d'ingresso e sulla libertà di contrattazione quale “naturale” diponibilità dei propri beni derivata dal proprio lavoro<sup>72</sup>.

---

<sup>69</sup> L. EINAUDI, *Lezioni di politica sociale*, incipit, 1949.

<sup>70</sup> Tuttavia, occorre sottolineare l'affermazione di una nuova accezione di mercato che tiene in conto le teorie economiche della c.d. “post-modernità” e del rischio.

<sup>71</sup> L. EINAUDI, *Lezioni di politica sociale*, *op. cit.*, p. 6.

<sup>72</sup> M. LIBERTINI, *Concorrenza* (voce), in *Enc. Diritto*, Annali III, 2010, p. 191 il quale specifica come la concorrenza archetipica «nel mercato, non [sia] la competizione per primeggiare, ma la libertà di confluire in un medesimo luogo, insieme con altri soggetti interessati, per contribuire all'insieme degli scambi di beni e servizi che interessano una certa comunità».

Questo modello di concorrenza perfetta assume che un mercato garantisca un'allocazione ottimale delle risorse, mediante il riconoscimento di una serie di condizioni, quali la razionalità dei partecipanti al mercato, un numero elevato di venditori e acquirenti, ciascuno di dimensioni non dissimili dagli altri, l'omogeneità dei prodotti oggetto di contrattazione e l'assenza di ostacoli fisici alla mobilità dei fattori.

È evidente che la considerazione di un mercato fondato su meccanismi di concorrenza perfetta, per quanto sottoposto, da più parti<sup>73</sup>, a critica, sia, nondimeno, il meccanismo, tendenzialmente permanente, di giustificazione delle politiche pubbliche di regolamentazione delle attività imprenditoriali.

Infatti, se un mercato perfettamente concorrenziale dovrebbe avere qualità tali da farlo preferire ad altre forme di allocazione delle risorse astrattamente immaginabili (ad esempio, il modello socialista di pianificazione), ne consegue, quasi naturalmente, che qualora manchino una o più delle condizioni affinché la concorrenza possa dirsi perfetta (gli economisti parlano di *market failures*), i poteri pubblici potrebbero adottare interventi correttivi di vario tipo.

---

<sup>73</sup> Un primo modello alternativo vede la concorrenza come un processo continuo e tendenzialmente senza fine in cui le imprese si fronteggiano per conservare o conquistare nuovi clienti. Il processo di rivalità non giunge mai ad esiti definitivi potendo ogni situazione essere superata da nuovi sviluppi. Tale concezione è accolta anche dall'amministrazione inglese della concorrenza, cfr. *Office of Fair Trading*, 2003, p. 15); M. DABBAH, *The Internationalisation of Antitrust Policy*, Cambridge, Cambridge University Press, 2003, p. 2); Secondo G.J. STIGLER, *Perfect competition, Historically Contemplated*, in *Journal of political Economy*, 1957, pp. 1-2, si tratta di un'interpretazione del fenomeno concorrenziale che può farsi risalire quantomeno ad Adam Smith. Un secondo modello alternativo accentua gli aspetti dinamici della rivalità tra i concorrenti. In contrapposizione al modello della concorrenza perfetta, che immagina un meccanismo tendente ad una condizione statica di equilibrio, alcuni autori hanno osservato che i maggiori benefici dal meccanismo concorrenziale non vengono da questi momenti di stasi. I miglioramenti, al contrario, giungono dalle occasioni in cui l'introduzione di nuovi prodotti, nuove tecnologie o nuovi modelli di organizzazione rompano l'equilibrio costringendo tutti gli altri operatori a riadattare i propri comportamenti. Questo processo — definito di “distruzione creatrice” — ricondurrebbe ad una diversa condizione di equilibrio sino al momento di una nuova innovazione: per la descrizione del modello in questi termini G. FONDERICO, *Diritto della regolazione e del mercato*, op. cit., p. 17 e ss. che richiama J.A. SCHUMPETER, *Capitalismo, socialismo e democrazia*, ETAS, Milano, 2001.

In altre parole, lo Stato sarebbe chiamato a correggere le “imperfezioni” del mercato, riportando lo stesso verso le condizioni di concorrenza perfetta. Il che avrebbe una diretta conseguenza anche sulla libera iniziativa economica degli operatori che operano in quel dato mercato.

Muovendosi nel solco della ricostruzione teorica appena menzionata, il monopolio è, tra i fattori distorsivi, quello più invisibile. Non si tratta di una “forma di mercato” ma di una tecnica volta a impedire il naturale gioco all’equilibrio di domanda e offerta. Il gioco del monopolista è tutto incentrato sul fatto che egli (sia esso un solo produttore o una coalizione) non è più costretto dalla concorrenza – quale meccanismo di salvaguardia del consumatore di beni e servizi – a fissare un prezzo uguale al costo di produzione, potendo invece decidere liberamente quanta merce produrre e, soprattutto, il prezzo a cui farsela pagare, «*epperchiò il prezzo tenderà a naturalmente ad essere quello che gli dà il massimo guadagno netto*»<sup>74</sup>.

Le considerazioni appena svolte sono espressione di un concetto di concorrenza e mercato che è stato posto a fondamento della nascita della prima normativa moderna in materia di concorrenza<sup>75</sup>.

Pur riprendendosi la definizione “letteraria” e classica di concorrenza<sup>76</sup>, ovvero il suo essere “anima del commercio”, il concetto è stato utilizzato sostanzialmente per impedire che grandi imprese potessero puntare all’acquisizione di posizioni tanto forti da fagocitare i residui concorrenti<sup>77</sup>.

Dal punto di vista dei contenuti, la normativa citata contiene almeno due principi rilevanti, tali da esprimere il bilanciamento

---

<sup>74</sup> Ancora L. EINAUDI, *Lezioni di politica sociale, op. cit.*, p. 20.

<sup>75</sup> Sherman Act statunitense del 1890. Si precisa che l’anno precedente all’introduzione della legislazione anti-trust americana (1889), in Canada venne emanata una legge che sanzionava esplicitamente per la prima volta gli accordi restrittivi della concorrenza.

<sup>76</sup> Ci si riferisce a G. FLAUBERT, *Dizionario dei luoghi comuni*, 1850/80 (postumo, 1913).

<sup>77</sup> Il riferimento è a imprenditori come John D. Rockefeller che assicurò alla sua Standard Oil il ruolo di assoluta leader in campo petrolifero costringendo i proprietari dei piccoli pozzi a cederglieli sotto la “minaccia” di venire schiacciati da una concorrenza insostenibile per le loro strutture aziendali.

“giusto” tra le istanze vantate dalle imprese circa la tutela della loro libertà d’iniziativa economica e i consumatori finali dei beni che traevano vantaggi del mercato in concorrenza in termini di prezzi e di qualità complessiva, enunciati agli articoli 1 e 2.

In particolare, si vietano gli accordi volti a restringere la concorrenza stabilendo l’illegalità di *“di ogni contratto, combinazione della forma di trust o altrimenti, cospirazione, che limita gli scambi ed il commercio tra i vari stati, o con le nazioni straniere”* e che è considerata reato, quindi assistita da sanzione penale, la condotta di *“ogni persona che monopolizzerà o tenterà di monopolizzare o entrerà a far parte di combinazioni o cospirazioni con altra persona o persone, tendenti a monopolizzare qualsiasi parte degli scambi o del commercio fra i vari Stati o con nazioni straniere”*.

Il monopolio, alle condizioni indicate nella norma, è dannoso e considerato patologico<sup>78</sup>.

Le successive tappe di sviluppo del concetto di concorrenza, dipese nella sostanza da fattori storici ed economico-politici<sup>79</sup>, nonché da un profondo rafforzamento dei moduli di scambio globale<sup>80</sup>, hanno portato alla *«“pubblicizzazione” più marcata della disciplina internazionale che garantisce le libertà [di concorrenza e di iniziativa economica], sia per la struttura che vi è preposta, sia per le procedure adottate dai suoi organismi. Quelle libertà, inoltre, conoscono diversi contrappesi: gli Stati membri dell’OMC possono limitarle con regolazioni adottate in nome di interessi pubblici nazionali (...)»*<sup>81</sup>.

---

<sup>78</sup> A. PERA, *Concorrenza e antitrust*, Bologna, Il Mulino, 1998, p. 4.1 descrive il processo di integrazione successiva della normativa americana attraverso l’allargamento alle concentrazioni della disciplina sanzionatoria (*Clayton Act* del 1914), l’istituzione di organi amministrativi *ad hoc* per le investigazioni sul campo, i primi anni di applicazione caratterizzati da grandi decisioni nei confronti dei trust petroliferi e ferroviari.

<sup>79</sup> Sui quali si rimanda alla trattazione di M. D’ALBERTI, *Poteri pubblici, mercati e globalizzazione*, *op. cit.*

<sup>80</sup> Va segnalata, ad esempio, la nascita dell’Organizzazione mondiale del commercio (1994) che, attraverso le garanzie di libero scambio in materia di circolazione delle merci regolate dal General Agreement on Trade and Traffics del 1947, introduce le prime regole “globali” in materia di concorrenza. L’iniziativa dei singoli Stati si affianca agli accordi ed ai negoziati diretti e guidati dalla stessa Organizzazione.

<sup>81</sup> M. D’ALBERTI, *Poteri pubblici, mercati e globalizzazione*, *op. cit.*, p. 37.

In definitiva, le libertà di iniziativa economica e il principio di concorrenza, hanno acquisito, nel tempo, una dimensione globale nel campo dell'economia, il che postula un nuovo volto della regolazione pubblica nel settore, tale per cui i pubblici poteri dovrebbero, nell'ambito del gioco dei mercati, operare un necessario bilanciamento tra gli stessi.

In un siffatto contesto, tutti gli Stati sperimentano forme di privatizzazione di beni e imprese, un tempo in mano pubblica, attuano strategie di alleggerimento della normativa di settore, attraverso forme di de-regolazione, forme di semplificazione, aumentando gli spazi dell'autonomia contrattuale e della relativa libertà di impresa.

La concorrenza, quindi, all'interno della nuova regolazione economica, diviene criterio cogente per valutare la legittimità e l'appropriatezza della regolazione stessa e dei limiti imposti (o da imporre) alla libera iniziativa economica costituzionalmente garantita.

### ***3.1. Le fonti giuridiche del principio di concorrenza tra Europa e Costituzione.***

Il principio di concorrenza trova la propria fonte normativa e legittimante in ambito comunitario e ciò ai fini di realizzare l'obiettivo che l'istituzione europea si era prefissata fin dalla sua nascita, ossia l'unione economica.

Del Trattato CE, nella sua versione antecedente al Trattato di Lisbona, si possono segnalare: l'articolo 2 che attribuiva alla Comunità il compito di promuovere un alto grado di competitività; l'articolo 3, par. 1, lettere g) e t) che mirava a realizzare un regime teso a garantire una concorrenza non falsata anche attraverso la tutela dei consumatori; l'articolo 4 che sanciva la rilevanza del principio dell'economia di mercato aperta e in libera concorrenza; e, infine, rilevavano gli articoli dall'81 al 93 che disciplinavano direttamente la materia.

L'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, dal primo dicembre 2009, ha modificato in modo estremamente incisivo i dati normativi sopra richiamati.

In particolare, scompare all'art. 3 del Trattato UE, l'indicazione "concorrenza non falsata", sostituita con l'espressione "*l'Unione si adopera per lo sviluppo sostenibile dell'Europa basato su una crescita economica equilibrata e sulla stabilità dei prezzi, su un'economia sociale di mercato fortemente competitiva, che mira alla piena occupazione e al progresso sociale, e su un elevato livello di tutela e di miglioramento della qualità dell'ambiente*"<sup>82</sup>.

Inoltre, l'articolo 120 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (Tfue) prevede che gli Stati membri attuino la loro politica economica allo scopo di contribuire alla realizzazione degli obiettivi dell'Unione definiti all'articolo 3 del Trattato sull'Unione europea e nel contesto degli indirizzi di massima di cui all'articolo 121, paragrafo 2. Cosicché, dal combinato di tali norme, emerge come gli Stati membri e l'Unione debbano necessariamente agire nel rispetto dei principi di un'economia di mercato aperta e in libera concorrenza, favorendo, altresì, una efficace allocazione delle risorse, conformemente ai principi di cui all'articolo 119.

Non sono state oggetto di alcuna modifica formale, ma solo di una (ri)numerazione, le norme tradizionali *antitrust*, ora rappresentate dagli articoli 101 e ss. del Trattato UE<sup>83</sup>.

Come evidente, dunque, la matrice normativa del principio in esame è sostanzialmente rinvenibile nelle disposizioni dell'ordinamento dell'Unione europea.

Tuttavia, ai fini che qui interessano, è doveroso chiedersi se e quanto tale principio possa considerarsi parte del nostro ordinamento

---

<sup>82</sup> Tale modifica è stata richiesta e ottenuta in sede di discussione della Francia che, nel rispetto della sua cultura giuridica, non ha mai ritenuto tutelabile la concorrenza *ex se* ma solo in quanto utile strumento ad ottenere risultati socialmente virtuosi.

<sup>83</sup> Rilevanti a questi fini sono anche gli articoli 16 Carta dei diritti fondamentali dell'UE che ha lo stesso valore giuridico dei trattati e 67, par. 1, del TFUE che ribadisce il riconoscimento della libertà d'impresa.

e, conseguentemente, quali siano i limiti e i confini che regolano i rapporti tra concorrenza e libera iniziativa economica, attesa, in ogni caso, l'integrazione tra l'ordinamento interno e quello europeo, che ne rappresenta il vero fondamento costituzionale.

Scorrendo il dettato costituzionale in cerca di un appiglio formale alla tutela della concorrenza, l'attenzione non può che soffermarsi, ancora una volta, sull'analizzato articolo 41 della Carta, in quanto, come ampiamente dimostrato nei paragrafi che precedono, vera e propria "cartina di tornasole" nell'interpretazione della c.d. Costituzione economica<sup>84</sup>.

Con l'ingresso negli ordinamenti nazionali del diritto comunitario, si è sostenuto che, a fronte di una esaltazione di valori comuni agli Stati membri e dell'affermazione delle generali libertà di mercato, di stabilimento, di circolazione di beni, servizi e capitali, il principio di libera iniziativa economica potesse essere relegato sullo sfondo della disciplina pubblica dell'economia, a vantaggio del più importante principio di concorrenza.

Anzi, la Costituzione potrebbe considerarsi, ormai, «*in collisione con lo spazio giuridico ultrastatuale*»<sup>85</sup>.

Tale interpretazione, invero, non tiene conto di un altro profilo della libertà di iniziativa economica privata, ossia della pretesa, racchiusa implicitamente nel principio stesso, alla instaurazione di un corretto rapporto concorrenziale con le altre imprese che operano nel mercato.

Sotto tale profilo, viene in luce una valenza dell'enunciato sulla libertà di impresa che trascende il tradizionale antagonismo nei confronti del potere pubblico, assumendo piuttosto come destinatari

---

<sup>84</sup> Per approfondimenti sul ruolo di "pietra angolare" dell'articolo 41 della Costituzione si legga F. SAITTO, *Economia di mercato e regolazione statale: la controversia tedesca sulla wirtschaftsverfassung e il "posto" dell'art. 41 della Costituzione italiana*, in *Ianus*, 5, 2011, p. 9 e ss.

<sup>85</sup> N. IRTI, *L'ordine giuridico del mercato*, op. cit., p. 22.

gli altri soggetti privati che operano nel mercato, agendo sostanzialmente come limite alla loro iniziativa economica privata<sup>86</sup>.

Utilizzando le parole della Corte Costituzionale, può dirsi che *“la libertà di concorrenza tra imprese ha (...) una duplice finalità: da un lato, integra la libertà di iniziativa economica che spetta nella stessa misura a tutti gli imprenditori e, dall’altro, è diretta alla protezione della collettività, in quanto l’esistenza di una pluralità di imprenditori in concorrenza tra loro, giova a migliorare la qualità dei prodotti e a contenerne i prezzi”*<sup>87</sup>.

In altri termini, *«proprio quando sembrava che gli artt. 81 e 82 del Trattato avessero ormai soppiantato l’art. 41 (...), il rapporto della libertà di mercato con la Costituzione (e quindi con l’art. 41) è tornato in primo piano. Ciò è stato la conseguenza inevitabile della effettiva e diffusa penetrazione della libertà di concorrenza quale valore ordinamentale; il quale valore, dopo aver ispirato nel corso degli anni ’90 le politiche legislative di liberalizzazione e privatizzazione dell’economia, ha inesorabilmente iniziato ad operare come principio giuridico regolatore dei rapporti tra consociati, o direttamente o tramite norme ed atti amministrativi. Nel momento in cui la libertà di concorrenza “si è fatta precetto”, nei provvedimenti antitrust come nelle misure asimmetriche di regolazione dei mercati altamente specialistici, nelle sentenze del giudice amministrativo (...), il giurista ha avuto bisogno di capire e ponderare il modo in cui tale principio potesse operare»*<sup>88</sup>.

Peraltro, sia l’Autorità garante della concorrenza e del mercato che la Corte Costituzionale<sup>89</sup> hanno rinvenuto la fonte del principio concorrenziale proprio nel secondo comma dell’articolo 41.

Con la prima *«Relazione annuale al Presidente del Consiglio dei Ministri»* dell’Autorità citata, infatti, si è precisato che la tutela del

---

<sup>86</sup> Come opportunamente chiarito da G. OPPO, *Costituzione e diritto privato nella tutela della concorrenza*, in *Rivista di diritto civile*, 1993, p. 453.

<sup>87</sup> Corte Cost., sentenza n. 223 del 1982.

<sup>88</sup> F. CINTIOLI, *Concorrenza, istituzioni*, Milano, Giuffrè, 2010,

<sup>89</sup> Corte Cost., sentenze nn. 241 del 1990 e 439 del 1991.

confronto competitivo e gli strumenti volti a reprimere i comportamenti abusivi avrebbero una loro *ratio* nell'esigenza di rispettare i valori propri dell'utilità sociale.

In questo senso, ogni distorsione della libertà di concorrenza contrasterebbe con il valore della libertà di iniziativa economica e dovrebbe essere corretta per rispettare gli interessi rientranti nel parametro dell'utilità sociale.

Tutto ciò ha, quasi inevitabilmente, riaperto il dibattito sull'articolo 41 della Costituzione, sia rispetto all'interpretazione da dare al testo e ai principi ivi espressi, sia rispetto alla ricostruzione "valoriale" dei rapporti tra autorità pubblica e concorrenza<sup>90</sup>.

Si è osservato, ad esempio, che il consolidarsi del principio di concorrenza abbia progressivamente imposto un aggiornamento dell'interpretazione dell'articolo 41, alla luce della teoria dell'efficienza dei mercati liberi e (perfettamente) concorrenziali. Una proposta che ha avuto successo e che ha condotto a vedere nei commi I e II dell'articolo in commento norme volte essenzialmente a tutelare la libertà di concorrenza<sup>91</sup>.

Alcuni autori<sup>92</sup> hanno, in tal senso, sostenuto che l'approccio del diritto della concorrenza abbia effettivamente svelato molte delle ambiguità della norma costituzionale. Ma, come si è avuto modo di notare, l'articolo 41 si segnala, nel panorama costituzionale, proprio per essere espressione di poliedricità, oltre che semantica, anche sostanziale.

Come opportunamente chiarito dalla giurisprudenza costituzionale, infatti, le clausole generali contenute nell'articolo 41 della Costituzione concernono molteplici interessi qualificati, anche

---

<sup>90</sup> In ciò prende forma il c.d. "paradosso della concorrenza" che si ha quando la dimensione oggettiva della tutela del principio va a ledere e a porsi in conflitto con la prospettiva soggettiva tipica della libertà.

<sup>91</sup> Così, G. AMATO, *Il mercato nella Costituzione*, in *Associazione dei costituzionalisti, Il mercato nella Costituzione*, Padova, Cedam, 1997, p. 17 e ss.

<sup>92</sup> *Ex multis*, A. LA SPINA, *La decisione legislativa. Lineamenti di una teoria*, Milano, Giuffrè, 1989; G. CORSO, *Regole e politiche pubbliche: il punto di vista dei destinatari*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Codificazione, semplificazione e qualità delle regole*, Milano, Giuffrè, 2005, p. 184 e ss.

collegati alla sfera economica, quali quelli correlati all'esigenza "di salvaguardare l'equilibrio di mercato" in un determinato settore<sup>93</sup>, oppure strumentali a garantire i "valori della concorrenzialità e competitività delle imprese"<sup>94</sup> e, quindi, "l'assetto concorrenziale del mercato, che costituisce ragione in grado di giustificare l'introduzione di limiti alla libertà di iniziativa economica"<sup>95</sup>.

Secondo un'attenta dottrina<sup>96</sup>, l'approccio dei giuristi nazionali al tema risulta falsato, o comunque distorto, quando si cimenta in alcune distinzioni frutto di una serie di equivoci di fondo.

Spesso, a torto, si confondono la "libertà di concorrenza" quale situazione giuridica soggettiva spettante alle singole persone fisiche o agli enti e la "concorrenza" quale meccanismo micro-economico di funzionamento di un certo tipo di un mercato.

Il tentativo di smembrare la nozione di concorrenza, una volta privilegiandone il profilo oggettivo, una volta quello soggettivo, non trova una vera ragion d'essere.

Ragionando in tal modo e sgombrando il campo da alcuni ingiustificati vincoli concettuali, può dirsi che la nozione di concorrenza non fa che valorizzare complessivamente i tratti (e i limiti) propri della libertà di iniziativa di economica privata, sia in senso soggettivo che in senso oggettivo.

In questa prospettiva, la libertà di concorrenza è, da un lato, un «diritto che può essere esercitato dal titolare nei modi più diversi, da quelli più aggressivi nei confronti delle altre imprese, attualmente o potenzialmente presenti nel mercato, fino all'estremo opposto dell'esercizio negativo, cioè dall'astenersi dal fare concorrenza, limitando e coordinando, d'accordo con altri soggetti, la propria libertà di iniziativa economica»<sup>97</sup>.

---

<sup>93</sup> Corte Cost., sentenza n. 63 del 1991.

<sup>94</sup> Corte Cost., sentenza n. 439 del 1991.

<sup>95</sup> Corte Cost., sentenza n. 94 del 2013.

<sup>96</sup> M. LIBERTINI, *La tutela della concorrenza nella Costituzione italiana*, in *Giur. cost.*, 2, 2005, p. 1429 e ss.

<sup>97</sup> Ancora M. LIBERTINI, *ult. op. cit.*, p. 1429.

E, dall'altro, la concorrenza dev'essere definita, anche, «*in modo oggettivo (...) basti pensare che la tutela della concorrenza si rivolge, tradizionalmente, in primo luogo, contro quei privati che esercitano negativamente la loro libertà di concorrenza, creando cartelli o impedendo l'iniziativa economica altrui*»<sup>98</sup>.

È evidente, dunque, che l'affermazione del principio di concorrenza, pur comportando una decisa «*correzione di rotta*»<sup>99</sup> nella disciplina dei rapporti economici all'interno dello Stato ha, nondimeno, confermato, sulla scia di quanto previsto dall'articolo 41 della Costituzione, l'esigenza di bilanciamento tra principi, diritti e doveri nella complessa opera di regolazione giuridica delle attività economiche private, rideterminando complessivamente il «*rapporto tra autorità (la quale deve sempre più giustificarsi) e libertà (la quale sempre più deve svolgersi in un contesto di regole e controlli)*»<sup>100</sup>.

Inoltre, se prima della riforma del Titolo V della Costituzione, il principio di concorrenza non può dirsi costituzionalizzato<sup>101</sup>, la legge costituzionale n. 3 del 2001 ha stravolto il contesto di riferimento, includendo, all'articolo 117, comma 2, lettera e), della Costituzione la materia della “concorrenza” nel catalogo di quelle di competenza esclusiva dello Stato.

Al riguardo, come opportunamente osservato<sup>102</sup>, «*non tutti i commentatori sono stati d'accordo nell'attribuire al richiamo costituzionale alla “tutela della concorrenza” valore di disposizione di principio. Secondo una linea di pensiero, la norma costituzionale di cui all'art. 117 Cost. sarebbe solo una norma attributiva della competenza (allo Stato), ma sarebbe poi neutra, rispetto*

---

<sup>98</sup> Ancora M. LIBERTINI, *ult. op. cit.*, 1430.

<sup>99</sup> L'espressione è efficacemente utilizzata da Y. GAUDEMET, *La concurrence des modes et des niveaux de régulation - Introduction*, in *Revue française d'administration publique*, 2004, p. 14.

<sup>100</sup> M. DI BENEDETTO, *Le liberalizzazioni e la Costituzione*, in B.G. MATTARELLA-A. NATALINI (a cura di), *La regolazione intelligente. Un bilancio critico delle liberalizzazioni italiane*, Firenze, Passigli, 2013, p. 39 e ss.

<sup>101</sup> Per una disamina delle pronunce della Corte Costituzionale sul punto si veda F. SAITTO, *Economia di mercato e regolazione statale, op. cit.*, p. 9.

<sup>102</sup> M. LIBERTINI, *Concorrenza* (voce), in *Enc. Diritto*, Annali III, 2010, p. 196.

*all'attribuzione di valore alla concorrenza, nel quadro dei principi generali dell'ordinamento»*

È, nondimeno, opportuno evidenziare come la “tutela della concorrenza” sia considerata quale materia finalistica, la cui caratteristica principale è data proprio dalla trasversalità e dalla capacità di incidere su svariati settori legislativi (più che di materia in senso stretto si tratta di una funzione statale permanente esercitabile su diversi oggetti che definiscono il loro ambito d'intervento mediante il proprio concreto esercizio).

Accanto a questo dato testuale, si rinviene, in ogni caso, una giurisprudenza del Giudice delle leggi sempre più orientata ad una definizione dinamica e autonoma del principio di concorrenza, che ne consenta la caratterizzazione come valore costituzionale e, insieme ai criteri previsti dall'articolo 41 della Costituzione, come parametro della regolazione pubblica dell'iniziativa economica privata.

Ad esempio, si è provveduto a configurarlo quale valore autonomo, deducibile dall'articolo 41 in via interpretativa<sup>103</sup>.

Sulla medesima lunghezza d'onda anche una pronuncia più risalente<sup>104</sup>, che definisce la nozione articolandola in senso “non statico” e come riflesso di quella di matrice comunitaria.

La Corte costituzionale si è intrattenuta, peraltro, sul profilo della tutela della concorrenza nei rapporti tra Stato e Regioni, statuendo<sup>105</sup> che la stessa ricomprende interventi di regolazione e ripristino dell'equilibrio perduto tra Stato e Regioni, anche mediante la creazione delle condizioni necessarie all'instaurazione di assetti concorrenziali, nella specie relativi ai vincoli amministrativi imposti agli operatori dei singoli mercati considerati.

---

<sup>103</sup> Corte Cost., sentenza n. 64 del 2007.

<sup>104</sup> Corte Cost., sentenza n. 14 del 2004.

<sup>105</sup> Corte Cost., sentenze nn. 401, 430 e 431 del 2007.

La Corte è giunta, poi, ad affermare<sup>106</sup> che il mercato concorrenziale rappresenta il limite assoluto della disciplina regionale e, contestualmente, confine della competenza statale<sup>107</sup>.

Inoltre, la giurisprudenza costituzionale è costante nell'affermare che la nozione di concorrenza, di cui al secondo comma, lettera e), dell'articolo 117 Cost., riflette quella operante in ambito comunitario<sup>108</sup>.

Essa comprende, pertanto, sia le misure legislative di tutela in senso proprio, intese a contrastare gli atti e i comportamenti delle imprese che incidono negativamente sull'assetto concorrenziale dei mercati (misure *antitrust*); sia le misure legislative di promozione, volte ad eliminare limiti e vincoli alla libera esplicazione della capacità imprenditoriale e della competizione tra imprese (concorrenza "nel mercato"), ovvero a prefigurare procedure concorsuali di garanzia che assicurino la più ampia apertura del mercato a tutti gli operatori economici (concorrenza "per il mercato")<sup>109</sup>.

In tale ultimo senso, il concetto di concorrenza "*ha un contenuto complesso, in quanto ricomprende non solo l'insieme delle misure antitrust, ma anche azioni di liberalizzazione, che mirano ad assicurare e a promuovere la concorrenza "nel mercato" e "per il mercato", secondo gli sviluppi ormai consolidati nell'ordinamento europeo e internazionale*"<sup>110</sup>.

### **3.2. La concorrenza come regola di efficienza della regolazione pubblica dell'attività economica privata.**

---

<sup>106</sup> Corte Cost., sentenza n. 1 del 2008.

<sup>107</sup> Per un'analisi dettagliata dei passaggi fondamentali delle sentenze riportate (e anche di altre pronunce rilevanti come la n. 325 del 2010) si veda ancora F. SAITTO, *Economia di mercato e regolazione statale, op. cit.*, p. 9.

<sup>108</sup> Corte Cost., sentenze n. 4 del 2014, n. 264 e n. 171 del 2013.

<sup>109</sup> Corte Cost., sentenze n. 291 e n. 200 del 2012, n. 45 del 2010.

<sup>110</sup> Corte Cost., sentenza n. 230 del 2013.

Come si è avuto modo di sottolineare, il principio di concorrenza è divenuto, anche grazie al decisivo impulso della disciplina dell'Unione europea, un paradigma della libertà di iniziativa economica e, al contempo, un ulteriore parametro di bilanciamento e condizione di svolgimento di tale libertà.

Occorre, in tale ultimo senso, comprendere quali siano gli intrecci tra la concorrenza e le forme di controllo pubblico dell'iniziativa economica privata.

La concorrenza è diventata, nel corso del suo sviluppo storico e sociale, l'unità di misura dell'efficienza complessiva dell'intervento pubblico nel settore economico.

Non è un caso, quindi, che *«la legislazione amministrativa [più] recente v[enga] presentata come guidata dal principio di concorrenza, cui l'opinione dominante riconosce l'attitudine a promuovere il benessere collettivo»<sup>111</sup>.*

Ciò è supportato da una congerie di fattori di diverso tipo – culturali, storici e tecnico-economici – tali da “produrre” nei fatti un'economia di concorrenza e che consente la permeabilità dell'ordinamento a istituti di controllo pubblico dell'iniziativa economica privata diversi, ma tutti improntati alla “logica concorrenziale”.

In questa chiave di analisi, l'interprete non è esonerato *«dal distinguere tra scelte legislative che riflettono gli orientamenti politici oggi prevalenti e le decisioni che costituiscono anche attuazione di norme vincolanti, siano esse ricavate dalla Costituzione o dal diritto europeo. La necessità di distinguere si manifesta quando l'attuazione*

---

<sup>111</sup> F. TRIMARCHI BANFI, *Il “principio di concorrenza”: proprietà e fondamento*, in *Dir. amm.*, 1, 2013, 15. L'Autrice evidenzia, argomentando sulla base del dato testale per cui la concorrenza è principio comunitario che assume forza di vincolo per l'ordinamento nazionale a fronte della presenza dell'art. 117, comma 1, della Costituzione, che il tratto distintivo dell'economia concorrenziale sta tutto nel confronto tra operatori mossi *«dal calcolo di convenienza individuale, e questo induce a considerare la privatizzazione delle imprese in mano pubblica come conseguenza da trarre affinché il principio di concorrenza trovi piena attuazione»*.

*del c.d. principio di concorrenza interferisce con altri principi (...)*»<sup>112</sup>.

Quindi, non è un caso che la concorrenza, nella sua veste di principio dell'ordinamento sociale (come comprensivo del versante giuridico e di quello economico), rappresenti il vettore delle regole e dei parametri della regolazione economica, tanto da stabilirne la "bontà" in termini qualitativi e di impatto sulla realtà, come disciplinata dal legislatore.

In altri termini, concorrenza non solo come obiettivo da raggiungere, bensì quale parametro di giustificazione dei pubblici poteri.

A livello comunitario, la libera concorrenza è, da sempre, principio generale e la Corte di Giustizia ritiene si possano/debbono disapplicare le norme, primarie e secondarie, degli Stati membri che contrastino con gli articoli 81 e ss. del TUE e la stessa normativa UE prevede che, in alcune materie, le autorità nazionali di regolazione emanino direttamente misure volte a promuovere la concorrenza.

E, inoltre, secondo la Corte Costituzionale, in tema di tutela della concorrenza, spetta proprio alla Corte stessa *"effettuare un rigoroso scrutinio delle relative norme statali, volto ad accertare se l'intervento normativo sia coerente con i principi della concorrenza, e se esso sia proporzionato rispetto a questo fine"*<sup>113</sup>.

Si tratta di un settore, dunque, in cui, a tutti i livelli, i soggetti protagonisti sperimentano i più efficienti e innovativi moduli di legislazione/regolazione, con l'obiettivo comune di concretizzare la tutela del principio in modo forte e sostanziale.

In conclusione, il diritto della concorrenza incide in modo diretto sui pubblici poteri e sulla regolazione di stampo giuridico, modificandone il volto e gli aspetti applicativi.

---

<sup>112</sup> F. TRIMARCHI BANFI, *Il "principio di concorrenza, op. cit.*, p. 16.

<sup>113</sup> Corte Cost., sentenza n. 326 del 2008.

#### ***4. Libertà di impresa, concorrenza e principio di liberalizzazione.***

Come si è visto, la libertà di impresa risulta condizionata da una miriade di valori e principi in grado di limitarla: da un lato, i criteri imposti dallo stesso articolo 41 della Costituzione, in particolare la clausola aperta e indeterminata dell'utilità sociale; dall'altro, il principio di concorrenza, che, come dimostrato, spiega i suoi effetti sulla libera iniziativa economica, tanto in senso positivo (essendone un corollario ricavabile in via interpretativa) quanto in senso negativo (come limite al suo svolgimento).

Accanto a tali principi, deve essere necessariamente considerato anche quello di liberalizzazione, che, a ben vedere, è la cornice entro la quale la libertà d'impresa, corretta e limitata dal principio di concorrenza, deve muoversi.

Per utilizzare un'immagine figurata, può dirsi che la liberalizzazione abbia un ruolo nel sistema della Costituzione economica assimilabile alla dimensione del tempo individuata dalla teoria della relatività ristretta.

Lo spazio-tempo è composto da quattro dimensioni: le tre dello spazio (lunghezza, larghezza e profondità) e il tempo, che rappresenta il "palcoscenico" nel quale si svolgono i fenomeni fisici.

Allo stesso modo, l'iniziativa economica privata si innesta in un contesto (di principi costituzionali e ultra-costituzionali) guidato e conformato dal principio di liberalizzazione, che dovrebbe rappresentare, in una posizione di tendenziale equilibrio con altri valori, il presupposto logico e teorico della decisione circa la compressione dell'iniziativa stessa.

In tal senso, il principio in questione postula, almeno nell'accezione tradizionale, un significato di immediata comprensione: liberalizzare significa aprire alla concorrenza un mercato in cui l'offerta proviene da un monopolista legale. Con ciò riecheggiando l'originaria interpretazione del concetto di concorrenza, quale meccanismo di funzionamento ottimale di un mercato.

È quello che è accaduto, come brevemente ricordato nel par. 1, in tema di servizi pubblici, nel cui ambito il combinato disposto del principio in esame e del principio di concorrenza di derivazione comunitaria ha consentito il superamento delle riserve e dei monopoli legali, imponendo l'apertura del mercato delle relative attività.

Da questo punto di vista, le liberalizzazioni, proprio in applicazione del principio di concorrenza e considerate quale presupposto logico e sistematico di tale ultimo principio, attribuiscono ai privati la possibilità di intraprendere attività economiche, prima non accessibili a causa dell'esistenza di barriere di entrata<sup>114</sup>, e consentono, oltremodo, di far venir meno i regimi discriminatori e privilegiati, ridimensionando i diritti a carattere esclusivo o speciale.

Accedendo a tale impostazione teorica, liberalizzare vuol significare intervenire sui contesti economico-sociali, valorizzando la tutela della concorrenza, per le *“finalità di ampliamento dell'area di libera scelta dei cittadini e delle imprese, queste ultime anche quali fruitrici, a loro volta, di beni e di servizi”*<sup>115</sup>.

In altre parole, liberalizzazione e concorrenza, se osservati in relazione ai servizi pubblici, perseguono i medesimi fini: il superamento (per via normativa) delle situazioni di monopolio e il rendere effettiva e perfettamente concorrenziale, in tali specifici ambiti, la libertà d'iniziativa economica degli operatori privati.

Il principio di liberalizzazione, però, lungi dal limitarsi a essere un presupposto logico e sistematico della realizzazione di contesti economici pro-concorrenziali, consente un grado di analisi dell'iniziativa economica privata molto più profondo, anche sulla scorta della concezione dinamica del principio di concorrenza individuata nei paragrafi precedenti.

---

<sup>114</sup> G. CORSO, *Liberalizzazione amministrativa ed economica*, in S. CASSESE (diretto da), *Dizionario di diritto pubblico*, IV, Milano, Giuffrè, 2006, p. 3492 e ss.

<sup>115</sup> Corte Cost., sentenza n. 401 del 2007.

Come autorevolmente osservato<sup>116</sup>, infatti, il passaggio dai regimi autorizzatori alla dichiarazione di inizio attività (ora segnalazione certificata di inizio attività), diversamente dalla generica liberalizzazione dei servizi pubblici orientata alla realizzazione di forme di concorrenza, costituirebbe la nozione di «*liberalizzazione in senso proprio*».

In tal senso, dunque, emerge un significato di liberalizzazione differente: liberalizzare - anche utilizzando il parametro della concorrenza - equivale a eliminare, per quanto possibile, i regimi amministrativi imposti dal legislatore<sup>117</sup>, al fine di consentire il dispiegarsi, tendenzialmente assoluto, della libera iniziativa economica privata garantita dall'articolo 41 della Costituzione, «*il tutto pienamente in armonia con le più recenti pronunce della Consulta, sempre più incline a legittimare interventi pro-liberalizzazione proprio in virtù del collegamento tra liberalizzazione e concorrenza*»<sup>118</sup>.

Come evidente, tale concetto di liberalizzazione postula una nuova chiave di lettura rispetto ai rapporti intercorrenti con gli altri principi della Costituzione economica: esso non è più un mero presupposto normativo utilizzato per “scardinare” contesti caratterizzati da situazioni di monopolio, bensì diviene, in stretta connessione al diritto di libertà d'impresa sancito dal comma 1 dell'articolo 41 della Costituzione, il fine precipuo del menzionato bilanciamento di principi e valori, costituzionali ed europei.

Si tratta di un aspetto fondamentale del principio di liberalizzazione, che costituendo una delle leve della politica economica statale non può essere inteso soltanto in senso statico, come garanzia di interventi di regolazione per il ripristino di un equilibrio perduto (i.e. superamento delle situazioni di monopolio),

---

<sup>116</sup> A. TRAVI, *La liberalizzazione*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, n. 2, 1998, p. 647 e ss.

<sup>117</sup> M. RAMAJOLI, *Liberalizzazioni: una lettura giuridica*, in *Dir. econ.*, 2012, p. 507.

<sup>118</sup> L. DELLI PRISCOLLI, *Il limite della utilità sociale nelle liberalizzazioni*, in *Giur. Comm.*, 2014, II, p. 352 e ss.

ma anche in quell'accezione dinamica, ben nota al diritto comunitario, che porta a eliminare misure di controllo pubblico dell'iniziativa economica privata, al fine di favorire le condizioni di un sufficiente sviluppo del mercato o di instaurare assetti più efficacemente concorrenziali.

E, in questa chiave di analisi, il principio di concorrenza potrebbe rappresentare uno strumento, decisivo, per impedire una regolazione amministrativa che frustri la libertà di iniziativa economica: non più, quindi, liberalizzare per consentire la concorrenza tra operatori ma, al contrario, esaltare l'effetto benefico della concorrenza per liberalizzare (*rectius*, eliminare i vincoli amministrativi), ribaltando, così, completamente, la prospettiva originaria.

Anche la Corte Costituzionale ha colto tale importante significato: la liberalizzazione, intesa come “*razionalizzazione della regolazione amministrativa*”, costituisce, infatti, uno degli “*strumenti di promozione della concorrenza, capace di produrre effetti virtuosi per il circuito economico. Una politica di “ri-regolazione” tende ad aumentare il livello di concorrenzialità dei mercati e permette ad un maggior numero di operatori economici di competere, valorizzando le proprie risorse e competenze*”<sup>119</sup>.

D'altra parte, l'efficienza e la competitività del sistema economico risentono della complessità e oscurità della regolazione amministrativa, la quale condiziona l'agire degli operatori sul mercato: una regolazione delle attività economiche ingiustificatamente intrusiva – cioè “*non necessaria e sproporzionata rispetto alla tutela di beni costituzionalmente protetti*”<sup>120</sup> – genera inutili ostacoli alle dinamiche economiche, a detrimento degli interessi degli operatori economici, dei consumatori e degli stessi lavoratori e, dunque, in definitiva, reca danno alla stessa utilità sociale.

L'eliminazione degli inutili oneri regolamentari, mantenendo però quelli necessari alla tutela di superiori beni costituzionali, è, invece,

---

<sup>119</sup> Corte Cost., sentenze nn. 247 e 152 del 2010 e 167 del 2009.

<sup>120</sup> Corte Cost., sentenze nn. 247 e 152 del 2010 e 167 del 2009.

*“funzionale alla tutela della concorrenza e rientra a questo titolo nelle competenze del legislatore statale”<sup>121</sup>.*

Il tutto, ovviamente, sempre nell’ottica di bilanciamento necessario tra principi e valori costituzionali: come ampiamente osservato dalla giurisprudenza amministrativa, infatti, la liberalizzazione - sancita dalle norme comunitarie e dai provvedimenti legislativi, che vi hanno dato attuazione - *“non può essere intesa in senso assoluto come primazia del diritto (...) ad esercitare sempre e comunque l’attività economica, dovendo, anche tale libertà economica, confrontarsi con il potere, demandato alla Pubblica amministrazione, di pianificazione e regolamentazione dei regimi amministrativi (...)”<sup>122</sup>.*

Anche la costante normativa nazionale sembra confermare l’esigenza di bilanciare le istanze di liberalizzazione e l’esplicitarsi della libera iniziativa economica con altri interessi pubblici, costituzionalmente garantiti.

Ad esempio, con il d.lgs. 26 marzo 2010, n. 59, con il quale sono stati recepiti nell’ordinamento nazionale i principi dettati dalla direttiva comunitaria 2006/123/CE relativamente ai servizi nel mercato interno, è stato sostanzialmente sancito il divieto di subordinare il rilascio del titolo autorizzatorio a qualsivoglia verifica di natura economica relativa alla *“prova dell’esistenza di un bisogno economico o di una domanda di mercato, o alla valutazione degli effetti economici potenziali o effettivi dell’attività”* o ancora *“alla valutazione dell’adeguatezza dell’attività rispetto agli obiettivi di programmazione economica stabiliti”*, salvi solo i requisiti di programmazione che non perseguano obiettivi economici, ma che siano dettati da *“motivi imperativi d’interesse generale”*, quali, ad esempio, i valori di rilievo sociale, ambientale o quelli relativi all’ordine pubblico o alla salute.

---

<sup>121</sup> Corte Cost., sentenze nn. 200 e 299 del 2010.

<sup>122</sup> Cons. Stato, sez. IV, 20 luglio 2017, n. 3574.

L'articolo 3 del decreto-legge n. 138 del 2011 ha stabilito il principio secondo cui l'iniziativa e l'attività economica privata sono libere ed è *“permesso tutto ciò che non è espressamente vietato dalla legge”*.

Dopo aver enunciato il principio summenzionato, il medesimo articolo 3, comma 1, elenca, tuttavia, una serie di principi, beni e ambiti che possono giustificare eccezioni al principio stesso: ai sensi di tali proposizioni, limiti all'iniziativa e all'attività economica possono essere giustificati per garantire il rispetto dei *“vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali”* e dei *“principi fondamentali della Costituzione”*; per assicurare che l'attività economica non arrechi *“danno alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana”* e non si svolga in *“contrasto con l'utilità sociale”* (riecheggiando quanto previsto dall'articolo 41 della Costituzione); per garantire *“la protezione della salute umana, la conservazione delle specie animali e vegetali, dell'ambiente, del paesaggio e del patrimonio culturale”*; e dare applicazione alle *“disposizioni relative alle attività di raccolta di giochi pubblici ovvero che comunque comportano effetti sulla finanza pubblica”*.

Ancora, l'articolo 34 del decreto-legge 6 dicembre 2011, n. 201, ha disposto l'eliminazione dei controlli *ex ante* sulle attività economiche<sup>123</sup>, riconoscendo, però, la possibilità di prevedere autorizzazioni preventive in considerazione di *“esigenze imperative di interesse generale, costituzionalmente rilevanti e compatibili con l'ordinamento comunitario”* nonché *“nel rispetto del principio di proporzionalità”*.

In definitiva, può dirsi che la Costituzione economica modellata per effetto di influenze europee e globali, basata sulla libertà di iniziativa economica privata e sulla concorrenza, impone un deciso ripensamento dei rapporti tra amministrazioni e privati, le cui interazioni *“conflittuali”* sono destinate, quasi naturalmente, a

---

<sup>123</sup> In questo senso G. FONDERICO, *Libertà economica e controlli amministrativi*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 1, 2012, p. 19 e ss.

moltiplicarsi. Persino le misure più avanzate di liberalizzazione, infatti, «*raramente si traducono nell'eliminazione di qualsiasi forma di controllo pubblico, anche perché nel frattempo aumenta la richiesta di regole del gioco non discriminatorie e di protezione di interessi sensibili*»<sup>124</sup>.

Tutto ciò finisce per avere ripercussioni sul diritto amministrativo e sui suoi principali istituti (come si vedrà *infra*), richiedendo «*regolazioni sempre più complesse e articolate, nel tentativo di riallineare regole di decisione pubblica ed esigenze di funzionamento del processo economico*»<sup>125</sup>.

---

<sup>124</sup> G. NAPOLITANO, *Diritto amministrativo e processo economico*, in *Diritto amministrativo*, 2014, n. 4, p. 695 e ss.

<sup>125</sup> G. NAPOLITANO, *Diritto amministrativo e processo economico*, *op. cit.*, p. 705.

## ***CAP. II***

### ***GLI STRUMENTI DEL CONTROLLO PUBBLICO***

SOMMARIO: 1. I regimi amministrativi tradizionali e le situazioni giuridiche soggettive; 1.1. Natura, funzioni e presupposti della concessione amministrativa; 1.2. L'autorizzazione amministrativa; 2. I regimi amministrativi alternativi all'autorizzazione; 2.1. La segnalazione certificata di inizio attività (Scia); 2.2. Il silenzio-assenso; 3. La semplificazione amministrativa e la semplificazione normativa; 4. La direttiva 2006/123/CE e il controllo pubblico euro-unitario; 4.1. L'attuazione della direttiva servizi in Italia e in Europa; 5. L'emersione dei nuovi principi: semplificazione e proporzionalità.

#### ***1. I regimi amministrativi tradizionali e le situazioni giuridiche soggettive.***

Nel primo capitolo del presente lavoro si sono delineati i principi generali sui quali l'iniziativa economica privata fonda il proprio avvio e il proprio svolgimento, individuando i criteri di bilanciamento dei vari interessi in gioco, che fungono da linea guida per l'imposizione, in via normativa, di regimi amministrativi sulle attività private.

È doveroso, dunque, analizzare le caratteristiche proprie degli strumenti di controllo pubblico dell'attività economica privata, onde farne emergere la natura giuridica e consentirne, nell'ottica del richiamato bilanciamento, un'efficace (e razionale) utilizzazione sul versante pratico.

A tal riguardo, occorre prendere le mosse dai regimi amministrativi tradizionali, ossia dalla concessione e dall'autorizzazione amministrativa.

### ***1.1. Natura, funzioni e presupposti della concessione amministrativa.***

Come noto, il concetto di concessione, tra i più antichi del diritto amministrativo, è sostanzialmente riassumibile, nel quadro ordinamentale attuale, nella prerogativa pubblicistica che consente di ampliare la sfera giuridica del destinatario privato e si traduce in «un'attribuzione patrimoniale da parte di un concedente (appunto, la pubblica amministrazione) a un soggetto o ad una serie di soggetti (cessionari privati), ammessi al godimento di beni della vita riservati al concedente stesso»<sup>126</sup>.

Il nucleo tradizionalmente più significativo delle fattispecie ritenute concessorie, dunque, corrisponde a quelle ipotesi in cui l'amministrazione, titolare del relativo bene della vita, attribuisce a terzi, con il loro consenso, il godimento di utilità relative a settori caratterizzati dalla necessaria presenza dei pubblici poteri: ad esempio, sono concessioni quelle relative allo sfruttamento di beni pubblici (demaniale e patrimoniale indisponibili), oppure la possibilità di esercitare pubblici servizi<sup>127</sup>, di realizzare opere pubbliche<sup>128</sup> o, ancora, di compiere l'una e l'altra cosa insieme (costruzione dell'opera ed esercizio del servizio a cui l'opera è destinata)<sup>129</sup>.

Tale significato di concessione, tuttavia, non esaurisce il novero delle situazioni soggettive ascrivibili al soggetto privato mediante l'istituto in esame, tenuto conto che sono da considerare a tutti gli effetti concessioni (di natura costitutiva) anche quelle relative

---

<sup>126</sup> A. SANDULLI, *Il procedimento*, in S. CASSESE (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, Giuffrè, Milano, 2003, p. 1246.

<sup>127</sup> Vedasi gli artt. 1, 183, d.p.r. 29 marzo 1973, n. 156 (t.u. delle disposizioni legislative in materia postale, di bancoposta e di telecomunicazioni); art. 1, l. 28 settembre 1939, n. 182 (disciplina degli autoservizi di linea); art. 4, l. 10 aprile 1981, n. 151 (legge quadro per l'ordinamento, la ristrutturazione ed il potenziamento dei trasporti pubblici locali, ecc.); art. 26, r.d. 15 ottobre 1925, n. 2578 (t.u. della legge sull'assunzione diretta dei pubblici servizi da parte dei Comuni e delle Province).

<sup>128</sup> Sul quale si veda S. CASSESE, *Concessione di opere pubbliche e partecipazioni statali*, in *La formazione dello Stato amministrativo*, Giuffrè, Milano, 1974.

<sup>129</sup> Sempre A. SANDULLI, *Il procedimento*, *op. cit.*, p. 1247.

all'attribuzione di un privilegio (ad esempio, concessione di cittadinanza o di una onorificenza).

Tradizionalmente, la concessione, prima di divenire, come visto, strumento di attribuzione di facoltà al soggetto privato, è stata, però, intesa come forma privatistica di regolazione dei rapporti tra amministrazione e privati.

Le prime specie di concessioni, infatti, nonostante fossero poste a regolazione di rapporti relativi a beni pubblici o ad uso e servizio pubblico (si possono ricordare, *ex multis*, le ferrovie, l'illuminazione pubblica e privata, le sovvenzioni, la riscossione delle imposte)<sup>130</sup>, sono state ricondotte a una qualificazione civilistica, ossia quale contratto (o atto negoziale) tra parte pubblica e parte privata, teso a regolare i rapporti relativi al corrispondente bene della vita concesso<sup>131</sup>.

Le ragioni di siffatta costruzione contrattuale-privatistica sono da attribuire, secondo autorevole dottrina<sup>132</sup>, a «ragioni metagiuridiche, legate al rilievo economico-politico dei concessionari», che determinava l'esigenza di conservare i privilegi preesistenti, secondo la tradizione delle rivoluzioni borghesi «passive», e di fornire certezza e stabilità per lo svolgimento di attività indispensabili per la competitività dello Stato.

Lo sviluppo del diritto amministrativo e l'affermazione di un modello pubblicistico di relazioni tra amministrazioni e privati ha condotto, in un secondo momento, a una definizione giuridica della concessione più prettamente pubblicistica, quale è quella, a tutt'oggi, dominante.

---

<sup>130</sup> In tal senso, si veda M. D'ALBERTI, *Le concessioni amministrative (aspetti della contrattualità delle pubbliche amministrazioni)*, Napoli, Jovene, 1981.

<sup>131</sup> A. SANDULLI, *Il procedimento*, *op. cit.*, p. 1247, evidenzia come alla qualificazione della concessione quale forma contrattuale consegua la tutela giurisdizionale da parte del giudice ordinario, data la posizione di titolare di un diritto soggettivo del concessionario.

<sup>132</sup> Ancora M. D'ALBERTI, *Le concessioni amministrative (aspetti della contrattualità delle pubbliche amministrazioni)*, Napoli, Jovene, 1981.

Si tratta della nota teoria di Oreste Ranelletti<sup>133</sup>, a mente della quale l'istituto della concessione amministrativa consentirebbe all'amministrazione concedente il potere di valutare la «*capacità di far bene*» del privato e, quindi, l'utilità dell'attività privata ai fini di tutela dell'interesse pubblico.

In tal senso, la concessione si caratterizza per ciò che attribuisce al destinatario, ossia diritti, poteri e facoltà nuove, del tutto estranei alla sua sfera giuridica.

Essa, in altre parole, andrebbe intesa come atto amministrativo unilaterale di natura discrezionale (non più come contratto tra pubblica amministrazione e privato), revocabile *ad nutum*; tale atto produrrebbe un effetto giuridico, di tipo ampliativo, nella sfera giuridica del concessionario, consistente nell'emersione di una nuova situazione giuridica soggettiva, la quale si manifesterebbe «*senza che questi ne abbia neppure il germe*»<sup>134</sup>.

Come evidente, nella teoria di Ranelletti la verifica della «*capacità di far bene*» del privato presuppone che l'interesse pubblico sotteso alla concessione sia ascrivibile a un (più generale) interesse allo sviluppo economico del soggetto privato stesso, considerato quale interesse funzionale alla realizzazione delle prerogative pubbliche.

Nei procedimenti concessori, difatti, l'amministrazione valuta la «*capacità a far bene*» con riferimento all'utilità che l'attività oggetto di concessione, ancorché gestita da un soggetto privato, deve possedere ai fini del raggiungimento di uno specifico fine pubblico.

Proprio per tale motivo, nelle concessioni (e non, come si vedrà tra poco, nelle autorizzazioni) sussiste l'interesse dello Stato all'attività concessa, che si manifesta soprattutto in seno alla sua

---

<sup>133</sup> O. RANELLETTI, *Teoria generale delle autorizzazioni e concessioni amministrative*, in *Rivista italiana di scienza giuridica*, n. 3, 1896; ID., *Concetto e natura delle autorizzazioni e concessioni amministrative*, in *Giur. it.*, 1894, IV, p. 7 e ss.; ID., *Capacità e volontà nelle autorizzazioni e concessioni amministrative*, in *Rivista italiana di scienza giuridica*, 1894.

<sup>134</sup> O. RANELLETTI, *Concetto e natura delle autorizzazioni e concessioni amministrative*, op. cit., p. 30. L'opera è richiamata in A. SANDULLI, *Il procedimento*, op. cit., p. 1248.

capacità di agevolare e spronare (in via autoritativa e provvedimentale) lo sviluppo economico dei soggetti privati per finalità marcatamente pubblicistiche.

La teoria tradizionale di Ranelletti, pur avendo il pregio di indagare i rapporti tra gli effetti di un atto amministrativo e le situazioni giuridiche soggettive che da esso discendono è, tuttavia, non esente da critiche.

È, in tal senso, sicuramente un dato indiscutibile, valevole anche nell'ordinamento attuale, che la concessione determini un ampliamento della sfera giuridica del soggetto privato, attribuendogli poteri e facoltà diversamente non esercitabili, ma, come osservato da attenta dottrina, occorre chiedersi il *«perché, dovendo in sostanza recare un vantaggio a un privato, il pubblico potere usa uno strumento autoritativo? Non è questo un controsenso?»*<sup>135</sup>.

La risposta a questo interrogativo, escluso che l'autoritatività possa riguardare il rapporto con il destinatario dell'atto, viene ricercata dalla medesima dottrina prendendo in considerazione quegli altri soggetti (terzi) i cui interessi sono coinvolti nella vicenda concessoria.

In questa nuova chiave di analisi, le concessioni derogano al principio di eguaglianza, poiché *«l'utilitas particolare del bene pubblico che si conferisce ad un privato spesso comporta sottrazione alla collettività di godimenti del bene; ma anche quando ciò non accade, comunque viene attribuito ad un privato un vantaggio derivante da un bene pubblico di cui gli altri componenti la collettività non beneficiano»*<sup>136</sup>.

Quanto appena argomentato, però, non è sufficiente a spiegare il complesso rapporto che si instaura tra concedente e concessionario, che, a ben vedere, va molto al di là della vicenda strettamente provvedimentale, dal momento che l'intera attività del privato concessionario è uniformata e condizionata dalla concessione amministrativa.

---

<sup>135</sup> M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1993.

<sup>136</sup> Ancora M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1993.

Diversi orientamenti hanno, dunque, considerato la fattispecie concessoria come connubio tra un momento autoritativo (provvedimento della pubblica amministrazione che conferisce la concessione) e un momento privatistico (contratto fonte di obblighi e diritti), di fatto determinando una soluzione intermedia tra la teoria di Ranelletti e quella privatistica originaria<sup>137</sup>.

In altre parole, negli schemi tipici di concessione, i rapporti tra poteri pubblici e soggetti privati quasi mai si esauriscono nel provvedimento concessorio, essendo l'atto unilaterale dell'amministrazione accompagnato da una sorta di convenzione bilaterale (c.d. concessione-contratto) che stabilisce i reciproci diritti e obblighi, soprattutto dal punto di vista patrimoniale.

La concessione, come ampiamente osservato dalla giurisprudenza amministrativa<sup>138</sup>, determinerebbe il consolidarsi di un negozio giuridico che accede al provvedimento concessorio per disciplinare il rapporto privatistico sottostante, escludendo, però, un perfetto rapporto sinallagmatico a prestazioni corrispettive, tenuto conto della predominanza del potere pubblicistico di conferire la concessione e del collegato obbligo del soggetto privato di assumere la garanzia del risultato.

Dalle teorie menzionate risulta, in ogni caso, il carattere comune e distintivo delle concessioni, ossia la loro intrinseca capacità di *«conferire a una o più persone estranee all'amministrazione nuovi poteri o diritti, dai quali resta ampliata la loro sfera giuridica»*<sup>139</sup>.

Stante tale connotazione, è evidente come l'istituto in esame non dovrebbe essere strettamente connesso al tema di fondo del presente contributo di ricerca.

---

<sup>137</sup> È la tesi sostenuta dalla Suprema Corte di Cassazione nella sentenza 12 gennaio 1910 in materia di concessioni di demanio marittimo per uso industriale, nonché da F. GULLO, *Provvedimento e contratto nelle concessioni amministrative*, Padova, Cedam, 1965.

<sup>138</sup> *Ex multis*, Cons. Stato, sez. VI, 20 febbraio 2007, n. 912.

<sup>139</sup> G. ZANOBINI, *Corso di diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1958, p. 261.

In effetti, la concessione è da sempre un meccanismo di regolazione incidente su settori fortemente caratterizzati dalla presenza dei poteri pubblici.

Val la pena evidenziare, in tal senso, che le concessioni sono tipicamente rinvenibili, come già accennato, nel settore dei servizi pubblici, nei quali, come visto, il ruolo dello Stato è, sia nella veste di erogatore che nella veste di regolatore, predominante.

E, a ben vedere, tale ruolo predominante è vieppiù confermato dal rapporto che si instaura tra amministrazione concedente e privato concessionario: la prima rimane titolare di penetranti poteri di indirizzo che possono incidere su significative facoltà decisionali del concessionario, il quale, da par suo, a fronte del diritto all'uso del bene o all'esercizio del servizio, ha il dovere di svolgere tali attività entro i limiti e con le modalità fissate dalla concessione stessa o dalla legge.

Nelle concessioni, peraltro, dalla necessaria verifica in positivo dell'utilità e vantaggiosità per l'amministrazione del conferimento al privato di determinati diritti o poteri, deriva il riconoscimento di una discrezionalità ampia e, in genere, la non praticabilità di modelli taciti di adozione (che, invece, possono intervenire in ambito autorizzativo).

Ne consegue che, in realtà, più che un meccanismo di controllo pubblico, la concessione rappresenta un particolare metodo di regolazione di alcuni settori sensibili (beni demaniali o servizi pubblici), nei quali vengono coinvolti anche soggetti privati, sulla scorta della possibilità che tali soggetti possano essere - formalmente e sostanzialmente - titolari di prerogative pubblicistiche.

In altre parole, come opportunamente osservato, la concessione è riferibile a una *«intera categoria di fattispecie, differenti per oggetto, per contenuto e per effetto, caratterizzata unitariamente solo per il fatto che l'Amministrazione arricchisce di utilità la sfera giuridica del concessionario, o, secondo una diversa e più esatta interpretazione, costituisce o trasferisce nel patrimonio giuridico del*

*concessionario nuovi status, nuove legittimazioni, nuove qualità o nuovi diritti»<sup>140</sup>.*

Sotto tale punto di vista, il necessario bilanciamento tra valori e principi, costituzionali ed europei, non ha un notevole impatto.

È vero, infatti, che la concessione consente il dispiegarsi della libera iniziativa economica, altrimenti preclusa, ma è altrettanto vero che i limiti e le condizioni per il suo svolgimento sono già assorbiti nel provvedimento concessorio (o nel conseguente atto privato regolatorio).

In questa chiave di analisi, le problematiche che sorgono in tema di concessioni non sono strettamente ascrivibili a questioni di equilibrio e bilanciamento tra libertà d'impresa e limiti e condizioni per il suo svolgimento, bensì all'ammissibilità di atti con cui l'amministrazione utilizza altri soggetti per esercitare i propri compiti, problema che accomuna (in un unico contesto) sia le concessioni che tutte le altre ipotesi in cui l'amministrazione, per carenze strutturali o contingenti, si avvale di terzi mediante strumenti privatistici.

Non esiste, in tale fase, l'esigenza reale di contemperare il principio della libertà d'impresa con i limiti e le condizioni ricordati nel primo capitolo, tenuto conto che si tratta di settori nei quali il soggetto privato non potrebbe autonomamente intervenire<sup>141</sup>.

I predetti principi, quindi, sono utili, nell'ambito dei procedimenti concessori, esclusivamente per addivenire ad alcune forme specifiche di concorrenza, ad esempio a quelle c.d. "per il mercato", nelle quali più operatori privati concorrono, in un confronto competitivo regolato dal codice degli appalti, per ottenere (appunto in concessione) la possibilità di erogare un determinato servizio o di utilizzare uno specifico bene.

---

<sup>140</sup> Così F.G. SCOCA, *La concessione come strumento di gestione dei servizi pubblici*, in F. ROVERSI MONACO (a cura di), *Le concessioni di servizi*, Rimini, Maggioli, 1988, p. 265.

<sup>141</sup> Si richiama in proposito M. MAZZAMUTO, *La riduzione della sfera pubblica*, Torino, Giappichelli, 2000, p. 146, che distingue due rigide sequenze: "attività economica-libertà economica-accesso non discriminatorio-autorizzazione" e "attività non economica-riserva pubblica-discrezionalità-concessione".

Ma non potrebbero spingersi fino a garantire l'esigenza di bilanciare proporzionalmente l'intervento pubblico sulle attività private, nel momento in cui tali attività non vogliono caratterizzarsi come pubbliche, essendo tale caratterizzazione l'unico reale strumento di regolazione posto dalla concessione.

Nei servizi privati, in definitiva, il tema dei regimi amministrativi applicabili e dei principi per la loro razionalizzazione è, essenzialmente, ascrivibile all'autorizzazione e alle forme di semplificazione ordinamentale e provvedimentale alla stessa riferibili.

### ***1.2. L'autorizzazione amministrativa.***

Prendendo le mosse dall'analisi condotta in epoca risalente da Oreste Ranalletti<sup>142</sup> in tema di distinzione tra autorizzazioni e concessioni, per alcuni versi ancora dotata di una buona dose di attualità<sup>143</sup>, rileva preliminarmente considerare la teoria dell'autorizzazione amministrativa come *«atto di rimozione di un limite all'esercizio di un diritto»*.

Il presupposto di questa teoria sta nella c.d. preesistenza del diritto, nel senso che quando interviene un atto autorizzatorio, il diritto non viene creato *ex novo* dall'amministrazione, ma, in qualche modo, preesiste al suo intervento. Ed è questo il dato caratterizzante dell'autorizzazione che, almeno nelle riflessioni della scienza giuridica ottocentesca, serve a distinguere tale provvedimento dalla concessione amministrativa.

Nelle concessioni, in particolare, come si è avuto modo di notare nel paragrafo precedente, si *«esce fuori dal campo di attività proprio di ogni individuo e si passa al di là, in una nuova sfera, che lo Stato*

---

<sup>142</sup> O. RANELLETTI, *Teoria generale delle autorizzazioni e concessioni amministrative*, in *Rivista italiana di scienza giuridica*, n. 3, 1896; ID., *Concetto e natura delle autorizzazioni e concessioni amministrative*, in *Giur. it.*, 1894, IV, p. 7 e ss.

<sup>143</sup> Al riguardo si veda F. FRACCHIA, *Autorizzazione amministrativa e situazioni giuridiche soggettive*, Napoli, Jovene, 1996.

viene lui ad aprire»<sup>144</sup>, giustificandosi così l'effetto di attribuzione di un nuovo diritto, laddove nell'autorizzazione l'autorità pubblica si limita a rimuovere un limite alla libera esplicazione di attività individuali.

Tuttavia, prima che intervenga l'autorizzazione, il diritto è «puramente possibile, oppure potenziale, e che può divenire attuale, cioè essere acquistato oppure esercitato quando l'autorità pubblica riconosca che tutte le condizioni, in vista delle quali la legge ha posti quei limiti al libero esplicamento dell'attività individuale esistono in una maniera rispondente alle esigenze di quell'interesse che la legge con la proibizione condizionata vuole tutelare»<sup>145</sup>.

Ne consegue che, accedendo a tale impostazione teorica, solo quando l'amministrazione provvede all'emanazione dell'autorizzazione, il diritto preesistente diventa attuale e quindi esercitabile. E, dunque, mentre per effetto delle concessioni il diritto viene creato "dal nulla", le autorizzazioni creano la facoltà di esercitare o acquistare un diritto che il soggetto aveva come già potenziale o possibile.

Oltre alla preesistenza del diritto, Ranelletti ha individuato altri parametri utili a identificare le autorizzazioni e tenerle distinte dalle concessioni. Tali parametri attengono all'«incapacità a far male» (contrapposta alla «capacità a far bene» tipica della concessione) e al «disinteresse dello Stato» allo svolgimento dell'attività autorizzata.

L'incapacità a fare male si riferisce, nella sostanza, agli interessi pubblici, nel senso che l'autorizzazione è il risultato di un

---

<sup>144</sup> O. RANELLETTI, *Concetto e natura delle autorizzazioni e concessioni amministrative*, op. cit., p. 29.

<sup>145</sup> O. RANELLETTI, *Concetto e natura delle autorizzazioni e concessioni amministrative*, op. cit., p. 25. Il modello del divieto con riserva di autorizzazione amministrativa, che ha caratterizzato nel secondo dopoguerra la disciplina di pressoché ogni iniziativa economica è descritto in termini generali da V. SPAGNUOLO VIGORITA, *Attività economica privata e potere amministrativo*, Napoli, Morano, 1962.

procedimento volto a valutare la compatibilità/conformità dell'attività con gli interessi pubblici che ad essa sono sottesi.

In altri termini, la capacità richiesta al privato non è quella giuridica di obbligarsi (tipica delle concessioni), ma è, salvo diversa disposizione di legge, quella «*naturale, in quanto, rimuovendo l'autorizzazione un limite al libero esercizio di un'attività umana, occorre nel richiedente quantomeno la capacità di compiere con coscienza i propri atti*»<sup>146</sup>.

A tale situazione risulta strettamente legato l'altro parametro relativo al disinteresse dello Stato riguardo allo svolgimento dell'attività autorizzata, nel senso che lo Stato non si serve dell'attività autorizzata per il raggiungimento dei suoi fini, pertanto disinteressandosene sul piano del suo funzionamento<sup>147</sup>.

Come avvenuto anche in materia di concessioni, la teoria tradizionale di Ranelletti è stata, nel tempo, sottoposta a numerose critiche.

Prima da parte di chi<sup>148</sup> ha inteso ravvisare, anche nello schema autorizzativo, il carattere costitutivo di una determinata situazione giuridica soggettiva: l'autorizzazione presuppone, infatti, l'assenza, nel soggetto privato, dell'autorità o della facoltà con essa conferita, il che contrasta con la pretesa preesistenza di un diritto.

---

<sup>146</sup> F. FRACCHIA, *Autorizzazione amministrativa e situazioni giuridiche soggettive*, op. cit., p. 94.

<sup>147</sup> Sempre O. RANELLETTI, *Concetto e natura delle autorizzazioni e concessioni amministrative*, op. cit., pp. 45-46, sottolinea come gli atti autorizzativi «*si riconnettono prevalentemente ad una delle funzioni dello Stato, quella conservatrice, per cui lo Stato tende alla tutela della propria esistenza ed integrità e dell'esistenza e della salute dei cittadini, alla tutela della loro quiete, dei loro beni contro le minacce e i pericoli che a sé stesso ed ai cittadini derivano dagli altri paesi, dalla volontà degli associati e dalle cause naturali; cioè alla tutela della propria integrità ed autorità, dell'ordine pubblico, della fede pubblica, della sicurezza pubblica, dell'igiene e sanità pubblica; insomma essi si riconnettono all'attività dello Stato diretta alla tutela del diritto, cioè all'attività giuridica (...) in tutti questi casi l'attività del privato si presenta astrattamente in possibile opposizione cogli'interessi generali di quella data società o almeno di altre persone, e ciò spiega la proibizione condizionata della legge. L'attività del potere amministrativo si manifesta in una funzione di tutela della società, che nel caso concreto si esplica o negando il consenso o concedendo il permesso, secondo che in fatto riconosca l'esistenza o l'inesistenza della opposizione temuta dalla legge*».

<sup>148</sup> Così G. ORTOLANI, *Autorizzazione e approvazione*, in *Scritti giuridici in onore di Santi Romano*, Padova, Cedam, 1940, Vol. II, p. 251 e ss.

Successivamente, da una parte della dottrina che, nell'ottica di un generale riesame degli atti amministrativi, ha evidenziato, tipizzandola, la natura costitutiva delle autorizzazioni, che, almeno limitatamente ai casi in cui esse vengono identificate, presuppongono la titolarità di diritti da parte di soggetti privati ma impongono, in ogni caso, l'intervento di una norma pubblicistica tale per cui *«la titolarità del diritto consegue da un atto dell'autorità, che è un provvedimento autorizzatorio»*<sup>149</sup>.

O, ancora, da alcuni autori che hanno evidenziato come dall'autorizzazione nasca una *«autonoma situazione soggettiva creata ex novo dall'atto, che non deriva in alcun modo da altre situazioni preesistenti, ma si aggiunge al patrimonio giuridico del destinatario»*<sup>150</sup>.

L'autorizzazione è, in altre parole, anch'essa provvedimento costitutivo nel senso specifico e pregnante di produttivo di un effetto nuovo, del tutto identico, sotto tale profilo (la novità), all'effetto della concessione.

A ben vedere, il riconoscimento della natura costitutiva dell'autorizzazione, che tende a escludere un diritto che preesiste in capo al soggetto privato, era già ravvisabile in alcune decisioni dei giudici del tribunale del contenzioso amministrativo, emanate ancor prima della riflessione scientifica di Ranelletti.

In particolare, il Consiglio di Stato ha evidenziato, già nel 1865<sup>151</sup>, come, in materia di permesso di ricerca di miniere, il legislatore abbia *“lasciato al libero arbitrio dell'Autorità amministrativa il concedere o rifiutare permissioni (...), quando però il decreto di permissione sia accordato (...) non ha più voluto lasciare il permissionario in piena balia dell'Autorità amministrativa, ma*

---

<sup>149</sup> M.S. GIANNINI, *op. ult. cit.*, p. 1106.

<sup>150</sup> *Ex plurimis*, R. VILLATA, *Autorizzazioni amministrative e iniziativa economica privata*, Milano, Giuffrè, 1974.

<sup>151</sup> Cons. Stato, sez. Contenzioso amministrativo, 20 giugno 1865.

*sibbene ha creati certi diritti nascenti dal decreto di permissione ed alienabili”.*

Anche la giurisprudenza costituzionale ha sottolineato che lo schema di Ranelletti, relativo alla rimozione di un limite a un diritto che preesiste, non può essere impiegato per descrivere tutti gli effetti dell'autorizzazione.

Sussistono, secondo la Corte, numerose ipotesi di diritto positivo nelle quali *“la configurazione dell'autorizzazione amministrativa è tale da non comportare semplicemente la rimozione di un limite all'esercizio di un preesistente diritto (v. sent. n. 153 del 1987). Da ciò consegue che l'opposizione fra autorizzazione e concessione perde in molti casi consistenza in relazione al carattere "costitutivo", o meno, del provvedimento, cosicché cade anche la possibilità di contrapporre, almeno in via generale, il regime autorizzatorio a quello concessorio, al fine di affermare la presunta compatibilità del primo con la garanzia di un diritto soggettivo e, viceversa, l'incompatibilità con quest'ultima di un regime concessorio”*<sup>152</sup>.

Permangono, tuttavia, orientamenti giurisprudenziali volti a riconoscere espressamente la titolarità in capo al soggetto privato di un diritto soggettivo cui viene rimosso un limite all'esercizio<sup>153</sup>.

In verità, superando gli approdi della dottrina appena richiamati, è interessante notare che la teorie tradizionali e quelle più recenti hanno una matrice comune: in entrambi i casi, l'autorizzazione interviene sul patrimonio giuridico del soggetto privato, in un caso determinando la rimozione di un vincolo al libero esplicarsi di un diritto preesistente, nell'altro costituendo, in maniera niente affatto diversa dalla concessione, una nuova situazione giuridica soggettiva.

---

<sup>152</sup> Corte Cost., sentenza n. 112 del 1993.

<sup>153</sup> A titolo non esaustivo si vedano Cons. Stato, sez. IV, 15 dicembre 1987, n. 758; Corte di Cassazione, 9 novembre 1985, nn. 5470 e 5471; Corte di Cassazione, Sez. un. civ., 3 febbraio 1993, n. 1315.

In questa chiave di analisi, la questione della preesistenza o meno di un diritto, come visto a lungo dibattuta, viene meno nel momento in cui si considera, utilizzando un approccio giuridico più moderno<sup>154</sup>, l'autorizzazione quale provvedimento con cui l'amministrazione consente all'istante lo svolgimento di un'attività privata dopo averne accertata la compatibilità con gli interessi pubblici coinvolti<sup>155</sup>.

Tale nozione, infatti, consente di recuperare entrambe le caratteristiche giuridiche dell'autorizzazione indagate dalle teorie appena richiamate, individuando il momento provvedimentale (e quello prodromico procedimentale) quale occasione di intermediazione tra le situazioni giuridiche soggettive esistenti in capo al privato e l'immanente condizionamento pubblico della sua attività economica.

Da un lato, consente l'indagine sulla preesistenza di un diritto, cardine della teoria tradizionale, tenuto conto che lo svolgimento di un'attività privata, che l'autorizzazione consente (potrebbe dirsi rimuovendo un vincolo), è espressione di un diritto del soggetto privato (in virtù del più volte ricordato articolo 41 della Costituzione), la cui esistenza non può essere taciuta.

Dall'altro, l'effetto costitutivo, dal momento che l'autorizzazione, condizionando l'espansione del diritto esistente (o preesistente) alla verifica di conformità rispetto a taluni interessi pubblici, presuppone un'attività sostanzialmente costitutiva, nella specie conformativa, del diritto stesso.

Il regime giuridico autorizzativo riflette, in qualche modo, l'esigenza di riequilibrare interessi privati e pubblici ed è, sotto tale

---

<sup>154</sup> Basato anche sullo sviluppo del rapporto tra pubblica amministrazione e soggetti privati sul quale si veda S. CASSESE, *Lo Stato pluriclasse in Massimo Severo Giannini*, in ID. (a cura di) *L'unità del diritto. Massimo Severo Giannini e la teoria giuridica*, Bologna, Il Mulino, 1994.

<sup>155</sup> Così B.G. MATTARELLA, (voce) *Atto amministrativo, tipologia*, in M. CLARICH-G. FONDERICO (a cura di) *Dizionario di diritto pubblico*, Milano, Giuffrè, 2007, p. 82.

punto di vista, l'espressione amministrativa del bilanciamento di valori e principi imposto dall'articolo 41 della Costituzione<sup>156</sup>.

Le norme di garanzia delle libertà economiche, agendo da norme costitutive di diritti "generalisti" a cui la legge potrebbe porre solo dei limiti prestabiliti, presuppongono un obiettivo implicito, ossia la garanzia che il «*sacrificio dell'interesse privato [sia] da contenere nel minimo indispensabile che comporta un'adeguata tutela degli interessi pubblici*»<sup>157</sup>.

Così, l'atto autorizzativo non aggiungerebbe a questi diritti (esistenti o preesistenti), ma consentirebbe solo l'esercizio di tutte le facoltà in essi contenute in virtù del riconoscimento costituzionale, funzionalizzandolo, però, alla cura di interessi pubblici (che è l'effetto costitutivo richiamato dalle teorie menzionate).

In tale ottica, la pubblica amministrazione può godere di una discrezionalità più o meno ampia in ordine alla valutazione della compatibilità tra interesse pubblico e attività che il privato intende sviluppare; la discrezionalità dovrà essere utilizzata proprio per valutare anche gli interessi secondari coinvolti, al fine di operare la scelta che consenta la cura dell'interesse pubblico e il minor sacrificio della prerogativa privata.

La tutela dell'interesse privato, in conformità a quanto previsto dalla norma costituzionale, viene, in altre parole, collocata su un piano diverso e anteriore rispetto a quella dell'interesse pubblico che, «*raffigurato come interesse negativo, limitato alla verifica dell'assenza di contrasto con altri interessi pubblici o privati, viene effettivamente a configurarsi come eventuale, secondaria e derogatoria evenienza rispetto alla pienezza e al carattere tendenzialmente espansivo dell'interesse privato*»<sup>158</sup>.

---

<sup>156</sup> N. GULLO, *Autorizzazioni amministrative e liberalizzazione dei mercati tra diritto europeo e diritto interno*, Napoli, Editoriale scientifica, 2012.

<sup>157</sup> M.S. GIANNINI, *op. ult. cit.*, p. 614.

<sup>158</sup> A. ORSI BATTAGLINI, (voce) *Autorizzazione amministrativa*, in *Digesto di diritto pubblico*, 1987.

In quanto appena argomentato, peraltro, risiede la reale differenza rispetto alla concessione.

Gli interessi su cui la concessione incide, infatti, non sono rilevanti di per sé e in quanto tali a priori; la loro rilevanza dipende invece dal fatto che all'amministrazione è imposta una certa disciplina e, per scelta discrezionale, essa consente ai soggetti privati di svolgere le relative attività.

In materia concessoria esistono interessi pubblici sicuramente compenetrati con interessi privati, in forza, però, della legge o della volontà dell'amministrazione, il che comporta il venir meno della concessione nelle ipotesi di incompatibilità dell'interesse privato con quello pubblico.

In altri termini, può dirsi che gli interessi sottesi al procedimento concessorio non hanno (e non possono avere) la consistenza di un diritto e l'atto dell'amministrazione non è configurabile come un atto autoritativo perché, appunto, non limita e conforma un diritto, come avviene invece in ambito autorizzativo.

Ciò determina un importante risvolto anche sul versante dell'iniziativa, per il quale può essere utile recuperare la distinzione classica di Ranelletti tra «*incapacità a far male*» e «*capacità a far bene*» o, se si vuole, tra interesse e disinteresse dello Stato rispetto all'attività economica privata.

Nelle concessioni, lo Stato si interessa naturalmente alla relativa attività economica, essendo questa, in qualche modo, ad esso imposta (si pensi, *ex multis*, ai servizi pubblici), valutando la «*capacità a far bene*» del soggetto privato, che si traduce nel concedergli facoltà e diritti estranei al suo patrimonio giuridico.

Nelle autorizzazioni, viceversa, lo Stato si serve dell'iniziativa del privato (che può legittimamente essere assente o interrotta), dandone un consenso pubblicistico condizionato allo svolgimento della stessa nel rispetto di taluni interessi pubblici e valutandone, conseguentemente, l'«*incapacità a far male*».

Ne deriva che, nel regime autorizzatorio, la scelta relativa alla modalità di esplicazione del potere correlato all'iniziativa continua a essere riferibile in via esclusiva al titolare della sfera giuridica soggettiva, almeno nel senso che la decisione in ordine al tentativo di intraprendere (ed eventualmente di cessare) l'attività spetta solo al privato.

Infatti, pur dovendo riconoscere che l'attività privata autorizzata risulta funzionalizzata e conformata da interessi pubblici, non si versa nella situazione di affidamento di servizi pubblici ovvero di sostituzione di un privato nello svolgimento di compiti spettanti all'amministrazione, con la conseguenza che, una volta condizionato lo svolgimento, non esiste una generale doverosità del compito assunto in vista dell'interesse pubblico.

Pertanto, l'adattabilità dell'iniziativa economica del concessionario privato all'esigenza pubblica giustifica i poteri di vigilanza dell'autorità amministrativa sull'esercizio delle facoltà e dei poteri concessi, proprio al fine di conseguire l'armonia con l'interesse pubblico.

Le osservazioni appena svolte operano, ovviamente, non solo in merito all'analisi delle caratteristiche proprie dell'autorizzazione, ma anche nei confronti del legislatore, soprattutto avendo riguardo alla scelta sul regime amministrativo applicabile alle attività private e ai conseguenti limiti da imporre alla libera iniziativa economica costituzionalmente garantita.

In tal senso, l'imposizione di un regime autorizzatorio dovrebbe essere giustificata dall'esigenza, a monte, di "funzionalizzare" un'attività privata al rispetto di interessi pubblici, quali possono essere quelli richiamati nel precedente capitolo (dignità umana, sicurezza, utilità sociale, concorrenza, etc.).

Al riguardo, è opportuno chiarire che la qualificazione giuridica dell'autorizzazione quale provvedimento con cui l'amministrazione consente al privato, dopo aver accertato la compatibilità con gli

interessi pubblici coinvolti, lo svolgimento di un'attività economica, presuppone, se osservata dall'ottica del soggetto privato, un effetto favorevole.

Tuttavia, ponendo mente all'intervento complessivo operato dall'ordinamento generale, la prospettiva muta e si appalesa come mediante l'istituto autorizzatorio si realizzi una limitazione – talvolta notevole – dell'autonomia del privato, in forza di prescrizioni pubbliche relative alle modalità di esercizio delle attività economiche.

Quanto appena ricordato è, nei fatti, una compiuta espressione della libera iniziativa economica di cui all'articolo 41 della Costituzione, dal momento che nel procedimento autorizzativo si realizzano le esigenze di contemperamento tra facoltà del privato e interessi pubblici.

Il più volte ricordato bilanciamento di principi e valori costituzionali è preordinato a evitare l'imposizione di vincoli amministrativi e spetta appunto al legislatore, in base a proprie determinazioni, contemperare i diversi valori costituzionali (le libertà individuali, tra loro o con gli interessi pubblici) e costituire le situazioni giuridiche operanti nei rapporti tra soggetti (pubblici e privati).

La situazione soggettiva di cui è titolare il singolo, comunque la si voglia denominare, può, in definitiva, consistere nella pretesa ad una legge conforme a Costituzione, cioè ad un legittimo, ragionevole e proporzionale contemperamento tra i suoi interessi e quelli dei terzi (pubblici o privati che siano).

Ciò tanto più se si considera, come si vedrà, l'impatto, in tale materia, del diritto europeo, che si occupa dell'autorizzazione valutandola come uno strumento potenzialmente in grado di ostacolare la liberalizzazione e lo sviluppo della concorrenza.

## *2. I regimi amministrativi alternativi all'autorizzazione.*

Il tema del controllo pubblico dell'iniziativa economica privata è stato risolto, almeno tradizionalmente e guardando agli strumenti giuridici, essenzialmente con l'indagine circa la natura delle concessioni e delle autorizzazioni, soprattutto avendo riguardo alle diverse situazioni giuridiche soggettive che da queste originano.

Come visto, tuttavia, il regime autorizzativo, essendo condizione per lo svolgimento di un'attività economica di per sé liberamente esercitabile, determina, in capo al legislatore, la necessità di compiere, prima di imporlo come regime necessario, un bilanciamento di interessi e valori tale da non sacrificare eccessivamente le legittime facoltà del privato.

È questo il motivo per il quale, nell'ordinamento vigente, si sono affermati, anche sulla spinta del legislatore europeo<sup>159</sup>, diverse (e più snelle) forme di controllo pubblico dell'iniziativa economica privata, tese a valorizzare il principio di liberalizzazione (nel senso ricordato nel capitolo I) e a rendere meno stringenti i vincoli amministrativi incidenti sulle relative attività economiche.

Ci si riferisce, in particolare, agli istituti della Segnalazione certificata di inizio attività (Scia) e del silenzio-assenso, come disciplinati dagli articoli 19 e 20 della legge 7 agosto 1990, n. 241, che rappresentano un fondamentale strumento di semplificazione amministrativa, con il quale si concretizza l'opera di riduzione degli oneri burocratici gravanti sullo svolgimento delle attività dei privati, perseguendo il dichiarato fine di eliminare taluni atti e procedimenti

---

<sup>159</sup> Ci si riferisce, in particolare, agli articoli 26 (mercato interno), da 49 a 55 (stabilimento) e da 56 a 62 (servizi) del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea, nei quali si prevede che le persone fisiche che esercitano attività indipendenti o le persone giuridiche che operano legalmente in uno Stato membro possono: i) esercitare un'attività economica in un altro Stato membro su base stabile e continuativa (libertà di stabilimento: articolo 49 del TFUE); o ii) offrire e fornire i loro servizi in altri Stati membri su base temporanea pur restando nel loro paese d'origine (libera prestazione dei servizi: articolo 56 del TFUE). Ciò presuppone non soltanto l'abolizione di ogni discriminazione basata sulla nazionalità ma anche, al fine di poter veramente usufruire di tali libertà, l'adozione di misure volte a facilitarne l'esercizio, compresa l'armonizzazione delle norme nazionali di accesso o il loro riconoscimento reciproco.

amministrativi di tipo autorizzatorio e di addivenire, conseguentemente, alla liberalizzazione delle attività stesse.

### ***2.1. La segnalazione certificata di inizio attività (Scia).***

Il percorso di liberalizzazione che si è inteso perseguire con i richiamati istituti è stato avviato dal legislatore italiano già nel 1990 con la legge n. 241 del 1990 che ha introdotto nell'ordinamento nazionale la c.d. denuncia di inizio attività (Dia), istituto oggetto, nel tempo, di espansione anche in settori specifici del sistema amministrativo italiano<sup>160</sup>, nonché di numerose modifiche sostanziali.

Il meccanismo ipotizzato dal legislatore del 90' si è basato sulla considerazione che, per evitare regolazioni delle attività private troppo intrusive, sia necessario individuare uno strumento di sostituzione del regime tradizionalmente autorizzativo - appunto, una "denuncia" del privato - che consenta una (possibile) maggiore espansione della libera iniziativa economica.

La denuncia di inizio attività<sup>161</sup>, infatti, consentiva di intraprendere un'attività economica subordinata ad autorizzazione, licenza, abilitazione, nulla osta, permesso o altro atto di assenso senza che fosse necessario un provvedimento espresso dell'amministrazione, ricadente nelle tipologie appena richiamate, volto ad accertare la presenza dei requisiti richiesti dalla legge per lo svolgimento dell'attività. Essa operava, quindi, al di fuori dei casi in cui fosse riconosciuto un potere discrezionale all'amministrazione (sia che si

---

<sup>160</sup> La dichiarazione di inizio attività è stata introdotta per la prima volta, in via generale, con la legge n. 241/90 (articolo 19); successivamente è stata estesa anche ad altri ambiti per mezzo di altre norme. È stata estesa all'ambito edilizio con gli artt. 22 e 23 del D.P.R. 6 Giugno 2001, n. 380; successivamente è stata recepita in materia di promozione dell'energia elettrica prodotta da fonti rinnovabili con l'art. 12 del d.lgs. 29 Dicembre 2003, n. 387; in materia di comunicazioni elettroniche per mezzo degli artt. 87 e 87-bis del D.lgs. 1 Agosto 2003, n. 259; nell'ambito delle attività produttive mediante la legge 6 Agosto 2008, n. 133; in materia di attività imprenditoriali e professionali con gli artt. 8, 17 e 64 del D.lgs. 26 Marzo 2010, n. 59.

<sup>161</sup> Sulla natura e le funzioni della Dia si veda A. TRAVI, *Dichiarazione di inizio attività (diritto amministrativo)*, in *Enc. dir.*, Ann. II, t. 2, Milano, Giuffrè, 2008, p. 343 e ss.

trattasse di discrezionalità vera e propria, sia che si trattasse di valutazioni tecnico-discrezionali) o l'attività fosse soggetta a contingentamento.

Il privato era, in altri termini, investito del potere di rimuovere egli stesso un vincolo all'avvio dell'attività economica (riecheggiando la tradizionale teoria di Ranalletti) e l'amministrazione poteva solo verificare d'ufficio la sussistenza dei presupposti di legge e disporre, se del caso, con provvedimento motivato, il divieto di prosecuzione dell'attività e la rimozione dei suoi effetti.

Si trattava, come acutamente osservato<sup>162</sup>, di una misura volta a valorizzare l'attività privata e, in particolare, la c.d. autoregolamentazione o autoamministrazione dei privati.

L'idea di fondo, tuttavia, pur essendo apprezzabile anche in considerazione di quelli che saranno i successivi approdi della legislazione europea, si è da subito scontrata con una decisa resistenza in merito all'applicazione del nuovo istituto.

Tale resistenza è stata, probabilmente, determinata anche dalla circostanza che, nella formulazione originaria dell'articolo 19 della legge n. 241 del 1990, la denuncia di inizio attività era esperibile solo in alcuni casi specifici e molto circoscritti, la cui individuazione tassativa era stata demandata a un successivo intervento regolatore. Inoltre, la Dia era sicuramente esclusa (a priori) in determinate ipotesi<sup>163</sup>.

Le difficoltà applicative riscontrate hanno portato a una prima riscrittura dell'istituto in esame, avvenuta con la legge n. 537 del

---

<sup>162</sup> G. FALCON, *L'autoamministrazione dei privati*, in *Procedimenti e accordi nell'amministrazione locale*, Atti XLII Convegno di studi di Scienza dell'amministrazione, Milano, Giuffrè, 1997, p. 138.

<sup>163</sup> Ogni volta che fosse necessario effettuare delle verifiche più approfondite sull'idoneità del soggetto ad esercitare una certa attività; nel caso in cui l'esercizio dell'attività avrebbe potuto pregiudicare interessi di carattere generale come quelli artistici ed ambientali o nel caso in cui fosse stato necessario tutelare gli interessi dei lavoratori; tutte le volte in cui non fosse previsto un "limite o contingente complessivo".

1993<sup>164</sup>, mediante la quale si è assistito a un notevole ampliamento dell'ambito di operatività della Dia, che si è trasformata da regime amministrativo eccezionale a regime amministrativo ordinario.

È stato, infatti, totalmente abbandonato il principio per cui le attività da sottoporre a Dia dovessero essere individuate tramite regolamento governativo. La norma continuava a prevedere che la denuncia di inizio attività potesse essere applicata tutte le volte in cui l'avvio di una attività economica richiedesse un mero accertamento dei presupposti e dei requisiti richiesti dalla legge, senza che vi fossero dei limiti al rilascio dell'atto stesso e non vi fosse, altresì, esercizio di potere discrezionale.

Era, invece, sottoposto a termine (60 giorni) il potere dell'amministrazione di disporre il divieto di prosecuzione dell'attività, fatta salva, in ogni caso, la facoltà, da parte del privato, di conformare l'attività avviata ai requisiti e presupposti richiesti dalla legge.

La denuncia di inizio attività è stata, poi, ulteriormente modificata con altri due importanti interventi normativi: il decreto-legge n. 35 del 2005, convertito con legge n. 80 del 2005 e il decreto-legge n. 78 del 2010, convertito con legge n. 122 del 2010.

Con il primo dei due, si è assistito al cambiamento del *nomen juris* (da denuncia a dichiarazione) e all'ulteriore ampliamento dell'ambito oggettivo di applicazione<sup>165</sup>, in quanto venivano

---

<sup>164</sup> Il testo risultante dalla legge richiamata statuiva “*in tutti i casi in cui l'esercizio di un'attività privata sia subordinato ad un atto autorizzatorio comunque denominato, ad esclusione delle concessioni edilizie e delle autorizzazioni rilasciate ai sensi delle leggi 1 Giugno 1939, n.1089; 29 Giugno 1939, n. 1497 e del d.l. 27 Giugno 1985, n. 312, convertito con modificazioni della legge 8 Agosto 1985, n. 431, il cui rilascio dipende esclusivamente dall'accertamento dei presupposti e dei requisiti di legge senza l'esperimento di prove a ciò destinate che comportino valutazioni tecnico-discrezionali, o non sia previsto alcun limite o contingente complessivo per il rilascio degli atti stessi, l'atto di consenso si intende sostituito da una denuncia di inizio attività da parte dell'interessato alla Pubblica Amministrazione, attestante l'esistenza dei presupposti e dei requisiti di legge, eventualmente accompagnata dall'autocertificazione dell'esperimento di prove a ciò destinate, ove previste*”.

<sup>165</sup> Secondo una tesi sostenuta in dottrina per la quale si vedano G. ACQUARONE, *La dichiarazione di inizio attività (d.i.a.)*, in V. CERULLI IRELLI (a cura di), *La disciplina generale dell'azione amministrativa. Saggi ordinati in sistema*, Napoli,

ricompresi, tra gli atti amministrativi sostituiti dalla dichiarazione di inizio attività, anche i provvedimenti che fossero espressione di valutazioni tecnico-discrezionali.

Inoltre, il modello della nuova dichiarazione di inizio attività si articolava in due distinte tipologie: una Dia a legittimazione differita, per effetto della quale l'attività denunciata poteva essere intrapresa, con contestuale comunicazione, solo dopo il decorso del termine di trenta giorni dalla comunicazione; una DIA a legittimazione immediata, che consentiva l'esercizio dell'attività sin dalla data di presentazione della dichiarazione (in particolare, con riferimento all'esercizio delle attività di impianti produttivi di beni e di prestazioni di servizi, ivi compresi gli atti che dispongono l'iscrizione in albi o ruoli o registri ad efficacia abilitante).

Con la seconda novella normativa richiamata, il legislatore ha sostituito la Dia a efficacia variabile con la Segnalazione certificata di inizio attività (Scia), ad efficacia sempre immediatamente legittimante, per tutti i casi in cui l'atto autorizzativo, comunque denominato, sia vincolato alla sola esistenza dei requisiti e presupposti richiesti dalla legge e non vi sia, dunque, alcuno spazio per valutazioni discrezionali da parte delle amministrazioni.

Da ultimo, ma sul tema si tornerà nel prossimo capitolo, la legge n. 124 del 2015, nel perseguire l'obiettivo di riorganizzare profondamente le strutture e le funzioni delle pubbliche amministrazioni, ha inciso sull'istituto in esame, sia con modifiche testuali, ex articolo 6, apportate direttamente all'articolo 19 della legge n. 241 del 1990<sup>166</sup>, sia conferendo, all'articolo 5, una «delega

---

Jovene, 2006, p. 285 e ss.; G. MORBIDELLI, *In tema di d.i.a. vecchia e nuova (spunti tratti da Cons. Stato, sez. IV, 22 luglio 2005, n. 2916)*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it).

<sup>166</sup> Sulle quali si veda, di recente, M.A. SANDULLI, *Gli effetti diretti della l. 7 agosto 2015, n. 124 sulle attività economiche: le novità in tema di s.c.i.a., silenzio-assenso e autotutela*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it); ID., *Postilla all'editoriale 'Gli effetti diretti della L. 7 agosto 2015 n. 124 sulle attività economiche: le novità in tema di s.c.i.a., silenzio-assenso e autotutela'*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it). I problemi di coordinamento con l'art. 21 della legge n. 241 del 1990 sono dettagliatamente evidenziati da M. LIPARI, *La SCIA e l'autotutela nella legge n. 124/2015: primi dubbi interpretativi*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it).

*polivalente*»<sup>167</sup>, sulla base dei principi di cui allo stesso articolo 19 (e al successivo articolo 20) della legge n. 241 del 1990, dei principi europei in tema di accesso alle attività di servizi e dei principi di ragionevolezza e proporzionalità.

Il risultato di tale complessa vicenda normativa è che, come espressamente dispone l'articolo 19 nella versione *ratione temporis* vigente, ogni atto di autorizzazione, licenza, concessione non costitutiva, permesso o nulla osta comunque denominato, comprese le domande per le iscrizioni in albi o ruoli richieste per l'esercizio di attività imprenditoriale, commerciale o artigianale, il cui rilascio dipenda esclusivamente dall'accertamento dei requisiti e presupposti di legge o da atti amministrativi a contenuto generale (non vi deve essere quindi alcuna discrezionalità in favore dell'amministrazione procedente), e non sia previsto alcun limite o contingente complessivo o specifici strumenti di programmazione settoriale per il rilascio degli atti stessi, è sostituito da una segnalazione dell'interessato, con esclusione dei casi di tutela di interessi sensibili<sup>168</sup> e di quelli imposti dalla normativa comunitaria.

L'attività oggetto della segnalazione può essere avviata sin dalla data della presentazione della segnalazione all'amministrazione competente e quest'ultima, in caso di accertata carenza dei requisiti e dei presupposti di legge, deve adottare, nel termine perentorio di sessanta giorni dal ricevimento della segnalazione, i motivati provvedimenti di divieto di prosecuzione dell'attività e di rimozione degli eventuali effetti dannosi di essa.

Inoltre, l'articolo 19 in commento ulteriormente precisa che nelle ipotesi in cui sia possibile conformare l'attività intrapresa e i suoi effetti alla normativa vigente, l'amministrazione competente, con

---

<sup>167</sup> Così Cons. St., parere 30 marzo 2016, n. 839.

<sup>168</sup> In cui sussistono vincoli ambientali, paesaggistici o culturali e degli atti rilasciati dalle amministrazioni preposte alla difesa nazionale, alla pubblica sicurezza, all'immigrazione, all'asilo, alla cittadinanza, all'amministrazione della giustizia, alla amministrazione delle finanze, ivi compresi gli atti concernenti le reti di acquisizione del gettito, anche derivante dal gioco, nonché di quelli previsti dalla normativa per le costruzioni in zone sismiche

atto motivato, debba invitare il privato a provvedere, prescrivendo le misure necessarie con la fissazione di un termine non inferiore a trenta giorni per l'adozione di queste ultime.

In difetto di adozione delle misure da parte del privato, decorso il suddetto termine, l'attività si intende comunque vietata.

Anche a prescindere dalla notevole evoluzione normativa della segnalazione certificata di inizio attività<sup>169</sup>, ciò che maggiormente ha interessato la dottrina, già a partire dalle riflessioni in tema di Dia<sup>170</sup>, è stato il consolidarsi, mediante l'istituto, della sottrazione di interi settori di attività economica al regime autorizzativo<sup>171</sup>, con contestuale (pieno) riconoscimento della libertà di iniziativa privata<sup>172</sup>.

In altri termini, si è assistito a una decisa fuga del legislatore dal regime amministrativo di stampo tradizionale, sostituito da una nuova forma di “autodeterminazione” del singolo<sup>173</sup>. L'elisione dell'istruttoria amministrativa primaria (e del procedimento amministrativo) è l'elemento fondamentale di questo nuovo modello regolatorio: l'attestazione delle condizioni e dei requisiti che determinano l'effetto legittimante viene affidata anzitutto allo stesso interessato, mentre l'amministrazione conserva i poteri di controllo successivi<sup>174</sup>.

L'assunzione di rilevanti oneri e responsabilità, formali e sostanziali, in capo all'interessato costituisce, perciò, la principale chiave per comprendere un sistema che sostanzialmente annulla

---

<sup>169</sup> Per un approfondimento M. DE BELLIS, *La liberalizzazione delle attività economiche private: dalla DIA alla SCIA*, in *Il procedimento amministrativo a venti anni dalla legge n. 241/90*, Scuola nazionale dell'Amministrazione, 30 Ottobre 2013.

<sup>170</sup> Sulle quali si veda, *ex plurimis*, A. VACCA, *La natura giuridica della d.i.a., con particolare riguardo alla disciplina introdotta dall'art. 3 comma 1, d.l. 14 marzo 2005 n. 35 convertito con modificazioni nella l. 14 maggio 2005, n. 80*, in, *Foro amm. TAR*, 2006, 3, p. 870.

<sup>171</sup> Si veda L. FERRARA, *Diritti soggettivi ad accertamento amministrativo. Autorizzazione ricognitiva, denuncia sostitutiva e modi di produzione degli effetti*, Padova, Cedam, 1996.

<sup>172</sup> Come evidenziato di recente da M. BORGHERINI, *La nuova SCIA dopo la riforma Madia*, Roma, Dike Giuridica Editrice, 2016.

<sup>173</sup> Come evidenzia P. DURET, *Sussidiarietà e autoamministrazione dei privati*, Padova, Cedam, 2004

<sup>174</sup> A. POLICE, *Contributo allo studio della dichiarazioni di inizio attività e della loro natura giuridica*, in *N. aut.*, 2008, p. 20 e ss.

l'istruttoria della pubblica amministrazione, "surrogandola" con una sorta di (pre)procedimento privato in «*autoresponsabilità*»<sup>175</sup>.

In questo assetto legislativo - che appare del tutto coerente anche con l'evoluzione del diritto europeo, culminata con la direttiva servizi del 2006 (sulla quale si veda *infra* par. 4) - non c'è spazio, sul piano concettuale e strutturale, per alcun potere preventivo di tipo ampliativo (autorizzatorio, concessorio e, in senso lato, di assenso), che sarebbe stato comunque un potere non discrezionale, vincolato all'accertamento dei requisiti di legge.

Tale potere viene sostituito da un potere successivo, anch'esso non discrezionale ma vincolato alla mera verifica della sussistenza dei presupposti di legge per l'esercizio dell'attività, con connessa previsione di strumenti inibitori e repressivi in caso di esito negativo.

Il dichiarante è, quindi, titolare di una situazione soggettiva originaria<sup>176</sup>, che rinviene il suo fondamento diretto ed immediato nella legge, sempre che ricorrano i presupposti normativi per l'esercizio dell'attività e purché la mancanza di tali presupposti non venga stigmatizzata dall'amministrazione con il potere inibitorio, repressivo o conformativo, da esercitare comunque nei termini di legge.

Si può, quindi, affermare che il privato è titolare di una posizione di vantaggio immediatamente riconosciuta dall'ordinamento, che gli consente di realizzare direttamente il proprio interesse, previa instaurazione di una relazione con la pubblica amministrazione<sup>177</sup>, appunto mediante l'inoltro della segnalazione certificata.

---

<sup>175</sup> S. PUGLIATTI, (voce) *Autoresponsabilità*, in *Enc. dir.*, IV, 1959, p. 464 e ss.

<sup>176</sup> Così G. SPINA, *La semplificazione amministrativa come principio dell'essere e dell'agire dell'amministrazione. Studio sull'evoluzione delle logiche di semplificazione amministrativa in Italia dal 1990 ad oggi*, Napoli, Editoriale scientifica, 2013.

<sup>177</sup> Si inserisce in tale ricostruzione l'annosa problematica della tutela del terzo che si ritenga leso dalla Scia di un soggetto privato. La questione della tutela dei terzi, in collegamento alle attività avviate con la SCIA (o DIA), è estranea all'economia del presente lavoro; in tema, comunque, si cfr. soprattutto S. VALAGUZZA, *La DIA, l'inversione della natura degli interessi legittimi e l'azione di accertamento come*

È evidente come lo spostamento del centro di equilibrio dalla pubblica amministrazione al privato determini, ancor più che in ambito autorizzativo, il riconoscimento di un diritto preesistente, liberamente esercitabile e che (quasi) non avrebbe bisogno di transitare attraverso i poteri conformativi dell'amministrazione. Tuttavia, la presenza di poteri di controllo successivi e l'imposizione di requisiti per lo svolgimento delle attività fanno propendere per la ricostruzione di tale regime in una chiave più strettamente pubblicistica.

Lo scopo perseguito dal legislatore nel conio dell'istituto in esame ha, infatti, seguito due linee fondamentali di sviluppo, sintetizzabili come segue: favorire le attività - specie economiche - dei soggetti privati, attraverso un generale riordino e rafforzamento degli istituti di liberalizzazione e l'emersione del nuovo principio di semplificazione, quale strumento per ridimensionare (ma non annullare) la regolazione delle attività economiche.

Anche la giurisprudenza ha colto tale passaggio fondamentale, evidenziando come la segnalazione certificata di inizio attività sia qualificabile come "*istituto non provvedimentale*", che si inserisce, però, in un "*quadro informato ai principi di liberalizzazione e di semplificazione, nonché ai principi di certezza dei rapporti giuridici e di tutela dell'affidamento legittimo*"<sup>178</sup>.

Con la segnalazione certificata di inizio attività, dunque, si inizia a porre l'accento sulla libera esplicazione di attività private, pur

---

*strumento di tutela del terzo*, in *Dir. proc. amm.*, 2009, p. 1260 e ss.; E. CASSETTA, *La difficoltà di semplificare*, in *Dir. amm.*, 1998, p. 345 e ss.; R. FERRARA, *Le "complicazioni" della semplificazione amministrativa: verso un'amministrazione senza qualità?*, in *Dir. proc. amm.*, 1999, p. 374 e ss.; F. MANGANARO, *Principio di legalità e semplificazione dell'attività amministrativa, vol. I, Profili critici e principi ricostruttivi*, Napoli, Editoriale scientifica, 2000. Per quanto riguarda una possibile azione di accertamento si cfr. di recente, anche per ulteriori indicazioni, A. CARBONE, *Pluralità delle azioni a tutela di mero accertamento nel nuovo processo amministrativo*, in nota a Cons. Stato, Sez. V, 27 novembre 2012, n. 6002, in *Dir. proc. amm.*, 2014, p. 854 e ss. Sulla problematica dell'azione di adempimento v. da ultimo L. FERRARA, *Domanda giudiziale e potere amministrativo. L'azione di condanna al fare*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2013, p. 617 e ss. ed ivi ulteriori indicazioni.

<sup>178</sup> Cons. Stato, parere 30 marzo 2016, n. 839.

riconoscendo espressamente, tra i principi ispiratori della libera iniziativa economica, anche il principio di semplificazione. Viene in rilievo, in tal senso, soprattutto il concetto di semplificazione amministrativa, che, negli ultimi anni, ha assunto un ruolo centrale nel dibattito politico e dottrinale, oltre ad essere un perno dei processi di riforma più recenti inerenti il settore amministrativo<sup>179</sup>.

Non è un caso che, come osservato da autorevolissima giurisprudenza, la segnalazione certificata di inizio di attività sia sostanzialmente “*finalizzata [tanto quanto lo è stata la dichiarazione di inizio attività] alla semplificazione dei procedimenti di abilitazione all’esercizio di attività per le quali sia necessario un controllo della Pubblica amministrazione, istituto che si pone alla sequela del principio, appunto, di semplificazione, di diretta derivazione comunitaria (Dir. 2006/123/C.E., relativa ai servizi del mercato interno, attuata con D.L.vo 26 marzo 2010 n. 59) e dunque catalogabile tra i principi fondamentali dell’azione amministrativa*”<sup>180</sup>.

Nella Scia, in altre parole, convivono due anime complementari: da un lato, la spinta liberalizzatrice, che ha portato la giurisprudenza amministrativa ad affermare che la principale caratteristica della Scia

---

<sup>179</sup> Come autorevolmente osservato da S. CASSESE, *Vincoli, veti e norme nel Paese dalle mani legate*, in Corriere della Sera, 15 Maggio 2016, n. 116, le pubbliche amministrazioni in Italia sono assai spesso percepite come un fastidio, un peso, un onere burocratico che frena lo sviluppo delle imprese ed una fonte di disparità ed ingiustizia per i cittadini. L’Autore sostiene anche che “*su cittadini ed imprese gravano vincoli molto maggiori di quelli strettamente necessari per proteggere la salute, l’ambiente, il territorio e gli altri beni collettivi. Sindaci di diversi partiti hanno dichiarato nei giorni scorsi che è impossibile amministrare, stretti come sono tra leggi invadenti e Procure aggressive. Perché è tanto difficile governare l’Italia? Perché è così basso il rendimento delle istituzioni? La prima responsabilità è del Parlamento. Essa sconfinava nell’area dell’amministrazione: troppe leggi, norme troppo lunghe e minuziose, che sono spesso atti amministrativi travestiti da leggi. A questo si aggiunge il sogno della norma auto-applicativa, in cui si cullano governi colpiti dalla sindrome del sabotaggio burocratico, nell’illusione che fatta la legge, ne sia assicurata l’attuazione. Di qui il circolo vizioso: si governa legiferando; si crede di aver deciso, ma nella maggior parte dei casi, ci si è soltanto legati le mani e si è costretti per ciò a ricorrere ad un numero sempre crescente di leggi. Il corpo legislativo cresce, aumentano le frustrazioni e gli sconfinamenti legislativi nell’amministrazione, il Parlamento legislatore trascura la sua altra funzione, quella di controllo del governo, il sistema va in blocco*”.

<sup>180</sup> Corte Cost., sentenza n. 203 del 2012.

risieda nella “sostituzione dei tradizionali modelli provvedimentali autorizzatori con un nuovo schema ispirato alla liberalizzazione delle attività economiche private consentite dalla legge in presenza dei presupposti fattuali e giuridici normativamente stabiliti (...) La denuncia di inizio attività non è un provvedimento amministrativo a formazione tacita e non dà luogo in ogni caso ad un titolo costitutivo, ma costituisce un atto privato volto a comunicare l'intenzione di intraprendere un'attività direttamente ammessa dalla legge”<sup>181</sup>; dall'altro, l'affermazione dell'istituto quale strumento decisivo di semplificazione amministrativa<sup>182</sup>, non idoneo, in quanto tale, ad escludere che per le attività sottoposte al relativo regime sia comunque necessario un atto di assenso dell'amministrazione, ancorché espresso *per silentium*.

A ben vedere, dunque, entrambe le affermazioni sulla natura e sulle finalità della Scia sono corrette e vanno considerate non come antagoniste, ma l'una (semplificazione) come integrativa dell'altra (liberalizzazione).

Infatti, è innegabile che la sostituzione di un provvedimento autorizzativo con un atto qualificabile come “non provvedimentale” presupponga un arretramento del controllo pubblico, sulla scorta di quel significato di “*liberalizzazione in senso proprio*” che si è richiamato nel primo capitolo.

Ma è altrettanto vero che la circostanza del rispetto di requisiti minimi stabiliti dalla legge per l'avvio dell'attività economica e la persistenza di un potere inibitorio dell'amministrazione anche quando l'attività è regolarmente avviata<sup>183</sup>, fanno propendere per una

---

<sup>181</sup> Così Cons. Stato, Ad. Plen., 29 luglio 2011, n. 15. Con commento di E. GIARDINO, *La Dia (e la Scia) all'esame dell'Adunanza plenaria*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2, 2012, p. 153.

<sup>182</sup> In tal senso Corte Cost., sentenza n. 164 del 2012, nonché Cons. Stato, sez. VI, 5 aprile 2007, n. 1550. In dottrina si veda G. SCIULLO, *Modelli ricostruttivi di Dia e tutela del controinteressato*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2007, 3, p. 975.

<sup>183</sup> Al riguardo recente giurisprudenza amministrativa ha chiarito che le regole “*cui è assoggettato il potere amministrativo di controllo e di inibizione-conformazione, sono sempre e comunque quelle di cui all'art. 21-nonies comma 1 L. 7 agosto 1990 n. 241 e questo in quanto non può prescindere dalla considerazione che il potere*

qualificazione giuridica della Scia quale momento di semplificazione degli oneri amministrativi e, quindi, di semplificazione nell'esercizio del diritto di libera iniziativa economica, ma non di totale espansione di quest'ultimo<sup>184</sup>. Come osservato, mentre i fenomeni di liberalizzazione incidono sulla disciplina pubblicistica sostanziale, nel senso di far venir meno la discrezionalità amministrativa sull'accesso, «*la semplificazione di per sé non solo non fa venir meno, ma anzi presuppone strutturalmente il permanere della regola di diritto pubblico che viene, appunto, semplificata nelle sue modalità attuative*»<sup>185</sup>.

In tal senso, la giurisprudenza amministrativa è arrivata ad affermare che la Scia «*è un procedimento di semplificazione dell'azione amministrativa che consente al privato, in determinati casi ed in presenza di determinati presupposti, di conseguire un titolo abilitativo sub specie di autorizzazione implicita (...), configurandosi tale procedimento come tipica fattispecie a formazione progressiva (...), conferendo alla medesima la valenza di provvedimento, sia pure per mezzo di un tacito assenso*»<sup>186</sup>.

In verità, il tema di fondo posto dall'applicazione pratica dell'istituto riguarda, nella sostanza, il bilanciamento di principi e valori più volte ricordato, anche nell'ovvia considerazione che l'articolo 19 stesso impone ipotesi di esclusione di operatività della Scia.

Come nell'autorizzazione, ove trova spazio il tema del sacrificio del diritto del privato richiesto dal regime amministrativo (la conformazione dell'attività), che dovrebbe essere giustificato secondo

---

*inibitorio originario si è comunque esaurito per decorso del termine di legge, con la conseguenza che detto potere – che riviva per effetto dell'autonoma iniziativa dell'Amministrazione o per effetto dell'azione sollecitatoria del terzo e, quindi, del giudice amministrativo – resta nella sfera di disponibilità dell'Amministrazione solo a particolari condizioni*” - Tar Campania, IV, 5 aprile 2016, n. 1658.

<sup>184</sup> Al riguardo, si veda F. MERUSI, *Metamorfosi nell'intervento pubblico nell'economia. Dall'autorizzazione alla riserva di provvedimento inibitorio*, in *Dir. amm.*, fasc. 02-03, 2015, p. 579 e ss.

<sup>185</sup> Così M. MAZZAMUTO, *La riduzione della sfera pubblica*, op. cit., p. 148.

<sup>186</sup> TRGA Bolzano, 21 settembre 2012, n. 296.

un'effettiva ponderazione di interessi pubblici e privati, allo stesso modo, in tema di Scia, l'esigenza di liberalizzare tale diritto e quella (correlata ma non assorbita) di semplificare il suo regime trovano un fondamentale equilibrio<sup>187</sup>.

Tale equilibrio opera su due versanti paralleli e contigui: da un lato, relativamente a una serie di interessi sensibili, per i quali si esclude il ricorso a un regime amministrativo "deprovvedimentalizzato", escludendone di conseguenza ogni caratterizzazione in forma di liberalizzazione o di semplificazione delle attività economiche<sup>188</sup>; dall'altro, in considerazione del fatto che, come visto, la Scia presuppone un regime amministrativo, prioritariamente semplificato, ma che indubbiamente, almeno parzialmente, liberalizza alcune attività economiche (che non richiedono più l'autorizzazione espressa).

Al riguardo, peraltro, può dirsi che anche la dicotomia liberalizzazione/semplificazione appare suscettibile di tendenziale superamento; nel senso che non necessariamente una scelta di semplificazione amministrativa (da intendersi genericamente quale snellimento dell'azione procedimentale della pubblica amministrazione) è alternativa rispetto al conseguimento di politiche di liberalizzazione.

Anzi, si ritiene<sup>189</sup>, che proprio recuperando ed, eventualmente, intensificando i valori della semplificazione amministrativa possa portarsi a compimento (anche) un processo di liberalizzazione piena.

Del resto, è interessante osservare che la liberalizzazione attuata con la Scia (o con la pregressa Dia) ha carattere "*solo parziale in quanto il principio di auto-responsabilità è temperato dalla*

---

<sup>187</sup> Come osservato da G. SORICELLI, *La nuova segnalazione certificata di inizio attività tra semplificazione e liberalizzazione delle attività amministrative*, in *Gazzetta amministrativa*, n. 1, 2017.

<sup>188</sup> In tema di bilanciamento con gli interessi sensibili il Tar Lazio, sez. II-bis, 3 maggio 2009, n. 2690, evidenzia come la previsione di eccezioni per materia è funzionale a evitare l'automatica estensione del modello semplificatorio a tali materie.

<sup>189</sup> F. MARTINES, *Considerazioni in tema di liberalizzazioni e ruolo della P.A. E' tempo di svolte epocali?*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it).

*persistenza del potere amministrativo di verifica dei presupposti richiesti dalla legge per lo svolgimento dell'attività denunciata. Trattasi, in sostanza, di attività ancora sottoposte ad un regime amministrativo, pur se con la significativa differenza che detto regime non prevede più un assenso preventivo di stampo autorizzatorio ma un controllo - a seconda dei casi successivo alla presentazione della d.i.a. o allo stesso inizio dell'attività dichiarata - da esercitarsi entro un termine perentorio con l'attivazione ufficiosa di un doveroso procedimento teso alla verifica della sussistenza dei presupposti di fatto e di diritto per l'esercizio dell'attività dichiarata”<sup>190</sup>.*

La segnalazione certificata di inizio attività può considerarsi, in definitiva, un atto soggettivamente e oggettivamente privato, con alcune influenze pubblicistiche, configurandosi, al contempo, come strumento di liberalizzazione e di massima semplificazione, nonché come manifestazione di autonomia privata<sup>191</sup>; l'attività economica soggetta al regime della Scia è, in altre parole, intrapresa sicuramente senza il consenso dell'amministrazione, come forma di assunzione di auto-responsabilità del privato, ma, in ogni caso, soggetta a controllo pubblico (se pur successivo e non antecedente)<sup>192</sup>.

Le attività interessate dalla segnalazione non sono caratterizzate da una libertà incondizionata di iniziativa economica, ma sono pur sempre subordinate dalla legge al possesso di “*requisiti e presupposti*”, la cui sussistenza garantisce, di per sé, la tutela dell'interesse pubblico e l'armonizzazione della situazione soggettiva del denunciante con gli interessi potenzialmente confliggenti.

Si liberalizza, in definitiva, “*lo strumento di legittimazione, non il rapporto sostanziale e l'ambito materiale su cui esso viene ad operare. Trattasi, in sostanza, di attività ancora sottoposte a un regime amministrativo, pur se con la significativa differenza che*

---

<sup>190</sup> Ancora Cons. Stato, Ad. Plen., 29 luglio 2011, n. 15.

<sup>191</sup> E. BOSCOLO, *I diritti soggettivi a regime amministrativo. L'art. 19 della l. n. 241/1990 e altri modelli di liberalizzazione*, Cedam, Padova, 2001, p. 375.

<sup>192</sup> In tema F. SAITTA, *S.c.i.a. ed autotutela, tra contraddizioni legislative e...giurisprudenza creativa*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it), 26 giugno 2014.

*l'assenso preventivo a monte è sostituito dal mero possesso dei requisiti di legge, residuando all'amministrazione soltanto il potere/dovere di una verifica ex post della loro sussistenza*<sup>193</sup>.

## **2.2. Il silenzio-assenso.**

L'articolo 20 della legge n. 241 del 1990, nella versione vigente a seguito della modifica di cui alla legge n. 15 del 2005<sup>194</sup>, pone la regola generale del silenzio-assenso nell'ambito dei procedimenti di parte finalizzati al rilascio di provvedimenti amministrativi.

La figura, già elaborata dalla giurisprudenza precedente alla legge del 1990<sup>195</sup>, acquisisce, con la disposizione in commento, valenza generale, potendo trovare applicazione nei confronti di tutti i procedimenti a istanza di parte, salve le eccezioni esplicite e tassative.

Infatti, fuori dei casi di segnalazione certificata di inizio attività (per i quali si ritiene l'attività liberamente esercitabile ove sussistano i presupposti e requisiti di legge), in relazione alla istanza del privato che chieda il rilascio di un provvedimento ampliativo della propria sfera giuridica, qualora l'Amministrazione non risponda entro il termine di trenta giorni o non indica nello stesso termine la conferenza di servizi, il silenzio della stessa equivale al provvedimento di accoglimento della domanda, senza necessità di ulteriori istanze o diffide.

Il meccanismo di semplificazione provvedimentoale non opera con riferimento ad atti e procedimenti riguardanti interessi sensibili<sup>196</sup>, nonché nelle fattispecie per le quali la normativa comunitaria impone l'adozione di provvedimenti amministrativi formali.

---

<sup>193</sup> Cons. Stato, parere 30 marzo 2016, n. 839.

<sup>194</sup> In argomento G. FONDERICO, *Il nuovo tempo del procedimento, la d.i.a. e il silenzio assenso*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 10, 2005, p. 1027 e ss.

<sup>195</sup> Sulla quale si rimanda ad A. PAJNO, *Gli artt. 19 e 20 della l. n. 241 prima e dopo la l. 24 dicembre 1993, n. 537. Intrapresa dell'attività privata e silenzio dell'amministrazione*, in *Dir. proc. amm.*, 1994, p. 40 e ss.

<sup>196</sup> Quali il patrimonio culturale e paesaggistico, l'ambiente, la tutela dal rischio idrogeologico, la difesa nazionale, la pubblica sicurezza, l'immigrazione, l'asilo e la cittadinanza, la salute e la pubblica incolumità.

Del pari, il meccanismo di cui all'articolo 20 in commento resta escluso ove la legge qualifichi espressamente il silenzio dell'amministrazione come rigetto dell'istanza, nonché con riferimento a specifici atti e procedimenti individuati con uno o più decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri.

L'istituto giuridico del silenzio-assenso nasce e si sviluppa intorno alle riflessioni svolte dalla dottrina<sup>197</sup> sul più generale tema del silenzio della pubblica amministrazione e sui possibili rimedi al fenomeno dell'inerzia amministrativa, intesa quale violazione del generale dovere di provvedere previsto, a livello legislativo, dall'articolo 2, comma 1, della legge n. 241 del 1990<sup>198</sup>.

Il silenzio-assenso risponde essenzialmente all'esigenza di garantire gli amministrati dagli effetti negativi derivanti dall'inattività dell'amministrazione per cui, al verificarsi di una siffatta situazione, il legislatore fa conseguire gli stessi effetti dell'esercizio positivo dell'attività amministrativa.

Si tratta, dunque, di un vero e proprio rimedio preventivo che consiste nella eliminazione «*della stessa possibilità che il ritardo nella conclusione del procedimento produca effetti negativi in capo al soggetto interessato all'emanazione dell'atto*»<sup>199</sup>.

Al riguardo, peraltro, è appena il caso di evidenziare che la giurisprudenza amministrativa ha, da tempo, chiarito i limiti del dovere di provvedere previsto dal citato articolo 2 della legge n. 241 del 1990, precisando che l'adozione del provvedimento espresso può essere imposta, essenzialmente, quando vengono richiesti atti di

---

<sup>197</sup> Fondamentale è l'opera monografica di F.G. COCA, *Il silenzio della pubblica amministrazione*, Milano, Giuffrè, 1971. Sul tema del silenzio della pubblica amministrazione e sui possibili rimedi giuridici si vedano S. CASSESE, *Inerzia e silenzio della pubblica amministrazione*, in *FAm*, 1963, I, p. 30 e ss., P.G. LIGNANI, *Silenzio (dir. amm.)*, in *Enc. dir.*, XLII, Milano, 1990, p. 559 e ss. e M.A. SANDULLI, *Riflessioni sulla tutela del cittadino contro il silenzio della pubblica amministrazione*, in *Giust. civ.*, 1994.

<sup>198</sup> «*Ove il procedimento consegua obbligatoriamente ad un'istanza, ovvero debba essere iniziato d'ufficio, le pubbliche amministrazioni hanno il dovere di concluderlo mediante l'adozione di un provvedimento espresso (...)*».

<sup>199</sup> In questo senso E. TONOLETTI, *Silenzio della pubblica amministrazione (voce)*, in *Dig. disc. pubb.*, 1999.

contenuto favorevole che ampliano la sfera giuridica del richiedente (c.d. interessi legittimi pretensivi), ovvero atti diretti a produrre effetti sfavorevoli nei confronti di terzi - dall'adozione dei quali il richiedente possa trarre indirettamente vantaggi (c.d. interessi strumentali) - e atti di riesame di provvedimenti sfavorevoli precedentemente emanati<sup>200</sup>.

Come detto, anche a prescindere dai menzionati limiti del generale dovere di provvedere, l'emersione dell'istituto del silenzio-assenso quale istituto autonomo rispetto alle altre forme di silenzio della pubblica amministrazione (in particolare, quelle qualificate come silenzio-diniego o silenzio-rifiuto) si deve all'opera della dottrina che, partendo dall'analisi generale dell'inerzia amministrativa, ha inquadrato il particolare fenomeno degli "effetti positivi" di tale inerzia.

Almeno in una prima fase, infatti, il silenzio-assenso, come del resto avveniva per numerosi istituti tipici del diritto amministrativo, era stato perimetrato all'interno della categoria degli atti amministrativi impliciti, sulla scorta della considerazione che l'effetto positivo rispetto all'istanza dell'amministrato potesse essere equiparato ad un provvedimento tacito di assenso, secondo le logiche tipiche dei provvedimenti amministrativi<sup>201</sup>.

Tale impostazione, tuttavia, se pur rispondente alla dottrina tradizionale del diritto amministrativo tesa a dare preponderante importanza allo studio dell'atto finale, non poteva considerarsi completamente rispondente all'esigenza di qualificare giuridicamente l'istituto del silenzio-assenso.

---

<sup>200</sup> Consiglio di Stato, sez. VI, 11 novembre 2008, n. 5628, in Foro amm. - CDS, 2008, 11, p. 3097; più di recente, Tar Lazio, Roma, sez. II, 3 agosto 2012, n. 7225, in Foro amm. - TAR, 2012, 7-8, p. 2367. Per un commento si veda F. CERTOMA', *Nuove fattispecie in tema di silenzio amministrativo*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 3, 2014, p. 322 e ss.

<sup>201</sup> Nella dottrina più risalente ci sono numerosi esempi nei quali il silenzio-assenso viene qualificato come atto amministrativo implicito. Possono ricordarsi: O. RANELLETTI, *Capacità e volontà nelle autorizzazioni e concessioni amministrative*, *op. cit.*, p. 369; F. CAMMEO, *Corso di diritto amministrativo*, 1911-1914 – rist. 1960, Padova, Cedam, p. 576 e ss.; U. FORTI, *Il silenzio della pubblica amministrazione ed i suoi effetti processuali*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1932, p. 127.

Ciò soprattutto se si tiene conto che, come accennato, la circostanza della produzione di un effetto favorevole derivante dall'inerzia amministrativa è indissolubilmente legata al dovere di provvedere: solo laddove la pubblica amministrazione debba emanare un provvedimento espresso e, quindi, esercitare concretamente una funzione amministrativa può ravvisarsi l'esigenza di disciplinare gli effetti dell'inerzia (in positivo ma anche in negativo), altrimenti ininfluente rispetto alla posizione soggettiva dell'amministrato.

Del resto, la stessa dottrina tradizionale avvertiva come il «*silenzio può valere come consenso se lo si può giudicare in mezzo alle circostanze, nelle quali si verifica, col criterio della buona fede e del diritto di affidamento*»<sup>202</sup> e, dunque, una volta esclusa ogni rilevanza determinante di tali criteri per l'interpretazione dell'atto amministrativo, il silenzio in senso proprio dell'amministrazione poteva valere solo come rigetto o rifiuto.

Ecco perché, progressivamente, la dottrina ha iniziato ad abbandonare l'idea del silenzio-assenso come provvedimento tacito per abbracciare una ricostruzione più avanzata dell'istituto.

Partendo proprio dalla definizione di funzione amministrativa, qualificabile come «*attività volta alla cura di interessi alieni e quindi non interamente libera né interamente vincolata, rilevante nella sua globalità, svolta normalmente attraverso procedimenti e soggetta a forme di controllo*»<sup>203</sup>, le riflessioni in materia hanno evidenziato come l'inerzia non sia semplicemente un comportamento illegittimo, ma sfoci nel non esercizio del potere amministrativo e sia, conseguentemente, «*negazione della funzione*»<sup>204</sup>.

In altre parole, sarebbe difficilmente conciliabile l'effetto positivo tipico del silenzio-assenso con la prevista doverosità

---

<sup>202</sup> O. RANELLETTI, *Le garanzie della giustizia nella pubblica amministrazione*, Milano, Giuffrè, 1934.

<sup>203</sup> B.G. MATTARELLA, *L'attività*, in S. CASSESE (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2003, p. 699 e ss. Si veda anche F. BENVENUTI, *Funzione amministrativa, procedimento, processo*, in *Riv. Trim. dir. pubbl.*, 1952.

<sup>204</sup> F.G. COCA, *Il silenzio della pubblica amministrazione*, cit.

dell'azione amministrativa, a meno di considerare paradossalmente, nella logica tradizionale del provvedimento tacito, la mancata attività dell'amministrazione quale forma di espressione della funzione amministrativa.

Al contrario, l'esigenza di porre rimedio all'inattività, indentificando i casi in cui essa abbia effetti positivi assimilabili (nella sostanza ma non nella forma) ad un provvedimento di assenso, discenderebbe proprio dal mancato esercizio di una doverosa funzione amministrativa e non da un presunto esercizio tacito.

È opportuno evidenziare, al riguardo, che la ricostruzione del silenzio-assenso quale provvedimento tacito di accoglimento contrasterebbe tanto con i principi della legge n. 241 del 1990 (in particolare, quello relativo all'obbligo di provvedere) che con i principi di diritto europeo<sup>205</sup>.

In questa chiave di analisi, la dottrina, recuperando alcune nozioni tipiche del diritto civile, ha iniziato a qualificare il silenzio-assenso come un fatto giuridico in senso stretto, a mente del quale al mancato esercizio della funzione si collega un effetto positivo (assenso) sulla posizione soggettiva dell'amministrato.

A partire da tale impostazione, altra dottrina, più di recente, ha elaborato la nozione di silenzio-assenso quale forma di definizione legale di un procedimento<sup>206</sup>.

Con il silenzio-assenso, infatti, la pubblica amministrazione non esercita una funzione in senso proprio, ma l'istituto rappresenta una definizione del procedimento determinata esclusivamente dalla legge, in luogo di una definizione propriamente amministrativa, determinata, cioè, da esercizio della corrispondente funzione.

In tal senso, dunque, il silenzio-assenso è un *«fatto giuridicamente rilevante da cui la legge fa conseguire la produzione*

---

<sup>205</sup> Si vedano in proposito Corte di Giustizia UE causa C-230/00, Corte di Giustizia UE causa C-111/88 e Corte di Giustizia UE causa C-360/87.

<sup>206</sup> In tal senso, A. TRAVI, *Silenzio-assenso ed esercizio della funzione amministrativa*, Padova, Cedam, 1985.

*di effetti giuridici equivalenti all'efficacia del provvedimento di accoglimento»<sup>207</sup>.*

Peraltro, come osservato dalla giurisprudenza amministrativa, in linea di principio, al legislatore non è affatto precluso, sul piano costituzionale, la qualificazione in termini di silenzio-assenso del decorso del tempo entro il quale l'amministrazione competente deve concludere il procedimento e adottare il provvedimento.

Si tratta, in questi casi, di una *“scelta di politica legislativa nell'obiettivo di tempestività ed efficienza dell'azione amministrativa e, quindi, di buon andamento, costituzionalmente compatibile perchè siano esattamente individuati l'unità organizzativa ed il soggetto addetto responsabile dell'istruttoria e degli adempimenti finali, di modo che non vi sia differenza sotto il profilo della responsabilità tra atto espresso e silenzio derivante da scelta consapevole di non esercitare il potere di intervento”<sup>208</sup>.*

Così delineato, è evidente la differenza dell'istituto in esame rispetto alla Scia: nel caso della segnalazione, infatti, qualora non residuino margini di discrezionalità in capo all'amministrazione, l'attività può essere esercitata (salve le verifiche successive sui requisiti) fin dal momento della proposizione della segnalazione stessa, la quale, non avendo natura provvedimentoale, sostituisce il potere amministrativo in un'ottica di completa liberalizzazione e fondamentale semplificazione.

Nel caso del silenzio-assenso, invece, l'attività oggetto del provvedimento tacito non è di per sé liberamente esercitabile, essendo necessaria l'emanazione di un provvedimento, ma all'inerzia dell'amministrazione il legislatore attribuisce un effetto favorevole (di accoglimento) all'interessato (è il caso, ad esempio, dei procedimenti autorizzatori vincolati).

---

<sup>207</sup> Così M. D'ORSOGNA, *Il silenzio assenso*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, Milano, Giuffrè, 2010, p. 90.

<sup>208</sup> Cons. Stato, sez. VI, 29 dicembre 2008, n. 6591.

In ogni caso, se osservato dal punto di vista dell'espansione della libera iniziativa economica, anche il silenzio-assenso presuppone un'anima, in senso lato, semplificatrice. E gli indici di riconoscimento di tale "anima" sono, nella sostanza, gli stessi già evidenziati in materia di Scia.

L'articolo 20 della legge n. 241 del 1990, pur apparendo estremamente chiaro nelle finalità, deve, infatti, essere analizzato secondo i parametri imposti dai principi generali dettati dalla medesima legge n. 241 del 1990, anche al fine di coglierne più nel dettaglio taluni peculiari aspetti applicativi.

Deve rammentarsi che l'istituto del silenzio-assenso può operare solo in relazione a procedimenti avviati su istanza di parte, per i quali sia precluso qualsiasi margine di discrezionalità in capo alla pubblica amministrazione. Difatti, nel caso di poteri discrezionali, la sostituzione, con il silenzio-assenso, della valutazione e della scelta della misura concreta da adottare per il perseguimento dell'interesse pubblico (per la tutela del quale il potere è stato conferito) impedirebbe, di fatto, alcuna valutazione da parte della pubblica amministrazione, con una sostanziale e inaccettabile decadenza dall'esercizio di potestà pubbliche<sup>209</sup>.

Alla pari di quanto avviene in materia di Scia, il silenzio-assenso, pur avendo implicitamente natura provvedimento, ma essendo comunque espressione di una tendenza semplificatrice del controllo pubblico sull'attività economica privata, opera solo nell'ambito di attività vincolate, per le quali sarebbe comunque necessaria la sola verifica amministrativa dei presupposti richiesti dalla legge.

È questa la conclusione cui è pervenuta anche la giurisprudenza costituzionale che, giudicando sulla legittimità costituzionale di una norma regionale in materia urbanistica, ha precisato che "*in base al sistema - è questo il significato sotteso alla richiamata sentenza n. 393*

---

<sup>209</sup> G. VESPERINI, *La denuncia di inizio attività e il silenzio assenso*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2007, p. 83 e ss.

*del 1992 – la previsione del silenzio-assenso può ritenersi ammissibile in riferimento ad attività amministrative nelle quali sia pressochè assente il tasso di discrezionalità, mentre la trasposizione di tale modello nei procedimenti ad elevata discrezionalità, primi tra tutti quelli della pianificazione e programmazione territoriale, finisce per incidere sull'essenza stessa della competenza regionale”<sup>210</sup>.*

Inoltre, per invocare la formazione del silenzio-assenso va verificato, oltre il decorso del termine a provvedere, il possesso di *“tutte le condizioni di carattere oggettivo e dei requisiti soggettivi necessari per lo svolgimento dell'attività per la quale vi è richiesta di autorizzazione amministrativa; ne consegue che il silenzio assenso non si forma ove l'interessato abbia rappresentato una situazione di fatto difforme da quella reale”<sup>211</sup>.*

Possono essere riproposte, dunque, le considerazioni avanzate in materia di Scia. Il rispetto di requisiti stabiliti dalla legge per l'avvio dell'attività economica conferma che, più che una totale liberalizzazione dell'attività, il silenzio-assenso risponde a logiche di semplificazione, sostituendo un regime amministrativo espresso con una determinazione “favorevole” all'interessato in caso di inerzia dell'amministrazione.

Anzi, a ben vedere, nel silenzio-assenso le istanze di semplificazione sembrano essere ancora più forti, tenuto conto che è innegabile la sussistenza di un regime amministrativo e la necessità di una qualche forma di conformazione pubblica.

Tali conclusioni sono indotte dalla stessa legge n. 241 del 1990, il cui articolo 21, comma 1, richiede che, nei casi previsti dai precedenti artt. 19 e 20, l'interessato debba *“dichiarare la sussistenza dei presupposti e dei requisiti di legge richiesti”*. La sussistenza delle condizioni e presupposti legittimanti deve riguardare l'integralità della domanda, e, quindi, il complessivo contenuto del provvedimento

---

<sup>210</sup> Corte Cost., sentenza n. 408 del 1995.

<sup>211</sup> Tar Sardegna, sez. I, 21 febbraio 2013, n. 153.

richiesto, non potendosi ipotizzare formazioni “parziali” del silenzio-assenso, atteso il chiaro disposto del citato articolo 21.

Infine, come precisato dal comma 3 dell’articolo 20, nei casi in cui il silenzio dell’amministrazione equivale ad accoglimento della domanda, la pubblica amministrazione competente può assumere determinazioni in via di autotutela, ai sensi degli articoli 21-*quinquies* e 21-*nonies* della legge n. 241 del 1990.

La pubblica amministrazione, pertanto, ben può, una volta formatosi il silenzio-assenso, intervenire in via di autotutela, laddove non sussistano le condizioni per il rilascio del provvedimento.

L’esplicarsi di un potere di autotutela, tuttavia, potrebbe, in qualche modo, frustrare le esigenze di semplificazione connesse all’adozione di forme di silenzio-assenso, tenuto conto che, con tale istituto, si rischia di traslare i costi dall’amministrazione ai privati che, nella sostanza, si trovano gravati degli adempimenti (istruttori) circa la sussistenza delle condizioni di fatto e diritto cui l’accoglimento dell’istanza è dalla legge subordinata.

Anche in tal caso, tuttavia, vale la notazione circa il principio di auto-responsabilità del privato che, come visto, serve a spiegare la sostituzione di provvedimenti autorizzativi espressi con altre forme di controllo pubblico dell’iniziativa economica privata.

Diversamente opinando, invero, si determinerebbe una situazione di tendenziale disparità tra ipotesi sostanzialmente identiche, dipendente solo “*dal sollecito (o meno) esercizio del potere amministrativo e – dove non fosse ipotizzabile l’intervento in via di autotutela dell’amministrazione – si verrebbe a configurare una “disapplicazione” di norme per mero (e casuale) decorso del tempo*”<sup>212</sup>.

---

<sup>212</sup> Cons. Stato, sez. IV, 5 settembre 2016, n. 3085.

### ***3. La semplificazione amministrativa e la semplificazione normativa.***

Nel corso dei precedenti paragrafi si è visto come la ricerca, da parte del legislatore, di forme di controllo pubblico alternative ai regimi amministrativi tradizionali (autorizzazione e concessione) si è mossa tanto sull'esigenza di garantire la liberalizzazione delle attività economiche quanto sulla necessità di semplificare gli oneri gravanti sui soggetti privati (in tal senso vanno interpretati gli istituti della Scia e del silenzio-assenso).

La considerazione di fondo sottesa a tali interventi ha una logica inconfutabile: laddove la liberalizzazione “in senso proprio” non è completamente applicabile<sup>213</sup>, allora è doveroso valorizzare la semplificazione in funzione di liberalizzazione, in modo da ridurre il peso dei poteri pubblici sulla libera iniziativa economica privata garantita dall'articolo 41 della Costituzione<sup>214</sup>.

In altri termini, la spinta verso la semplificazione dell'azione amministrativa conduce all'ampliamento delle libertà fondamentali (anche di stampo europeo v. artt. 49 e 56 TFUE), mediante l'armonizzazione delle regole procedurali, la riduzione dei condizionamenti amministrativi preventivi e, soprattutto, mediante la

---

<sup>213</sup> Tra i casi, recenti, di liberalizzazione piena si ricordano: art. 2-quinquies, d.l. 2/2006; art. 3, comma 1, lett. f) e fbis) del decreto Bersani 223/2006; art. 10 decreto Bersani-bis, 7/2007, in tema di guida e accompagnatori turistici, ma poi abrogato dall'art. 3, comma 1, lett. n) del d.lgs. 79/2011; artt. 21, 22 (sul commercio di margarina, liberalizzazione peraltro confermata dall'art. 71-bis del d.lgs. 59/2010) e art. 102, d.lgs. 112/2008, che sopprime alcune funzioni amministrative preventive di autorizzazione e controllo relative ad alcune attività economiche; d.l. 201/2011, art. 43, comma 6; art. 39, d.l. 1/2012, in tema di attività di intermediazione e di amministrazione dei diritti connessi al diritto di autore. A questi casi vanno poi ad aggiungersi tutte quelle ipotesi in cui viene richiesta una mera comunicazione per l'avvio dell'attività non seguita da forme di controllo successivo (art. 5, comma 1, decreto Bersani 223/2006, in tema di commercio di farmaci di fascia C; art. 27, d.l. 5/2012)

<sup>214</sup> Occorre richiamare quanto osservato da A. TRAVI, *La liberalizzazione, op. cit.*, secondo il quale è doveroso «riservare il termine liberalizzazione ad altre situazioni rappresentate nel nostro ordinamento, caratterizzate dal superamento della necessità del titolo amministrativo precedentemente richiesto per l'accesso al mercato. Sono quelle situazioni in cui lo svolgimento dell'attività non è più subordinata a un provvedimento amministrativo puntuale, né a un fatto equipollente a un provvedimento (come è il silenzio-assenso)».

preferenza per sistemi in cui le attività vengono avviate in auto-responsabilità<sup>215</sup>.

Peraltro, l'autoregolamentazione, che è tipica, come visto, del regime della Scia (e in parte anche del silenzio-assenso), rappresenta una forma di semplificazione nella quale non si «*tagliano fasi procedurali o si riduce il rilievo degli interessi pubblici; bensì si sostituisce alla pubblica amministrazione l'interessato quale soggetto che conforma provvisoriamente la fattispecie, nell'attesa della verifica dell'amministrazione*»<sup>216</sup>.

In tal senso, come opportunamente evidenziato dalla dottrina<sup>217</sup> e dagli studi istituzionali sul tema<sup>218</sup>, la semplificazione nasce in Italia essenzialmente come semplificazione amministrativa<sup>219</sup>, intesa quale snellimento dei procedimenti amministrativi, anche (ma non solo) relativi all'avvio di un'attività economica. Nel tempo, però, l'esigenza di coordinare le politiche pubbliche in modo da consentire il minor sacrificio possibile della libertà d'impresa concessa al soggetto privato ha determinato una nuova qualificazione del concetto di semplificazione<sup>220</sup>.

---

<sup>215</sup> P. LAZZARA, *Principio di semplificazione e situazioni giuridico-soggettive*, in *Dir. amm.*, fasc. 4, 2011, p. 679.

<sup>216</sup> M.P. CHITI, *Semplificazione delle regole o semplificazione dei procedimenti: alleati o avversari?*, in G. VESPERINI (a cura di), *Che fine ha fatto la semplificazione amministrativa?*, Milano, Giuffrè, 2006, p. 42.

<sup>217</sup> Si veda B.G. MATTARELLA, *La trappola delle leggi. Molte, oscure, complicate*, Bologna, Il Mulino, 2011.

<sup>218</sup> A titolo di mero esempio, *Semplificazione normativa e "taglia-leggi"*. *Le Relazioni della Commissione parlamentare per la semplificazione nella XVI legislatura*, Commissione parlamentare per la semplificazione, Documentazione di commissione n. 10, gennaio 2013, disponibile al link [www.senato.it application/xmanager/projects/leg17/file/Doc\\_di\\_Commis.\\_n.\\_10.pdf](http://www.senato.it/application/xmanager/projects/leg17/file/Doc_di_Commis._n._10.pdf).

<sup>219</sup> Intesa come risultato e, al contempo, come obiettivo. Si veda, in proposito, A. SANDULLI, *La semplificazione amministrativa tra riforma e restaurazione*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 10, 1997, p. 989.

<sup>220</sup> Lo evidenziano M. BENEDETTI, *Lo "stato dell'arte" della semplificazione in Italia*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 10, 2014, p. 972 e ss.; G. VESPERINI, *Le misure urgenti sulla pubblica amministrazione – La semplificazione, politica comune*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 11, 2014, p. 1019; S. BATTINI, *Le politiche di semplificazione nell'esperienza italiana*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 4, 2004, p. 450 e ss.

Poste le norme generali, ossia i ricordati articoli 19 e 20 della legge n. 241 del 1990, il legislatore si è trovato di fronte alla sfida<sup>221</sup> di agire con norme speciali, dettando nuove discipline dei singoli procedimenti che consentissero l'ampliamento dell'ambito di applicazione degli istituti della Scia e del silenzio-assenso<sup>222</sup>.

Esempio di tale nuova esigenza è l'articolo 20 della legge 15 marzo 1997, n. 59 (c.d. legge "Bassanini uno"), vera e propria disposizione generale in tema di semplificazione amministrativa, nella quale si prevede un apposito strumento normativo adottato su base annuale (la legge di semplificazione) volto a introdurre gradualmente forme di semplificazione dei procedimenti amministrativi.

Proprio tale strumento, pur se poco utilizzato nella prassi<sup>223</sup>, ha determinato, tuttavia, lo sviluppo del concetto stesso di semplificazione: oltre all'individuazione dei procedimenti amministrativi da semplificare, le leggi annuali di semplificazione hanno progressivamente concentrato la loro attenzione sul riordino, sul riassetto del sistema normativo<sup>224</sup>, al fine di coordinare le disposizioni legislative vigenti.

Su tale sviluppo concettuale ha inciso profondamente anche la normativa comunitaria. Basti pensare alla strategia adottata dalla Commissione (COM (2005) 535 def.) nel 2005, che si è tradotta in un

---

<sup>221</sup> L. VANDELLI, *Tendenze e difficoltà della semplificazione amministrativa*, in *N. aut.*, 2008, p. 417 e ss.

<sup>222</sup> Si vedano, in proposito, le riflessioni di B.G. MATTARELLA, *La semplificazione per la ripresa economica*, in G. VESPERINI (a cura di), *Che fine ha fatto la semplificazione amministrativa?*, Milano, Giuffrè, 2006, p. 42.

<sup>223</sup> Come ricordato da B.G. MATTARELLA, *La trappola delle leggi. Molte, oscure, complicate, op. cit.*, l'attuazione della legge Bassanini uno è episodica: in dieci anni, vengono approvate solo quattro leggi di semplificazione. La prima legge di semplificazione è la n. 50 del 1999. È una legge piuttosto breve, che contiene norme generali di semplificazione: sia di riordino normativo (testi unici, programma generale di semplificazione, analisi di impatto della regolamentazione), sia di semplificazione procedimentale. Non contiene, invece, norme su singoli settori di normazione. Ben maggiore la dimensione e diversa la struttura della seconda legge di semplificazione, la n. 340 del 2000: essa si arricchisce di contenuti, contiene anche norme di settore e diventa un veicolo normativo che ospita oggetti eterogenei, quasi come una legge finanziaria.

<sup>224</sup> Per un approfondimento F. MERUSI, *La semplificazione: problema legislativo o amministrativo*, in *N. aut.*, 2008, p. 335 e ss.

programma graduale di misure di semplificazione<sup>225</sup>, oppure alle misure di riordino normativo nelle materie interessate dalle direttive comunitarie, contenute nelle annuali leggi europee e di delegazione europea.

Questo processo ha determinato il passaggio da una semplificazione prevalentemente amministrativa ad una «*semplificazione di plessi normativi*»<sup>226</sup>, perseguita mediante la riduzione, il consolidamento e il riassetto delle regole, nonché attraverso una maggiore attenzione alla qualità delle regole stesse, anche grazie ad un nuovo strumento, l'analisi di impatto della regolamentazione, introdotto dall'articolo 5 della legge 8 marzo 1999, n. 50 (c.d. prima legge annuale di semplificazione).

Sono contestualmente mutati anche i meccanismi pratici di semplificazione<sup>227</sup>: si è passati da una fase, per così dire intermedia, connotata dall'adozione di testi unici misti<sup>228</sup>, intesi quale raccolta in un unico atto normativo delle disposizioni legislative e regolamentari relative ad un dato settore di attività della pubblica amministrazione, ad una successiva fase<sup>229</sup> denotata dall'utilizzo della codificazione settoriale, strumento teoricamente maggiormente idoneo a perseguire obiettivi di semplificazione normativa, per giungere, infine, al meccanismo del c.d. "taglia-leggi", modello di riordino normativo

---

<sup>225</sup> Ne sono state previste 185 da intraprendere tra il 2005 e il 2009 al fine di migliorare la qualità e l'efficacia della normativa.

<sup>226</sup> Così il documento *Semplificazione normativa e "taglia-leggi". Le Relazioni della Commissione parlamentare per la semplificazione nella XVI legislatura*, cit., p. 9.

<sup>227</sup> Dando luogo a fenomeni di semplificazione frammentata e asistemica, come evidenziano A. POLICE, *Riflessioni sui tortuosi itinerari della semplificazione nell'amministrazione della complessità*, in [www.apertacontrada.it](http://www.apertacontrada.it) e S. AMOROSINO, *Achille e la tartaruga: semplificazione amministrativa e competitività del sistema Italia*, Milano, Giuffrè, 2006.

<sup>228</sup> La legge n. 50 del 1999 (prima legge annuale di semplificazione) prevedeva, all'articolo 7, comma 2, "l'emanazione di testi unici riguardanti materie e settori omogenei comprendenti, in un unico contesto e con opportune evidenziazioni, le disposizioni legislative e regolamentari".

<sup>229</sup> Legge 29 luglio 2003, n. 229, con la quale, tuttavia, viene abbandonata del tutto la semplificazione procedimentale.

molto avanzato ma difficilmente attuabile, anche in considerazione della tempistica prevista per la sua adozione<sup>230</sup>.

Ad ogni modo, anche a prescindere dal modello effettivamente utilizzato (o utilizzabile)<sup>231</sup> che, di per sé, non dice nulla sulla reale volontà di semplificare plessi normativi e amministrativi disomogenei, è fondamentale evidenziare come i due concetti di semplificazione stiano sostanzialmente convergendo verso un unico e complementare effetto giuridico: la razionalizzazione delle attività delle pubbliche amministrazioni attraverso la coerenza sistematica della normativa che ad esse si riferisce e, di converso, lo snellimento degli obblighi burocratici imposti ai soggetti privati per l'avvio di un'attività economica.

In questa chiave di analisi, dunque, la distinzione tra semplificazione normativa e semplificazione amministrativa<sup>232</sup> perde il significato pregnante che ad essa viene attribuito da gran parte della dottrina<sup>233</sup>, per raggiungere un più moderno concetto di

---

<sup>230</sup> La legge 28 novembre 2005, n. 246, prevedeva tre distinte fasi di attuazione: 1) 2005-2007 per l'individuazione, da parte del Governo, delle disposizioni legislative statali vigenti, con l'evidenziazione delle incongruenze e antinomie normative nei diversi settori legislativi; 2) 2007-2009 per l'individuazione, con appositi decreti legislativi, delle disposizioni statali di rango primario valutate "indispensabili" con conseguente abrogazione delle residue norme; 3) 2009-2011 per l'adozione di disposizioni correttive e integrative. Sul punto si veda L. CARBONE, *L'esperienza "taglialeggi" a metà del suo cammino*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2008, n. 5, p. 573 e ss.

<sup>231</sup> Sulla differenziazione tra testi unici e codici di settore si richiamano F. SORRENTINO, *Dai testi unici misti ai codici di settore: profili costituzionali*, in *Diritto amministrativo*, 2005, p. 261-273; G. SAVINI, *Esperienze di nuova codificazione: i "codici di semplificazione di settore"*, Padova, Cedam, 2007. Secondo N. IRTI, che è più attento a valorizzare le tesi tradizionali, «i codici di settore non segnano un ritorno al Codice, ossia alla forma storica del codice, ma sviluppo e compimento del processo di decodificazione», *"Codici di settore": compimento della "decodificazione"*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Codificazione, semplificazione e qualità delle regole*, Milano, Giuffrè, 2005, p. 18.

<sup>232</sup> La prima concerne la riduzione del numero delle disposizioni normative, l'incremento della loro reciproca coerenza e il miglioramento della loro qualità linguistica; la seconda riguarda lo snellimento dei procedimenti amministrativi mediante la riduzione degli oneri richiesti ai soggetti che vi intervengono (con particolare, ma non esclusiva, attenzione per i privati).

<sup>233</sup> Possono ricordarsi, *ex multis*, P. CARNEVALE, *Le politiche sulla legislazione: codificazione e semplificazione*, in AA.VV., *La funzione legislativa, oggi*, Napoli, Editoriale scientifica, 2007, p. 55 e ss.; N. LUPO, *Dalla legge al regolamento. Lo sviluppo della potestà normativa del Governo nella disciplina delle pubbliche amministrazioni*, Bologna, Il Mulino, 2003, p. 147 e ss.; ID., *Dal regolamento alla*

complementarietà, tenuto conto, soprattutto, della funzionalità che entrambe le tipologie hanno rispetto al fine ultimo costituito, da un lato, dalla razionalizzazione delle attività svolte dalle amministrazioni e, dall'altro, dalla riduzione dei vincoli amministrativi sulle attività private<sup>234</sup>.

#### **4. La direttiva 2006/123/CE e il controllo pubblico euro-unitario.**

L'interrogarsi sulle forme di controllo pubblico dell'iniziativa economica privata non può in alcun modo prescindere dall'analisi della direttiva 2006/123/CE relativa ai servizi nel mercato interno<sup>235</sup>.

Preliminarmente, è doveroso circoscrivere l'ambito di intervento della citata direttiva. La definizione di "servizio" è contenuta all'articolo 57 del TFUE, secondo il quale "*sono considerate come servizi le prestazioni fornite normalmente dietro retribuzione, in quanto non siano regolate dalle disposizioni relative alla libera circolazione delle merci, dei capitali e delle persone*"; a titolo esemplificativo, il paragrafo 2 dello stesso articolo qualifica come servizi le attività di carattere industriale; le attività di carattere commerciale; le attività artigiane e le attività delle libere professioni<sup>236</sup>.

---

*legge: semplificazione e delegificazione: uno strumento ancora utile?*, in *Dir. soc.*, 2006, p. 399; A. NATALINI, *Le semplificazioni amministrative*, Bologna, Il Mulino, 2002.

<sup>234</sup> Anche nell'ottica di impulso allo sviluppo economico del sistema Paese. Si veda, al riguardo, T. BONETTI, *Semplificazione amministrativa e competitività del sistema paese*, in *Riv. trim. dir. pubb.*, 2008.

<sup>235</sup> Direttiva 2006/123/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 12 dicembre 2006, relativa ai servizi nel mercato interno (GU L 376 del 27.12.2006, p. 36). Per un approfondimento si rimanda a L. ALLA, *La Direttiva 2006/123/CE ed il nuovo quadro comunitario di riferimento per la liberalizzazione dei servizi nel mercato interno*, in [www.amministrazioneincammino.luiss.it](http://www.amministrazioneincammino.luiss.it), 2010.

<sup>236</sup> L'elenco esemplificativo di cui all'articolo 57 TFUE è stato di molto arricchito in via giurisprudenziale. Sono stati, ad esempio, ritenuti servizi i servizi finanziari, anche a distanza; le attività mediche e i trattamenti sanitari, a prescindere dalla circostanza che le cure siano dispensate in ambito ospedaliero o fuori dallo stesso; l'attività delle guide turistiche; l'insegnamento in istituti privati; l'attività sportiva; le lotterie; la gestione delle scommesse sulle competizioni sportive; le assicurazioni.

È evidente come la nozione di servizio ricalchi quella di iniziativa economica privata, propria dell'articolo 41 della Costituzione.

Nel tempo, peraltro, la Corte di giustizia dell'Unione europea ha illustrato la portata di questa definizione, fornendo un'interpretazione estremamente ampia del requisito della retribuzione.

Nelle prime decisioni, la Corte ha individuato la caratteristica essenziale della remunerazione “*nella circostanza che essa costituisce il corrispettivo economico della prestazione considerata, corrispettivo che è generalmente pattuito fra il prestatore ed il destinatario del servizio*”<sup>237</sup>. In seguito, la sussistenza del requisito è stata riconosciuta anche quando il servizio non è pagato da coloro che ne fruiscono<sup>238</sup> e, più in generale, ogni qualvolta l'attività abbia un carattere economico, ovvero non sia prestata senza corrispettivo; a tal fine, non è stato ritenuto necessario che il prestatore persegua lo scopo di realizzare un guadagno<sup>239</sup>.

Stante tale qualificazione del servizio (essenzialmente privato), l'obiettivo della direttiva 2006/123/CE è stato quello di progredire verso la creazione di un vero mercato interno dei servizi in modo tale che, nel più grande settore dell'economia europea, sia le imprese sia i consumatori potessero trarre massimo beneficio dalle opportunità che esso offre<sup>240</sup>.

Sostenendo lo sviluppo di un mercato interno dei servizi veramente integrato, la direttiva ha contribuito a innalzare il livello di crescita economica e la creazione di posti di lavoro.

---

<sup>237</sup> Corte di Giustizia, sentenza 27 settembre 1988, causa C-263/86, *Humbel e Edel*, in *Raccolta della giurisprudenza 1988*, p. 5365, punto 10.

<sup>238</sup> Corte di Giustizia, sentenza 26 aprile 1988, causa C-352/85, *Bond van Adverteerders*, in *Racc. 1988*, p. 2085, punto 16.

<sup>239</sup> Corte di giustizia, sentenza 18 dicembre 2007, causa C-281/06, *Jundt*, in *Racc. 2007*, p. I- 12231, punti 32-33.

<sup>240</sup> Si rimanda alle argomentazioni svolte da S. D'ACUNTO, *Directive service (2006/123/CE): radiographie juridique en dix points*, in *Revue du droit de l'Union européenne*, 2007, n. 2, p. 261-327.

Al riguardo, è opportuno segnalare che tra le quattro libertà di circolazione garantite dai Trattati<sup>241</sup>, quella relativa ai servizi ha assunto, ormai da tempo, un'importanza crescente, anche in considerazione della rilevanza economica del settore.

Inoltre, prevedendo obblighi di semplificazione amministrativa, la direttiva in esame ha avuto anche l'obiettivo di porre in essere strategie di programma per meglio legiferare nell'Unione europea<sup>242</sup>.

Infatti, oltre a imporre agli Stati membri di adottare misure legislative concrete, la direttiva richiede anche l'adozione di una serie di modalità pratiche, quali gli sportelli unici per i prestatori di servizi<sup>243</sup>, le procedure elettroniche e la cooperazione amministrativa<sup>244</sup>, introducendo, altresì, alcuni strumenti innovativi

---

<sup>241</sup> Sulle quali si rimanda a C. BARNARD, *The substantive of the EU - The four freedoms*, 3rd edition, Oxford, OUP, 2010.

<sup>242</sup> Comunicazione della Commissione «Esame strategico del programma per legiferare meglio nell'Unione europea» - COM(2006) 690 del 14.11.2006.

<sup>243</sup> Lo "Sportello unico" costituisce uno strumento fondamentale di semplificazione amministrativa, mediante il quale i prestatori di servizi devono poter compiere con facilità, a distanza e per via elettronica, tutti gli adempimenti necessari all'accesso e all'esercizio di un'attività economica e ottenere informazione e assistenza. Lo Sportello unico deve garantire ai prestatori e ai destinatari di servizi le informazioni sui requisiti applicabili ai prestatori stabiliti sul territorio di uno Stato membro, in particolare quelli relativi alle procedure e alle formalità da espletare per svolgere una determinata attività di servizi; sui dati necessari per entrare direttamente in contatto con le autorità competenti; sui mezzi e sulle condizioni di accesso alle banche dati e ai registri pubblici relativi ai prestatori e ai servizi; sui mezzi di ricorso in caso di controversie; sui dati di associazioni o organizzazioni diverse dalle autorità competenti presso le quali i prestatori o i destinatari possono ottenere assistenza pratica (art. 7, par. 1, direttiva 2006/123/CE). Le autorità competenti devono fornire a prestatori e destinatari di servizi, in un linguaggio semplice e comprensibile, informazioni sul modo in cui i requisiti relativi allo svolgimento di attività di servizi sono di norma interpretati e applicati; questa attività consiste in chiarimenti e spiegazioni di ordine generale e non in una consulenza legale per casi specifici (art. 7, parr. 2 e 6, direttiva 2006/123/CE). Le informazioni e l'assistenza devono essere disponibili in modo chiaro e non ambiguo, devono essere aggiornate e facilmente accessibili a distanza e per via elettronica; sportelli unici e autorità competenti sono tenuti a rispondere alle richieste con la massima sollecitudine, dando pronta comunicazione al richiedente in caso di domanda irregolare o infondata (art. 7, parr. 3 e 4, direttiva 2006/123/CE).

<sup>244</sup> Il punto di contatto nazionale per la cooperazione amministrativa di cui all'articolo 28 della direttiva servizi è il Dipartimento per il coordinamento delle politiche comunitarie (oggi: Dipartimento per le Politiche Europee) della Presidenza del Consiglio dei Ministri (art. 36, d.lgs. n. 59/2010). La direttiva in esame prevede l'obbligo per gli Stati membri di collaborare con le autorità di altri Stati membri per garantire un controllo efficace delle attività di servizi nell'Unione europea, istituendo a tal fine un meccanismo di allerta ed evitando la moltiplicazione dei

quali la revisione della legislazione nazionale e il processo di valutazione reciproca.

Nel perseguire le finalità della direttiva servizi, il legislatore europeo ha, dunque, posto in essere una disciplina avente l'effetto di condizionare il sistema amministrativo dei Paesi membri, influenzandolo sotto due differenti profili<sup>245</sup>: uno contenutistico e relativo alle finalità e alla *ratio* della regolazione pubblica di tale settore, l'altro organizzativo e procedurale, afferente quindi al modo in cui le pubbliche amministrazioni domestiche sono chiamate a porre in essere la regolazione della materia dei servizi.

Sotto il primo profilo, la direttiva n. 123 delinea obiettivi e approcci contenutistici della regolazione in parola, indirizzandola verso un modello aperto, liberalizzato, fortemente concorrenziale e semplificato, riducendo pertanto l'intervento dei poteri pubblici con l'obiettivo di rendere più dinamico un settore di mercato strategico.

In tal senso, come opportunamente osservato, la disciplina posta dalla direttiva servizi assume «*rilievo nella prospettiva della riforma pro-concorrenziale della regolazione*»<sup>246</sup>, circoscrivendo la possibilità per gli Stati membri di limitare in via amministrativa l'accesso ai servizi (spogliando i legislatori della piena discrezionalità nel decidere cosa deve ritenersi di interesse generale) e obbligando gli stessi a procedere a una revisione capillare di tutti i regimi esistenti di accesso e di esercizio<sup>247</sup>.

Sotto il secondo profilo, la norma in parola incide su aspetti organizzativi e procedurali degli apparati amministrativi nazionali che si occupano di servizi, richiedendo agli Stati membri una revisione della legislazione nazionale e locale nel rispetto di determinati

---

controlli sui prestatori, e di sviluppare un sistema elettronico di scambio di informazioni (artt. 29-35).

<sup>245</sup> Per un approfondimento si veda A. HEIMLER, *La direttiva Bolkestein*, in *Mercato Concorrenza e Regole*, 1, 2006.

<sup>246</sup> A. ARGENTATI, *La storia infinita della liberalizzazione dei servizi in Italia*, in *Mercato Concorrenza e Regole*, 2, 2012, p. 338.

<sup>247</sup> J. VAN DE GRONDEN-H. DE WAELE, *All's well that bends well? The constitutional dimension to the [EU] Services Directive*, in *European Constitutional Law Review*, 2010, Vol. 6, Issue 3, p. 397 e ss.

requisiti da essa stessa indicati, nonché l'adeguamento delle varie discipline di settore ai suoi principi.

Con specifico riferimento alle modifiche relative all'accesso ai servizi (oggetto del presente lavoro di ricerca), si nota che la direttiva in parola impone agli Stati membri di esaminare ed eventualmente semplificare le procedure e i requisiti per svolgere un'attività economica.

Tale semplificazione si basa essenzialmente sul ricorso a meccanismi di liberalizzazione dei regimi autorizzatori per l'avvio o lo stabilimento di un'impresa<sup>248</sup>. Rispetto ad essi, l'atto comunitario interviene con un approccio orizzontale, giustificato dal fatto che gli ostacoli giuridici alla realizzazione di un mercato interno sono spesso gli stessi e presentano caratteristiche comuni.

La scelta di adottare una direttiva quadro, in luogo di un approccio settoriale, non risulta contraddire il generale principio di sussidiarietà<sup>249</sup>, che anzi è da considerarsi valorizzato.

Allo scopo di limitare le interferenze con le specificità dei regimi nazionali, l'atto non ha proceduto ad un'armonizzazione dettagliata e sistematica del complesso di norme applicabili ai servizi, ma si è limitato a trattare alcune questioni essenziali il cui coordinamento è ritenuto strettamente necessario per garantire libertà di stabilimento e libera circolazione dei servizi.

Il Capo III della direttiva in parola è, infatti, finalizzato a ridurre la discrezionalità delle autorità amministrative nazionali, stabilendo alcune condizioni specifiche, senza le quali non è possibile sottoporre a regime autorizzatorio un'attività di servizio.

In particolare, si prevede che gli Stati membri possano subordinare l'accesso ad un'attività di servizio e il suo esercizio ad un

---

<sup>248</sup> La dottrina più autorevole segnala la spinta comunitaria verso la «*demolizione del classico regime di tipo autorizzatorio*», così A. ROMANO, *A proposito dei vigenti artt. 19 e 20 della l. 241 del 1990: divagazioni sull'autonomia dell'amministrazione*, in *Dir. amm.*, 2006, p. 513.

<sup>249</sup> R. CAFARI PANICO, *La liberalizzazione dei servizi tra il regime vigente e la direttiva Bolkestein*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 4, 2006, p. 1880.

regime di autorizzazione soltanto se il regime di autorizzazione non è discriminatorio nei confronti del prestatore; qualora il regime di autorizzazione sia giustificato da un motivo imperativo di interesse generale; e, infine, in tutti i casi in cui l'obiettivo perseguito non può essere conseguito tramite una misura meno restrittiva, in particolare in quanto un controllo a posteriori interverrebbe troppo tardi per avere reale efficacia<sup>250</sup>.

La medesima direttiva individua, conseguentemente, sotto forma di elenco, una serie di criteri su cui basare le (eventuali) forme di autorizzazione, che corrispondono ad altrettanti principi fondamentali – e generalmente condivisi – del diritto amministrativo.

In base a questi, infatti, i regimi autorizzatori devono essere:

a) non discriminatori<sup>251</sup> (in ossequio al principio di eguaglianza e di imparzialità);

b) giustificati da un motivo imperativo di interesse generale<sup>252</sup> (nel rispetto del principio di imparzialità e buon andamento)

---

<sup>250</sup> Articolo 9, par. 1, direttiva 2006/123/CE.

<sup>251</sup> Sono requisiti a carattere discriminatorio, e come tali vietati dalla direttiva in parola, le limitazioni della capacità giuridica e della capacità processuale delle società costituite conformemente alla legislazione di un altro Stato membro sul cui territorio queste hanno lo stabilimento principale; le forme di vantaggio per i prestatori che abbiano un legame particolare con un contesto socioeconomico nazionale o locale, e le limitazioni, in funzione del luogo di stabilimento, della facoltà del prestatore di acquisire, usare o alienare diritti e beni o di accedere alle diverse forme di credito e di alloggio, nella misura in cui queste facoltà sono utili all'accesso alla sua attività o all'esercizio effettivo della stessa. Costituisce una discriminazione anche l'obbligo, imposto soltanto ai cittadini di un altro Stato membro, di fornire documenti originali, copie autenticate, un certificato di cittadinanza o traduzioni ufficiali di documenti per poter fruire di un servizio o di condizioni o tariffe più vantaggiose. In termini più generali, gli Stati membri non possono chiedere a un prestatore o a un destinatario di fornire un certificato, un attestato o qualsiasi altro documento comprovante il rispetto di un particolare requisito e sono tenuti ad accettare i documenti rilasciati da un altro Stato membro che abbiano finalità equivalenti o dai quali risulti che il requisito in questione è rispettato.

<sup>252</sup> I “*motivi imperativi di interesse generale*” sono definiti all'articolo 4, par. 1, n. 8, della direttiva con riferimento alla nozione che è stata progressivamente elaborata dalla Corte di giustizia. In questa categoria rientrano “*almeno i seguenti motivi: l'ordine pubblico, la pubblica sicurezza e la sanità pubblica [...], il mantenimento dell'ordine sociale, gli obiettivi di politica sociale, la tutela dei destinatari di servizi, la tutela dei consumatori, la tutela dei lavoratori, compresa la protezione sociale dei lavoratori, il benessere degli animali, la salvaguardia dell'equilibrio finanziario del regime di sicurezza sociale, la prevenzione della frode, la prevenzione della concorrenza sleale, la protezione dell'ambiente e dell'ambiente urbano, compreso*”

- c) commisurati all'obiettivo di interesse generale (coerentemente con i principi di legalità e di proporzionalità);
- d) chiari e inequivocabili (secondo un principio di trasparenza);
- e) oggettivi (come prescrive il principio di neutralità e imparzialità);
- f) resi pubblici preventivamente (ancora in ossequio al principio di trasparenza);
- g) trasparenti e accessibili (di nuovo nel rispetto del principio di trasparenza e della *due process clause*).

In altre parole, l'accesso a un'attività di servizi può essere subordinato ad autorizzazione soltanto qualora l'obiettivo di interesse generale perseguito non possa essere raggiunto tramite una misura alternativa meno restrittiva, ovvero in tutti i casi nei quali un controllo successivo non garantirebbe l'adeguata protezione dell'interesse da tutelare, sia per l'impossibilità di constatare a posteriori le carenze del servizio in questione, sia considerati i rischi e i pericoli che potrebbero derivare dall'assenza di un controllo a priori<sup>253</sup>.

Il legislatore europeo ha, in altri termini, imposto un modello di controllo pubblico improntato a un regime di libertà economica con divieto di autorizzazione, ribaltando la prospettiva originaria del

---

*l'assetto territoriale in ambito urbano e rurale, la tutela dei creditori, la salvaguardia della sana amministrazione della giustizia, la sicurezza stradale, la tutela della proprietà intellettuale, gli obiettivi di politica culturale, compresa la salvaguardia della libertà di espressione dei vari elementi presenti nella società e, in particolare, dei valori sociali, culturali, religiosi e filosofici, la necessità di assicurare un elevato livello di istruzione, il mantenimento del pluralismo della stampa e la politica di promozione della lingua nazionale, la conservazione del patrimonio nazionale storico e artistico, e la politica veterinaria*".

<sup>253</sup> Ne consegue che, nell'ottica della direttiva servizi, «l'autorizzazione non costituisce uno strumento neutrale, ma interferisce negativamente sul mercato» e che «lo stesso atteggiamento [del legislatore europeo] (di presunzione di incompatibilità) si registra nei riguardi dell'autorizzazione, che viene più volte qualificata come una misura, in linea di principio, incompatibile con il mercato unico ovvero con lo statuto giuridico delle libertà economiche» - così N. GULLO, *Autorizzazioni amministrative e liberalizzazione dei mercati tra diritto europeo e diritto interno*, op. cit., p. 222 e 223.

nostro ordinamento, basata invece, su di un regime generalizzato di divieto di attività (economica) con riserva di amministrazione<sup>254</sup>.

I controlli amministrativi che non prevedono un'attesa tra dichiarazione dell'interessato e avvio dell'attività non rilevano come restrizione e possono essere introdotti e mantenuti liberamente. Tutto il resto, quale che sia la denominazione del titolo scelta dall'ordinamento nazionale, è «un'autorizzazione che può sopravvivere solo se giustificata, rispetti certi standard sostanziali (non discriminazione, trasparenza e oggettività dei criteri) e ove non sia accompagnata da restrizioni ulteriori vietate e comunque sproporzionate»<sup>255</sup>.

In tal senso, assume importanza anche la nozione sostanziale di autorizzazione che, secondo l'articolo 4, par. 1, numero 6), della direttiva in commento, è assimilabile a “qualsiasi procedura che obbliga un prestatore o un destinatario a rivolgersi ad un'autorità competente allo scopo di ottenere una decisione formale o una decisione implicita relativa all'accesso ad un'attività di servizio o al suo esercizio”.

---

<sup>254</sup> Ancora N. GULLO, *Autorizzazioni amministrative e liberalizzazione dei mercati tra diritto europeo e diritto interno*, op. cit. Al riguardo si evidenzia che, per altra tesi, il ruolo (quantomeno) paritario che la Corte di Giustizia ha riconosciuto (e negli ultimi tempi sembra ancor più riconoscere) ai valori che controbilanciano le libertà di circolazione, continuano a consentire legittime giustificazioni di deroga alle stesse. La Corte, infatti, ove interpellata dagli Stati membri sulla compatibilità comunitaria di un'autorizzazione amministrativa preventiva o di un qualsivoglia atto amministrativo cui è subordinato l'accesso al mercato, li riconduce pacificamente entro la formula di “misure di effetto equivalente a restrizioni quantitative”, con un giudizio del tutto neutro. L'incompatibilità comunitaria della misura non è per nulla frutto di una presunzione aprioristica, ma di un esame di stretto rigore condotto dalla Corte stessa sulla misura nazionale per saggiarne necessità e adeguatezza, proporzionalità in senso stretto, non discriminazione e, prima ancora, valutare la “giustificabilità” dell'interesse pubblico che ne è alla base – così A. NEGRELLI, *Economia di mercato e liberalizzazioni: le (principali) ricadute sul sistema amministrativo italiano*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, fasc. 3-4, 2013, p. 679 e ss., in particolare la nota n. 19.

<sup>255</sup> G. FONDERICO, *L'applicazione della direttiva servizi a livello nazionale*, in B.G. MATTARELLA-A. NATALINI (a cura di), *La regolazione intelligente*, op. cit., p. 135 e ss.

Parallelamente, la direttiva servizi individua una serie di requisiti (vietati e da valutare)<sup>256</sup> dei quali gli Stati membri dovrebbero tener conto nel momento in cui, sulla base dei criteri appena

---

<sup>256</sup> Gli Stati membri non subordinano l'accesso ad un'attività di servizi o il suo esercizio sul loro territorio al rispetto dei requisiti seguenti: requisiti discriminatori fondati direttamente o indirettamente sulla cittadinanza o, per quanto riguarda le società, sull'ubicazione della sede legale, in particolare: a) il requisito della cittadinanza per il prestatore, il suo personale, i detentori di capitale sociale o i membri degli organi di direzione e vigilanza; b) il requisito della residenza sul loro territorio per il prestatore, il suo personale, i detentori di capitale sociale o i membri degli organi di direzione e vigilanza; 2) il divieto di avere stabilimenti in più di uno Stato membro o di essere iscritti nei registri o ruoli di organismi, ordini o associazioni professionali di diversi Stati membri; 3) restrizioni della libertà, per il prestatore, di scegliere tra essere stabilito a titolo principale o secondario, in particolare l'obbligo per il prestatore, di avere lo stabilimento principale sul loro territorio o restrizioni alla libertà di scegliere tra essere stabilito in forma di rappresentanza, succursale o filiale; 4) condizioni di reciprocità con lo Stato membro nel quale il prestatore ha già uno stabilimento, salvo quelle previste in atti comunitari riguardanti l'energia; 5) l'applicazione caso per caso di una verifica di natura economica che subordina il rilascio dell'autorizzazione alla prova dell'esistenza di un bisogno economico o di una domanda di mercato, o alla valutazione degli effetti economici potenziali o effettivi dell'attività o alla valutazione dell'adeguatezza dell'attività rispetto agli obiettivi di programmazione economica stabiliti dall'autorità competente; tale divieto non concerne i requisiti di programmazione che non perseguono obiettivi economici, ma che sono dettati da motivi imperativi d'interesse generale; 6) il coinvolgimento diretto o indiretto di operatori concorrenti, anche in seno agli organi consultivi, ai fini del rilascio di autorizzazioni o ai fini dell'adozione di altre decisioni delle autorità competenti, ad eccezione degli organismi o ordini e delle associazioni professionali o di altre organizzazioni che agiscono in qualità di autorità competente; tale divieto non riguarda la consultazione di organismi quali le camere di commercio o le parti sociali su questioni diverse dalle singole domande di autorizzazione né la consultazione del grande pubblico; 7) l'obbligo di presentare, individualmente o con altri, una garanzia finanziaria o di sottoscrivere un'assicurazione presso un prestatore o presso un organismo stabilito sul territorio degli Stati membri in questione. Ciò non pregiudica la facoltà, per gli Stati membri, di esigere un'assicurazione o garanzie finanziarie in quanto tali come pure i requisiti relativi alla partecipazione a un fondo collettivo di indennizzo, ad esempio per i membri di organismi o ordini o di organizzazioni professionali; 8) l'obbligo di essere già stato iscritto per un determinato periodo nei registri degli Stati membri in questione o di aver in precedenza esercitato l'attività sul loro territorio per un determinato periodo. Inoltre, gli Stati membri verificano se il loro ordinamento giuridico subordina l'accesso a un'attività di servizi o il suo esercizio al rispetto dei requisiti non discriminatori seguenti: a) restrizioni quantitative o territoriali sotto forma, in particolare, di restrizioni fissate in funzione della popolazione o di una distanza geografica minima tra prestatori; b) requisiti che impongono al prestatore di avere un determinato statuto giuridico; c) obblighi relativi alla detenzione del capitale di una società; d) requisiti diversi da quelli relativi alle questioni disciplinate dalla direttiva 2005/36/CE o da quelli previsti in altre norme comunitarie, che riservano l'accesso alle attività di servizi in questione a prestatori particolari a motivo della natura specifica dell'attività; e) il divieto di disporre di più stabilimenti sullo stesso territorio nazionale; f) requisiti che stabiliscono un numero minimo di dipendenti; g) tariffe obbligatorie minime e/o massime che il prestatore deve rispettare; h) l'obbligo per il prestatore di fornire, insieme al suo servizio, altri servizi specifici.

richiamati, decidano di sottoporre un'attività economica a un regime di stampo autorizzativo.

Come evidente, quindi, il meccanismo di integrazione amministrativa adottato dall'UE in tale ambito – che nell'indicare i criteri che debbono presiedere i regimi autorizzatori fa indirettamente riferimento ai principi generali del diritto amministrativo – è sintomatico di un approccio armonizzativo deferente e attento alle particolarità degli Stati membri.

Come per altri settori oggetto di regolazione pubblica, anche per questo può dirsi che il diritto europeo non impone un diritto uniforme, ma «*funzionalizz[a] i diritti nazionali alla tutela di tutti gli interessi riconosciuti nell'ordinamento europeo*»<sup>257</sup> e attraverso un bilanciamento dei poteri «*consente la conservazione delle culture e delle tradizioni nazionali e la loro reciproca contaminazione, entro il quadro dei valori dei diritti fondamentali definiti dal diritto costituzionale europeo*»<sup>258</sup>.

Per questo può dirsi che l'europeizzazione della disciplina dei servizi è stata effettuata tramite un diritto per principi, piuttosto che con un diritto per regole<sup>259</sup>. Ciò ha avuto il vantaggio di consentire agli Stati di adeguare le norme europee ai contesti nazionali e, nondimeno, ha lasciato agli stessi un'ampia discrezionalità nel decidere se recepire la direttiva solo da un punto di vista strettamente formale o se dare avvio a una riforma più radicale del sistema interno.

---

<sup>257</sup> L. TORCHIA, *Il governo delle differenze. Il principio d'equivalenza nell'ordinamento europeo*, Bologna, Il Mulino, 2006, p. 175.

<sup>258</sup> *Ibidem*, p. 178.

<sup>259</sup> La riflessione su tali aspetti si deve a Ronald Dworkin e viene ripresa da G. ZAGREBELSKY, *Diritto per valori, principi o regole?*, in AA.VV., *L'ordinamento giuridico europeo. Radici e prospettive*, Quaderni fiorentini, 31, Milano, Giuffrè, 2002, p. 871, il quale sostiene che «*“il diritto per principi” soverchia ormai come una necessità il “diritto per regole”, tutte le volte in cui ci si trovi di fronte a casi controversi (...). Il diritto per regole non è idoneo a governare la complessità e soccorre il diritto per principi. Non è casuale il fatto che esso si sviluppi particolarmente nelle società pluraliste*».

#### ***4.1. L'attuazione della direttiva servizi in Italia e in Europa.***

La “direttiva servizi” è stata formalmente recepita in Italia dal decreto legislativo n. 59 del 2010<sup>260</sup>.

Questo, tuttavia, non è stato preceduto dalla necessaria ampia analisi della legislazione e, come si vedrà, in molti punti si limita a riaffermare i principi della direttiva e a semplificare poche procedure proprie di alcune amministrazioni statali, senza dar vita a una effettiva liberalizzazione dei settori considerati<sup>261</sup>.

Ci si sofferma, in tale sede, in particolare, sulla disciplina dei regimi autorizzatori e degli eventuali requisiti che gli Stati membri possono imporre.

La direttiva, come accennato, definisce i casi in cui possono essere introdotti regimi autorizzatori e i caratteri che le autorizzazioni devono avere.

Esse, infatti, vanno introdotte solo nei casi di effettiva necessità (in base al principio di proporzionalità), dove cioè l'interesse pubblico non può essere tutelato attraverso controlli a posteriori e il rilascio delle autorizzazioni deve essere subordinato, di regola, al possesso di requisiti vincolati che non lasciano all'amministrazione spazi di valutazione discrezionale.

Inoltre, la durata delle autorizzazioni deve essere illimitata e ogni procedimento deve chiudersi entro un termine ragionevole; la mancata risposta equivale a silenzio-assenso.

---

<sup>260</sup> Decreto legislativo 26 marzo 2010, n. 59, “Attuazione della direttiva 2006/123/CE relativa ai servizi nel mercato interno”, pubblicato nella Gazzetta Ufficiale n. 94 del 23 aprile 2010 - Suppl. Ordinario n. 75. Per una disamina completa si veda E.L. CAMILLI, *Il recepimento della direttiva servizi in Italia*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 12, 2010, nonché C. APPONI-B. FUOCO-R. SESTINI, *La nuova disciplina dei procedimenti autorizzatori nelle attività economiche*, Santarcangelo di Romagna, Maggioli, 2010.

<sup>261</sup> Si registra altresì un recepimento dislocato a livello territoriale, ove le singole regioni, per le materie di loro competenza, hanno provveduto – invero con un certo ritardo rispetto all'adozione della norma europea – a dare attuazione alla direttiva, ancorché con diversi gradi di efficienza ed efficacia. Lo notano, ad esempio, M. CLARICH-B.G. MATTARELLA, *Leggi più amichevoli: sei proposte per rilanciare la crescita*, in *Diritto e processo amministrativo*, n. 2/2011, p. 410 e ss.

Al riguardo, le scelte del decreto di recepimento (contenute negli articoli 14-18 del decreto legislativo n. 59 del 2010) sono, per molti aspetti, riduttive rispetto a quelle della direttiva: si riscontra una mera ripetizione delle disposizioni già indicate nella norma comunitaria, con pochi elementi aggiuntivi, per lo più a carattere derogatorio; non viene ripetuta la previsione che il regime autorizzatorio può essere introdotto solo in assenza di una soluzione meno restrittiva per la libertà d'impresa; la disciplina degli ordini e degli albi professionali è sottratta alla previsione per cui i regimi autorizzatori devono essere giustificati da un motivo imperativo di interesse generale; gli interventi sui regimi esistenti sono di semplificazione, non di completa liberalizzazione<sup>262</sup>.

Se si considerano più attentamente le condizioni per cui può subordinarsi l'accesso a un'attività di servizi al rilascio di un'autorizzazione (*ex art. 14, comma 1, del decreto legislativo n. 59 del 2010*, ossia quando il regime di autorizzazione non è discriminatorio nei confronti del prestatore; quando la previsione di un regime di autorizzazione è giustificata da un motivo imperativo di interesse generale; in ossequio al principio di proporzionalità) si nota il riferimento ai principi di eguaglianza e non discriminazione, ragionevolezza e proporzionalità in senso stretto.

Nondimeno, ciò rende palese la "timidezza" del legislatore italiano, che ha mantenuto i riferimenti e il rispetto di principi e criteri generali, ma non ha elaborato una disciplina di dettaglio, relativa ai singoli tipi di servizio, che desse concreta attuazione a quei criteri e principi<sup>263</sup>.

---

<sup>262</sup> In tal senso M. CLARICH-B.G. MATTARELLA, *Leggi più amichevoli*, *op. cit.*, p. 416.

<sup>263</sup> Inoltre, con riferimento alla seconda condizione per subordinare ad autorizzazione l'accesso a un'attività di servizi, si nota che, stando alla giurisprudenza della Corte di giustizia, costituiscono motivi imperativi di interesse generale, tra gli altri, la sanità pubblica, la tutela dei consumatori, la salute degli animali e la protezione dell'ambiente urbano. A riguardo, seppure vi sia una limitazione – per materia – del potere discrezionale di individuazione dei motivi di interesse generale (ossia quelli indicati dal diritto e dalla giurisprudenza Ue), si registra comunque una salvaguardia di tale discrezionalità, nell'interpretazione delle

Nonostante quanto appena osservato, però, il richiamo a una serie di principi, diversi da quelli storicamente affermatasi in tema di libera iniziativa economica privata, ha posto nuovamente (e con maggiore forza) il tema del bilanciamento di valori nell'opera di assoggettamento delle attività private a regimi amministrativi di controllo.

Infatti, è lo stesso decreto legislativo n. 59 del 2010 a evidenziare, al di là delle condizioni che consentono di subordinare l'accesso a un'attività di servizi, come “*l'accesso e l'esercizio delle [suddette] attività di servizi costituiscono espressione della libertà di iniziativa economica*” (articolo 10, comma 1), con ciò riecheggiando quanto l'articolo 41 della Costituzione già prevedeva da tempo, ossia la possibilità di limitare la libertà d'impresa esclusivamente in considerazione di principi e valori che ne consentano la compressione in virtù dell'esigenza di tutela dell'interesse pubblico.

Sul versante pratico, la scelta del legislatore italiano non è stata effettivamente differente dallo *standard* adottato dagli altri Paesi europei<sup>264</sup>, essendo comune agli Stati membri la preferenza di una “*linea morbida*” di modifica dei previgenti regimi autorizzatori in luogo di un'abolizione *sic et simpliciter* di tutte le autorizzazioni sproporzionate o non necessarie.

Tuttavia, alcuni di essi sono comunque intervenuti in maniera più profonda, creando, in alcuni settori, un vero e proprio mercato liberalizzato europeo.

---

circostanze di dettaglio valutabili all'interno della categoria “motivi imperativi di interesse generale”. L'interpretazione di tale interesse e del peso specifico che questo può avere nella regolazione rimane affidata alle autorità nazionali, che in tal senso avranno gioco nel giustificare la previsione di regimi autorizzativi, sulla base di motivi ritenuti di importanza primaria, rispetto alla prestazione dei servizi. Nella dialettica tra liberalizzazione e mantenimento dei poteri discrezionali in capo ai soggetti pubblici, si registra, anche in questo caso, un'oscillazione a favore di questi ultimi.

<sup>264</sup> Sui quali si veda A. CRESPIY-K. GAJEWSKA, *New Parliament, New Cleavages after the Eastern Enlargement? The Conflict over the Services Directive as an Opposition between the Liberals and the Regulators*, in *Journal of Common Market Studies*, 2010, Vol. 48, No. 5, p. 1185.

È il caso, ad esempio, della Francia<sup>265</sup>, paese che ha formalmente abolito il previgente regime di autorizzazione per l'accesso all'attività alberghiera e, nel settore del commercio al dettaglio, ha espressamente previsto che le strutture di superficie inferiore ai 1000 m<sup>2</sup> non siano soggette ad autorizzazione.

La Spagna ha abolito ben 198 autorizzazioni nel settore del turismo (es. agenzie di viaggio, alcune categorie di hotel e ristoranti) e 153 nel settore del commercio. Coerentemente con gli obiettivi della direttiva, Malta ha abolito tutte le tariffe autoritativamente imposte dal Governo<sup>266</sup> per l'esercizio delle libere professioni.

Nei suddetti casi si è trattato di scelte di liberalizzazione perfettamente aderenti ai risultati attesi dal legislatore comunitario e decisamente utili per intraprendere il complesso percorso di apertura del mercato e contestuale valorizzazione della libera iniziativa economica.

Nonostante tali importanti esempi pratici, è nondimeno opportuno sottolineare che la scelta di gran lunga maggioritaria è stata nel senso di imporre regole generali che portassero alla facoltà di modificare i precedenti regimi autorizzatori, sostituendoli (eventualmente) con nuovi meccanismi amministrativi (notifiche, dichiarazioni, procedure semplificate con effetto immediato).

È nuovamente accaduto in Francia<sup>267</sup>; in Ungheria, ove la sostituzione dei precedenti regimi di autorizzazione con semplici

---

<sup>265</sup> Commissione Europea, *Services Directive: Explanation and practical examples*, 2012.

<sup>266</sup> Milieu, *Services Directive: Assessment of implementation measures in Member States*, 2011. Nel documento il gruppo di lavoro riporta anche altri esempi (*Belgium has lifted restrictions relating to the legal form of real estate agents. Real estate agents are now able to establish themselves in the legal form of their choice whereas they previously had to establish themselves as a natural person, which posed problems, particularly for real estate agencies already established in other EU countries*).

<sup>267</sup> *Ibidem*. In Francia si è assistito alla sostituzione di autorizzazioni con dichiarazioni in diversi settori (es. settore giocattoli) e sostituzione del complesso sistema di autorizzazione previsto per le agenzie di viaggio con un sistema di registrazione; nel settore dei servizi professionali il livello minimo di capitale di una società che deve essere controllato dai professionisti è stato ridotta al 51% per geometri, commercialisti e architetti

certificazioni (*rectius* autodichiarazioni) ha una notevole importanza in quanto si tratta di principi originariamente estranei all'ordinamento statale; ancora in Svezia, ove per la prima volta è stato introdotto il principio del silenzio-assenso in numerosi settori (i.e. noleggio di autoveicoli)<sup>268</sup>.

È evidente, dunque, che proprio gli esempi pratici appena riportati confermano quanto, pur condividendo un'impostazione di fondo comune (sostanziale riluttanza nell'adeguarsi correttamente alle disposizioni comunitarie), gli Stati membri abbiano notevolmente differenziato circa le concrete modalità di applicazione.

Da un lato, ci sono Paesi che, pur contrari alla forte spinta alla liberalizzazione manifesto della normativa comunitaria, hanno tentato di applicare concretamente le disposizioni in essa contenute, mentre, dall'altro, ce ne sono altri che hanno preferito modificare minimamente i previgenti sistemi, aggiungendo principi sconosciuti ai propri ordinamenti o eliminando barriere ormai desuete anche nello stesso mercato interno.

Quanto appena ricordato circa i regimi autorizzatori conferma, quindi, che qualsivoglia attività di liberalizzazione dei mercati finisce inesorabilmente per scontrarsi con le differenti volontà ed esigenze delle singole parti in causa. Anche nel particolare settore dei servizi privati, si può assistere, infatti, all'affermarsi del discutibile fenomeno dell'Europa a “*due velocità*”, fenomeno che rappresenta l'unico vero ostacolo alla creazione di un mercato unico europeo e al completamento del difficile e tortuoso processo di armonizzazione delle legislazioni statali.

Per quanto, invece, attiene ai requisiti (da vietare o da valutare), l'analisi della prassi dimostra la “timidezza” dei legislatori nazionali nel completare l'opera di implementazione della direttiva in esame.

---

<sup>268</sup> Commission staff working document - *Detailed information on the implementation of Directive 2006/123/EC on services in the internal Market (SWD(2012) 148*, 2012.

Ad esempio, i requisiti della cittadinanza e/o della residenza del prestatore nello stesso Paese in cui si deve svolgere l'attività sono generalmente superati nella maggior parte degli Stati membri, ma rimangono, tuttavia, in vigore negli ordinamenti nazionali ambiti specifici in cui i requisiti in parola – ancorché vietati dal recepimento della direttiva in esame – producono effetti giuridici.

È interessante, a tal proposito, notare come alcune “sacche di resistenza” si concentrino in quei sub-settori strategici per l'economia di uno Stato o di una sua porzione di territorio, o per salvaguardare un peculiare servizio di carattere locale. Ad ogni modo, tutti questi casi rappresentano quote di mercato relativamente circoscritte<sup>269</sup>.

I regimi autorizzatori subordinati alla presentazione di analisi economiche circa il servizio da istituirsi – prova dell'esistenza di un bisogno economico o di una domanda di mercato – riguardano soprattutto il sub-settore economico del commercio al dettaglio, ancora fortemente caratterizzato da questa tipologia di restrizione<sup>270</sup>.

---

<sup>269</sup> Alcuni esempi: il requisito della residenza nel luogo della prestazione è ancora in vigore a Malta e in Svezia, nel settore dei servizi professionali, per gli agenti di brevetti, in Austria, nel settore artigianale, per gli spazzacamini (dove è stato abolito il solo requisito della cittadinanza), in Italia, nel settore del turismo, per i maestri di sci, in Svezia e (dalla fine del 2012) a Cipro nei servizi di autonoleggio, in Lituania per una persona fisica che intenda fornire una formazione professionale formale. Altri requisiti discriminatori sono in vigore a Cipro, dove le persone fisiche e giuridiche che prestano servizi nel settore immobiliare devono avere sede legale e luogo di lavoro nel territorio nazionale, a Cipro e in Polonia per chi presta servizi in scuole guida. Commission staff working document - *Detailed information on the implementation of Directive 2006/123/EC on services in the internal Market (SWD(2012) 148*, 2012.

<sup>270</sup> Autorizzazioni subordinate ad analisi economiche sono ancora applicate in Romania, Austria, Grecia e Paesi Bassi. In Romania sono ancora applicate prove della necessità economica e il coinvolgimento dei concorrenti (con ulteriore evidente violazione del divieto di cui all'art. 14, par. 6)) nella procedura di autorizzazione per l'apertura di grandi negozi al dettaglio (superiore a mille metri quadri); in generale, le domande per la costituzione di grandi strutture di vendita al dettaglio devono essere accompagnate da un'analisi d'impatto sul mercato. In Austria il trasferimento di un tabacchi è autorizzato dietro la prova della necessità economica di tale operazione. In Grecia le autorizzazioni per il commercio ambulante sono legate ad una valutazione economica che prevede il parere di un comitato che coinvolge i potenziali concorrenti (anche in questo caso in violazione del divieto di cui all'art. 14, par. 6)). Una situazione del tutto paradossale è rappresentata dai Paesi Bassi: a fronte di un generale ed esplicito divieto, introdotto nella propria normativa sulla zonizzazione, di applicazione di tale requisito, criteri economici sono applicati nel caso della creazione di alcuni punti vendita a livello locale. Commission staff

In alcuni casi, il mantenimento dei requisiti quantitativi o territoriali – requisiti da valutare ai sensi dell’articolo 15, par. 2, lett. a) della direttiva servizi – è giustificato, ed è nei fatti rilevabile, con la tutela di un interesse debole o per motivi imperativi di interesse generale<sup>271</sup>, in altri sembra finalizzato unicamente al mantenimento di interessi specifici o al retaggio storico<sup>272</sup>.

I requisiti – cosiddetti legali – che impongono al prestatore di avere un determinato *status* giuridico, sono previsti in quasi tutti gli Stati membri<sup>273</sup>, si concentrano nel settore delle professioni regolamentate e, come noto, rappresentano il maggiore ostacolo allo sviluppo di un mercato unico dei servizi professionali. Inoltre, sono frequentemente correlati alle condizioni di partecipazione dei prestatori a una società e alle restrizioni delle attività multidisciplinari (articolo 25 della direttiva).

Il ricorso a tali requisiti, nella generalità dei casi, è considerato necessario per garantire l’indipendenza e l’imparzialità, nonché la responsabilità dei professionisti. La limitazione più significativa – comune a molti Stati membri – riguarda il riconoscimento a svolgere una determinata attività professionale a persone fisiche o a società di persone, mentre esclude le società di capitali. Diverse aperture sono state compiute dagli Stati membri<sup>274</sup>, ma molte sono ancora le restrizioni.

I cosiddetti “*motivi imperativi di interesse generale*” rappresentano – secondo la prospettiva di analisi che si sceglie di

---

working document - *Detailed information on the implementation of Directive 2006/123/EC on services in the internal Market (SWD(2012) 148*, 2012.

<sup>271</sup> È il caso delle distanze minime dei distributori di benzina dai luoghi di intensa frequentazione, come avviene, tra gli altri, in Grecia, e della distanza minima rispetto alle scuole per vendita di alcool e sexy shop in Portogallo.

<sup>272</sup> In Francia, nel settore delle professioni regolamentate, ai geometri è vietato aprire un ufficio nella stessa zona dove hanno precedentemente lavorato come apprendisti o dipendenti per un altro geometra.

<sup>273</sup> Solo in Lettonia e Norvegia non sono stati rilevati requisiti sulla forma giuridica del prestatore.

<sup>274</sup> Ad esempio, in Polonia per le professioni legali e i consulenti fiscali, in Germania per architetti e ingegneri, in Francia per ragionieri, in Belgio per il recupero del credito, in Danimarca per gli agenti immobiliari e i commercialisti, in Spagna per le agenzie di viaggio e in Italia per i venditori ambulanti.

accogliere – il *vulnus* o la valvola di sfogo nell'intero impianto della liberalizzazione dei servizi.

Le applicazioni più rilevanti di questa fattispecie riguardano le deroghe alla semplificazione amministrativa (articolo 5, par. 3), ai divieti e limiti dei regimi autorizzatori per lo stabilimento dei prestatori (tra gli altri: articolo 9, par. 1, b); articolo 14, n. 5; art. 15, par. 3, b)) e alla clausola generale della libera prestazione dei servizi (articolo 16, par. 3).

In questo contesto, sul piano attuativo, è emerso come molti Stati membri abbiano mantenuto regimi restrittivi soprattutto allo stabilimento dei prestatori e alla circolazione transfrontaliera dei servizi, ricorrendo alla deroga dei “*motivi imperativi*”<sup>275</sup>.

A ciò si aggiunga il potenziale estensivo della nozione in parola. La nozione di “*motivi imperativi di interesse generale*” è stata progressivamente elaborata dalla Corte di Giustizia nella propria giurisprudenza relativa agli articoli 43 e 49 del TCE, e, in quanto tale, potrebbe continuare ad evolvere<sup>276</sup>.

Non è un caso che, nel recepire la direttiva, alcuni Stati abbiano ricompreso alcune tutele non espressamente richiamate dalla direttiva, ma desumibili dalla giurisprudenza comunitaria, con la conseguenza di estendere gli ambiti potenzialmente sottratti alla direttiva<sup>277</sup>.

Come evidente, quindi, l'influsso della direttiva servizi sulle singole legislazioni nazionali è stato (parzialmente) mitigato dalle eccezioni tipizzate dalla medesima direttiva, che hanno concesso agli Stati di proteggere alcuni regimi amministrativi non più coerenti con il mercato unico europeo.

---

<sup>275</sup> È il caso delle autorizzazioni richieste per l'apertura di punti GDO (Grande distribuzione organizzata) di medie-grandi dimensioni, al fine di salvaguardare la tutela dell'ambiente e il decoro urbano (in questa direzione molti Stati, tra cui Belgio, Spagna, Italia, Grecia, Portogallo). Commission staff working document - *Detailed information on the implementation of Directive 2006/123/EC on services in the internal Market (SWD(2012) 148*, 2012.

<sup>276</sup> Così il «considerando» n. 40 della “direttiva servizi”, che richiama una già vasta copertura della nozione in parola.

<sup>277</sup> Ad esempio, la Svezia ai quattro “motivi imperativi...” di cui all'art. 16 ha aggiunto la protezione degli animali, mentre altri Stati - segnatamente Ungheria, Malta, Polonia e Slovacchia - hanno richiamato il criterio di proporzionalità.

Nonostante tale notazione, però, la direttiva servizi ha, per così dire, “scoperchiato il vaso di Pandora”, imponendo ai legislatori nazionali un obbligo sostanzialmente permanente di ripensare i regimi amministrativi tradizionali posti a controllo della libera iniziativa economica. Tutto ciò stabilendo principi di semplificazione amministrativa, in particolare mediante la limitazione dell’obbligo di autorizzazione preliminare ai casi in cui essa è indispensabile e l’introduzione del principio della tacita autorizzazione da parte delle autorità competenti allo scadere di un determinato termine.

Il risultato, evidente, dell’operazione compiuta dal legislatore europeo in materia di servizi, è stato quello di consolidare la necessità che i legislatori nazionali si pongano il problema di graduare l’intervento dei pubblici poteri con riferimento alla libera iniziativa economica. Ciò tanto più se si considera che, come opportunamente chiarito<sup>278</sup>, non sono solo i servizi pubblici a subire notevoli condizionamenti: lo sono anche quelli privati, che, più dei primi, avrebbero meno bisogno della “mano vivibile” dell’amministrazione per guidare il mercato a raggiungere esiti desiderabili.

##### ***5. L'emersione dei nuovi principi: semplificazione e proporzionalità.***

L’analisi degli strumenti giuridici di controllo pubblico dell’iniziativa economica privata ha portato, come visto, all’emersione di alcuni nuovi principi, dei quali il legislatore dovrebbe tener conto nella complessa opera di bilanciamento di interessi.

Il significativo ampliamento delle libertà economiche, dal punto di vista della riduzione, semplificazione e modificazione dei condizionamenti pubblici per l’accesso al mercato dei servizi determina un diverso equilibrio tra gli interessi pubblici e privati

---

<sup>278</sup> S. CASSESE, *I rapporti tra Stato ed economia all’inizio del XXI secolo*, in C. FRANCHINI-L. PAGANETTO (a cura di), *Stato ed economia all’inizio del XXI secolo*, Bologna, Il Mulino, p. 11 e ss.

rilevanti, con importanti conseguenze sul piano delle situazioni giuridiche soggettive.

Non si tratta delle «*continue e periodicamente rinnovantisi proclamazioni [...] di sempre diversi «diritti» del cittadino nei confronti della pubblica amministrazione*»<sup>279</sup>, quanto piuttosto dell'affermarsi di un controllo pubblico euro-unitario delle attività private, cui si accompagna il riconoscimento pieno delle situazioni giuridiche soggettive legate alle aspettative in campo economico.

Al riguardo, come chiarito, «*appare sempre più evidente come il nodo centrale del problema stia ancora una volta nella teoria delle situazioni giuridiche soggettive del privato nei confronti dell'autorità amministrativa e come sia indispensabile ricostruirne i tratti, (ri)collocando nel dovuto rilievo la figura del cittadino soggetto di diritto e le sue aspettative verso l'amministrazione*»<sup>280</sup>.

Accanto ai valori costituzionali e ultra-costituzionali ricordati nel primo capitolo, infatti, il susseguirsi di modifiche normative in merito ai regimi amministrativi applicabili alle attività private ha posto l'accento su almeno due “nuovi” principi: quello di semplificazione e quello di proporzionalità.

Quanto al primo, vale la pena osservare, preliminarmente, quanto già l'analisi dell'istituto della segnalazione certificata di inizio attività e, parzialmente, anche del silenzio-assenso<sup>281</sup>, hanno dimostrato.

---

<sup>279</sup> A. ROMANO TASSONE, *Situazioni giuridiche soggettive (dir. amm.)*, in *Enc. Dir.*, vol. II, agg. 1998, par. 1.

<sup>280</sup> Ancora A. ROMANO TASSONE, *Situazioni giuridiche soggettive (dir. amm.)*, in *Enc. Dir.*, vol. II, agg. 1998, par. 1.

<sup>281</sup> Sul quale si rimanda ad A. ARGENTATI, *Gli interessi pretensivi dinamici nel procedimento amministrativo*, in *Dir. amm.*, 1994, p. 353, nel quale l'Autrice afferma che «*sembra potersi parlare — in modo quasi figurato — di una inversione dei termini del procedimento, nella invarianza sostanziale dei fattori che in esso rilevano, al fine di consentire il superamento dell'inerzia come aspetto patologico della funzione. Il collegamento dinamico dall'interesse pretensivo “ad un bene della vita” con la sua attuazione possibile, si realizza escludendo la mediazione di una necessaria previa verifica della p.a.*».

Liberalizzazione e semplificazione non rappresentano un'endiadi: come acutamente chiarito<sup>282</sup>, esiste una evidente distinzione tra liberalizzazione piena e semplificazione a effetto liberalizzante, ossia tra un'ipotesi che segna la piena derubricazione di un'attività dal diritto pubblico e quella in cui l'attività privata resta sottoposta a un regime amministrativo, sia pure traslato prevalentemente dal momento che precede lo svolgimento dell'attività privata a quello successivo.

Le vicende che hanno interessato la Scia sono, in tal senso, espressione di una volontà del legislatore sicuramente improntata alla liberalizzazione di alcune attività economiche, pur nella consapevolezza della necessità di una costante forma di controllo pubblico (attenuata, poichè valevole essenzialmente *ex post*).

A ben vedere, tale impostazione, indubbiamente criticabile, soprattutto avendo riguardo all'utilizzo di uno strumento giuridico generale in luogo dell'applicazione puntuale relativa a specifici procedimenti<sup>283</sup>, è, in fin dei conti, espressione concreta di quanto richiede l'articolo 41 della Costituzione in tema di bilanciamento tra diritto del privato di intraprendere un'attività e condizionamenti pubblici orientati al rispetto di interessi della collettività.

La riflessione sul principio di semplificazione, alla luce del percorso istituzionale che ha caratterizzato la materia, consente adesso di rendere ancor più esplicita la conclusione di questo percorso.

Emerge evidente il collegamento posto dalla disciplina europea e nazionale (derivata) tra le regole del controllo pubblico e le situazioni giuridiche soggettive rilevanti sul piano delle libertà

---

<sup>282</sup> F. LIGUORI, *L'accesso al mercato: dal controllo ex ante al controllo ex post*, in F. LIGUORI-C. ACOCELLA (a cura di), *Liberalizzazioni. Istituzioni, dinamiche economiche e lavoro nel diritto nazionale ed europeo*, Napoli, Editoriale scientifica, 2015, pp. 27-28.

<sup>283</sup> Su tale tesi occorre richiamare quanto osservato da B.G. MATTARELLA, *La SCIA, ovvero dell'ostinazione del legislatore pigro*, in *Giornale di Diritto Amministrativo*, 2010, 12, p. 1328 e ss. In senso analogo, M. DI BENEDETTO, *Liberalizzazioni: repetita iuvant?*, in [www.nelmerito.com](http://www.nelmerito.com), 24 febbraio 2012.

economiche<sup>284</sup>; queste ultime, anche al di là di quanto previsto dall'articolo 41 della Costituzione, sono ormai rafforzate e sostenute, sul piano generale, dalla esigenza di competitività del sistema economico e di apertura del mercato dei servizi, sia nell'ottica di liberalizzazione e di concorrenza, che nell'ottica di semplificazione a effetto liberalizzante.

La semplificazione dell'azione amministrativa, in questo senso, non può essere più considerata mera questione di diritto amministrativo, bensì materia «*attinente a fondamentali regole di concorrenza, legata alle aspettative insite nella libertà di iniziativa economica rispetto all'accesso al mercato*»<sup>285</sup>.

Secondo tale prospettiva, è stato sostenuto, dalla giurisprudenza costituzionale, che gli obiettivi «*della liberalizzazione e semplificazione delle procedure [sono utili] anche al fine di garantire l'attuazione delle regole della concorrenza*»<sup>286</sup> e che «*i principi di semplificazione amministrativa sono espressione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali*»<sup>287</sup>.

Con ciò facendo risaltare il valore della semplificazione (amministrativa e normativa) quale connotato di principi generali posti dall'ordinamento costituzionale.

Il richiamato quadro di principi e regole, dunque, non soltanto «*accelera o elimina le formalità procedurali, ma soprattutto, muta l'equilibrio degli interessi, riducendo drasticamente (se non*

---

<sup>284</sup> Sul punto si veda S. TORRICELLI, *Libertà economiche europee e regime del provvedimento amministrativo nazionale*, Santarcangelo di Romagna, Maggioli, 2013.

<sup>285</sup> G. TROPEA, *La discrezionalità amministrativa tra semplificazioni e liberalizzazioni, anche alla luce della legge n. 124/2015*, in *Dir. amm.*, fasc. 01-02, 2016, p. 107 e ss.

<sup>286</sup> Corte Cost., sentenza n. 350 del 2008, con commento di R. CHIEPPA, *La (possibile) rilevanza costituzionale della semplificazione amministrativa*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 3, 2009, p. 257 e ss. L'autore sottolinea come, con la direttiva servizi, «*l'obiettivo doveva essere non quello di armonizzare le procedure amministrative, ma di sopprimere regimi di autorizzazione, procedure e formalità eccessivamente onerosi che ostacolano la libertà di stabilimento e la creazione di nuove società di servizi che ne derivano*».

<sup>287</sup> Corte Cost., sentenza n. 239 del 2016.

*addirittura elidendo) il potere di valutazione demandato alla pubblica amministrazione»<sup>288</sup>.*

Questo significa che la semplificazione, collegandosi a specifiche situazioni giuridiche, ne accresce significativamente il valore (o peso) sostanziale, sia nei confronti dell'interesse pubblico sia rispetto ai terzi. E, in tale prospettiva di analisi, la riduzione dei controlli amministrativi sulle attività economiche private è giustificata proprio dalla menzionata emersione del principio in esame che, considerato quale veicolo per la liberalizzazione delle attività, è sì funzionale al raggiungimento delle garanzie costituzionali della libertà d'impresa, ma senza che ciò sia di ostacolo alla cura degli interessi pubblici (cosa che, invece, potrebbe avvenire con una liberalizzazione piena delle suddette attività).

In altre parole, la logica del principio di semplificazione induce a riconoscere, quali necessarie e imprescindibili procedure amministrative, unicamente quelle «*consistenti in oneri procedurali in grado di contribuire utilmente, all'interno di un processo di equo contemperamento degli interessi in gioco, all'attribuzione (o alla legittima negazione) di beni della vita*»<sup>289</sup>.

D'altra parte, il principio in questione è immediatamente modificativo dei caratteri propri riferibili anche alla stessa attività strettamente di pertinenza delle pubbliche amministrazioni.

Ciò in una duplice direzione.

Anzitutto, stante il collegamento con l'articolo 97 della Costituzione, nella specie con il principio di buon andamento della pubblica amministrazione. La semplificazione, in tal senso, non si pone come esigenza preordinata esclusivamente alle legittime aspettative private in campo economico, ma diviene parte sostanziale

---

<sup>288</sup> P. LAZZARA, *Principio di semplificazione e situazioni giuridico-soggettive*, in *Dir. amm.*, fasc. 4, 2011.

<sup>289</sup> G. SPINA, *La semplificazione amministrativa come principio dell'essere e dell'agire dell'amministrazione. Studio sull'evoluzione delle logiche di semplificazione amministrativa in Italia dal 1990 ad oggi*, Napoli, Editoriale scientifica, 2013, p. 318.

dei principi generali dell'azione amministrativa, in quanto criterio volto a dare concreta attuazione al rispetto delle garanzie procedurali che, proprio in ragione dell'eccessiva complicazione dell'agire amministrativo, rischiano di rimanere inattuati.

In tale ultimo senso, mutano palesemente le caratteristiche proprie del procedimento amministrativo: le regole si trasformano da mera «*forma della funzione amministrativa*»<sup>290</sup>, con effetto di civilizzazione dei rapporti tra pubbliche amministrazioni e cittadini, a condizioni di esercizio del diritto libera iniziativa economica, dotando gli aspiranti di situazioni giuridiche soggettive sostanziali, limitatamente condizionabili<sup>291</sup>.

In secondo luogo, sul versante dell'organizzazione amministrativa, tanto a livello centrale<sup>292</sup>, quanto mediante il coinvolgimento dei vari livelli di governo nell'opera di sviluppo della politica di semplificazione<sup>293</sup>.

Per quanto attiene, invece, al principio di proporzionalità<sup>294</sup>, il necessario bilanciamento di principi e valori diviene ancora più evidente.

---

<sup>290</sup> M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1993, p. 101.

<sup>291</sup> In tal senso, però, è opportuno evidenziare come parte della dottrina continui a ribadire l'ineliminabile ruolo di garanzia del procedimento amministrativo, in virtù della considerazione che semplificare non può portare al sacrificio del far bene, privilegiando eccessivamente il far presto. Così E. FOLLIERI, *Attività liberalizzate e amministrazione di risultati*, in *Foro Amm. TAR*, 2003, p. 329 e ss.

<sup>292</sup> Nel periodo del Governo Ciampi, il centro delle politiche di semplificazione fu decisamente il Dipartimento della funzione pubblica della Presidenza del Consiglio dei Ministri, presso il quale operò un gruppo di riformatori in buona parte estranei alla struttura del Dipartimento stesso. La logica fu quasi emergenziale: si cercò di realizzare, nel breve tempo che quel Governo ebbe a disposizione, il maggior numero possibile di misure di semplificazione, con risultati significativi. Nella tredicesima legislatura, furono costituite strutture straordinarie, come il Nucleo per la semplificazione, oltre a utilizzare le strutture ordinarie della Presidenza. Successivamente, si è affermato un nuovo dualismo, interno alla Presidenza: tra il suo ufficio legislativo (il Dipartimento per gli affari giuridici e legislativi) e un altro suo Dipartimento, quello della funzione pubblica.

<sup>293</sup> Si rimanda a G. VESPERINI, *Il governo della semplificazione*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 3, 2007, p. 263 e ss.

<sup>294</sup> Che trascende il campo del diritto amministrativo. Il principio di proporzionalità trova infatti applicazione in quasi tutti i campi del diritto, dal diritto privato al diritto penale, dal diritto del lavoro a quello fallimentare, dal diritto tributario a quello internazionale. Come rileva M.A. SANDULLI, *Proporzionalità*, in S. CASSESE (a cura di) *Dizionario di Diritto Pubblico*, Milano, 2006, Vol. V, p. 4643, le diverse

Come visto, la direttiva servizi presuppone che l'imposizione di un regime autorizzativo dell'attività privata debba realizzarsi, tra gli altri, qualora l'obiettivo perseguito non possa essere conseguito tramite una misura meno restrittiva. Questa disposizione non è stata ripetuta nel decreto legislativo n. 59 del 2010 di recepimento che, tuttavia, fa espresso riferimento, all'articolo 14, comma 1, al principio di proporzionalità.

Tale principio<sup>295</sup>, a partire dalla nota definizione della dottrina tedesca secondo la quale «*la polizia non deve sparare ai passeri con i cannoni*»<sup>296</sup>, si è sviluppato nella giurisprudenza europea e italiana<sup>297</sup>, esplicandosi nei noti tre canoni della idoneità del mezzo impiegato rispetto all'obiettivo perseguito, dell'assenza di qualsiasi altro mezzo idoneo che comporti il minor sacrificio degli interessi del privato e dell'adeguatezza dell'esercizio del potere rispetto agli interessi in gioco<sup>298</sup>.

In generale, la giurisprudenza comunitaria ha chiarito che l'applicazione del principio di proporzionalità implica una duplice valutazione. Per un verso, infatti, esso esige l'accertamento di una rigorosa proporzione fra l'uso dei mezzi utilizzati e gli obiettivi da

---

applicazioni si caratterizzano per il fatto di sostanziarsi «*in uno stretto bilanciamento tra due o più elementi, la cui comparazione sia suscettibile di ponderazione e di equilibrato componimento*». Sul principio in esame si veda anche D.U. GALETTA, *Principio di proporzionalità sindacato giurisdizionale nel diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1988, nonché A. SANDULLI., *La proporzionalità dell'azione amministrativa*, Padova, Cedam, 1998.

<sup>295</sup> Ora codificato nell'articolo 5 del TUE. Vedasi, in materia, L. DANIELE, *Diritto dell'Unione Europea. Sistema istituzionale, ordinamento, tutela giurisdizionale, competenze*, Milano, Giuffrè, 2010, p. 378 e ss.

<sup>296</sup> F. FLEINER, *Institutionen des Deutschen Verwaltungsrechts*, Tübingen, 1912, p. 354.

<sup>297</sup> La Corte di giustizia vi ha fatto infatti esplicito riferimento sin dagli esordi della sua giurisprudenza (v. ad es. Corte di Giustizia, 16.7.1956, in C-8/55, *Fédération Charbonnière*, in *Racc.*, 1955-56, p. 199 e ss.; Corte di Giustizia., 14.12.1962, in cause riunite C-5-11, 13-15/62, Società acciaierie San Michele, in *Racc.*, 1962, p. 917 e ss.; Corte di Giustizia, 19.3.1964, in C-18/63, *Schmitz*, in *Racc.*, 1964, p. 175 e ss.) ed esso si è poi progressivamente affermato come essenziale strumento di sindacato giurisdizionale, applicato a quasi tutti i settori del diritto dell'Unione europea.

<sup>298</sup> *Ex multis*, Tar Sicilia, Palermo, sez. II, 31 luglio 2008, n. 1032; conforme Cons. Stato, sez. IV, 14 aprile 2006, n. 2087; Tar Lazio, Roma, sez. III, 25 gennaio 2007, n. 563.

realizzare, in modo da considerare sproporzionate e quindi illegittime le misure del tutto inadeguate, o manifestamente eccessive rispetto allo scopo prefissato<sup>299</sup>.

Per altro verso, si è stabilito, con particolare riguardo alla legittimità della specifica misura effettivamente adottata, che occorre verificare se, fra i diversi mezzi alternativi a disposizione del soggetto che agisce, sia stato utilizzato lo strumento meno eccessivo in relazione alla finalità perseguita, tale cioè da comportare conseguenze negative di minore entità<sup>300</sup>.

È evidente che la particolarità del principio di proporzionalità risiede proprio nella ricerca del bilanciamento tra l'interesse pubblico perseguito e quello privato sacrificato: la soddisfazione del principio di proporzionalità implica, pertanto, non già la ricerca di una generica azione ragionevole, ma del comportamento più ragionevole in relazione agli interessi privati coinvolti nell'attività amministrativa<sup>301</sup>.

Trasponendo tali caratteristiche sul versante del controllo pubblico dell'iniziativa economica privata, appare evidente come la conservazione dei controlli preventivi - che si concretano in previ atti autorizzatori - può essere giustificata solo in presenza di ragioni di pubblico interesse particolarmente qualificate e, comunque, nel rispetto del principio di proporzionalità<sup>302</sup>.

---

<sup>299</sup> Corte di Giustizia, sentenza del 12 novembre 1996, causa C-84/94, Regno Unito c. Consiglio, in *"Raccolta della giurisprudenza"*, p. I-5755 e ss., spec. punto 54 e ss.

<sup>300</sup> Corte di Giustizia, sentenza dell'11 luglio 1989, causa c-265/87, *Schrader*, ivi, p. 2237 e ss., punto 21.

<sup>301</sup> Alcuni autori fanno riferimento al c.d. "diritto mite". Si veda in proposito G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite. Legge, diritti, giustizia*, Torino, Giappichelli, 1992, p. 216.

<sup>302</sup> È il caso del recente articolo 1, comma 1, del decreto-legge n. 1/2012, che prevede che i poteri di controllo preventivo dell'amministrazione si debbano fondare su "esigenze imperative di interesse generale, costituzionalmente rilevanti e compatibili con l'ordinamento comunitario nel rispetto del principio di proporzionalità". E secondo l'articolo 12 del decreto-legge n. 5/2012, le "esigenze imperative di interesse generale" corrispondono agli interessi collettivi connessi alla tutela della salute, dell'ambiente, del paesaggio, del patrimonio artistico e culturale, della sicurezza, della libertà, della dignità umana, dell'utilità sociale, dell'ordine pubblico, del sistema tributario e degli obblighi comunitari e internazionali. Conseguenza di ciò è che le "disposizioni recanti divieti, restrizioni, oneri o condizioni all'accesso ed all'esercizio delle attività economiche sono in ogni caso

Non è, quindi, sufficiente che l'azione amministrativa di controllo sia giustificata da un interesse pubblico generale, ma occorre che questo interesse abbia un rilievo costituzionale e sia, altresì, compatibile con l'ordinamento comunitario e rispetti il principio di proporzionalità<sup>303</sup>. In tal senso, la proporzionalità risponde principalmente all'esigenza di evitare limitazioni della sfera privata che non siano imposte dalla stretta necessità<sup>304</sup>, invece di garantire (strettamente) l'esigenza della migliore soddisfazione dell'interesse pubblico<sup>305</sup>.

Tuttavia, come chiarito di recente dalla giurisprudenza amministrativa<sup>306</sup>, il processo interno di liberalizzazione delle attività economiche, perseguito mediante puntuali disposizioni di legge, sebbene *“muova nella direzione di un più ampio riconoscimento del diritto di iniziativa economica e della contestuale riduzione dei possibili limiti al suo esercizio, nondimeno legittima tuttora la previsione di limiti in funzione del perseguimento di ulteriori e diverse finalità di interesse generale, imponendo che le contrapposte esigenze siano bilanciate secondo i limiti della proporzionalità, della ragionevolezza e del minimo mezzo”*.

In campo economico, e forse non solo, la tutela di interessi generali costituzionalmente rilevanti (riferibili cioè all'intera collettività) diviene così *«il compito primario dell'amministrazione e giustifica la conservazione di un potere discrezionale che altrimenti sembra subire una cospicua attenuazione»*<sup>307</sup>.

Ne consegue che, in definitiva, le disposizioni richiamate nel corso della presente trattazione mirano a ricondurre l'intervento

---

interpretate ed applicate in senso tassativo, restrittivo e ragionevolmente proporzionato alle perseguite finalità di interesse pubblico generale”.

<sup>303</sup> Ad esempio in materia di Scia C. LAMBERTI, *La Scia fra semplificazione e liberalizzazione*, in *Urb. e app.*, 2013, p. 11 e ss.

<sup>304</sup> Per una lettura critica di tale notazione si veda M. D'ALBERTI, *Peripezie della proporzionalità*, in *Riv. it. sc. giur.*, 2014.

<sup>305</sup> V. CERULLI IRELLI, *Osservazioni generali sulla legge di modifica della l. n. 241 del 1990 – I parte*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it).

<sup>306</sup> Cons. Stato, sez. V, 13 febbraio 2017, n. 603.

<sup>307</sup> G. TROPEA, *La discrezionalità amministrativa tra semplificazioni e liberalizzazioni, anche alla luce della legge n. 124/2015, op. ult. cit.*, p. 107 e ss.

pubblico a giustificabilità e proporzionalità, che, in quanto principi generali dell'ordinamento europeo e nazionale, necessariamente si impongono in una economia di mercato aperta e in libera concorrenza, nella quale la libertà di impresa «*non può non assumere dignità di diritto fondamentale*»<sup>308</sup>.

E con tale diritto fondamentale i pubblici poteri devono scontrarsi, operando il necessario bilanciamento che consenta, al contempo, di valorizzare la libera iniziativa economica e di non vanificare la protezione degli interessi pubblici di volta in volta considerati.

---

<sup>308</sup> N. LONGOBARDI, *Liberalizzazioni e libertà di impresa*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, fasc. 3-4, 2013, p. 603.

### ***CAP. III***

#### ***POLITICHE PUBBLICHE E CONTROLLO DELL'INIZIATIVA ECONOMICA PRIVATA***

SOMMARIO: 1. L'esigenza di bilanciare principi e valori; 2. Il bilanciamento e le recenti riforme amministrative; 3. Il bilanciamento di principi alla "prova dei fatti"; 3.1. Le autorizzazioni sanitarie; 3.2. Le fonti energetiche rinnovabili; 3.3. La disciplina degli esercizi commerciali.

##### ***1. L'esigenza di bilanciare principi e valori.***

Nel presente contributo di ricerca si è più volte sottolineata l'importanza, per l'amministrazione e per il legislatore, di procedere, in tema di controllo pubblico delle attività economiche private, a un necessario bilanciamento tra principi e valori derivanti tanto dall'ordinamento nazionale, quanto da quello europeo.

Si è visto come, da un'originaria impostazione tesa a sistematizzare quanto previsto dall'articolo 41 della Costituzione, in particolare con riferimento ai rapporti tra libera iniziativa economica e clausola dell'utilità sociale (con evidente prevalenza dell'esigenza di circoscrivere la predetta libertà), la successiva emersione dei principi di concorrenza e liberalizzazione ha determinato un deciso ripensamento dei modelli di controllo pubblico.

Il principio di concorrenza ha caratterizzato giuridicamente la libertà d'impresa, sia in senso positivo (essendo un valore ricavabile in via interpretativa dal medesimo articolo 41), quale espressione della necessità di operare su un mercato concorrenziale e paritario, che in senso negativo, agendo da limite (connotato dell'utilità sociale) per

l'iniziativa economica dei soggetti il cui comportamento rischi di danneggiare il funzionamento del mercato<sup>309</sup>.

Il principio di liberalizzazione, di converso, ha spinto l'analisi dell'iniziativa economica privata verso la valorizzazione della libertà d'impresa di cui al primo comma del menzionato articolo 41, imponendo un nuovo equilibrio nei rapporti tra tale libertà e limiti costituzionali e ultra-costituzionali, nonché una decisiva riduzione della discrezionalità (amministrativa e legislativa) in merito alla scelta sul regime amministrativo applicabile.

Anche l'analisi degli strumenti giuridici che, nel tempo, si sono affermati nell'ordinamento giuridico nazionale, ha evidenziato tale ultimo aspetto, aggiungendo, nel complesso sistema di principi basilari della libera iniziativa economica, anche tematiche innovative, quali la semplificazione e la proporzionalità.

Tutto ciò ha avuto notevoli ripercussioni sulle situazioni giuridiche soggettive di cui sono titolari i privati che, da una iniziale posizione di subordinazione rispetto alla "tirannia" dell'interesse pubblico (l'indeterminatezza della clausola dell'utilità sociale e i regimi amministrativi della concessione e dell'autorizzazione ne sono icastica espressione) sono transitati verso un compiuto riconoscimento della loro rilevanza e della necessità di sottrarli quanto più possibile al "giogo" dei vincoli amministrativi (vanno letti in tal senso i regimi della Scia e del silenzio-assenso, nonché le disposizioni dettate dalla direttiva servizi, tutte orientate al riconoscimento della libera concorrenza tra operatori).

In altre parole, alla drastica riduzione del potere di valutazione discrezionale demandato all'amministrazione, corrisponde un ampliamento sostanziale della situazione giuridica di partenza del privato, nella cui disponibilità finisce la dimostrazione di tutte le

---

<sup>309</sup> Vanno lette in questo senso le disposizioni vigenti in materia di Antitrust sulle quali si vedano, di recente, S. CAPONETTI, *Mercato economico e "welfare State"*, in *Diritto dell'economia*, fasc. 2, 2018, p. 32 e ss.; A. CUCINOTTA, *La natura dei mercati, l'economia comportamentale e l'antitrust*, in *Mercato concorrenza regole*, fasc. 2, 2018, pp. 199-222.

condizioni rilevanti per l'avvio dell'attività economica; tale accrescimento rileva sia nei confronti dell'interesse pubblico, sia rispetto ai terzi, e in tale contesto le regole del procedimento, come accennato, da forma della funzione pubblica, si pongono alla stregua di limiti ai pubblici poteri, in funzione della tutela della libertà economica e della concorrenza<sup>310</sup>.

Resta fermo, tuttavia, che la liberalizzazione, se non intesa come soppressione piena del condizionamento pubblicistico, ha indubbiamente causato una sostituzione dei regimi amministrativi tradizionali con un sistema più rispettoso della libertà d'impresa<sup>311</sup>, non comportando, però, la totale scomparsa di una disciplina pubblicistica relativa ai presupposti e alla conformazione dell'attività, né escludendo il permanere di un controllo pubblico.

Stante tale evoluzione diacronica, si possono, ora, cogliere gli aspetti significativi del bilanciamento più volte menzionato.

Nella scelta in merito ai regimi amministrativi applicabili al settore delle attività economiche private, infatti, si ritiene che il legislatore (e conseguentemente l'amministrazione) debba utilizzare (in maniera congiunta e comparativa) quella serie di criteri cogenti variamente richiamati nel corso della presente trattazione, al fine di consentire una generale valorizzazione della libera iniziativa economica e, al contempo, un'adeguata protezione degli interessi pubblici sottesi.

---

<sup>310</sup> Come ampiamente evidenziato da G. NAPOLITANO, *Diritto amministrativo e processo economico*, op. cit., p. 707 e da M.A. SANDULLI, *Il procedimento amministrativo e la semplificazione*, Report annuale 2013, in [www.ius-publicum.com](http://www.ius-publicum.com), p. 4, la quale precisa che «la semplificazione è così passata dal costituire un generico programma di sburocratizzazione del fare dell'amministrazione (in linea con i propositi costituzionali) a costituire un vero e proprio insieme di tecniche e strumenti giuridici, ulteriormente alimentati dalle indicazioni provenienti dall'Unione Europea finalizzate alla tutela del mercato, concretamente inciso dalle complessità e dalle tempistiche che contraddistinguono il sistema amministrativo di un Paese membro».

<sup>311</sup> Si veda in proposito G. CORSO, *Attività economica privata e deregulation*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1998, p. 629 e ss.

Una scelta di tal guisa va condotta seguendo quello che Stephen Breyer<sup>312</sup> definiva “*case by case approach*”, basato sulla riforma della regolazione settore per settore o, se si vuole, caso per caso, in contrapposizione al “*generic approach*” che è, invece, strumento tipicamente attraente per il legislatore.

In altri termini, è necessario evitare una forma di «*massimalismo (...) che induce a proteggere determinati interessi pubblici senza preoccuparsi dei costi e degli effetti negativi su altri interessi pubblici, senza valutare le opzioni che consentirebbero di tutelare in modo adeguato i primi senza sacrificare eccessivamente i secondi*»<sup>313</sup>.

Ne consegue che, nella disamina dei singoli casi, il decisore pubblico è chiamato a porre in essere un bilanciamento di interessi e valori, “depurato”, però, da forme ideologiche di pregiudizievole avversione allo Stato. E così si potrà, in alcuni casi, consentire la libera espansione dell’iniziativa economica privata, nel momento in cui non si ravvisino motivi di interesse generale per sottoporre le attività a qualsivoglia forma di controllo pubblico (preventivo o successivo) e sia, oltremodo, utile sviluppare un contesto di mercato perfettamente concorrenziale e liberalizzato.

In altri casi, constatata la necessità di imporre vincoli amministrativi (ad esempio utilizzando la clausola dell’utilità sociale), il legislatore potrà interrogarsi, in base al fondamentale canone della proporzionalità, su quale strumento giuridico debba essere adottato (e in tal senso rileva il principio di semplificazione): se uno strumento invasivo come l’autorizzazione (o addirittura la concessione) o meccanismi meno intrusivi (Scia/silenzio-assenso), ma che, in ogni caso, consentano forme di controllo - pur attenuato - dell’iniziativa economica privata.

---

<sup>312</sup> S. BREYER, *Two Models of Regulatory Reform*, in *South Carolina Law Review*, 34, 1983, n. 3, p. 629 e ss.

<sup>313</sup> Così B.G. MATTARELLA, *Burocrazia e riforme. L’innovazione nella pubblica amministrazione*, Il Mulino, Bologna, 2017, p. 50.

In merito, si è osservato<sup>314</sup> che il superamento delle limitazioni poste nei confronti delle attività economiche private non possa essere il frutto di una pura e semplice volontà politica, dovendo passare attraverso il vaglio del rapporto tra libertà economica e utilità sociale.

Il vero problema, cui sono quotidianamente chiamati a rispondere, prima il legislatore e l'amministrazione, poi (eventualmente) la giurisprudenza europea<sup>315</sup>, costituzionale e amministrativa, è, dunque, quello dell'individuazione (o interpretazione) dei motivi di interesse generale e del modo e del grado del loro bilanciamento con la libertà economica.

Si dovrebbero sviluppare così, nei paesi europei, nuove politiche di riforme amministrative che, nonostante la diversità delle esperienze, assumano caratteristiche sostanzialmente comuni, riassumibili nella circostanza che non è più richiesto un arretramento dello Stato ad ogni costo.

Si tratta, in altri termini, di procedere al cosiddetto «*fixing government*», e cioè ad una sorta di «*fissaggio*» ed ad una più chiara definizione dei poteri pubblici (...) nella prospettiva di una eventuale [ma non automatica] riduzione»<sup>316</sup>.

Del resto, come acutamente osservato, pur essendo la libertà di impresa e la concorrenza «*fattori propulsivi della crescita*,

---

<sup>314</sup> M. RAMAJOLI, *Liberalizzazioni: una lettura giuridica*, in *Dir. econ.*, 2012.

<sup>315</sup> Quanto alla giurisprudenza della Corte di Giustizia si vedano, a titolo di mero esempio, le divergenti posizioni assunte sulla normativa italiana che prevede distanze minime obbligatorie fra gli impianti stradali di distribuzione di carburanti, considerata alla stregua di una restrizione della libertà di stabilimento (Corte giust., 11 marzo 2010, C-384/08, Attanasio Group), e sulle distanze minime tra farmacie, ritenuta invece conforme al diritto comunitario, in quanto finalizzata alla equilibrata ripartizione delle farmacie, e volta ad assicurare alla popolazione un accesso adeguato al servizio farmaceutico, aumentando di conseguenza la sicurezza e la qualità di approvvigionamento della popolazione in medicinali (Corte giust., 18 giugno 2010, C-570/07 e 571/07); sul tema si cfr. M. DELSIGNORE, *Il contingentamento dell'iniziativa economica privata*, Milano, Giuffrè, 2011. Sulla portata liberalizzante della giurisprudenza comunitaria in tema di sicurezza pubblica, con particolare riguardo alla vicenda relativa alla vigilanza privata, si rinvia a G. TROPEA, *Sicurezza e sussidiarietà*, Napoli, Editoriale scientifica, 2010, p. 326 e ss.

<sup>316</sup> A. PAJNO, *Crisi dell'amministrazione e riforme amministrative*, in *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, fasc. 3-4, 2017, p. 549 e ss., che richiama quanto evidenziato da G. NAPOLITANO, *Le riforme amministrative in Europa all'inizio del ventunesimo secolo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2, 2015, p. 614 e ss.

*dell'occupazione, della competitività di un paese (...), non tutto può essere liberalizzato e poco può essere completamente deregolato, senza produrre pregiudizi gravi (...) per gli interessi generali del Paese»<sup>317</sup>.*

## **2. Il bilanciamento e le recenti riforme amministrative.**

La necessità di operare un bilanciamento tra i vari interessi coinvolti, al fine di garantire una regolazione amministrativa rispettosa delle istanze private e che non sia, però, di ostacolo alla protezione di interessi pubblici, è alla base delle recenti riforme amministrative, in particolare della c.d. riforma Madia<sup>318</sup>.

Come osservato da autorevole dottrina, la predetta riforma ha perseguito, tra gli altri, l'obiettivo di introdurre regimi più liberali per lo svolgimento delle attività private<sup>319</sup>, individuando, all'articolo 5, una espressa delega al Governo per l'emanazione di uno o più decreti legislativi volti alla “ (...) *precisa individuazione dei procedimenti oggetto di segnalazione certificata di inizio attività o di silenzio assenso, ai sensi degli articoli 19 e 20 della legge 7 agosto 1990, n. 241, nonché di quelli per i quali è necessaria l'autorizzazione espressa e di quelli per i quali è sufficiente una comunicazione preventiva, sulla base dei principi e criteri direttivi desumibili dagli stessi articoli, dei principi del diritto dell'Unione europea relativi all'accesso alle attività di servizi e dei principi di ragionevolezza e proporzionalità, introducendo anche la disciplina generale delle attività non assoggettate ad autorizzazione preventiva espressa (...)*”.

---

<sup>317</sup> Così F. BASSANINI, *La regolazione intelligente e la “qualità” delle liberalizzazioni*, in B.G. MATTARELLA-A. NATALINI (a cura di), *La regolazione intelligente. Un bilancio critico delle liberalizzazioni italiane*, Firenze, Passigli, 2013.

<sup>318</sup> Legge 7 agosto 2015, n. 124, recante “*Deleghe al governo in materia di riorganizzazione delle amministrazioni pubbliche*” in G.U. n. 187 del 13 agosto 2015. Per un commento recente si veda C. BOSCIA, *Alla ricerca di una “buona amministrazione”: liberalizzazione, semplificazione e riforma Madia*, in *www.giustamm.it*, 7, 2018, p. 15 e ss.

<sup>319</sup> B.G. MATTARELLA, *Il contesto e gli obiettivi della riforma*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 5, 2015, p. 621 e ss.

La norma in esame, altresì, ha delegato il Governo a introdurre la disciplina generale delle attività non assoggettate ad autorizzazione preventiva espressa, ivi compresa la definizione delle modalità di presentazione e dei contenuti standard degli atti interessati e di svolgimento della procedura.

Come evidente, i criteri di delega ricalcano icasticamente quanto argomentato nel corso del presente lavoro, soprattutto avendo riguardo alla necessità che gli interventi di liberalizzazione o semplificazione<sup>320</sup> delle attività economiche discendano da una piena conoscenza degli ambiti di intervento e da una gradualità (derivante da un bilanciamento di interessi pubblici e privati) nell'imposizione di vincoli amministrativi.

Anzitutto, infatti, essi evidenziano quali sono i regimi amministrativi applicabili alle attività economiche private, imponendone una sorta di censimento, con particolare riferimento alle ipotesi di Scia e silenzio-assenso.

Tale obiettivo è giustificato dal fatto che gli articoli 19 e 20 della legge n. 241 del 1990, come ampiamente visto, lasciano, in via generale, alle amministrazioni, e alla interpretazione che esse fanno delle norme, il compito di individuare i casi che rientrano nell'una o nell'altra delle due fattispecie, con ciò ingenerando confusione e incertezze che finiscono con il limitare notevolmente l'applicazione pratica dei due regimi<sup>321</sup>.

L'articolo 5 della riforma Madia consente, invece, sotto tale punto di vista, di demandare l'individuazione dei regimi applicabili, che molto spesso (se non sempre) è il frutto di una complessa operazione interpretativa e di apprezzamento degli interessi in gioco, direttamente al legislatore, evitando, peraltro, il ricorso a disposizioni

---

<sup>320</sup> Per una panoramica sugli interventi di semplificazione della l. n. 124/2015 si veda G. VESPERINI, *Le norme generali sulla semplificazione*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 5, 2015, p. 629 ss.

<sup>321</sup> Sul punto si richiamano le riflessioni di G. VESPERINI, *Quale riforma per le autorizzazioni amministrative?*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2, 2016, p. 153 e ss.

generali e “orizzontali” che hanno fortemente limitato le iniziative di liberalizzazione pregresse<sup>322</sup>.

Come chiarito, quindi, a individuare i regimi amministrativi applicabili non deve essere la discrezionalità dell'amministrazione, *«bensì direttamente la norma, in tal modo scongiurando aporie interpretative, disparità di trattamento ed inevitabili contenziosi processuali. Si assiste così ad una individuazione ‘attiva’ e non meramente ricognitiva, in tal guisa adeguando la disciplina esistente agli standard europei sull’accesso alle attività di servizi nonché ai vincoli di ragionevolezza e proporzionalità»*<sup>323</sup>.

In secondo luogo, l’articolo 5 in commento indica espressamente quali sono i principi guida dell’attività di semplificazione amministrativa che il legislatore della riforma intende perseguire, richiamando i principi dell’Unione europea relativi all’accesso alle attività di servizi (leggasi i principi della direttiva Bolkestein), nonché i canoni generali della ragionevolezza e della proporzionalità applicabili alle attività delle pubbliche amministrazioni.

Il riferimento immediato è all’analizzato articolo 14 del decreto legislativo n. 59 del 2010<sup>324</sup>, che stabilisce il principio secondo il quale *“regimi autorizzatori possono essere istituiti o mantenuti solo se giustificati da motivi imperativi di interesse generale, nel rispetto dei principi di non discriminazione e di proporzionalità”*.

Ne discende che l’opera di censimento dei regimi applicabili, se svolta secondo i richiamati principi, presuppone una complessa opera di regolazione amministrativa. Il legislatore delegato, infatti, non può limitarsi a *“razionalizzare, precisare, individuare”*, ma ha anche il

---

<sup>322</sup> E. GIARDINO, *L’individuazione, la semplificazione e l’accelerazione dei procedimenti*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 1, 2017, p. 26 e ss.

<sup>323</sup> E. GIARDINO, *L’individuazione, la semplificazione e l’accelerazione dei procedimenti*, *op. cit.*, p. 31.

<sup>324</sup> Si veda, di recente, il commento di M. DE BELLIS, *I regimi amministrativi delle attività private*, in B.G. MATTARELLA-E. D’ALTERIO (a cura di), *La riforma della pubblica amministrazione. Commento alla legge 124/2015 (Madia) e ai decreti attuativi*, Milano, IlSole24Ore, 2017.

compito ambizioso di sfolire e “de-provvedimentalizzare”: e, quindi, per esempio, eliminare autorizzazioni che non corrispondono ai requisiti previsti dalla disciplina europea; sostituirle con un regime amministrativo attenuato, qual è quello della Scia o con un semplice obbligo di comunicazione preventiva.

Infine, i criteri di cui alla norma in commento impongono non solo la ricordata ricognizione “qualificata” dei regimi amministrativi applicabili, ma anche una concreta decisione circa la disciplina generale relativa alle attività non assoggettate ad autorizzazione preventiva espressa<sup>325</sup>.

Risulta evidente, in tale ultimo senso, l’obiettivo specifico e pregnante della riforma: il ricorso allo strumento dell’autorizzazione preventiva è da considerarsi residuale rispetto all’utilizzo di forme alternative di controllo pubblico (Scia, silenzio-assenso, comunicazione preventiva) e la scelta che compete al legislatore non è quella di porre regole generali - già ampiamente desumibili dalla legislazione vigente<sup>326</sup> - bensì quella di “calarsi” nelle singole realtà, decidendo, sulla base dei canoni della ragionevolezza e della proporzionalità, quali sono i regimi amministrativi applicabili e operando, parallelamente, il necessario bilanciamento tra interessi pubblici e privati.

L’analisi dei decreti attuativi emanati sulla base del citato articolo 5 consente di chiarire maggiormente tale aspetto.

Sulla scorta dei criteri di delega individuati dalla disposizione in esame, il legislatore ha adottato due decreti legislativi, il n. 126 del 2016 e il n. 222 del 2016, con i quali l’obiettivo di semplificare

---

<sup>325</sup> N. LONGOBARDI, *La legge n. 124 del 2015: i procedimenti amministrativi e il problema della semplificazione*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it), maggio 2016.

<sup>326</sup> Ci si riferisce al richiamato decreto legislativo n. 59 del 2010, nonché ai successivi interventi normativi: decreto-legge n. 138 del 2011; decreto-legge 6 dicembre 2011, n. 201; decreto-legge n. 1 del 2012 che prevede l’abrogazione delle norme che pongono “*divieti e restrizioni alle attività economiche non adeguati o non proporzionati alle finalità pubbliche perseguite*”. Tale ultima disposizione è stata abrogata per effetto del decreto legislativo n. 10 del 2016, attuativo della legge n. 124 del 2015.

l'avvio delle attività economiche private è stato realizzato progressivamente.

In particolare, con il primo decreto, si è inteso principalmente razionalizzare l'attività della pubblica amministrazione, individuando la *“disciplina generale applicabile ai procedimenti relativi alle attività private non soggette ad autorizzazione espressa e soggette a segnalazione certificata di inizio di attività, ivi incluse le modalità di presentazione delle segnalazioni o istanze alle pubbliche amministrazioni”* e alleggerendo, conseguentemente, alcuni oneri posti in capo ai soggetti privati.

Al riguardo, assume particolare importanza<sup>327</sup> la disposizione di cui all'articolo 3, che reca modifiche dirette alla legge n. 241 del 1990, tra le quali l'inserimento della nuova disciplina della concentrazione dei regimi amministrativi (articolo 19-*bis* della legge n. 241). Si prevede, infatti, che se per lo svolgimento di un'attività soggetta a segnalazione certificata di inizio attività sono necessarie altre segnalazioni certificate (i casi di c.d. Scia plurima), l'interessato possa presentare un unico atto (Scia “unica”) allo sportello, gravando

---

<sup>327</sup> Il decreto prevede, altresì, che le amministrazioni statali, con decreto del Ministro competente, adottino *“moduli unificati e standardizzati”*, con i quali definire *“esaustivamente, per tipologia di procedimento, i contenuti tipici e la relativa organizzazione dei dati delle istanze, delle segnalazioni e delle comunicazioni di cui ai decreti da adottare ai sensi dell'art. 5 della L. n. 124 del 2015, nonché della documentazione da allegare”*. Tali moduli devono essere pubblicati dall'amministrazione sul relativo sito istituzionale. E sempre sul relativo sito istituzionale le amministrazioni dovranno pubblicare - in relazione alla tipologia del procedimento, nei casi in cui la documentazione deve essere individuata dall'amministrazione procedente ovvero sino all'adozione dei suddetti moduli - l'elenco degli stati, qualità personali e fatti oggetto di dichiarazione sostitutiva, di certificazione o di atto di notorietà nonché delle attestazioni e asseverazioni dei tecnici abilitati o delle dichiarazioni di conformità dell'agenzia delle imprese, necessari a corredo della segnalazione, ivi altresì indicando le norme che ne prevedono la produzione (art. 2, comma 2). Per favorire un'applicazione uniforme della disciplina, inoltre, è previsto che per la presentazione di istanze, segnalazioni o comunicazioni alle amministrazioni regionali o locali, in relazione all'edilizia e all'avvio di attività produttive, i suddetti moduli dovranno essere adottati, nel segno del principio di leale collaborazione, in sede di Conferenza unificata, con accordi che tengano conto delle specifiche normative regionali.

l'amministrazione ricevente dell'obbligo di trasmetterlo immediatamente alle altre amministrazioni interessate<sup>328</sup>.

Come evidente, il regime della Scia unica è utilizzabile qualora siano necessarie “*altre Scia, comunicazioni, attestazioni, asseverazioni e notifiche*” e, quindi, nei soli casi in cui l'attività privata sia subordinata al solo mero possesso di requisiti predeterminati, e non anche ad altri atti di assenso che ne condizionano l'efficacia. Si tratta, come chiarito dal Consiglio di Stato, “*dell'opzione sistematicamente più lineare, che prende atto del fatto che il regime generale della SCIA postula logicamente e normativamente l'assenza di atti autorizzativi tra i suoi presupposti*”<sup>329</sup>.

Il decreto in esame ha, inoltre, confermato l'esigenza posta dalla legge di delega, precisando, all'articolo 1 (significativamente rubricato “*Libertà di iniziativa privata*”), che “*con successivi decreti legislativi (...) sono individuate le attività oggetto di procedimento di mera comunicazione o segnalazione certificata di inizio di attività od oggetto di silenzio assenso, nonché quelle per le quali è necessario il titolo espresso*”.

E che, “*allo scopo di garantire certezza sui regimi applicabili alle attività private e di salvaguardare la libertà di iniziativa economica, le attività private non espressamente individuate ai sensi dei medesimi decreti o specificamente oggetto di disciplina da parte della normativa europea, statale e regionale, sono libere*”, con ciò antepoendo alla “libertà dell'amministrazione” la c.d. “libertà dall'amministrazione”, che determina la rimozione di quei vincoli che complicano l'esercizio libero di attività private<sup>330</sup>.

---

<sup>328</sup> R. BERTOLI, *Segnalazione certificata di inizio attività e concentrazione dei regimi amministrativi: riflessioni a margine dell'art. 19-bis della legge n. 241 del 1990*, in *Rivista giuridica di urbanistica*, 2017, 1/1, pp. 25-62.

<sup>329</sup> Cons. Stato, parere 30 marzo 2016, n. 839.

<sup>330</sup> R. FERRARA, *Introduzione al diritto amministrativo*, Roma-Bari, Laterza, 2005, p. 177 e ss. L'Autore offre, altresì, una definizione di “libertà dell'amministrazione”, ritenendo che la stessa «*conseguirebbe, come effetto indotto, dalla crisi della legge,*

Nel solco tracciato da tale ultima disposizione, il secondo dei decreti richiamati è effettivamente intervenuto in merito alla ricognizione “qualificata”, caso per caso, dei regimi amministrativi applicabili alle attività economiche, con riferimento a tre macro-settori: l’edilizia<sup>331</sup>, il commercio e l’ambiente.

Il decreto legislativo n. 222 del 2016 ha, in questa chiave di analisi, offerto non solo un’attenta ricognizione delle attività private in materia di commercio, ambiente ed edilizia, bensì una sistematica opera di semplificazione, che, da un lato, rivisita il rigore del regime giuridico, pur nel rispetto delle dovute esigenze di tutela e garanzia, dall’altro dà seguito al vincolo della concentrazione dei regimi previsto dal precedente decreto legislativo n. 126 del 2016.

L’individuazione delle categorie di intervento pubblico è demandata ad apposita tabella (Tabella A, parte integrante del decreto) che contiene, come ovvio, l’individuazione del regime applicabile, ma anche l’eventuale concentrazione dei regimi e i relativi riferimenti normativi (con ciò semplificando ulteriormente l’avvio delle corrispondenti attività).

La disciplina dei rispettivi regimi giuridici è, quindi, coordinata con le disposizioni di cui agli articoli 14 e ss., 19, 19-*bis*, 20, 21 e 21-*bis* della più volte richiamata legge n. 241 del 1990, ivi differenziandosi le attività che richiedono la comunicazione da quelle che, invece, postulano la Scia, il silenzio-assenso ovvero l’autorizzazione espressa.

Nel tentativo, tuttavia, di non sacrificare oltremodo le esigenze derivanti dalle diversità territoriali, si riconosce alle amministrazioni, nell’ambito delle rispettive competenze e, quindi, in ragione delle loro specificità territoriali, la possibilità di ricondurre a quelle corrispondenti le attività non espressamente elencate nella predetta

---

*dalla persistente de-quotazione del suo ruolo di ordinazione della realtà e, segnatamente, degli interessi pubblici e privati in conflitto».*

<sup>331</sup> Per un approfondimento E. AMANTE, *Le categorie di intervento, titoli abilitativi e procedimenti edilizi dopo la riforma Madia*, in *Urbanistica e appalti*, 6, 2017, p. 792 e ss.

tabella A, con il vincolo, però, di doverle pubblicare sul sito istituzionale.

Particolare attenzione è stata posta all'attività edilizia, la quale, storicamente<sup>332</sup>, presenta regimi amministrativi differenziati<sup>333</sup>.

Il decreto in esame incide direttamente sul decreto del Presidente della Repubblica n. 380 del 2001 (c.d. Testo unico in materia edilizia), modificando non poche disposizioni<sup>334</sup> e, altresì, integrando il portato con l'inserimento dell'articolo 6-bis (Interventi subordinati a comunicazione di inizio lavori asseverata), ridenominando il Capo III (Segnalazione certificata di inizio di attività), nonché abolendo il regime della Cil (comunicazione di inizio lavori) e riconducendo le relative attività ad essa assoggettate all'attività edilizia libera<sup>335</sup>.

---

<sup>332</sup> Si veda in proposito M.A. SANDULLI, *Il regime dei titoli abilitativi edilizi tra semplificazione e contraddizioni*, in *Rivista giuridica dell'edilizia*, 6, 2013, p. 301 e ss.

<sup>333</sup> La prima categoria è costituita dalle c.d. attività edilizie libere, che, fatte salve le prescrizioni degli strumenti urbanistici e comunque nel rispetto delle normative di settore in vario modo incidenti sulla disciplina dell'attività edilizia (*in primis* quelle a tutela del paesaggio, della sicurezza, ecc.), non sono soggette ad alcun titolo abilitativo e dunque neppure alla mera comunicazione di inizio lavori - CIL - (es. manutenzione ordinaria, eliminazione di barriere architettoniche senza modifiche della sagoma dell'edificio). La seconda tipologia raccoglie gli interventi soggetti a mera comunicazione, anche per via telematica, dell'inizio dei lavori - CIL - (es. interventi di manutenzione straordinaria, sempre che non riguardino parti strutturali dell'edificio, non implicino aumento delle unità immobiliari e non implicino incremento di parametri urbanistici; installazione di pannelli solari, aree ludiche senza fine di lucro, elementi di arredo delle aree pertinenziali, ecc.). Un regime rafforzato - CIL asseverata - è previsto per taluni interventi di manutenzione straordinaria: l'interessato, unitamente alla comunicazione di inizio dei lavori, deve trasmettere all'amministrazione comunale una relazione tecnica provvista di data certa e corredata degli opportuni elaborati progettuali, a firma di un tecnico abilitato, il quale dichiara preliminarmente di non avere rapporti di dipendenza con l'impresa né con il committente e che asseveri, sotto la propria responsabilità, che i lavori sono conformi agli strumenti urbanistici approvati e ai regolamenti edilizi vigenti e che per essi la normativa statale e regionale non prevede il rilascio di un titolo abilitativo. Un ruolo di assoluta rilevanza assumono poi gli interventi soggetti a Scia, nonché le ipotesi di Dia alternativa al permesso di costruire. E, infine, gli interventi sottoposti a permesso di costruire (assimilabile a un'autorizzazione preventiva): nuove costruzioni, ristrutturazioni urbanistiche e ristrutturazioni edilizie c.d. "pesanti".

<sup>334</sup> L'art. 3 del D.Lgs. n. 222/2016 contempla la modifica dei seguenti articoli del d.P.R. n. 380/2001: 5, 6, 20, 22, 23, 23 bis, 24, 25, 26, 31, 33, 34, 35, 36, 38, 39, 40, 44, 46, 48, 49, 62, 67 e 82.

<sup>335</sup> In particolare, l'articolo 6-bis è dedicato integralmente alle ipotesi soggette a CILA, che diviene categoria residuale in luogo della SCIA: ogni intervento non

Ancora più importante, nel settore edilizio, è quanto disciplinato dall'articolo 1, comma 2, del decreto in commento, che stabilisce l'esigenza di *“garantire omogeneità di regime giuridico in tutto il territorio nazionale”* e demanda, a tal fine, a un decreto del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti l'adozione del c.d. *“glossario unico”*<sup>336</sup>.

Al riguardo, il Consiglio di Stato ha precisato che *“la chiarezza, l'univocità, l'uniformazione delle parole con cui si esprimono le regole costituisce il necessario completamento della riforma delle regole stesse e (...) rende effettivamente ‘implementabile’ la riforma legislativa assicurando la conoscibilità ‘in concreto’ della documentazione da presentare”*<sup>337</sup>.

Come evidente, anche a prescindere dall'analisi delle singole fattispecie, i decreti attuativi della riforma Madia hanno dato nuova linfa alle politiche di liberalizzazione e semplificazione amministrativa delle attività economiche private, muovendosi su binari innovativi e ponendosi, nel concreto, il problema del

---

espressamente disciplinato dal TUE o dalla tabella, se non costituisce fattispecie di nuova edificazione, è attratto all'alveo dell'attività edilizia libera, soggetta al solo adempimento della previa CILA. La CILA, inoltre, si articola in *“CILA semplice”* e *“CILA unica”* (art. 2 del d.lgs. n. 222/2016): la seconda differisce dalla prima perché ricomprende in sé più comunicazioni distinte, tutte doverose per l'inizio dell'attività, che l'interessato può presentare *uno actu* ad un unico sportello comunale.

<sup>336</sup> Ora, in parte, confluito nel D.M 2 marzo 2018, recante *“Approvazione del glossario contenente l'elenco non esaustivo delle principali opere edilizie realizzabili in regime di attività edilizia libera, ai sensi dell'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 25 novembre 2016, n. 222”*. Al riguardo, la giurisprudenza ha iniziato a operare una delimitazione dell'ambito di applicazione del decreto. Infatti, secondo il Consiglio di Stato *“Il D.M. 2 marzo 2018, emanato in attuazione dell'art. 1, comma 2 del citato D.Lgs. n. 222/2016, ha adottato un glossario unico nazione con l'elenco delle principali opere edilizie, con l'individuazione della categoria di intervento a cui le stesse appartengono e del conseguente regime giuridico a cui sono sottoposte. In particolare nella Tabella A dell'art. 2 al n. 50 del glossario delle opere realizzabili senza titolo edilizio alcuno, vi sono le c.d. pergolende, ovvero, per comune esperienza, strutture di copertura di terrazzi e lastri solari, di superficie anche non modesta, formate da montanti ed elementi orizzontali di raccordo e sormontate da una copertura fissa o ripiegabile formata da tessuto o altro materiale impermeabile, che ripara dal sole, ma anche dalla pioggia, aumentando la fruibilità della struttura. Tale struttura costituisce intervento di nuova costruzione e richiede il permesso di costruire nel momento in cui difetta dei requisiti richiesti per le pertinenze e gli interventi precari, ovvero quando modifica la sagoma dell'edificio”* (Cons. Stato, Sez. VI, 7 maggio 2018, n. 2715).

<sup>337</sup> Cons. Stato, parere 4 agosto 2016, n. 1784.

bilanciamento di interessi e della necessità del minor sacrificio delle situazioni soggettive che discendono dall'applicazione dei regimi amministrativi vigenti.

L'esempio dato dalla riforma in esame è stato immediatamente recepito dal legislatore più recente che, nell'emanare la legge 4 agosto 2017, n. 124, prima legge annuale per il mercato e la concorrenza, ha inteso rimuovere gli ostacoli regolatori all'apertura dei mercati, non intervenendo più con norme generali, bensì novellando settori specifici dell'ordinamento<sup>338</sup>.

Tutto ciò a conferma che, in conclusione, una seria politica di valorizzazione dell'iniziativa economica privata deve essere condotta, nell'ottica del bilanciamento di principi e valori, ponendo a mente le specificità dei singoli settori, senza che ciò debba comportare necessariamente una fuga dai regimi tradizionali, ma senza che la

---

<sup>338</sup> Si veda D. AGUS, *La legge annuale per il mercato e la concorrenza*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 6, 2017, p. 729 e ss. L'Autore evidenzia le singole novelle apportate nei settori considerati. Ad esempio, le misure riferite al settore assicurativo sono introdotte principalmente attraverso modifiche o integrazioni al Codice delle assicurazioni private di cui al D.Lgs. 7 settembre 2005, n. 209. In merito all'assicurazione obbligatoria, la legge per la concorrenza prevede un generalizzato obbligo a contrarre per le compagnie assicurative alle condizioni stabilite preventivamente da queste ultime e previa verifica della correttezza dei dati contenuti nell'attestato di rischio. A tale misura si accompagna uno specifico obbligo informativo per gli intermediari, relativo ai premi offerti da tutte le imprese di cui sono mandatari (commi 2-5). Per quanto concerne le tariffe, poi, è previsto l'obbligo di praticare sconti in presenza di alcune specifiche condizioni elencate (ispezioni, montaggio scatola nera, strumenti di verifica del tasso alcolemico). Nel settore delle comunicazioni elettroniche, degne di nota sono le modifiche al D.L. 31 gennaio 2007, n. 7 (Bersani Bis), con le quali è stato ulteriormente precisato, con una integrazione all'art. 1, che le eventuali spese per il recesso o il trasferimento dell'utenza devono essere "*commisurate al valore del contratto e ai costi reali sopportati dall'azienda, ovvero ai costi sostenuti per dismettere la linea telefonica o trasferire il servizio*" (comma 41). Nella medesima disposizione è precisato ulteriormente che tali spese devono essere rese note al consumatore al momento della pubblicizzazione dell'offerta e nella fase di sottoscrizione del contratto, nonché comunicate all'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni (Agcom), con esplicitazione analitica delle singole voci di costo e delle relative giustificazioni economiche. Per quanto concerne il servizio postale, la legge in commento prevede l'unica misura di liberalizzazione in senso stretto, andando a rimuovere un vincolo legale all'esercizio di un'attività economica. Il comma 57 prevede, infatti, l'eliminazione del regime di riserva in favore di Poste Italiane, nella veste di fornitore del servizio universale, del servizio di notificazione di atti a mezzo posta e delle comunicazioni connesse con la notificazione di atti giudiziari di cui alla L. 20 novembre 1982, n. 890.

protezione di “antichi” (e vetusti) interessi pubblici sia di ostacolo al libero esplicarsi dell’attività umana in campo economico.

### ***3. Il bilanciamento di principi alla “prova dei fatti”.***

Nel corso del presente contributo si è avuto modo di sottolineare più volte quanto la corretta imposizione di regimi differenziati di controllo pubblico dell’iniziativa economica privata dipenda da una specifica azione di bilanciamento tra interessi.

A conclusione della ricostruzione teorica oggetto dei precedenti capitoli, è opportuno verificare, nella prassi, come il preteso bilanciamento di principi e valori dovrebbe essere implementato in alcuni specifici settori (la sanità, l’ambiente e il commercio), tutti variamente riferibili a interessi costituzionalmente garantiti.

#### ***3.1. Le autorizzazioni sanitarie.***

Il tema delle autorizzazioni sanitarie, e, quindi, degli interventi regolatori del potere pubblico in merito all’esplicarsi di attività puramente privatistiche, gioca un ruolo fondamentale al fine di delineare il delicato rapporto tra pubblico e privato nell’erogazione delle prestazioni sanitarie.

Ciò anche in considerazione dell’attuale periodo storico, nel quale si registra un fortissimo impiego di strumenti legislativi di controllo della spesa (sanitaria e non), tesi a incidere direttamente sulle libertà dei singoli.

In questo contesto, anche l’espressa previsione di un diritto alla libera iniziativa economica potrebbe non essere sufficiente ad evitare un controllo pubblico delle attività, soprattutto se si tiene conto della

parallela disposizione costituzionale (articolo 32) che configura il c.d. diritto alla salute<sup>339</sup>.

La disciplina delle autorizzazioni sanitarie è proprio il settore nel quale la complessità del bilanciamento tra diritti (o interessi) è maggiormente visibile, tenuto conto delle contrapposte esigenze: di rendere possibile, anche in un settore fortemente caratterizzato dalla gestione diretta dei servizi da parte dei pubblici poteri, il coinvolgimento di operatori privati nell'erogazione di tali servizi; e di conformare l'attività privata a *standard* uniformi collegati al fabbisogno sanitario della popolazione, ampliando, forse eccessivamente, la sfera di operatività del diritto alla salute.

Del resto, anche la genericità della formulazione dell'articolo 32 non permette, come osservato<sup>340</sup>, di chiarire esattamente se, e in che misura, il fondamentale compito di erogare prestazioni sanitarie debba essere completamente ascritto all'attività diretta dell'amministrazione o se, differentemente, possa essere demandato all'iniziativa privata e, nel caso, utilizzando quali strumenti di controllo.

Sulla base di queste necessarie premesse, è doveroso analizzare il quadro normativo nazionale in tema di autorizzazioni sanitarie,

---

<sup>339</sup> Articolo 32 della Costituzione che recita: “*La Repubblica tutela la salute come fondamentale diritto dell'individuo e come interesse della collettività [...]*”. Il bene salute assurge, in tal modo, a valore primario dell'ordinamento costituzionale, comprendente un fascio di situazioni soggettive, strutturalmente riconducibili tanto allo schema della libertà negativa (libertà da: come nel caso dei c.d. trattamenti sanitari obbligatori, esplicitamente menzionati nella disposizione costituzionale) quanto a quello (implicito) della libertà positiva (libertà di: come nel caso della libertà di cura). Per una completa ricostruzione del diritto alla salute si vedano R. BALDUZZI-D. SERVETTI, *La garanzia costituzionale del diritto alla salute e la sua attuazione nel Servizio sanitario nazionale*, in R. BALDUZZI-G. CARPANI (a cura di), *Manuale di diritto sanitario*, Il Mulino, Bologna, 2013, pp. 13-46; D. MORANA, *La salute come diritto costituzionale. Lezioni*, Torino, Giappichelli, 2013; R. BALDUZZI, *Salute (diritto alla)*, in S. CASSESE (a cura di), *Dizionario di diritto pubblico*, Giuffrè, Milano, 2006, pp. 5393-5402; G. CARPANI, *I principi fondamentali della tutela della salute nelle indicazioni del giudice delle leggi*, in M. RICCA-L. CHIEFFI (a cura di), *Il governo della salute - Regionalismi e diritti di cittadinanza*, collana Quaderni Formez n. 41, Roma 2005, pp. 37-68.

<sup>340</sup> P. MEZZANOTTE, *Tutela della salute tra compiti pubblici, autonomia privata e principio di sussidiarietà*, in M. SESTA (a cura di), *L'erogazione della prestazione medica tra diritto alla salute, principio di autodeterminazione e gestione ottimale delle risorse sanitarie*, Rimini, Maggioli, 2014, p. 46 e ss.

anche al fine di verificarne la rispondenza e la coerenza con i principi generali, anche di matrice europea, di cui si è detto.

Le autorizzazioni sono regolate, a livello nazionale, dal decreto legislativo 30 dicembre 1992, n. 502, punto di arrivo del percorso evolutivo non sempre lineare del servizio sanitario che ha condotto l'originario sistema di netta impronta pubblicistica, in un primo tempo, verso una organizzazione concorrenziale semi-liberalizzata e, successivamente, ad un ripensamento in termini più prettamente programmatori, a discapito della coerenza e stabilità del sistema stesso<sup>341</sup>.

Nel citato decreto si prevede che la realizzazione di strutture e l'esercizio di attività sanitarie e sociosanitarie, relativamente alle ipotesi di costruzione di nuove strutture, adattamento di strutture già esistenti o loro diversa utilizzazione, ampliamento, trasformazione e trasferimento in altra sede, siano subordinate a due differenti autorizzazioni<sup>342</sup>: quella alla realizzazione e quella all'esercizio.

La previsione di un duplice procedimento autorizzatorio (alla realizzazione e all'esercizio), oltre ad essere limitato alle ipotesi dianzi

---

<sup>341</sup> In tale sede si possono delineare solo brevemente le principali tappe del processo evolutivo: in primo luogo, occorre riferirsi alla legge n. 833 del 1978 istitutiva del Ssn con la quale è stato disegnato un assetto normativo dell'assistenza sanitaria completamente innovativo rispetto al passato e volto a dare piena attuazione al concetto di diritto alla salute previsto dalla nostra Carta costituzionale, attraverso il progressivo affermarsi dei principi di universalità, uguaglianza e globalità degli interventi; nel 1992 viene approvata la riforma del Ssn (confluente nel decreto legislativo 502 del 1992), nella quale l'approccio del legislatore è fortemente innovativo rispetto a quelle del 1978. Il decreto 502, infatti, risponde ad una logica completamente differente, tenuto conto dell'importanza data al nuovo obiettivo di recupero dell'efficienza e della qualità delle prestazioni, da perseguire anche mediante l'utilizzo di soggetti privati, in un'ottica pro-concorrenziale sconosciuta al sistema precedente; infine, con il decreto legislativo 229 del 1999 l'ottica pro-concorrenziale che pervadeva il precedente intervento di riforma viene nuovamente offuscata dal ritorno "prepotente" del principio della programmazione pubblica delle attività sanitarie. Sull'evoluzione storica della disciplina relativa alla tutela della salute e sulle ripercussioni nei rapporti tra pubblico e privato si vedano, *ex multis*: R. BALDUZZI-D. SERVETTI, *La garanzia costituzionale del diritto alla salute e la sua attuazione nel Servizio sanitario nazionale*, op. cit., p. 49 e ss; V. ANTONELLI, *Servizio Sanitario Nazionale*, in F. CARINGELLA (a cura di), *Dizionario di Diritto amministrativo*, Roma, Dike, 2008, vol. Re-Z, pp. 99-106; M. CONTICELLI, *Privato e pubblico nel servizio sanitario*, Milano, Giuffrè, 2012, in particolare il cap. II.

<sup>342</sup> Articolo 8-ter del decreto legislativo 502/92, come modificato dal decreto legislativo n. 229 del 1999.

citare, è ulteriormente circoscritto a determinate tipologie di strutture, indicate dallo stesso decreto n. 502: quelle che erogano prestazioni in regime di ricovero ospedaliero a ciclo continuativo o diurno per acuti; quelle che erogano prestazioni di assistenza specialistica in regime ambulatoriale; quelle che erogano prestazioni in regime residenziale, a ciclo continuativo o diurno.

Al di fuori dei suddetti casi, tutti gli studi professionali (medici, odontoiatri o di altre professioni sanitarie) sono sottoposti alla sola autorizzazione all'esercizio, esclusivamente nel caso in cui siano "attrezzati per erogare prestazioni di chirurgia ambulatoriale", ovvero intendano erogare prestazioni di "particolare complessità o che comportino un rischio per la sicurezza del paziente"<sup>343</sup>. La previsione della sola autorizzazione all'esercizio sussiste, altresì, per le strutture dedicate interamente ad attività diagnostiche (ad esempio, strutture di diagnostica per immagini – Tac, RMN, ecografia, ecc.).

Ne consegue che, fuori dei casi richiamati in precedenza, l'attività sanitaria privata è da considerarsi libera, previa apposita comunicazione di avvio dell'attività.

Le due autorizzazioni citate, come visto, differiscono notevolmente in relazione all'ambito soggettivo di applicazione, ma, ai fini che qui interessano, le differenze appaiono ancora più marcate se si considerano i procedimenti ai quali esse afferiscono.

L'autorizzazione alla realizzazione, infatti, deve essere rilasciata dal Comune sulla base di una coerenza generale con gli ordinari strumenti urbanistici e di pianificazione del territorio, nonché tenuto conto della verifica di compatibilità programmatica sanitaria, vero e proprio sub-procedimento<sup>344</sup> di competenza della Regione.

Pertanto, se si rientra nelle tipologie per cui è necessaria la predetta autorizzazione, la decisione formalmente comunale diviene sostanzialmente regionale, dal momento che il rilascio del

---

<sup>343</sup> Articolo 8-ter, comma 2, d.lgs. 502/1992.

<sup>344</sup> In tal senso, M. CONTICELLI, *Privato e pubblico nel servizio sanitario*, op. cit., p. 155.

provvedimento è subordinato ai criteri del “*fabbisogno complessivo*” e della “*localizzazione territoriale delle strutture presenti in ambito regionale*”, criteri etero-determinati, appunto, in ambito regionale.

Sotto questo profilo, come anche chiarito dalla giurisprudenza amministrativa<sup>345</sup>, l’autorizzazione alla realizzazione afferisce al più generale sistema della pianificazione sanitaria, nel senso che i vincoli di tale pianificazione non trovano la loro *ratio* soltanto nel contenimento dei costi gravanti sulla finanza pubblica (e quindi nei confronti delle strutture accreditate<sup>346</sup>), ma, altresì, in una più generale e preliminare “*razionalizzazione della rete di strutture sanitarie e riqualificazione della prestazioni erogate anche sotto il profilo della distribuzione sul territorio*”.

Conseguentemente, la preliminare verifica regionale di compatibilità del progetto di realizzare una nuova struttura sanitaria privata costituisce una fase procedimentale necessaria perché il Comune rilasci l’autorizzazione che, in quest’ottica, assume le caratteristiche tipiche dell’autorizzazione discrezionale, ossia di quel procedimento che subordina l’esercizio di attività economiche a valutazioni circa l’opportunità stessa dello svolgimento delle suddette attività.

Diversamente, l’autorizzazione all’esercizio (di competenza direttamente regionale) presuppone una verifica *sic et simpliciter* sui requisiti strutturali, tecnologici e organizzativi minimi imposti dalla normativa regionale a tutela della salute pubblica, difettando, quindi, una vera e propria valutazione discrezionale in capo all’amministrazione.

Tale procedimento autorizzatorio, quindi, è finalizzato a evitare che vengano aperte e rese operative strutture sanitarie prive di requisiti indispensabili per garantire trattamenti sanitari rispondenti agli

---

<sup>345</sup> Cons. Stato, Sez. III, 28 dicembre 2011, n. 6969; Cons. Stato, Sez. III, 28 dicembre 2011, n. 6970; Cons. Stato, Sez. III, 28 dicembre 2011, n. 6971.

<sup>346</sup> Sulla differenza tra autorizzazione ed accreditamento si veda, *ex plurimis*, F. TARONI, *Le 3A: autorizzazione, accreditamento e accordi*, in R. BALDUZZI-G. CARPANI (a cura di), *Manuale di diritto sanitario*, Il Mulino, Bologna, 2013.

*standard* ordinari. Si tratta di attività di controllo che la legge (così come accade, ad esempio, in materia edilizia, o nel settore farmaceutico, o ancora nel settore della distribuzione dei carburanti) affida all'autorità amministrativa, sul presupposto che si tratti di attività – certamente esercitabili liberamente ai sensi dell'articolo 41 della Costituzione – ma che non possono svolgersi “*in contrasto con l'utilità sociale o in modo da recare danno alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana*”<sup>347</sup>.

La differenza tra le due tipologie di autorizzazione non è, dunque, di poco conto, in quanto l'intervento dei pubblici poteri è ovviamente molto più penetrante quando si sostanzia in valutazioni di tipo discrezionale invece che in valutazioni in ordine al mero rispetto di *standard* uniformi (che, giova ricordarlo, valgono tanto per le strutture private quanto per quelle pubbliche).

Peraltro, vale la pena sottolineare che, nonostante le puntuali disposizioni normative di cui si è dato conto, non è sempre agevole, nella prassi, distinguere nettamente i casi in cui sia necessaria la sola autorizzazione all'esercizio, dai casi in cui sia richiesta anche quella alla realizzazione o, addirittura, sia sufficiente una mera comunicazione di avvio dell'attività (senza ricorso allo strumento dell'autorizzazione preventiva).

Nella complessa realtà dell'erogazione delle prestazioni sanitarie, coesistono situazioni nelle quali, anche a prescindere da un'effettiva differenza rispetto all'attività svolta (*rectius*, tipo di prestazione erogata), il regime amministrativo muta notevolmente.

Si pensi, ad esempio, alle prestazioni riconducibili alla macrocategoria dell'assistenza specialistica svolta secondo prestazioni non invasive (ossia, mediante visite specialistiche): tali prestazioni, se svolte dal singolo professionista nel proprio studio medico, non necessitano di autorizzazioni; le medesime prestazioni, invece, se

---

<sup>347</sup> Tar Puglia, Lecce, sez. II, 5 ottobre 2006, n. 4770.

svolte in regime ambulatoriale<sup>348</sup>, sono sottoposte al duplice procedimento autorizzatorio (realizzazione ed esercizio) previsto dal decreto n. 502 del 1992, con evidente (e ingiustificato) aggravio di controlli e verifiche da parte dei pubblici poteri.

È evidente che, in casi come quello appena delineato, se ci si pone in un'ottica di tutela dell'interesse pubblico e, quindi, di funzionalità del provvedimento di autorizzazione rispetto a tale tutela, il semplice mutamento della forma giuridica del soggetto che intende erogare le prestazioni (privato singolarmente/privato in forma societaria-organizzata) non potrebbe mai giustificare un regime amministrativo differenziato, tenuto conto della circostanza che la prestazione da erogare (oggetto dell'autorizzazione) potrebbe essere (e il più delle volte è) sostanzialmente la stessa.

Anzi, lo sforzo da compiere sarebbe quello di differenziare non solo le tipologie di strutture, ma anche le tipologie di prestazioni, onde evitare regolazioni ingiustificatamente intrusive dell'iniziativa economica privata.

A ben vedere, le autorizzazioni sanitarie possono rappresentare un "banco di prova" efficace per consolidare la ricostruzione teorica che si è tentato di sviluppare nel corso del presente lavoro di ricerca.

Partendo dall'autorizzazione alla realizzazione, la previsione di una verifica di compatibilità regionale necessaria sul progetto di struttura sanitaria da avviare, pone alcuni problemi applicativi, soprattutto nell'ottica del richiamato bilanciamento tra interessi pubblici e privati.

---

<sup>348</sup> È necessario richiamare brevemente la distinzione tra studio medico ed ambulatorio: l'art. 193 del Testo unico delle Leggi Sanitarie (T.U.LL.SS.), approvato con Regio decreto 27 luglio 1934, n. 1265, ha sottoposto a specifica autorizzazione all'apertura e all'esercizio le strutture ambulatoriali, nulla prevedendo invece per gli studi medici che, conseguentemente, sono stati implicitamente esclusi dalla necessità di acquisire il citato titolo. Inoltre, per espresse disposizioni del codice civile, è previsto l'obbligo di conseguire il titolo autorizzativo all'esercizio nel caso in cui l'attività sanitaria sia organizzata in forma d'impresa (cfr art.2238 e artt.2082 e s.s. del C.C.), risultando in tal senso sempre prevalente la componente organizzativa rispetto a quella di professione intellettuale (che è poi il criterio discrezionale tra ambulatorio e studio medico).

Va anzitutto chiarito che tale previsione non sarebbe, nelle argomentazioni della giurisprudenza amministrativa, contrastante con la tutela della libertà d'impresa garantita dall'articolo 41 della Costituzione, tenuto conto che tale ultima libertà non può essere *“assoluta nel nostro assetto costituzionale, dovendosi contemperare con la tutela degli interessi pubblici e, quindi, con un interesse generale come quello alla corretta pianificazione sanitaria”*<sup>349</sup>.

Tuttavia, pur accedendo a tale ricostruzione, appaiono nondimeno evidenti le criticità della disciplina. Ciò, almeno, sotto due diversi punti di vista.

Per un primo ordine di problemi, deve considerarsi la circostanza che l'autorizzazione alla realizzazione è circoscritta all'erogazione privata di prestazioni sanitarie, non essendo previsto, almeno in questa fase, l'utilizzo di risorse pubbliche per finanziare tali prestazioni.

Il provvedimento in questione, infatti, dal punto di vista strettamente giuridico, si discosta notevolmente dalla complessa procedura di accreditamento (assimilabile a una concessione di pubblico servizio), con la quale l'operatore privato viene riconosciuto idoneo ad erogare prestazioni per conto del Servizio sanitario nazionale.

L'accREDITAMENTO è un istituto avente finalità diversa, ossia quella di garantire al cittadino-malato il diritto di libera scelta del medico da cui farsi curare, limitatamente, però, a quelle prestazioni sanitarie i cui costi sono sopportati dal Ssn, attraverso il rimborso, alle strutture private, delle prestazioni eseguite.

L'accREDITAMENTO, in altre parole, impegna le strutture sanitarie private a svolgere la propria attività sotto un controllo molto più stretto e, per quanto consta, legittimo da parte dell'amministrazione<sup>350</sup>.

---

<sup>349</sup> Cons. Stato, Sez. III, 28 dicembre 2011, n. 6969; Cons. Stato, Sez. III, 28 dicembre 2011, n. 6970; Cons. Stato, Sez. III, 28 dicembre 2011, n. 6971.

<sup>350</sup> F. TARONI, *Le 3A: autorizzazione, accreditamento e accordi*, op. cit.; S. TARULLO, *Concorrenza ed evidenza pubblica nel sistema degli accreditamenti sanitari tra regole nazionali e assetti comunitari*, in *Munus*, 1, 2012, p. 21 e ss.

Nel caso dell'autorizzazione alla realizzazione, invece, la discrezionalità in merito alla verifica del fabbisogno non è giustificabile con la necessità di contenere i costi sopportati dai poteri pubblici, essendo essa preordinata all'erogazione esclusivamente privata di prestazioni sanitarie.

A tale argomentazione, si potrebbe obiettare rilevando che l'autorizzazione alla realizzazione (come quella all'esercizio) è, in fondo, il necessario presupposto giuridico per poter procedere all'accreditamento di una struttura privata, motivo per cui la preventiva verifica del fabbisogno potrebbe essere considerata funzionale alla successiva richiesta di accreditamento.

Tuttavia, sia il dato letterale delle norme in materia che la corposa giurisprudenza amministrativa tendono ad escludere assolutamente che l'autorizzazione rappresenti un mero presupposto dell'accreditamento.

I due procedimenti sono ontologicamente differenti e rispondono a logiche completamente diverse: l'autorizzazione tende a conformare l'attività dei privati al rispetto di requisiti prestabiliti legati al presunto fabbisogno di un dato contesto territoriale; l'accreditamento, invece, è realmente funzionale al potere autoritativo di programmare (mediante il criterio del fabbisogno) l'attività privata in relazione all'esigenza di razionalizzazione del sistema sanitario e di contenimento della spesa pubblica.

Tali esigenze di contenimento trovano, dunque, la loro sede proprio nei procedimenti di accreditamento, di fissazione dei tetti di spesa e di stipulazione dei contratti con i soggetti accreditati, che sono procedimenti distinti e susseguenti rispetto a quello relativo al rilascio della pura e semplice autorizzazione.

Sotto altro punto di vista, deve essere osservato che la decisione di subordinare il provvedimento di autorizzazione comunale a una verifica regionale sul fabbisogno complessivo risulta poco coerente

anche rispetto al delinarsi dell'intero sistema pubblico-privato posto a tutela del diritto alla salute.

Ciò in quanto è difficile capire a quale fabbisogno dovrebbe riferirsi la Regione nel verificare la compatibilità della realizzazione di una nuova struttura sanitaria.

Di certo, non può trattarsi del fabbisogno complessivo come risultante dal Servizio sanitario nazionale, essendo questo parametrato (almeno a livello teorico) esclusivamente sulle attività svolte da soggetti pubblici (presidi ospedalieri, aziende ospedaliere, aziende ospedaliero-universitarie, istituti di ricovero e cura a carattere scientifico) e da privati accreditati operanti nell'ambito del servizio stesso<sup>351</sup>.

Si tratterebbe, in altre parole, di una verifica su un fabbisogno ulteriore (e diverso) da quello imposto dalla tutela dei livelli essenziali e uniformi di assistenza<sup>352</sup> e, quindi, di un settore estraneo alle competenze legislative in materia.

Del resto, è lo stesso decreto n. 502 del 1992 ad escludere che l'offerta dei servizi privati possa rientrare nel calcolo del fabbisogno che deve essere soddisfatto dal Servizio sanitario nazionale, impedendo, di conseguenza, un qualsiasi coordinamento logico di iniziative pubbliche e private nel settore considerato.

Come evidente, quindi, la previsione di una verifica di compatibilità non potrebbe essere giustificata né da ragioni di tenuta economico-finanziaria del sistema sanitario pubblico, né, tantomeno, da ragioni di organizzazione e programmazione dei servizi<sup>353</sup>.

---

<sup>351</sup> Articolo 8-ter, comma 1, del decreto legislativo 502/92.

<sup>352</sup> Sulla disciplina dei LEA si vedano R. BALDUZZI, *I livelli essenziali in sanità. Relazione*, in G. BERTI-G.C. DE MARTIN (a cura di), *Le garanzie di effettività dei diritti nei sistemi policentrici*, Milano, Giuffrè, 2003, p. 247 e ss. e E. BALBONI, *Il concetto di livelli essenziali e uniformi come garanzia in materia di diritti sociali*, in *Istituzioni del federalismo*, fasc. 6, 2001, p. 1103 e ss.

<sup>353</sup> Recentissima giurisprudenza la ritiene, addirittura, contraria al diritto europeo. Vedasi, in proposito, Tar Puglia, Bari, Sez. II, 7 giugno 2018, n. 838.

La suddetta notazione non è di poco conto ed è alla base di una recente giurisprudenza del Consiglio di Stato<sup>354</sup>, volta a valorizzare il principio della concorrenza anche nell'ambito sanitario.

Secondo i giudici di Palazzo Spada, infatti, il criterio del fabbisogno non è legittimamente invocabile per negare l'autorizzazione a soggetti che, senza che ciò comporti un incremento degli operatori in regime di accreditamento, intendano offrire i servizi sanitari in rapporto privatistico.

La regola di principio per cui l'articolo 8-ter del decreto legislativo 502/92 trova applicazione anche nei casi di erogazione privata di prestazioni sanitarie non può risolversi, alla luce degli articoli 32 e 41 della Costituzione, in *“uno strumento ablatorio delle prerogative dei soggetti che intendano offrire, in regime privatistico (vale a dire senza rimborsi o sovvenzioni a carico della spesa pubblica, e con corrispettivi a carico unicamente degli utenti), mezzi e strumenti di diagnosi, di cura e di assistenza sul territorio”*<sup>355</sup>.

La spinta all'apertura del mercato, insita nella decisione appena ricordata, è mutuata, peraltro, dagli interventi in materia dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato che, già in sede di approvazione della riforma del sistema sanitario, aveva espresso dubbi circa l'assoggettabilità di strutture private alla previa verifica di compatibilità regionale<sup>356</sup>.

Tale posizione è stata ribadita anche con il parere AS1037 del 28 marzo 2013, nel quale l'Autorità definisce il provvedimento una

---

<sup>354</sup> Cons. Stato, Sez. III, 29 gennaio 2013, n. 550. Nello stesso senso Tar Lazio, Roma, sez. II-bis, 14 gennaio 2014, n. 445 nella quale si sottolinea che la pretesa di sottoporre le strutture sanitarie nella regione ad un contingente numerico massimo, prescindendo da ogni considerazione quantitativa e qualitativa circa i nuovi servizi offerti dai richiedenti l'autorizzazione e circa i servizi già presenti sul territorio in relazione alle esigenze della popolazione residente, non risulta in alcuno modo *“connessa al superiore interesse pubblico generale alla tutela dell'inviolabile diritto alla salute, ed è anzi suscettibile sia di limitare i servizi di prevenzione e cura concretamente attivabili sul territorio, sia di ostacolare il miglioramento qualitativo e la riduzione dei prezzi dell'offerta privata e non convenzionata son il Ssn grazie alla concorrenza e dalla conseguente facoltà di scelta dei pazienti fra strutture diverse”*.

<sup>355</sup> Cons. Stato, Sez. III, 29 gennaio 2013, n. 550, p. 9 e ss.

<sup>356</sup> Segnalazione AGCM AS175 resa in data 19 maggio 1999.

violazione della disciplina nazionale in tema di concorrenza, dal momento che esso introduce *“una restrizione all’accesso del mercato delle prestazioni sanitarie e socio-sanitarie rese in regime privatistico non giustificata da esigenze imperative di interesse generale, costituzionalmente rilevanti e compatibili con l’ordinamento comunitario, che possono [a loro volta] giustificare l’introduzione di previ atti amministrativi di assenso o autorizzazione o di controllo, nel rispetto del principio di proporzionalità”*.

Le posizioni liberiste della giurisprudenza e dell’Autorità antitrust sono, presumibilmente, alla base del tentativo del legislatore nazionale di liberalizzare il settore, eliminando *tout court* la verifica di compatibilità dal sistema normativo<sup>357</sup>.

Tuttavia, nonostante l’apprezzabile volontà di procedere ad uno snellimento delle prerogative pubbliche in materia di erogazione privata delle prestazioni sanitarie, il tentativo è fallito, anche (o soprattutto) per l’assolutezza ideologica dello stesso. Come si è avuto modo di evidenziare più volte, un serio intervento di liberalizzazione/semplificazione deve prescindere da posizioni rigide e, anzi, deve rispettare dei canoni prestabiliti di indagine dell’interesse pubblico da tutelare, che, nel rispetto dei principi di concorrenza, proporzionalità e adeguatezza, consenta il minor sacrificio dell’iniziativa economica privata.

Ogni modifica del regime amministrativo dovrebbe essere sostenuta da una profonda riflessione in merito all’interesse pubblico da tutelare, non essendo possibile ridurre tale riflessione a una scelta drastica e assoluta.

Ancora una volta, dunque, dovrebbe essere rilevante il concetto di funzionalità del provvedimento rispetto all’interesse generale, in modo da comprendere se, e fino a che punto, la verifica di

---

<sup>357</sup> Il riferimento è al decreto legge 24 giugno 2014, n. 90, convertito, con modificazioni, dalla legge 11 agosto 2014, n. 114. L’articolo 27 del decreto citato prevedeva l’abrogazione del comma 3 dell’articolo 8-ter del decreto 502/92 ma, in sede di conversione, la norma è scomparsa dal testo finale.

compatibilità possa essere eliminata (o mantenuta), fermo restando che, almeno ad avviso di chi scrive, è indubitabile, stante il collegamento con l'articolo 32 della Costituzione, la necessità, a monte, di un provvedimento espresso di stampo autorizzativo.

Al riguardo, dal momento che, come visto, il punto di partenza non dovrebbe essere rappresentato da una aprioristica avversione verso le forme (anche intrusive) di controllo pubblico, si potrebbe sostenere che la legittimità della previsione di una verifica di compatibilità vada ricercata nel fine sociale che essa consegue.

In particolare, se la verifica consente di evitare forme di concorrenza non corrette, ossia di evitare i c.d. «*eccessi della concorrenza*»<sup>358</sup> che andrebbero a danno dell'utente/paziente finale, allora in questo senso andrebbe ricercata la legittimità del provvedimento in esame. Utilizzando, cioè, il principio di concorrenza in senso negativo, come limite alla libera iniziativa economica altrui, in virtù dell'esigenza di protezione dell'interesse alla salute garantito dall'articolo 32 della Costituzione.

In questa chiave di analisi, tuttavia, appare ovvio come, nell'attuale sistema sanitario italiano, non potrebbe mai configurarsi l'ipotesi di “*eccesso di concorrenza*”, tenuto conto che l'erogazione privata di prestazioni sanitarie comunque si scontrerebbe con il complesso apparato (misto pubblico/privato accreditato) gestito dai pubblici poteri secondo il fondamentale principio della programmazione e teoricamente sufficiente a rendere concreto il diritto alla salute garantito dalla Costituzione.

Nel caso della sanità, infatti, il quadro complessivo è caratterizzato da un elemento del tutto particolare, vale a dire la presenza di un'offerta pubblica ancorata al diritto alla salute costituzionalmente protetto che, per il fatto stesso della sua esistenza, porta a escludere l'ipotizzabilità di una posizione di debolezza

---

<sup>358</sup> F. TRIMARCHI BANFI, *Pubblico e privato nella sanità. Autorizzazioni e convenzioni nel sistema della riforma sanitaria*, Milano, Giuffrè, 1990, p. 29 e ss.

dell'utente, tale da giustificare interventi che vadano a limitare l'erogazione privata di prestazioni sanitarie.

D'altra parte, anche utilizzare il parametro della concorrenza in senso positivo non riuscirebbe a cogliere gli aspetti migliorativi del contesto analizzato. Ne è dimostrazione la ricordata recente vicenda normativa che, di fatto, si basava su un assunto errato, ossia sulla convinzione che il sistema dell'erogazione privata vada reso sostanzialmente "concorrenziale".

Ne deriva che il principio di concorrenza non avrebbe, nella materia analizzata, le necessarie caratteristiche per addivenire a un mutamento del regime amministrativo corrispondente, né come forma di alleggerimento dei vincoli amministrativi, né come giustificazione del regime attualmente vigente.

In realtà, il limite del diritto fondamentale alla salute e interesse della collettività di cui all'articolo 32 della Costituzione dovrebbe impedire, anche in virtù della tematica dell'accesso ai servizi sanitari (retti dal principio dell'universalità), la costruzione di strutture sanitarie senza che sia ravvisabile, a monte, una necessaria *governance* pubblica.

In tal senso, i parametri della proporzionalità e dell'adeguatezza, se opportunamente utilizzati, potrebbero consentire una modifica del regime dell'autorizzazione alla realizzazione volta a valorizzare la libera iniziativa economica.

Prima considerando alcune tipologie di prestazioni che, per la loro "non pericolosità", non dovrebbero essere assoggettate a tale regime amministrativo particolarmente gravoso. In questo senso, le prestazioni non invasive (ad esempio, le visite specialistiche), che non sono soggette ad autorizzazione (né alla realizzazione, né all'esercizio) quando erogate in forma individuale, dovrebbero non essere sottoposte a verifica di compatibilità nei casi in cui siano erogate mediante un'organizzazione d'impresa, in virtù di una

generale autonomia circa le forme di esplicazione dell'iniziativa economica privata.

Si potrebbe, addirittura, ipotizzare che per tali prestazioni lo stesso regime autorizzatorio sia effettivamente non necessario, potendo essere pacificamente sostituito con una comunicazione preventiva, stante la non pericolosità delle prestazioni erogate che non configura l'esigenza di garantire la sicurezza e la dignità umana (parametri dell'articolo 41, comma 2, della Costituzione).

Il ricorso ai canoni dell'adeguatezza e della proporzionalità consentirebbe, in ogni caso, di distinguere, anche all'interno delle medesime tipologie di strutture sanitarie (quelle ambulatoriali), quali prestazioni necessitano di verifica e quali, invece, possono essere erogate liberamente.

Inoltre, nel nostro sistema sanitario esistono sicuramente prestazioni escluse dall'offerta del servizio pubblico sanitario, nei confronti delle quali non potrebbe essere sostenuta la preminenza di un interesse generale che giustifichi interventi limitativi dell'iniziativa privata<sup>359</sup>, preminenza che, invece, continua ad essere presente (legittimamente) nei confronti di quelle prestazioni che, pur private, rientrano concettualmente nel diritto alla salute.

In altre parole, la non inclusione di determinate prestazioni nell'ambito di quelle che devono essere fornite dal Servizio sanitario nazionale è espressione di una valutazione circa la non essenzialità di esse ai fini della tutela della salute, e ciò implica un giudizio negativo, anche in ossequio ai generali canoni di proporzionalità e adeguatezza dell'azione amministrativa, in merito alla presenza di condizioni che

---

<sup>359</sup> In questo senso E. STICCHI DAMIANI, *La concorrenza nell'erogazione dei servizi sanitari e le posizioni delle imprese private*, in *Sanità pubblica e privata*, 9, 2003. L'Autore evidenzia che sarebbe superfluo valutare la possibilità della esplicazione della logica concorrenziale tra le strutture sanitarie estranee al sistema sanitario nazionale in quanto non si pone in discussione che quest'ultime si muovono secondo le regole economiche proprie di un'impresa operante su un mercato concorrenziale, con il solo limite del rispetto di alcuni *standard* qualitativi funzionali all'esercizio stesso dell'attività economica, non costituendo invero oggetto di perplessità il rilievo che un mercato delle prestazioni sanitarie può sussistere pur in presenza di un controllo sociale dell'economia e che la libertà di concorrenza trae il proprio presupposto logico giuridico dal principio di iniziativa economica privata.

richiedano il contingentamento dell'offerta come modalità di regolazione del mercato.

In questa prospettiva, dunque, il vero criterio discrezionale potrebbe diventare l'ambito di applicazione dei c.d. livelli essenziali di assistenza (Lea): solo le prestazioni che rientrano in tale ambito giustificano, anche nell'ottica dell'erogazione puramente privatistica, il ricorso a strumenti di programmazione generale come la verifica di compatibilità; tutte le altre prestazioni, per le quali ben difficilmente potrebbe sostenersi la funzionalità rispetto all'interesse generale alla tutela della salute, potrebbero ritenersi escluse dall'applicazione di tali strumenti programmatici, e, quindi, soggette solo al libero gioco della concorrenza.

Ciò tanto più se si considera l'intervento comunque profondo dei pubblici poteri anche in merito a queste circoscritte ipotesi, per le quali rimane ferma la necessità di acquisire l'autorizzazione comunale (legata a verifiche urbanistiche ed edilizie) e la successiva autorizzazione all'esercizio.

In tal senso, il rilascio dei provvedimenti autorizzatori (anche senza verifica di compatibilità) consegue alla finalità di assicurare livelli essenziali di sicurezza e di qualità delle prestazioni *“in ambiti nei quali il possesso della dotazione strumentale e la sua corretta gestione e manutenzione assum[ono] preminente interesse per assicurare l'idoneità e la sicurezza delle cure e rientra pertanto nel controllo dei limiti imposti dall'articolo 117, terzo comma, della Costituzione in materia di tutela della salute”*<sup>360</sup>.

Per quanto, invece, attiene all'autorizzazione all'esercizio, essa, come visto, non presuppone interventi discrezionali, ma impone solamente che l'erogazione di prestazioni sia sottoposta a *standard* uniformi sul territorio nazionale (o regionale).

Al riguardo, potrebbe sostenersi che, essendo un'autorizzazione di tipo vincolato, sottoposta al rispetto di requisiti minimi, il regime

---

<sup>360</sup> Corte Cost., sentenza n. 245 del 2010, che richiama Corte Cost., sentenza n. 150 del 2010.

posto dall'autorizzazione all'esercizio potrebbe, in virtù dei principi di liberalizzazione e di semplificazione, essere attenuato mediante il ricorso a strumenti alternativi, in particolare alla segnalazione certificata di inizio attività<sup>361</sup>.

Anche in tal caso, tuttavia, andrebbe coerentemente indagata la funzionalità del provvedimento *de qua* rispetto all'interesse pubblico alla salute.

In questo senso, appare, a chi scrive, legittimo che un'attività economica così delicata sia conformata attraverso regole generali di qualità ed appropriatezza, anche al fine di consentire che il libero esercizio di tale attività non si svolga a danno dell'utente finale. È evidente la funzionalità del provvedimento di autorizzazione rispetto alla tutela dell'interesse pubblico, tenuto conto che solo l'imposizione di regole generali relative a requisiti strutturali, tecnologici ed organizzativi permetterebbe di condizionare correttamente l'attività svolta dai privati, in una duplice ottica di qualità generalizzata e di tutela dei pazienti.

L'esigenza del controllo pubblico, peraltro, sarebbe proprio da ricercare nella verifica antecedente all'inizio dell'attività, tenuto conto che l'erogazione di prestazioni sanitarie non può prescindere dalla salubrità e sicurezza dei luoghi in cui essa avviene (anche in ossequio alla dignità umana richiamata dal comma 2 dell'articolo 41 della Costituzione).

Inoltre, è appena il caso di evidenziare che il provvedimento di autorizzazione all'esercizio, non presupponendo alcuna valutazione discrezionale da parte dell'amministrazione, agevola palesemente la posizione dei privati interessati, i quali, per poter intraprendere la propria attività, sono tenuti a rispettare solo alcune regole di qualità delle strutture in cui operano<sup>362</sup>.

---

<sup>361</sup> Che sorprendentemente non considera la salute tra gli interessi sensibili che consentono l'esclusione di forme di Scia (come, invece, avviene nell'articolo dedicato all'istituto del silenzio-assenso).

<sup>362</sup> C.E. GALLO, *La concorrenza nell'erogazione dei servizi sanitari e la posizione delle imprese private*, in *Sanità pubblica e privata*, 3, 2003, p. 249 e ss.

In tale contesto, quindi, il bilanciamento di interessi porterebbe a escludere la configurabilità di strumenti taciti di legittimazione (come la Scia e il silenzio-assenso). Del resto, è la stessa giurisprudenza amministrativa a precisare come la realizzazione di strutture e l'esercizio di attività sanitarie e socio sanitarie siano subordinate ad autorizzazione e, pertanto, *“di fronte a tale chiara previsione di un provvedimento espresso, è del tutto incompatibile l'uso della D.I.A. (ora S.C.I.A.) con tale specifico settore dell'ordinamento, soggetto ad un penetrante controllo dell'autorità per la verifica dei requisiti necessari in un quadro di più vasta e complessa programmazione”*<sup>363</sup>.

Sotto tale profilo, in definitiva, il richiamato articolo 8-ter del decreto legislativo n. 502 del 1992 *“incide sul procedimento di autorizzazione alla realizzazione ed all'esercizio delle attività sanitarie, dettando una speciale disciplina volta a derogare il disposto di cui all'art. 19 L. n. 241/1990”*<sup>364</sup>.

### **3.2. Le fonti energetiche rinnovabili.**

Altro tema nel quale il bilanciamento di interessi ha notevole impatto, anche in considerazione dei necessari rapporti tra Stato, regioni ed enti locali, è quello relativo alle fonti energetiche rinnovabili<sup>365</sup>. In tale contesto, pur non ponendosi il problema del

---

<sup>363</sup> Cons. Stato, Sez. III, 14 febbraio 2014, n. 728 e Tar Lazio, Roma, Sez. III-quater, 15 luglio 2015, n. 9459.

<sup>364</sup> Tar Lazio, Roma, Sez. III-quater, 15 luglio 2015, n. 9459.

<sup>365</sup> Come chiarito, *ex multis*, da Corte Cost., sentenza n. 275 del 2012 *“(…) la normativa comunitaria promuove, da oltre un decennio, il maggiore ricorso all'energia da fonti rinnovabili, espressamente collegandolo alla necessità di ridurre le emissioni di gas ad effetto serra, e dunque anche al rispetto del protocollo di Kyoto della convenzione quadro delle Nazioni Unite sui cambiamenti climatici, in una prospettiva di modifica radicale della politica energetica dell'Unione”*. Il legislatore nazionale, nel dare attuazione alla direttiva del 27 settembre 2001, n. 2001/77/CE (poi emendata dalla direttiva del 23 aprile 2009, n. 2009/28/CE), ha previsto una disciplina legislativa speciale volta ad incentivare tali forme di produzione di energia (d.lgs. 29 dicembre 2003, n. 387). In generale, sui profili scientifici, economici e politologici connessi al tema dell'energia rinnovabile, si vedano G. RECCHI, *Nuove energie. Le sfide per lo sviluppo dell'Occidente*, 2014; L. MAUGERI, *Con tutta l'energia possibile. Petrolio, Nucleare, rinnovabili: i problemi e il futuro delle diverse fonti energetiche*, Milano, Giuffrè, 2011.

regime amministrativo da applicare, la rilevanza degli interessi in gioco dovrebbe consentire comunque una ponderazione dei principi da utilizzare, senza che ciò porti a una indiscriminata (e per alcuni versi ingiustificata) liberalizzazione delle modalità di svolgimento delle relative attività economiche.

La disciplina nazionale (decreto legislativo n. 387 del 2003) relativa allo sfruttamento dell'energia prodotta da fonti rinnovabili è caratterizzata da una valutazione frammentata e parcellizzata dei vari interessi pubblici, che si manifesta, essenzialmente, nell'espletamento di procedimenti minori<sup>366</sup>, la cui definizione è tuttavia necessaria per ottenere l'autorizzazione unica finale (di competenza regionale o provinciale).

Si prevede, infatti, che tale autorizzazione sia rilasciata a seguito di un procedimento unico, al quale partecipano tutte le amministrazioni interessate, svolto nel rispetto dei principi di semplificazione e con le modalità stabilite dalla legge 7 agosto 1990, n. 241 (leggasi in materia di conferenza di servizi), fatto salvo il previo espletamento, qualora prevista, della verifica di assoggettabilità sul progetto preliminare, di cui all'articolo 20 del decreto legislativo 3 aprile 2006, n. 152<sup>367</sup>. Il termine massimo per la conclusione del procedimento unico non può essere superiore a novanta giorni, al netto dei tempi previsti dall'articolo 26 del decreto legislativo 3 aprile 2006, n. 152, per il provvedimento di valutazione di impatto ambientale.

---

<sup>366</sup> Si tratta degli atti individuati – in maniera “indicativa” dall’All. 2 delle Linee Guida di cui al DM 10 settembre 2010 che “*confluiscono nel procedimento unico*”. Inoltre, l’art. 15 prevede che “*l’autorizzazione unica, conforme alla determinazione motivata di conclusione assunta all’esito dei lavori della conferenza di servizi, sostituisce a tutti gli effetti ogni autorizzazione, nulla osta o atto di assenso comunque denominato di competenza delle amministrazioni coinvolte*”; essa “*costituisce titolo a costruire ed esercitare l’impianto, le opere connesse e le infrastrutture indispensabili in conformità al progetto approvato e nei termini ivi previsti nonché, ove occorra, dichiarazione di pubblica utilità, indifferibilità e urgenza delle opere*”; infine ove occorra essa “*costituisce di per se variante allo strumento urbanistico*”.

<sup>367</sup> Recentemente modificato in ottica pro-concorrenziale dal decreto legislativo n. 104 del 2017.

Questa soluzione adottata dal legislatore statale, se da un lato è giustificata dalla complessità e dalla dialettica degli interessi in gioco, dall'altro rischia di determinare obiettivamente effetti dilatori sull'iniziativa di sfruttamento dell'energia da fonti rinnovabili, favorendo indirettamente tipologie di impianti connotati da minori barriere amministrative.

Tutto ciò va a influire, in maniera abbastanza profonda, sulla libera scelta dell'operatore privato che, nell'ottica di evitare quanto più possibile lungaggini burocratiche, sarebbe naturalmente incline a favorire lo sviluppo di impianti meno complessi.

Peraltro, come osservato dalla giurisprudenza costituzionale, la normativa vigente, a ben vedere, compie già un bilanciamento tra interessi pubblici (in particolare, quello relativo all'ambiente) e libera iniziativa economica privata. Anzi, proprio la libertà d'impresa in tale specifico ambito *“rimane pur sempre attività economica, la cui rilevanza sociale ed ambientale non è compatibile con ulteriori vincoli imposti dal legislatore regionale al di fuori della competenza legislativa costituzionalmente assegnata”*<sup>368</sup>.

E, dunque, nella tutela ambientale, sono oggetto di dialettica e di bilanciamento legislativo vari interessi, per lo più interni alla materia. Detto carattere si *“riflette specularmente sulla forma di tutela parcellizzata introdotta dal legislatore statale per consentire in sede amministrativa un bilanciamento dei vari interessi coinvolti nello sfruttamento dell'energia eolica: ciò avviene attraverso l'incrocio di diverse tipologie di verifica, il cui coordinamento e la cui acquisizione sincronica, essendo necessari per l'autorizzazione unica finale, non tollerano ulteriori differenziazioni su base regionale”*<sup>369</sup>.

Ne discende che, a ben vedere, la normativa nazionale consolida l'idea di bilanciamento di interessi, imponendo che i valori costituzionali in tensione siano ponderati (in via essenzialmente

---

<sup>368</sup> Corte Cost., sentenza n. 276 del 2016.

<sup>369</sup> Ancora Corte Cost., sentenza n. 276 del 2016.

amministrativa) nella misura strettamente necessaria ad evitare il completo sacrificio di uno di essi.

E il meccanismo mediante il quale questo bilanciamento viene operato è proprio il procedimento amministrativo<sup>370</sup> (nel caso di specie, attraverso una rete di sub-procedimenti, dal cui esito positivo dipende appunto l'autorizzazione unica) che, come visto, non è più considerabile mera forma della funzione amministrativa, ma diviene condizione di esercizio della libera iniziativa economica.

Poste queste premesse, diviene allora difficile rispondere alla domanda di fondo del presente contributo: come modificare il regime amministrativo delle attività economiche avviate nel campo delle fonti rinnovabili?

È ovvio che, come dimostrato, non si possa porre in discussione, vista la rilevanza degli interessi in gioco, la necessità del provvedimento di autorizzazione.

Il tema, quindi, non riguarda strettamente esigenze di concorrenza o liberalizzazione delle attività, almeno nel senso pregnante di sostituzione di regimi amministrativi preesistenti, quanto piuttosto la semplificazione degli oneri amministrativi imposti ai soggetti privati, nell'ottica necessaria della proporzionalità e adeguatezza degli stessi.

---

<sup>370</sup> Nella specie della conferenza di servizi. Sull'importanza della conferenza dei servizi per assicurare la compartecipazione di tutti i soggetti portatori di interessi nel procedimento di rilascio del provvedimento autorizzatorio, si veda Corte Cost., sentenza n. 313 del 2010, ove si sottolinea che “(...) la titolarità dell'intervento non toglie che nella realizzazione di un impianto di generazione di energia da fonti rinnovabili, come di qualsiasi opera pubblica, sia necessaria la compartecipazione di tutti i soggetti portatori di interessi (ambientale, culturale, urbanistico, sanitario) coinvolti nella realizzazione dell'opera. La finalità di composizione degli interessi coinvolti è perseguita dalla previsione dell'autorizzazione unica (sentenza n. 249 del 2009), che, pur attribuita alla competenza regionale, è il risultato di una conferenza di servizi, che assume, nell'intento della semplificazione e accelerazione dell'azione amministrativa, la funzione di coordinamento e mediazione degli interessi in gioco al fine di individuare, mediante il contestuale confronto degli interessi dei soggetti che li rappresentano, l'interesse pubblico primario e prevalente”.

Al riguardo, peraltro, va chiarito che, come acutamente osservato<sup>371</sup>, il problema della riduzione degli oneri burocratici nel settore delle energie rinnovabili non va letto solo nella prospettiva di favorire la libertà di iniziativa economica dei privati, ma anche nell'ottica di assicurare il più efficace perseguimento degli obiettivi di rilievo pubblico, comunque sottesi all'investimento dei privati.

In questa chiave di analisi, quindi, potrebbe essere utile interrogarsi sulla rilevanza dei sub-procedimenti richiesti per l'autorizzazione unica.

In particolare, se si guarda alla valutazione di impatto ambientale<sup>372</sup>, richiesta per gli impianti di maggiori dimensioni<sup>373</sup>, si nota come la costruzione dell'autorizzazione, quale ponderazione di interessi sincrona nel procedimento, verrebbe meno nel momento in cui l'intero impianto (dal punto di vista sostanziale e temporale) risulterebbe condizionato dalla decisione, esterna e sostanzialmente autonoma, circa la valutazione di impatto ambientale del progetto<sup>374</sup>.

---

<sup>371</sup> G. NAPOLITANO-A. ZOPPINI (a cura di), *Regole e mercato delle energie rinnovabili*, Bologna, Il Mulino, 2013.

<sup>372</sup> La valutazione di impatto ambientale attiene ai singoli progetti e si snoda attraverso le seguenti otto fasi: lo svolgimento di una verifica di assoggettabilità; la definizione dei contenuti dello studio di impatto ambientale; la presentazione e la pubblicazione del progetto; lo svolgimento di consultazioni; la valutazione dello studio ambientale e degli esiti delle consultazioni; la decisione; l'informazione sulla decisione; il monitoraggio.

<sup>373</sup> Il punto 14.7 della Linee Guida chiarisce che “*ai sensi dell'articolo 27, comma 43, della legge n. 99 del 2009, fatto salvo quanto previsto dall'articolo 6, comma 9, del decreto legislativo n. 152 del 2006, la verifica di assoggettabilità alla VIA si applica: a) agli impianti per la produzione di energia mediante lo sfruttamento del vento di potenza nominale complessiva superiore a 1 MW; b) agli impianti da fonti rinnovabili non termici, di potenza nominale complessiva superiore a 1 MW*”. In ogni caso, “*per le altre tipologie di progetti sottoposti a verifica di assoggettabilità a VIA, resta fermo quanto previsto dal decreto legislativo n. 152 del 2006*”.

<sup>374</sup> In questo senso, A. POLICE, *La valutazione di impatto ambientale*, in P. DELL'ANNO-E. PICOZZA (diretto da), *Trattato di diritto dell'ambiente, Discipline ambientali di settore*, vol. II, Padova, Cedam, 2013, p. 528 e ss. Sul rapporto tra VIA e procedura autorizzatoria, si veda anche A. FARI', *Il procedimento di autorizzazione per gli impianti da fonti energetiche rinnovabili. Complessità e spunti di riflessione*, in A. MACCHIATI-G. ROSSI (a cura di), *La sfida dell'energia pulita. Ambiente, clima ed energie rinnovabili: problemi economici e giuridici*, Bologna, Il Mulino, 2009, p. 257 e ss.; A. DI GIOVANNI, *La disciplina della valutazione di impatto ambientale in materia di energia*, in E. PICOZZA-S.M. SAMBRI (a cura di), *Il diritto dell'energia*, p. 757 e ss. Ai sensi del punto 14.13 delle Linee Guida “*gli esiti delle procedure di verifica di assoggettabilità o di valutazione di impatto ambientale, comprensive, ove previsto, della valutazione di incidenza nonché di tutti gli atti autorizzatori*

Inoltre, è necessario evidenziare che, in tale complessa materia, intervengono fortemente anche gli enti locali<sup>375</sup>, i quali, in taluni casi, subordinano la realizzazione di impianti di energia rinnovabile a esigenze, effettivamente importanti ma secondarie, di tipo pianificatorio e urbanistico (ad esempio, in tema di permesso di costruire). È noto come, ai sensi dell'articolo 117, comma 3, della Costituzione, il governo del territorio, in cui rientrano l'urbanistica e l'edilizia, è materia su cui insiste la potestà legislativa concorrente Stato-Regioni.

Lo Stato deve limitarsi, pertanto, a dettare i principi fondamentali della materia, nel rispetto dei quali ciascuna regione è chiamata ad adottare una disciplina di dettaglio<sup>376</sup>, con particolare riferimento al compito di formazione del piano territoriale regionale, nonché degli altri piani (paesaggistici, ambientali, di bacino di rilievo regionale, territoriali dei parchi nazionali) previsti dalle disposizioni speciali dettate in materia.

In tale contesto normativo, i comuni rivestono un ruolo centrale, essendo a loro volta chiamati ad adottare (in coerenza con gli indirizzi regionali) i piani territoriali e urbanistici, i programmi annuali e pluriennali per la loro attuazione ed eventuali deroghe ad essi<sup>377</sup>.

Ne consegue che, a ben vedere, si determina, in materia urbanistica ed edilizia, una evidente sovrapposizione di competenze,

---

*comunque denominati in materia ambientale di cui all'art. 26 del decreto legislativo n. 152 del 2006 e successive modificazioni e integrazioni, sono contenuti in provvedimenti espressi e motivati che confluiscono nella conferenza dei servizi*".

<sup>375</sup> Sui quali si veda V. CERULLI IRELLI, *L'autorizzazione alla produzione e il riconoscimento degli incentivi*, in G. NAPOLITANO-A. ZOPPINI (a cura di), *Regole e mercato delle energie rinnovabili*, op. cit., p. 163 e ss.

<sup>376</sup> In ogni Regione esistono dipartimenti preposti al governo del territorio. Le funzioni regionali in materia sono ricavabili dal d.p.r. 15 gennaio 1972, n. 8 ("Trasferimento alle Regioni a statuto ordinario delle funzioni amministrative statali in materia di urbanistica e di viabilità, acquedotti e lavori pubblici di interesse regionale e dei relativi personali ed uffici"), dal d.p.r. 24 luglio 1977, n. 616 ("Attuazione della delega di cui all'art. 1 della legge 22 luglio 1975, n. 382") e dal d.p.r. 31 marzo 1998, n. 112 ("Conferimento di funzioni e compiti amministrativi dello Stato alle regioni ed agli enti locali, in attuazione del capo I della legge 15 marzo 1997, n. 59").

<sup>377</sup> La norma attributiva di tale potere va ricercata nel art. 42, comma 2, lettera b), del d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267 (c.d. "Testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali").

alla quale consegue una “naturale” moltiplicazione delle tutele in ordine a uno stesso interesse pubblico, all’interno di un medesimo territorio.

L’esistenza di vari livelli istituzionali di *governance* può avere come effetto quello di far coesistere, sulla medesima area, diversi vincoli, dettati dallo Stato, dalla regione o dal comune<sup>378</sup>, con evidente depauperamento dell’equilibrio decisionale in merito al bilanciamento di interessi.

La soluzione, quindi, per perseguire una semplificazione degli oneri burocratici va ricercata non tanto nella modifica dell’*iter* procedurale principale (o nella sua soppressione), che, come visto, già compie un bilanciamento di interessi, quanto nella semplificazione effettiva dei sub-procedimenti.

In questo senso, sul versante della valutazione di impatto ambientale, va accolta con favore la novella legislativa apportata, a seguito della riforma Madia, all’istituto della conferenza di servizi, nonché l’ulteriore modificazione intervenuta con il decreto legislativo n. 104 del 2017.

L’attuale articolo 14, comma 4, della legge n. 241 del 1990, infatti, espressamente dispone che *“qualora un progetto sia sottoposto a valutazione di impatto ambientale di competenza regionale, tutte le autorizzazioni, intese, concessioni, licenze, pareri, concerti, nulla osta e assensi comunque denominati, necessari alla realizzazione e all’esercizio del medesimo progetto, vengono acquisiti nell’ambito di apposita conferenza di servizi, convocata in modalità sincrona ai sensi dell’articolo 14-ter, secondo quanto previsto dall’articolo 27-bis del decreto legislativo 3 aprile 2006, n. 152”*.

Una simile soluzione dovrebbe, nei fatti, contribuire a evitare la duplicazione delle valutazioni nell’ambito della stessa attività istruttoria e, soprattutto, dovrebbe assicurare la considerazione

---

<sup>378</sup> Accade non di rado che, per esempio, un vincolo ambientale sia dettato da previsioni nazionali, successivamente implementato a livello regionale e, infine, ulteriormente rafforzato da regolamentazioni locali.

“sincronica” di tutti gli interessi in gioco, compresi gli interessi attinenti a materie c.d. “sensibili”<sup>379</sup>.

Per quanto attiene, invece, al coinvolgimento degli enti locali, appare opportuno che siano le regioni (se non addirittura lo Stato in applicazione del principio di sussidiarietà) a risolvere, a monte, le tematiche relative alla programmazione e gestione degli impianti di produzione di energia da fonti rinnovabili, con riguardo soprattutto alla localizzazione territoriale degli impianti in esame, esercitando il già richiamato potere di predisporre piani di intervento su base regionale che possano derogare alle singole regolamentazioni locali.

In conclusione, può dirsi che l’analizzato sviluppo di una serie di nuovi principi e criteri di controllo pubblico dell’iniziativa economica privata ha portato alla possibilità di intervenire su settori anche fortemente caratterizzati da prerogative pubbliche.

Nel caso delle fonti rinnovabili, non potendo delimitare l’ambito di applicazione dell’autorizzazione (peraltro ampiamente giustificata da un motivo di interesse generale)<sup>380</sup>, la valorizzazione del principio di semplificazione amministrativa consente di ridurre alcuni oneri, soprattutto operando mediante la razionalizzazione delle attività delle pubbliche amministrazioni coinvolte nelle relative decisioni.

---

<sup>379</sup> V. LOPILATO, *La conferenza di servizi*, in B.G. MATTARELLA-E. D’ALTERIO (a cura di), *La riforma della pubblica amministrazione. Commento alla legge 124/2015 (Madia) e ai decreti attuativi*, Milano, IlSole24Ore, 2017, p. 94, il quale sottolinea che i procedimenti di impatto ambientale di competenza regionale confluiscono nella conferenza, non costituendo più un presupposto della decisione finale.

<sup>380</sup> Corte Cost., sentenza n. 276 del 2016, che afferma come “*la scelta legislativa dello Stato (di concentrare in una autorizzazione finale la tempistica e gli esiti delle procedure autorizzatorie in un settore di particolare complessità) “supera il test di ragionevolezza in ordine alla congruità tra mezzi e fini - poiché risulta contemporaneamente idonea a sorreggere scelte strategiche in campo economico-ambientale ed a garantire le situazioni soggettive degli imprenditori di settore, sottraendole alla mutevole facoltà dell’amministrazione di parcellizzare e rendere incostanti le proprie determinazioni”*”.

### 3.3. La disciplina degli esercizi commerciali.

Con riferimento al settore del commercio, fondamentale importanza riveste la disciplina degli esercizi commerciali<sup>381</sup>, nella

---

<sup>381</sup> Ripercorrendo brevemente le tappe evolutive della normativa in materia, si è passati dalla sostanziale libertà della disciplina post-unitaria, all'impianto dirigista del D.L. n. 2174/1926, che subordinava il rilascio della licenza comunale anche alla valutazione sulla sufficienza "degli spacci già esistenti ... tenuto conto dello sviluppo edilizio, della densità della popolazione, dell'ubicazione dei mercati rionali" (art. 3). Successivamente è intervenuta la L. n. 426/1971 che, non senza ambiguità, ha spostato la discrezionalità dell'amministrazione dal procedimento di rilascio dell'autorizzazione commerciale a quello di predisposizione del c.d. piano del commercio, a sua volta adottato nel rispetto delle previsioni urbanistiche. La disciplina del commercio si caratterizzava, quindi, per un'impostazione binaria: (i) collocazione degli edifici a destinazione commerciale nel territorio, disciplinata dalle prescrizioni di "urbanistica commerciale"; e (ii) perseguimento dell'equilibrio fra domanda e offerta, disciplinato nel piano del commercio e negli altri atti di programmazione regionali. In altri termini, il commercio incontrava il limite della programmazione economica e, contestualmente, sottostava alla pianificazione urbanistica. Quindi, il pendolo ha cambiato direzione con il D.Lgs. n. 114/1998, rappresentante il primo tentativo di liberalizzazione del settore. Più in particolare, con tale intervento, il legislatore ha cancellato i piani del commercio, rappresentativi di un importante interventismo dei pubblici poteri nel gioco concorrenziale; ha soppresso il Registro Esercenti il Commercio (REC) e ha sostituito il sistema delle tabelle merceologiche con la distinzione fra settore alimentare e non alimentare; ha ridotto i vincoli di carattere autorizzativo e ne ha operato una semplificazione procedimentale. Il legislatore statale, quindi, è nuovamente intervenuto per riportare il pendolo verso la liberalizzazione del commercio. Detta contropinta, contenuta nell'art. 3, D.L. n. 223/2006, ha inciso proprio sulle limitazioni introdotte nel tempo dagli enti territoriali. Così, esercitando la propria competenza in materia di tutela della concorrenza (art. 117, comma 2, lett. e, Cost.) e di determinazione del livello minimo e uniforme di condizioni di accessibilità all'acquisto di prodotti e servizi sul territorio nazionale (art. 117, comma 2, lett. m), Cost.), il legislatore statale ha previsto una serie di limiti e condizioni che non possono più riguardare l'esercizio delle attività commerciali: iscrizioni in registri abilitanti, soglie quantitative all'assortimento merceologico, rispetto di quote di mercato predefinite, divieti di vendite promozionali e imposizione di autorizzazioni preventive per la loro conclusione. Ma la vera chiave di volta, come è peraltro accaduto in diversi altri settori economici, va rintracciata nell'intervento comunitario. Con la direttiva c.d. Bolkestein (2006/123/CE), infatti, l'Unione Europea ha chiesto agli Stati Membri di eliminare i regimi di autorizzazione non necessari. L'intervento comunitario, recepito nel nostro ordinamento con il D.Lgs. n. 59/2010, ha aperto quindi la strada a successivi interventi del legislatore statale, sempre più indirizzati verso un'effettiva liberalizzazione del commercio. Costituisce una costante di tutti questi atti normativi la distinzione fra atti di programmazione economica - che in linea di principio non possono più essere fonte di limitazioni all'insediamento di nuove attività - e atti di programmazione aventi natura non economica, i quali, invece, nel rispetto del principio di proporzionalità, possono imporre limiti rispondenti ad esigenze annoverabili fra i motivi imperativi di interesse generale. Così, mentre in via di principio l'art. 3 del D.L. n. 138/2011 ha stabilito che *"l'iniziativa e l'attività economica privata sono libere ed è permesso tutto ciò che non è espressamente vietato dalla legge"*, l'art. 31 del D.L. n. 201/2011 (*"salva Italia"*) ha previsto che *"costituisce principio generale dell'ordinamento nazionale la libertà di apertura di nuovi esercizi commerciali sul territorio senza contingenti, limiti territoriali o altri"*

quale il bilanciamento tra libera iniziativa economica e altri interessi costituzionalmente garantiti è particolarmente rilevante.

Ciò in un duplice versante.

Anzitutto, con riferimento alle modalità di apertura degli esercizi commerciali e ai relativi regimi amministrativi applicabili.

Recentemente, la Corte Costituzionale ha censurato la normativa della regione Puglia<sup>382</sup> che richiedeva apposite autorizzazioni all'esercizio delle attività commerciali rilasciate dal comune competente per territorio. Le disposizioni regionali censurate introducevano, infatti, la necessità di un'autorizzazione comunale, basata su un programma/piano economico, finalizzata a consentire l'esercizio del commercio, in ordine alla quale rimetteva ai singoli comuni l'individuazione di procedure e presupposti specifici (tra i quali la rispondenza alla programmazione comunale).

Nella decisione, la Corte ha evidenziato come *“la previsione di un tale provvedimento autorizzatorio, a maggior ragione se di contenuto indefinito e rimesso sostanzialmente alla discrezionalità dell'amministrazione, contraddice esplicitamente i principi di semplificazione e liberalizzazione stabiliti dall'art. 19 della L. n. 241 del 1990 - secondo cui la SCIA è sostitutiva di ogni atto di autorizzazione o licenza anche per l'esercizio di un'attività commerciale - e dagli artt. 31 e 34 del D.L. n. 201 del 2011, che hanno affermato la libertà di apertura, accesso, organizzazione e svolgimento delle attività economiche, abolendo le autorizzazioni espresse e i controlli ex ante, con la sola esclusione degli atti amministrativi di assenso o autorizzazione o di controllo, posti a*

---

*vincoli di qualsivoglia natura, esclusi quelli connessi alla tutela della salute, dei lavoratori, dell'ambiente, ivi incluso l'ambiente urbano, e dei beni culturali”*. A chiudere il cerchio è l'art. 1 del D.L. n. 1/2012 (“cresci Italia”) che, fra l'altro, ha disposto che sono abrogate *“le disposizioni di pianificazione e programmazione territoriale o temporale autoritativa con prevalente contenuto economico che pongono limiti, programmi e controlli non ragionevoli, ovvero non adeguati ovvero non proporzionati rispetto alle finalità pubbliche dichiarate”* (comma 1, lett. b).

<sup>382</sup> Articoli 9, comma 4, 13, comma 7, lettere a) e c), 17, commi 3 e 4, 18 e 45 della legge della Regione Puglia 16 aprile 2015, n. 24 (Codice del Commercio).

*tutela di specifici interessi pubblici costituzionalmente rilevanti e compatibili con l'ordinamento dell'Unione Europea*<sup>383</sup>.

Il ragionamento della Corte ricalca quanto argomentato nel corso del presente lavoro.

Le disposizioni che si pongono quale fine ultimo quello della semplificazione, in quanto riferite ad attività economiche, costituiscono naturale corollario dei principi di liberalizzazione, e rientrano, in tal senso, nella competenza statale in tema di tutela della concorrenza, essendo, per altro verso, espressione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali.

Si ritiene, quindi, da escludere l'ammissibilità di strumenti pianificatori volti a perseguire finalità di programmazione economica e a conformare la distribuzione commerciale.

Tuttavia, qualora tali strumenti siano giustificati da motivi imperativi d'interesse generale, potrebbe sostenersi, utilizzando i parametri della direttiva servizi, che il contingentamento numerico operato mediante l'imposizione di controlli preventivi (*rectius* autorizzazione) possa considerarsi legittimo.

Il tema rimane quello della corretta utilizzazione del principio di proporzionalità e del bilanciamento tra istanze di liberalizzazione (o semplificazione) in ottica pro-concorrenziale e interessi pubblici.

È evidente che, nel quadro attuale, il *favor* per l'apertura semplificata degli esercizi commerciali è innegabile, in virtù di un riconoscimento esplicito della libertà d'impresa e del conseguente diritto alla "libera" concorrenza.

Come si è avuto modo di notare per il settore delle autorizzazioni sanitarie, tuttavia, il riferimento al principio di concorrenza in senso assoluto non sarebbe utile a cogliere alcuni aspetti applicativi relativi alla materia, soprattutto avendo riguardo all'esigenza, da parte del decisore locale, di garantire altri interessi pubblici e privati.

---

<sup>383</sup> Corte Cost., sentenza n. 239 del 2016.

In questa chiave di analisi, dunque, vanno considerate illegittime, ad avviso di chi scrive, esclusivamente le disposizioni di pianificazione e programmazione (territoriale o temporale) autoritativa con prevalente finalità economica o prevalente contenuto economico, che pongano cioè limiti, programmi e controlli non ragionevoli, ovvero non proporzionati rispetto alle finalità pubbliche dichiarate e che, in particolare, impediscano, condizionino o ritardino l'avvio di nuove attività economiche o l'ingresso di nuovi operatori economici.

Il corretto bilanciamento non esclude, in verità, soluzioni intermedie, che consentano un (pur minimo) contingentamento del numero di esercizi commerciali, da operare anche mediante l'imposizione di un regime amministrativo più rigido (autorizzazione condizionata in luogo della Scia).

Può essere d'esempio, in tal senso, la possibilità, da parte dei comuni, di *“operare scelte di pianificazione al fine di garantire un corretto insediamento delle strutture di vendita con riferimento anche agli aspetti connessi all'ambiente urbano”*<sup>384</sup> (che icasticamente rappresenta un motivo di interesse generale). O, ancora, è legittimo un sistema di vincoli urbanistici diretto esclusivamente a determinate categorie commerciali, e non ad altre, tenuto conto che i comuni *“in sede di pianificazione urbanistica, hanno il potere di disciplinare la insediabilità anche con riferimento a sottocategorie di esercizi commerciali, ammettendone alcune ed escludendone altre, con riferimento al numero di esercizi insediabili in determinate zone, e con riferimento alla superficie degli stessi”*, se non altro perché *“la scelta di limitare attività di un certo tipo (alimentare), poiché dettata da ragioni legate al problema del traffico e della viabilità, rientra*

---

<sup>384</sup> Così Cons. Stato, Sez. IV, 1 giugno 2018, n. 3312, che aggiunge come *“Le prescrizioni contenute nei piani urbanistici rispondendo all'esigenza di assicurare un ordinato assetto del territorio, possono porre limiti agli insediamenti degli esercizi commerciali e la diversità degli interessi pubblici tutelati impedisce di attribuire in astratto prevalenza, alle norme in materia commerciale rispetto al piano urbanistico. Inoltre, la anticoncorrenzialità della disposizione preclusiva ricorre allorché essa si sostanzia in valutazioni estrinseche di natura prettamente economica o commerciale”*.

*nella materia urbanistica, seppure con effetti anche sul settore del commercio*<sup>385</sup>.

La disciplina degli esercizi commerciali pone, però, almeno un altro importante problema applicativo, oggetto, di recente, di alcuni progetti di legge<sup>386</sup>. Ci si riferisce all'annosa questione relativa all'orario di apertura e chiusura<sup>387</sup> che, come ovvio, non involge il tema dei regimi amministrativi applicabili ma, più in generale, le modalità di svolgimento delle relative attività economiche.

Al riguardo, la Corte Costituzionale ha tradizionalmente seguito l'impostazione della normativa nazionale, la quale ha esteso la liberalizzazione relativa all'apertura di esercizi commerciali anche agli orari di apertura degli stessi<sup>388</sup>. La disciplina degli orari delle attività commerciali è da un lato riconducibile alla materia del commercio, attribuita alla competenza residuale (e quindi esclusiva) delle Regioni, dall'altro - come la Corte Costituzionale ha più volte sottolineato - presenta profili inerenti alla materia della tutela della concorrenza, che la Costituzione attribuisce alla competenza esclusiva dello Stato.

In tal senso, avendo sancito la piena liberalizzazione degli orari di apertura e chiusura dei negozi, non sarebbe consentito alle regioni disporre deroghe a tale principio (ancorché di limitata entità o volte a favorire accordi di autodisciplina fra gli esercenti).

La medesima disciplina, tuttavia, espressamente dispone che eventuali limitazioni della disciplina generale possano giustificarsi

---

<sup>385</sup> A. LOLLI, *Pianificazione urbanistica, interessi economici e pianificazione commerciale*, in *Territorialità e delocalizzazione nel governo locale*, Bologna, Il Mulino, 2007, pp. 570-571, che richiama Cons. Stato, sez. IV, 7 giugno 2005 n. 2928. Per un ulteriore approfondimento si veda G. TAGLIANETTI, *Regolazione del territorio e limiti all'iniziativa privata: il rapporto tra pianificazione urbanistica e disciplina del commercio, alla luce della normativa tendente alla liberalizzazione delle attività economiche*, in *Rivista giuridica dell'edilizia*, 2, 2017, p. 57 e ss.

<sup>386</sup> Ci si riferisce agli atti parlamentari A.C. 1, A.C. 457, A.C. 470, A.C. 526, A.C. 587, presentati nel mese di settembre 2018.

<sup>387</sup> Sul quale si rimanda, per un approfondimento, a M. LIBERTINI, *Osservazioni in materia di orari di apertura degli esercizi commerciali, di limiti all'iniziativa economica pubblica e su alcune questioni minori*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 3, 2017, p. 1012 e ss.

<sup>388</sup> Vanno lette in tal senso le seguenti pronunce: Corte Cost., sentenze nn. 299 del 2012, 38 del 2013, 104 del 2014, 239 del 2016.

con la necessità di garantire la tutela della salute, dei lavoratori, dell'ambiente, ivi incluso l'ambiente urbano, e dei beni culturali.

Come evidente, è stato direttamente il legislatore a individuare i parametri di bilanciamento tra la libera iniziativa economica e i limiti al suo corretto svolgimento, peraltro ricalcando i tipici interessi "sensibili" che sono fin troppo presenti nella normativa nazionale.

Ciò non esclude, però, che limitazioni possano essere giustificate da motivi di interesse generale ulteriori, anche se non tipizzate nella norma nazionale. È il caso del settore dei giochi, nel quale la limitazione circa gli orari di apertura degli esercizi commerciali è stata giustificata con l'esigenza di contrastare il fenomeno della ludopatia<sup>389</sup>.

In generale, può ritenersi che sia ancora configurabile una discrezionalità (piena) dell'amministrazione comunale circa la possibilità di esercitare il proprio potere di inibizione delle attività, ad esempio per comprovate esigenze di tutela dell'ordine e della sicurezza pubblica, nonché del diritto dei terzi al rispetto della quiete pubblica. In tali casi, la discrezionalità, ormai residuale, dell'amministrazione potrebbe effettivamente consentire di conformare l'attività economica (tendenzialmente libera), sempre nel rispetto dei canoni di adeguatezza e proporzionalità.

---

<sup>389</sup> Tar Lombardia, Brescia, sez. II, 8 marzo 2017, n. 340; Tar Toscana, Firenze, sez. II, 26 ottobre 2015, n. 1415 (che però annulla, per inadeguatezza istruttoria, un provvedimento comunale restrittivo). Per una rassegna della giurisprudenza amministrativa in materia, che rileva come i giudici amministrativi procedano sempre ad un approfondito esame delle ragioni giustificatrici della deroga, v. A. CASSATELLA, *La liberalizzazione del commercio e i suoi attuali limiti*, in *Giur. it.* 2014, p. 933 e ss.

## **CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE**

L'analisi condotta nel presente contributo ha fatto emergere due considerazioni importanti in tema di controllo pubblico dell'iniziativa economica privata.

La prima relativa all'attualità della disposizione di cui all'articolo 41 della Costituzione.

Nonostante i tentativi di orientare la nozione di libertà d'impresa in relazione alla variabilità delle epoche storiche e dei relativi contesti macro-economici, infatti, continua a persistere (e anzi a rafforzarsi) l'idea che tale libertà possa essere sostanzialmente delimitata solo in relazione a interessi particolarmente qualificati ed esclusivamente nelle modalità necessarie alla reale tutela di tali interessi.

Il ricorso a principi che variamente incidono sull'avvio di un'attività economica, sia in senso positivo che in senso negativo, non comportano un mutamento dell'esigenza posta dai Padri costituenti: bilanciare le istanze private e le prerogative pubbliche al fine di conseguire un equilibrio ottimale tra contrapposti interessi.

Si è visto, inoltre, che la configurazione dei diversi strumenti di controllo pubblico ha, in fin dei conti, consolidato l'idea di graduare l'intervento pubblico nei confronti delle attività economiche private.

In tal senso, ad esempio, la semplificazione dell'azione amministrativa non può più essere considerata *tout court* questione di diritto amministrativo, bensì materia attinente a fondamentali regole di concorrenza, legata alle aspettative insite nella libertà di iniziativa economica rispetto all'accesso (più o meno condizionato) al mercato.

La rilevanza delle situazioni giuridiche soggettive, che gli stessi strumenti di controllo pubblico riconoscono in capo al privato, ha spinto i legislatori nazionali a interrogarsi sulla proporzionalità delle proprie scelte, con evidenti effetti favorevoli - almeno nella fase contemporanea - per l'esplicazione delle libertà nel campo economico.

Tuttavia, si è dimostrato come l'analisi teorica e l'applicazione pratica debbano essere necessariamente prive di qualsivoglia "concettualismo" aprioristico, dovendo, invece, originare dall'approfondimento del singolo settore interessato, per poter poi realizzare concretamente risultati di liberalizzazione (o semplificazione) che sottendano un efficace (ed effettivo) equilibrio di interessi pubblici e privati.

In definitiva, per rappresentare la sfida che compete al legislatore e alle amministrazioni, si possono usare le parole di Karl Popper, il quale, in una lunga intervista poi confluita in un libro intitolato "*La lezione di questo secolo*"<sup>390</sup>, avvertiva come «*abbiamo bisogno della libertà per impedire che lo Stato abusi del suo potere e abbiamo bisogno dello Stato per impedire l'abuso della libertà*».

---

<sup>390</sup> K. POPPER, *La lezione di questo secolo*, trad. it., Marsilio, 1992.

## ***BIBLIOGRAFIA***

### **DOTTRINA**

- ABBAMONTE G., Libertà e convivenza, Napoli, Jovene, 1954.
- ACQUARONE G., La dichiarazione di inizio attività (d.i.a.), in V. CERULLI IRELLI (a cura di), La disciplina generale dell'azione amministrativa. Saggi ordinati in sistema, Napoli, Jovene, 2006.
- AGUS D., La legge annuale per il mercato e la concorrenza, in Giornale di diritto amministrativo, 6, 2017,
- ALLA L., La Direttiva 2006/123/CE ed il nuovo quadro comunitario di riferimento per la liberalizzazione dei servizi nel mercato interno, in [www.amministrazioneincammino.luiss.it](http://www.amministrazioneincammino.luiss.it), 2010.
- AMATO G., Il mercato nella Costituzione, in Associazione dei costituzionalisti, Il mercato nella Costituzione, Padova, Cedam, 1997.
- AMANTE E., Le categorie di intervento, titoli abilitativi e procedimenti edilizi dopo la riforma Madia, in Urbanistica e appalti, 6, 2017.
- AMOROSINO S., Achille e la tartaruga: semplificazione amministrativa e competitività del sistema Italia, Milano, Giuffrè, 2006.
- ANTONELLI V., Servizio Sanitario Nazionale, in F. CARINGELLA (a cura di), Dizionario di Diritto amministrativo, Roma, Dike, 2008.
- APPONI C.-FUOCO B.-SESTINI R., La nuova disciplina dei procedimenti autorizzatori nelle attività economiche, Santarcangelo di Romagna, Maggioli, 2010.
- ARGENTATI A., La storia infinita della liberalizzazione dei servizi in Italia, in Mercato Concorrenza e Regole, 2, 2012.
- ARGENTATI A., Gli interessi pretensivi dinamici nel procedimento amministrativo, in Dir. amm., 1994.

- ARNAUDO L., Scambi, mercati e concorrenza, Bergamo, Zanichelli, 2014.
- BALBONI E., Il concetto di livelli essenziali e uniformi come garanzia in materia di diritti sociali, in Istituzioni del federalismo, fasc. 6, 2001.
- BALDASSARE A., voce Iniziativa economica privata, in Enciclopedia del diritto, vol. XXI, 1971.
- BALDUZZI R.-SERVETTI D., La garanzia costituzionale del diritto alla salute e la sua attuazione nel Servizio sanitario nazionale, in R. BALDUZZI-G. CARPANI (a cura di), Manuale di diritto sanitario, Bologna, Il Mulino, 2013.
- BALDUZZI R., Salute (diritto alla), in S. CASSESE (a cura di), Dizionario di diritto pubblico, Giuffrè, Milano, 2006.
- BALDUZZI R., I livelli essenziali in sanità. Relazione, in G. BERTI-G.C. DE MARTIN (a cura di), Le garanzie di effettività dei diritti nei sistemi policentrici, Milano, Giuffrè, 2003.
- BARNARD C., The substantive of the EU - The four freedoms, 3rd edition, Oxford, OUP, 2010.
- BASSANINI F., La regolazione intelligente e la “qualità” delle liberalizzazioni, in B.G. MATTARELLA-A. NATALINI (a cura di), La regolazione intelligente. Un bilancio critico delle liberalizzazioni italiane, Firenze, Passigli, 2013.
- BATTINI S., Le politiche di semplificazione nell’esperienza italiana, in Giornale di diritto amministrativo, 4, 2004.
- BENEDETTI M., Lo “stato dell’arte” della semplificazione in Italia, in Giornale di diritto amministrativo, 10, 2014.
- BENVENUTI F., Appunti di diritto amministrativo, Padova, Cedam, 1955.
- BENVENUTI F., Funzione amministrativa, procedimento, processo, in Riv. Trim. dir. pubbl., 1952.
- BERTOLI R., Segnalazione certificata di inizio attività e concentrazione dei regimi amministrativi: riflessioni a margine

dell'art. 19-bis della legge n. 241 del 1990, in *Rivista giuridica di urbanistica*, 2017.

- BERTOLINO A., L'attività economica, funzioni e forme organizzative del lavoro. Il Consiglio Nazionale dell'Economia e del Lavoro, in *Commentario sistematico della Costituzione italiana*, I.
- BIANCO G., *Costituzione ed economia*, Torino. Giappichelli, 1999.
- BONETTI T., Semplificazione amministrativa e competitività del sistema paese, in *Riv. trim. dir. pubb.*, 2008.
- BORGHERINI M., *La nuova SCIA dopo la riforma Madia*, Roma, Dike Giuridica Editrice, 2016.
- BOSCIA C., Alla ricerca di una “buona amministrazione”: liberalizzazione, semplificazione e riforma Madia, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it), 7, 2018.
- BOSCOLO E., I diritti soggettivi a regime amministrativo. L'art. 19 della l. n. 241/1990 e altri modelli di liberalizzazione, Padova, Cedam, 2001.
- BREYER S., Two Models of Regulatory Reform, in *South Carolina Law Review*, 34, 1983.
- CAFARI PANICO R., La liberalizzazione dei servizi tra il regime vigente e la direttiva Bolkestein, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 4, 2006.
- CAIANELLO V., Le autorità indipendenti tra potere politico e società civile, in *Foro amm.*, 1997.
- CAMILLI E.L., Il recepimento della direttiva servizi in Italia, in *Giornale di diritto amministrativo*, 12, 2010.
- CAMMEO F., *Corso di diritto amministrativo*, Padova, Cedam, 1911-1914 – rist. 1960.
- CAPONETTI S., Mercato economico e "welfare State", in *Diritto dell'economia*, fasc. 2, 2018.
- CARBONE A., Pluralità delle azioni a tutela di mero accertamento nel nuovo processo amministrativo, in nota a Cons. Stato, Sez. V, 27 novembre 2012, n. 6002, in *Dir. proc. amm.*, 2014.

- CARBONE L., L'esperienza "taglialeggi" a metà del suo cammino, in *Giornale di diritto amministrativo*, 5, 2008.
- CARNEVALE P., Le politiche sulla legislazione: codificazione e semplificazione, in AA.VV., *La funzione legislativa, oggi*, Napoli, Editoriale scientifica, 2007.
- CARPANI G., I principi fondamentali della tutela della salute nelle indicazioni del giudice delle leggi, in M. RICCA-L. CHIEFFI (a cura di), *Il governo della salute - Regionalismi e diritti di cittadinanza*, collana Quaderni Formez n. 41, Roma, 2005.
- CASSETTA E., La difficoltà di semplificare, in *Dir. amm.*, 1998.
- CASSATELLA A., La liberalizzazione del commercio e i suoi attuali limiti, in *Giur. it.* 2014.
- CASSESE S., La vecchia costituzione economica: i rapporti tra Stato ed economia dall'Unità ad oggi, in ID., *La nuova costituzione economica*, Bari, Laterza, 2013.
- CASSESE S., Concessione di opere pubbliche e partecipazioni statali, in ID., *La formazione dello Stato amministrativo*, Giuffrè, Milano, 1974.
- CASSESE S., Inerzia e silenzio della pubblica amministrazione, in *FAm*, 1963.
- CASSESE S., Lo Stato pluriclasse in Massimo Severo Giannini, in ID. (a cura di) *L'unità del diritto. Massimo Severo Giannini e la teoria giuridica*, Bologna, Il Mulino, 1994.
- CASSESE S., I rapporti tra Stato ed economia all'inizio del XXI secolo, in C. FRANCHINI-L. PAGANETTO (a cura di), *Stato ed economia all'inizio del XXI secolo*, Bologna, Il Mulino, 2002.
- CASSESE S., Vincoli, veti e norme nel Paese dalle mani legate, in *Corriere della Sera*, 15 Maggio 2016, n. 116.
- CERTOMA' F., Nuove fattispecie in tema di silenzio amministrativo, in *Giornale di diritto amministrativo*, 3, 2014.
- CERULLI IRELLI V., Osservazioni generali sulla legge di modifica della l. n. 241 del 1990 – I parte, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it).

- CERULLI IRELLI V., L'autorizzazione alla produzione e il riconoscimento degli incentivi, in G. NAPOLITANO-A. ZOPPINI (a cura di), Regole e mercato delle energie rinnovabili, Bologna, Il Mulino, 2013.
- CHELI E., Libertà e limiti all'iniziativa economica privata nella giurisprudenza della Corte Costituzionale, in Rass. Dir. Pubb., 1960.
- CHIEPPA R., La (possibile) rilevanza costituzionale della semplificazione amministrativa, in Giornale di diritto amministrativo, 3, 2009.
- CHITI M.P., Semplificazione delle regole o semplificazione dei procedimenti: alleati o avversari?, in G. VESPERINI (a cura di), Che fine ha fatto la semplificazione amministrativa?, Milano, Giuffrè, 2006.
- CINTIOLI F., Concorrenza, istituzioni, Milano, Giuffrè, 2010.
- CLARICH M.-CORSO G.-ZENCOVICH V.Z., Il sistema delle Autorità indipendenti: problemi e prospettive, relazione per l'Associazione Nexus.
- CLARICH M., Garanzia del contraddittorio nel procedimento innanzi alle Autorità amministrative indipendenti, intervento al convegno Le Autorità amministrative indipendenti, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).
- CLARICH M.-MATTARELLA B.G., Leggi più amichevoli: sei proposte per rilanciare la crescita, in Diritto e processo amministrativo, 2, 2011.
- CONTICELLI M., Privato e pubblico nel servizio sanitario, Milano, Giuffrè, 2012.
- CORSO G., Regole e politiche pubbliche: il punto di vista dei destinatari, in M.A. SANDULLI (a cura di), Codificazione, semplificazione e qualità delle regole, Milano, Giuffrè, 2005.
- CORSO G., Liberalizzazione amministrativa ed economica, in S. CASSESE (diretto da), Dizionario di diritto pubblico, IV, Milano, Giuffrè, 2006.

- CORSO G., Attività economica privata e deregulation, in Riv. trim. dir. pubbl., 1998.
- CRESPI A.-GAJEWSKA K., New Parliament, New Cleavages after the Eastern Enlargement? The Conflict over the Services Directive as an Opposition between the Liberals and the Regulators, in Journal of Common Market Studies, 2010.
- CUCINOTTA A., La natura dei mercati, l'economia comportamentale e l'antitrust, in Mercato concorrenza regole, fasc. 2, 2018.
- DABBAH M., The Internationalisation of Antitrust Policy, Cambridge, Cambridge University Press, 2003.
- DANIELE L., Diritto dell'Unione Europea. Sistema istituzionale, ordinamento, tutela giurisdizionale, competenze, Milano, Giuffrè, 2010.
- D'ACUNTO S., Directive service (2006/123/CE): radiographie juridique en dix points, in Revue du droit de l'Union européenne, 2007.
- D'ALBERTI M., Le concessioni amministrative (aspetti della contrattualità delle pubbliche amministrazioni), Napoli, Jovene, 1981.
- D'ALBERTI M., Poteri pubblici, mercati e globalizzazione, Bologna, Il Mulino, 2008.
- D'ALBERTI M., Peripezie della proporzionalità, in Riv. it. sc. giur., 2014.
- D'ORSOGNA M., Il silenzio assenso, in M.A. SANDULLI (a cura di), Codice dell'azione amministrativa, Milano, Giuffrè, 2010.
- DE BELLIS M., La liberalizzazione delle attività economiche private: dalla DIA alla SCIA, in Il procedimento amministrativo a venti anni dalla legge n. 241/90, Scuola nazionale dell'Amministrazione, 2013.
- DE BELLIS M., I regimi amministrativi delle attività private, in B.G. MATTARELLA-E. D'ALTERIO (a cura di), La riforma della

pubblica amministrazione. Commento alla legge 124/2015 (Madia) e ai decreti attuativi, Milano, *IlSole24Ore*, 2017.

- DELSIGNORE M., *Il contingentamento dell'iniziativa economica privata*, Milano, Giuffrè, 2011.
- DELLI PRISCOLLI L., *Il limite della utilità sociale nelle liberalizzazioni*, in *Giur. Comm.*, 2014.
- DE VALLES A., *I servizi pubblici*, in V.E. ORLANDO (a cura di), *Primo trattato completo del diritto amministrativo italiano*, vol. IV, Milano, 1924.
- DI BENEDETTO M., *Le liberalizzazioni e la Costituzione*, in B.G. MATTARELLA-A. NATALINI (a cura di), *La regolazione intelligente. Un bilancio critico delle liberalizzazioni italiane*, Firenze, Passigli, 2013.
- DI BENEDETTO M., *Liberalizzazioni: repetita iuvant?*, in [www.nelmerito.com](http://www.nelmerito.com), 24 febbraio 2012.
- DI CRISTINA F., *La regolazione pubblica dei servizi privati. Principi e regole nel mercato europeo a un decennio dalla direttiva Bolkestein*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2015.
- DI GASPARE G., *Costituzionalizzazione simbolica e de-costituzionalizzazione di fatto dell'articolo 41 della costituzione*, in *Amministrazione in cammino*, 2011.
- DI GIOVANNI A., *La disciplina della valutazione di impatto ambientale in materia di energia*, in E. PICOZZA-S.M. SAMBRI (a cura di), *Il diritto dell'energia*, 2015.
- DURET P., *Sussidiarietà e autoamministrazione dei privati*, Padova, Cedam, 2004.
- EINAUDI L., *Lezioni di politica sociale*, 1949.
- FALCON G., *L'autoamministrazione dei privati*, in *Procedimenti e accordi nell'amministrazione locale*, Atti XLII Convegno di studi di *Scienza dell'amministrazione*, Milano, Giuffrè, 1997.
- FARI' A., *Il procedimento di autorizzazione per gli impianti da fonti energetiche rinnovabili. Complessità e spunti di riflessione*, in A.

- MACCHIATI-G. ROSSI (a cura di), *La sfida dell'energia pulita. Ambiente, clima ed energie rinnovabili: problemi economici e giuridici*, Bologna, Il Mulino, 2009.
- FERRARA L., *Diritti soggettivi ad accertamento amministrativo. Autorizzazione ricognitiva, denuncia sostitutiva e modi di produzione degli effetti*, Padova, Cedam, 1996.
  - FERRARA L., *Domanda giudiziale e potere amministrativo. L'azione di condanna al fare*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2013.
  - FERRARA R., *Le "complicazioni" della semplificazione amministrativa: verso un'amministrazione senza qualità?*, in *Dir. proc. amm.*, 1999.
  - FERRARA R., *Introduzione al diritto amministrativo*, Roma-Bari, Laterza, 2005.
  - FLAUBERT G., *Dizionario dei luoghi comuni*, 1850/80 (postumo, 1913).
  - FLEINER F., *Institutionen des Deutschen Verwaltungsrechts*, Tübingen, 1912.
  - FOLLIERI E., *Attività liberalizzate e amministrazione di risultati*, in *Foro Amm. TAR*, 2003.
  - FONDERICO G., *Diritto della regolazione e del mercato - Lezioni - parte I*, 2010.
  - FONDERICO G., *Libertà economica e controlli amministrativi*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 1, 2012.
  - FONDERICO G., *Il nuovo tempo del procedimento, la d.i.a. e il silenzio assenso*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 10, 2005.
  - FONDERICO G., *L'applicazione della direttiva servizi a livello nazionale*, in B.G. MATTARELLA-A. NATALINI (a cura di), *La regolazione intelligente. Un bilancio critico delle liberalizzazioni italiane*, Firenze, Passigli, 2013.
  - FORTI U., *Il silenzio della pubblica amministrazione ed i suoi effetti processuali*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1932.

- FRACCHIA F., Autorizzazione amministrativa e situazioni giuridiche soggettive, Napoli, Jovene, 1996.
- GALETTA D.U., Principio di proporzionalità e sindacato giurisdizionale nel diritto amministrativo, Milano, Giuffrè, 1988.
- GALGANO F., voce Art. 41 Cost., in G. MORBIDELLI (a cura di), Commentario della costituzione, 1982.
- GALLO C.E., La concorrenza nell'erogazione dei servizi sanitari e la posizione delle imprese private, in Sanità pubblica e privata, 3, 2003.
- GAUDEMET Y., La concurrence des modes et des niveaux de régulation - Introduction, in Revue française d'administration publique, 2004.
- GIAMPIERETTI M., Il principio costituzionale di libera concorrenza, in Diritto e società, 4, 2003.
- GIANNINI M.S., Lezioni di diritto amministrativo. L'amministrazione pubblica e la sua attività, Milano, Giuffrè, 1950.
- GIANNINI M.S., Esercizio privato di pubbliche attività, in AA.VV., Enciclopedia del diritto, vol. XV Milano, Giuffrè, 1966.
- GIANNINI M.S., Il pubblico potere. Stati e amministrazioni pubbliche, Bologna, Il Mulino, 1986.
- GIANNINI M.S., Sull'azione dei pubblici poteri nel campo dell'economia, in Rivista di diritto commerciale, 1959.
- GIANNINI M.S., Diritto amministrativo, Milano, Giuffrè, 1993.
- GIANFRANCESCO E., Libertà di impresa e libertà professionale nell'esperienza costituzionale italiana, in Giur. Cost, 2005, vol. 3.
- GIARDINO E., La Dia (e la Scia) all'esame dell'Adunanza plenaria, in Giornale di diritto amministrativo, 2, 2012.
- GIARDINO E., L'individuazione, la semplificazione e l'accelerazione dei procedimenti, in Giornale di diritto amministrativo, 1, 2017.
- GULLO F., Provvedimento e contratto nelle concessioni amministrative, Padova, Cedam, 1965.

- GULLO N., Autorizzazioni amministrative e liberalizzazione dei mercati tra diritto europeo e diritto interno, Napoli, Editoriale scientifica, 2012.
- HEIMLER A., La direttiva Bolkestein, in Mercato Concorrenza e Regole, 1, 2006.
- IRTI N., L'ordine giuridico del mercato, Roma-Bari, Laterza, 2003.
- IRTI N., "Codici di settore": compimento della "decodificazione", in M.A. SANDULLI (a cura di), Codificazione, semplificazione e qualità delle regole, Milano, Giuffrè, 2005.
- LAMBERTI C., La Scia fra semplificazione e liberalizzazione, in Urb. e app., 2013.
- LA SPINA A., La decisione legislativa. Lineamenti di una teoria, Milano, Giuffrè, 1989.
- LAZZARA P., Principio di semplificazione e situazioni giuridico-soggettive, in Dir. amm., fasc. 4, 2011.
- LIBERTINI M., Concorrenza (voce), in Enc. Diritto, Annali III, 2010.
- LIBERTINI M., La tutela della concorrenza nella Costituzione italiana, in Giur. cost., 2, 2005.
- LIBERTINI M., Osservazioni in materia di orari di apertura degli esercizi commerciali, di limiti all'iniziativa economica pubblica e su alcune questioni minori, in Giurisprudenza costituzionale, 3, 2017.
- LIGNANI P.G., Silenzio (dir. amm.), in Enc. dir., XLII, Milano, Giuffrè, 1990.
- LIGUORI F., L'accesso al mercato: dal controllo ex ante al controllo ex post, in F. LIGUORI-C. ACOCELLA (a cura di), Liberalizzazioni. Istituzioni, dinamiche economiche e lavoro nel diritto nazionale ed europeo, Napoli, Editoriale scientifica, 2015.
- LIPARI M., La SCIA e l'autotutela nella legge n. 124/2015: primi dubbi interpretativi, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it).

- LIPARI N., *Persona e mercato, 20 Anni di Antitrust, l'evoluzione dell'Autorità Garante della concorrenza e del mercato*, Torino, Giappichelli, 2007.
- LOLLI A., *Pianificazione urbanistica, interessi economici e pianificazione commerciale*, in *Territorialità e delocalizzazione nel governo locale*, Bologna, Il Mulino, 2007.
- LONGOBARDI N., *Liberalizzazioni e libertà di impresa*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, fasc. 3-4, 2013.
- LONGOBARDI N., *La legge n. 124 del 2015: i procedimenti amministrativi e il problema della semplificazione*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it), maggio 2016.
- LOPILATO V., *La conferenza di servizi*, in B.G. MATTARELLA-E. D'ALTERIO (a cura di), *La riforma della pubblica amministrazione. Commento alla legge 124/2015 (Madia) e ai decreti attuativi*, Milano, IlSole24Ore, 2017.
- LUPO N., *Dalla legge al regolamento. Lo sviluppo della potestà normativa del Governo nella disciplina delle pubbliche amministrazioni*, Bologna, Il Mulino, 2003.
- LUPO N., *Dal regolamento alla legge: semplificazione e delegificazione: uno strumento ancora utile?*, in *Dir. soc.*, 2006.
- MANGANARO F., *Principio di legalità e semplificazione dell'attività amministrativa*, vol. I, *Profili critici e principi ricostruttivi*, Napoli, Editoriale scientifica, 2000.
- MARTINES F., *Considerazioni in tema di liberalizzazioni e ruolo della P.A. E' tempo di svolte epocali?*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it).
- MATTARELLA B.G., *L'attività*, in S. CASSESE (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, Giuffrè, Milano, 2003.
- MATTARELLA B.G., (voce) *Atto amministrativo, tipologia*, in M. CLARICH-G. FONDERICO (a cura di) *Dizionario di diritto pubblico*, Milano, Giuffrè, 2007.

- MATTARELLA B.G., La semplificazione per la ripresa economica, in G. VESPERINI (a cura di), *Che fine ha fatto la semplificazione amministrativa?*, Milano, Giuffrè, 2006.
- MATTARELLA B.G., *La trappola delle leggi. Molte, oscure, complicate*, Bologna, Il Mulino, 2011.
- MATTARELLA B.G., La SCIA, ovvero dell'ostinazione del legislatore pigro, in *Giornale di Diritto Amministrativo*, 12, 2010.
- MATTARELLA B.G., *Burocrazia e riforme. L'innovazione nella pubblica amministrazione*, Il Mulino, Bologna, 2017.
- MATTARELLA B.G., Il contesto e gli obiettivi della riforma, in *Giornale di diritto amministrativo*, 5, 2015.
- MAUGERI L., *Con tutta l'energia possibile. Petrolio, Nucleare, rinnovabili: i problemi e il futuro delle diverse fonti energetiche*, Milano, Giuffrè, 2011.
- MAZZAMUTO M., *La riduzione della sfera pubblica*, Torino, Giappichelli, 2000.
- MERUSI F., La semplificazione: problema legislativo o amministrativo, in *N. aut.*, 2008.
- MERUSI F., *Metamorfosi nell'intervento pubblico nell'economia. Dall'autorizzazione alla riserva di provvedimento inibitorio*, in *Dir. amm.*, fasc. 02-03, 2015.
- MEZZANOTTE P., Tutela della salute tra compiti pubblici, autonomia privata e principio di sussidiarietà, in M. SESTA (a cura di), *L' erogazione della prestazione medica tra diritto alla salute, principio di autodeterminazione e gestione ottimale delle risorse sanitarie*, Rimini, Maggioli, 2014.
- MORANA D., *La salute come diritto costituzionale. Lezioni*, Torino, Giappichelli, 2013.
- MORBIDELLI G., voce *Iniziativa economica privata*, in *Enc. giur.* XVIII, Roma, 1989.
- MORBIDELLI G., In tema di d.i.a. vecchia e nuova (spunti tratti da *Cons. Stato, sez. IV, 22 luglio 2005, n. 2916*), in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it).

- NAPOLITANO G., Regole e mercato nei servizi pubblici, Bologna, Il Mulino, 2005.
- NAPOLITANO G., Pubblico e privato nel diritto amministrativo, Milano, Giuffrè, 2005.
- NAPOLITANO G., Diritto amministrativo e processo economico, in Diritto amministrativo, 2014.
- NAPOLITANO G., Le riforme amministrative in Europa all'inizio del ventunesimo secolo, in Riv. trim. dir. pubbl., 2, 2015.
- NAPOLITANO G.-ZOPPINI A. (a cura di), Regole e mercato delle energie rinnovabili, Bologna, Il Mulino, 2013.
- NATALINI A., Le semplificazioni amministrative, Bologna, Il Mulino, 2002.
- NEGRELLI A., Economia di mercato e liberalizzazioni: le (principali) ricadute sul sistema amministrativo italiano, in Riv. it. dir. pubbl. comunit., fasc. 3-4, 2013.
- NIGRO M., La pubblica amministrazione fra costituzione formale e costituzione materiale, in Riv. trim. dir. proc. civ., 1985.
- OPPO G., Costituzione e diritto privato nella tutela della concorrenza, in Rivista di diritto civile, 1993.
- ORSI BATTAGLINI A., (voce) Autorizzazione amministrativa, in Digesto di diritto pubblico, 1987.
- ORTOLANI G., Autorizzazione e approvazione, in Scritti giuridici in onore di Santi Romano, Padova, Cedam, 1940.
- PAJNO A., Gli artt. 19 e 20 della l. n. 241 prima e dopo la l. 24 dicembre 1993, n. 537. Intrapresa dell'attività privata e silenzio dell'amministrazione, in Dir. proc. amm., 1994.
- PAJNO A., Crisi dell'amministrazione e riforme amministrative, in Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario, fasc. 3-4, 2017.
- PERA A., Concorrenza e antitrust, Bologna, Il Mulino, 1998.
- PICCIOLI C., Contributo all'individuazione del fondamento costituzionale della normativa a tutela della concorrenza, in Riv. Trim. dir. pubbl., 1996.

- POLICE A., Contributo allo studio della dichiarazioni di inizio attività e della loro natura giuridica, in N. aut., 2008.
- POLICE A., Riflessioni sui tortuosi itinerari della semplificazione nell'amministrazione della complessità, in [www.apertacontrada.it](http://www.apertacontrada.it).
- POLICE A., La valutazione di impatto ambientale, in P. DELL'ANNO-E. PICOZZA (diretto da), Trattato di diritto dell'ambiente, Discipline ambientali di settore, vol. II, Padova, Cedam, 2013.
- PUGLIATTI S., (voce) Autoresponsabilità, in Enc. dir., IV, 1959.
- RAMAJOLI M., Liberalizzazioni: una lettura giuridica, in Dir. econ., 2012.
- RANELLETTI O., Teoria generale delle autorizzazioni e concessioni amministrative, in Rivista italiana di scienza giuridica, n. 3, 1896.
- RANELLETTI O., Concetto e natura delle autorizzazioni e concessioni amministrative, in Giur. It., 1894.
- RANELLETTI O., Il concetto di pubblico nel diritto, in Rivista italiana di scienza giuridica, XXIX, 1905.
- RANELLETTI O., Capacità e volontà nelle autorizzazioni e concessioni amministrative, in Rivista italiana di scienza giuridica, 1894.
- RANELLETTI O., Le guarentigie della giustizia nella pubblica amministrazione, Milano, Giuffrè, 1934.
- RECCHI G., Nuove energie. Le sfide per lo sviluppo dell'Occidente, 2014.
- ROMAGNOSI G.D., Principi fondamentali di diritto amministrativo onde tesserne le istituzioni, 1814.
- ROMANO A., A proposito dei vigenti artt. 19 e 20 della l. 241 del 1990: divagazioni sull'autonomia dell'amministrazione, in Dir. amm., 2006.
- ROMANO TASSONE A., Situazioni giuridiche soggettive (dir. amm.), in Enc. Dir., vol. II, agg. 1998.

- SAITTO F., Economia di mercato e regolazione statale: la controversia tedesca sulla wirtschaftsverfassung e il “posto” dell’art. 41 della Costituzione italiana, in *Ianus*, 5, 2011.
- SAITTA F., S.c.i.a. ed autotutela, tra contraddizioni legislative e...giurisprudenza creativa, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it), 2014.
- SANDULLI A., Il procedimento, in S. CASSESE (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, Giuffrè, Milano, 2003.
- SANDULLI A., La semplificazione amministrativa tra riforma e restaurazione, in *Giornale di diritto amministrativo*, 10, 1997.
- SANDULLI A., La proporzionalità dell’azione amministrativa, Padova, Cedam, 1998.
- SANDULLI M.A., Gli effetti diretti della l. 7 agosto 2015, n. 124 sulle attività economiche: le novità in tema di s.c.i.a., silenzio-assenso e autotutela, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it).
- SANDULLI M.A., Postilla all'editoriale 'Gli effetti diretti della L. 7 agosto 2015 n. 124 sulle attività economiche: le novità in tema di s.c.i.a., silenzio-assenso e autotutela', in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it).
- SANDULLI M.A., Riflessioni sulla tutela del cittadino contro il silenzio della pubblica amministrazione, in *Giust. civ.*, 1994.
- SANDULLI M.A., Proporzionalità, in S. CASSESE (a cura di) *Dizionario di Diritto Pubblico*, Milano, 2006.
- SANDULLI M.A., Il procedimento amministrativo e la semplificazione, Report annuale 2013, in [www.ius-publicum.com](http://www.ius-publicum.com).
- SANDULLI M.A., Il regime dei titoli abilitativi edilizi tra semplificazione e contraddizioni, in *Rivista giuridica dell’edilizia*, 6, 2013.
- SAVINI G., *Esperienze di nuova codificazione: i "codici di semplificazione di settore"*, Padova, Cedam, 2007.
- SCOCA F.G., *Il silenzio della pubblica amministrazione*, Milano, Giuffrè, 1971.

- SCOCA F.G., La concessione come strumento di gestione dei servizi pubblici, in F. ROVERSI MONACO (a cura di), *Le concessioni di servizi*, Rimini, Maggioli, 1988.
- SCHUMPETER J.A., *Capitalismo, socialismo e democrazia*, ETAS, Milano, 2001.
- SCIULLO G., Modelli ricostruttivi di Dia e tutela del controinteressato, in *Giornale di diritto amministrativo*, 3, 2007.
- SORICELLI G., La nuova segnalazione certificata di inizio attività tra semplificazione e liberalizzazione delle attività amministrative, in *Gazzetta amministrativa*, n. 1, 2017.
- SORRENTINO F., Dai testi unici misti ai codici di settore: profili costituzionali, in *Diritto amministrativo*, 2005.
- SPAGNUOLO VIGORITA V., *Attività economica privata e potere amministrativo*, Napoli, Morano, 1962.
- SPINA G., *La semplificazione amministrativa come principio dell'essere e dell'agire dell'amministrazione. Studio sull'evoluzione delle logiche di semplificazione amministrativa in Italia dal 1990 ad oggi*, Napoli, Editoriale scientifica, 2013.
- STICCHI DAMIANI E., La concorrenza nell'erogazione dei servizi sanitari e le posizioni delle imprese private, in *Sanità pubblica e privata*, 9, 2003.
- STIGLER G.J., Perfect competition, Historically Contemplated, in *Journal of political Economy*, 1957.
- TAGLIANETTI G., Regolazione del territorio e limiti all'iniziativa privata: il rapporto tra pianificazione urbanistica e disciplina del commercio, alla luce della normativa tendente alla liberalizzazione delle attività economiche, in *Rivista giuridica dell'edilizia*, 2, 2017.
- TARONI F., Le 3A: autorizzazione, accreditamento e accordi, in R. BALDUZZI-G. CARPANI (a cura di), *Manuale di diritto sanitario*, Il Mulino, Bologna, 2013.

- TARULLO S., Concorrenza ed evidenza pubblica nel sistema degli accreditamenti sanitari tra regole nazionali e assetti comunitari, in *Munus*, 1, 2012.
- TONOLETTI E., Silenzio della pubblica amministrazione (voce), in *Dig. disc. pubb.*, 1999.
- TORCHIA L., Il governo delle differenze. Il principio d'equivalenza nell'ordinamento europeo, Bologna, Il Mulino, 2006.
- TORRICELLI S., Libertà economiche europee e regime del provvedimento amministrativo nazionale, Santarcangelo di Romagna, Maggioli, 2013.
- TRAVI A., La liberalizzazione, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, n. 2, 1998.
- TRAVI A., Dichiarazione di inizio attività (diritto amministrativo), in *Enc. dir.*, Ann. II, t. 2, Milano, Giuffrè, 2008.
- TRAVI A., Silenzio-assenso ed esercizio della funzione amministrativa, Padova, Cedam, 1985.
- TRIMARCHI BANFI F., Lezioni di diritto pubblico dell'economia, Torino, Giappichelli, 2012.
- TRIMARCHI BANFI F., Il "principio di concorrenza": proprietà e fondamento, in *Dir. amm.*, 1, 2013.
- TRIMARCHI BANFI F., Pubblico e privato nella sanità. Autorizzazioni e convenzioni nel sistema della riforma sanitaria, Milano, Giuffrè, 1990.
- TROPEA G., Sicurezza e sussidiarietà, Napoli, Editoriale scientifica, 2010.
- TROPEA G., La discrezionalità amministrativa tra semplificazioni e liberalizzazioni, anche alla luce della legge n. 124/2015, in *Dir. amm.*, fasc. 01-02, 2016.
- VACCA A., La natura giuridica della d.i.a., con particolare riguardo alla disciplina introdotta dall'art. 3 comma 1, d.l. 14 marzo 2005 n. 35 convertito con modificazioni nella l. 14 maggio 2005, n. 80, in, *Foro amm. TAR*, 2006.

- VALAGUZZA S., La DIA, l'inversione della natura degli interessi legittimi e l'azione di accertamento come strumento di tutela del terzo, in *Dir. proc. amm.*, 2009.
- VAN DE GRONDEN J.-DE WAELE H., All's well that bends well? The constitutional dimension to the [EU] Services Directive, in *European Constitutional Law Review*, 2010.
- VANDELLI L., Tendenze e difficoltà della semplificazione amministrativa, in *N. aut.*, 2008.
- VESPERINI G., La denuncia di inizio attività e il silenzio assenso, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2007.
- VESPERINI G., Il governo della semplificazione, in *Giornale di diritto amministrativo*, 3, 2007.
- VESPERINI G., Le misure urgenti sulla pubblica amministrazione – La semplificazione, politica comune, in *Giornale di diritto amministrativo*, 11, 2014.
- VESPERINI G., Le norme generali sulla semplificazione, in *Giornale di diritto amministrativo*, 5, 2015.
- VESPERINI G., Quale riforma per le autorizzazioni amministrative?, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2, 2016.
- VILLATA R., *Autorizzazioni amministrative e iniziativa economica privata*, Milano, Giuffrè, 1974.
- VIRGA P., *Diritto amministrativo, II, Atti e ricorsi*, Milano, Giuffrè, 2001.
- ZAGREBELSKY G., Diritto per valori, principi o regole?, in AA. VV., *L'ordinamento giuridico europeo. Radici e prospettive*, Quaderni fiorentini, 31, Milano, Giuffrè, 2002.
- ZAGREBELSKY G., *Il diritto mite. Legge, diritti, giustizia*, Torino, Giappichelli, 1992.
- ZANOBINI G., L'esercizio privato delle funzioni e dei servizi pubblici, in ID., *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano*, vol. II, Milano, Giuffrè, 1920.

## **GIURISPRUDENZA**

- Corte di Giustizia UE, 29 novembre 1956, C-8/55, Fédération Charbonnière.
- Corte di Giustizia UE, 14 dicembre 1962, C-5-11, 13-15/62, Società acciaierie San Michele.
- Corte di Giustizia UE, 19 marzo 1964, C-18/63, Schmitz.
- Corte di Giustizia UE, 27 settembre 1988, C-263/86, Humbel e Edel.
- Corte di Giustizia UE, 26 aprile 1988, C-352/85, Bond van Adverteerders.
- Corte di Giustizia UE, 11 luglio 1989, causa c-265/87, Schrader.
- Corte di Giustizia UE, 4 aprile 1990, C-111/88.
- Corte di Giustizia UE, 28 febbraio 1991, C-360/87.
- Corte di Giustizia UE, 12 novembre 1996, causa C-84/94, Regno Unito c. Consiglio.
- Corte di Giustizia UE, 14 giugno 2001, C-230/00.
- Corte di Giustizia UE, 18 dicembre 2007, C-281/06, Jundt.
- Corte di Giustizia UE, 11 marzo 2010, C-384/08, Attanasio Group.
- Corte Cost., sentenza n. 2 del 1956.
- Corte Cost., sentenza n. 29 del 1957.
- Corte Cost., sentenza n. 78 del 1958.
- Corte Cost., sentenza n. 47 del 1958.
- Corte Cost., sentenza n. 32 del 1959.
- Corte Cost., sentenze nn. 4 e 5 del 1962.
- Corte Cost., sentenza n. 21 del 1964.
- Corte Cost., sentenza n. 223 del 1982.
- Corte Cost., sentenza n. 53 del 1986.
- Corte Cost., sentenza n. 241 del 1990.
- Corte Cost., sentenza n. 63 del 1991.
- Corte Cost., sentenza n. 439 del 1991.
- Corte Cost., sentenza n. 112 del 1993.
- Corte Cost., sentenza n. 408 del 1995.

- Corte Cost., sentenza n. 365 e 443 del 1997.
- Corte Cost., sentenza n. 14 del 2004.
- Corte Cost., sentenza n. 64 del 2007.
- Corte Cost., sentenze nn. 401, 430 e 431 del 2007.
- Corte Cost., sentenza n. 1 del 2008.
- Corte Cost., sentenza n. 350 del 2008.
- Corte Cost., sentenza n. 326 del 2008.
- Corte Cost., sentenza n. 167 del 2009.
- Corte Cost., sentenza n. 45 del 2010.
- Corte Cost., sentenze nn. 247 e 152 del 2010.
- Corte Cost., sentenze nn. 200 e 299 del 2010.
- Corte Cost., sentenza n. 313 del 2010.
- Corte Cost., sentenza n. 164 del 2012.
- Corte Cost., sentenze n. 291 e n. 200 del 2012.
- Corte Cost., sentenza n. 203 del 2012.
- Corte Cost., sentenza n. 275 del 2012.
- Corte Cost., sentenza n. 83 del 2013.
- Corte Cost., sentenza n. 94 del 2013.
- Corte Cost., sentenze nn. 264 e 171 del 2013.
- Corte Cost., sentenza n. 230 del 2013.
- Corte Cost., sentenze n. 4 del 2014.
- Corte Cost., sentenza n. 239 del 2016.
- Corte Cost., sentenza n. 276 del 2016.
- Corte di Cassazione, 9 novembre 1985, nn. 5470 e 5471.
- Corte di Cassazione, Sez. un. civ., 3 febbraio 1993, n. 1315.
- Cons. Stato, sez. Contenzioso amministrativo, 20 giugno 1865.
- Cons. Stato, sez. IV, 15 dicembre 1987, n. 758.
- Cons. Stato, sez. IV, 7 giugno 2005 n. 2928.
- Cons. Stato, sez. IV, 14 aprile 2006, n. 2087.
- Cons. Stato, sez. VI, 27 dicembre 2006, n. 7972.
- Cons. Stato, sez. VI, 20 febbraio 2007, n. 912.
- Cons. Stato, sez. VI, 5 aprile 2007, n. 1550.

- Cons. Stato, sez. VI, 29 dicembre 2008, n. 6591.
- Cons. Stato, Ad. Plen., 29 luglio 2011, n. 15.
- Cons. Stato, Sez. III, 28 dicembre 2011, n. 6969.
- Cons. Stato, Sez. III, 28 dicembre 2011, n. 6970.
- Cons. Stato, Sez. III, 28 dicembre 2011, n. 6971.
- Cons. Stato, Sez. V, 27 novembre 2012, n. 6002.
- Cons. Stato, Sez. III, 29 gennaio 2013, n. 550.
- Cons. Stato, Sez. III, 14 febbraio 2014, n. 728.
- Cons. Stato, parere 30 marzo 2016, n. 839.
- Cons. Stato, parere 4 agosto 2016, n. 1784.
- Cons. Stato, sez. IV, 5 settembre 2016, n. 3085.
- Cons. Stato, sez. V, 13 febbraio 2017, n. 603.
- Cons. Stato, sez. IV, 20 luglio 2017, n. 3574.
- Cons. Stato, Sez. VI, 7 maggio 2018, n. 2715.
- Cons. Stato, Sez. IV, 1 giugno 2018, n. 3312.
- Tar Puglia, Lecce, sez. II, 5 ottobre 2006, n. 4770.
- Tar Lazio, Roma, sez. III, 25 gennaio 2007, n. 563.
- Tar Sicilia, Palermo, sez. II, 31 luglio 2008, n. 1032.
- Tar Lazio, sez. II-bis, 3 maggio 2009, n. 2690.
- Tar Lazio, Roma, sez. II, 3 agosto 2012, n. 7225.
- Tar Sardegna, sez. I, 21 febbraio 2013, n. 153.
- Tar Lazio, Roma, sez. II-bis, 14 gennaio 2014, n. 445.
- Tar Lazio, Roma, Sez. III-quater, 15 luglio 2015, n. 9459.
- Tar Toscana, Firenze, sez. II, 26 ottobre 2015, n. 1415.
- Tar Campania, sez. IV, 5 aprile 2016, n. 1658.
- Tar Lombardia, Brescia, sez. II, 8 marzo 2017, n. 340.
- Tar Puglia, Bari, Sez. II, 7 giugno 2018, n. 838.