

Dipartimento di GIURISPRUDENZA

DOTTORATO DI RICERCA IN DIRITTO E IMPRESA

XXIX ciclo

**LA LIBERALIZZAZIONE NEL PRISMA DELLA  
CONCORRENZA: LA PREDETERMINAZIONE  
DELLE SCELTE AMMINISTRATIVE E LA FUGA  
DAI REGIMI AUTORIZZATIVI**

Tutor  
**Chiar.mo Prof. Marcello Clarich**

Referee  
**Chiar.mo Prof. Paolo Urbani**

Referee  
**Chiar.mo Prof. Gennaro Terracciano**

Candidato  
**Giuseppe Durano**  
Matricola  
**351927**

**Anno accademico 2016/2017**

*La ricerca è occasione di scienza e  
conoscenze*

## Indice

<b>Introduzione</b>	1
<b>Capitolo I</b>	6
1. Libertà di iniziativa economica e relativi limiti	6
2. Il principio di concorrenza e il suo fondamento costituzionale	18
3. Articolo 41 comma 1 e comma 2 della Costituzione: libertà del mercato e limiti cui è sottoposto lo svolgimento dell'attività economica	31
3.1. Il concetto di "utilità sociale" e l'interesse alla tutela del mercato	36
4. Il ruolo della giurisprudenziale costituzionale in materia di concorrenza	50
5. Principio di concorrenza e liberalizzazioni	58
<b>Capitolo II</b>	64
1. Il processo di liberalizzazione nel nostro ordinamento	64
2. Le Liberalizzazioni tra legislazione statale e regionale	69
3. Liberalizzazione nel d.l. n.1/2012: norme cogenti o programmatiche?	75
4. Vincoli comunitari: autorizzazioni, concessioni e potere amministrativo nel prisma della concorrenza	80

5. L'esistenza di vincoli al principio di libertà di impresa	83
6. Pianificazione urbanistica e attività commerciali: le risposte della giurisprudenza	87
6.1. Liberalizzazioni e orientamenti della corte di giustizia europea	96
7. Conclusioni: dai regimi autorizzativi alle funzioni di controllo	103
<b>Capitolo III</b>	<b>108</b>
1. Concessione di bene pubblico e principio di concorrenza: la pubblicità nell'affidamento di beni e servizi di scarsa reperibilità	108
2. Concessioni: genesi dell'istituto e qualificazione giuridica	115
3. Concessioni demaniali e principi di evidenza pubblica sanciti dal legislatore comunitario	118
4. L'incompatibilità delle proroghe <i>ex lege</i> con i principi sanciti dall'ordinamento comunitario	127
5. La pronuncia della Corte Di Giustizia Europea del 14 luglio 2016 (C-458/14 E C-67/15) sull'illegittimità dei meccanismi di proroga <i>ex lege</i>	133
6. La Pubblicità e la trasparenza in tutte le occasioni di guadagno: il caso delle concessioni prodromiche alla realizzazione di porti turistici	137
6.1. L'esame del progetto e l'individuazione del concessionario	145

7. <i>Project Financing</i> e concessioni di beni pubblici: l'esperibilità della procedura di <i>project financing</i> per la realizzazione di strutture portuali su aree oggetto di concessione demaniale	147
8. Prospettive di riforma e tutela delle posizioni giuridiche soggettive	153
Conclusioni	158
<b>Bibliografia</b>	162
<b>Giurisprudenza</b>	170

## **Introduzione**

È verosimile sostenere e affermare che la disciplina di controllo, tipica del potere amministrativo, abbia recentemente mutato le proprie forme; e ciò in quanto, si manifestano, sempre più frequentemente, nuove forme di esercizio del potere che non consentono oltremodo all'Amministrazione di esercitare forme di controllo *ex ante* sulle attività socio – economiche intraprese dai cittadini europei.

Non a caso, in tali situazioni, si fa espresso riferimento al cittadino europeo, considerato che la rinnovata concezione del potere amministrativo trae origine dalla normativa eurounitaria e, soprattutto, mira a garantire la effettiva creazione di un mercato unico – globale, all'interno del quale le iniziative economiche dei cittadini europei possano trovare concreta esplicazione e tutela.

In tale delineato contesto si innestano nuovi interventi di semplificazione da parte del nostro legislatore, tanto sotto il profilo più strettamente attinente alla regolamentazione dell'esercizio dell'azione amministrativa e agli istituti cd. di liberalizzazione, quanto sotto l'aspetto riguardante più da vicino gli stessi strumenti di produzione normativa.

In ragione di contingenti fenomeni politici (entrata in vigore del Trattato di Lisbona e recepimento di numerose direttive, fra tutte la Direttiva 2006/123/CE, aventi rilevanti ricadute sui singoli ordinamenti) ed economici (la più acuta e perdurante crisi finanziaria manifestatasi dopo la risalente crisi di Wall Street del 1929), è divenuto assillante l'appello ad accrescere la competitività dell'intero sistema economico.

D'altra parte, è circostanza ben nota che senza uno

stabile ed effettivo sviluppo economico che offra nuove possibilità di lavoro e la realizzazione delle aspirazioni economico - sociali, si incorra nel rischio di deteriorare il rapporto tra Stato e cittadini, di scardinare la relazione tra libertà e scelte individuali.

La necessità di un risanamento del debito pubblico, di un recupero di competitività, di una crescita occupazionale sono tematiche centrali in tutti gli ordinamenti europei, considerato altresì che con l'adozione della moneta unica, non è più possibile utilizzare la leva del cambio e reagire alla perdita di competitività attraverso quelle che un tempo si chiamavano le "svalutazioni competitive"; alla luce di quanto precede, diviene quindi necessario trovare nuovi strumenti che accrescano la qualità dei prodotti, promuovano gli investimenti e la riduzione dei costi.

Pertanto, si sono affermati con forza i temi della liberalizzazione, della libertà d'impresa e della necessità di un'apertura dei mercati a un confronto leale e competitivo delle imprese, in vista di un più razionale utilizzo delle scarse risorse a disposizione e di una crescita della produzione aggregata.

In tale ottica, proprio il confronto leale e competitivo delle imprese costituirà il *fil rouge* del presente lavoro, atteso che, come verrà evidenziato, tale filo conduttore permea le discipline giuridiche di interi settori, condizionando la vita economica delle imprese e dei cittadini, oggi costretti a fronteggiare le innovate discipline concorrenziali.

Ebbene, è agevole rilevare come la liberalizzazione e

l'attribuzione di nuove posizioni giuridiche soggettive<sup>1</sup> conferiscano nuovi diritti ai cittadini che vedono concretizzate le proprie aspettative mediante moduli e dichiarazioni (S.C.I.A. *in primis*) a discapito del controllo amministrativo, essendo sempre più residuale la figura del provvedimento autorizzatorio, estrinsecazione del potere esercitato *ex post*, ma certamente grimaldello della legalità e della certezza del diritto.

Così, al sol fine di paventare la portata di tali innovazioni, si segnala come sia radicalmente mutato il regime dei titoli abilitativi in materia edilizia – urbanistica, nell'ambito della quale il potere pianificatorio sgomita e trova nuove forme di manifestazione<sup>2</sup>, dal momento che il potere di

---

<sup>1</sup> Parte della dottrina, invoca una assenza di certezza del diritto, derivante dalla proliferazione di titoli e regimi amministrativi semplificati e liberalizzati, che contribuiscono al c.d. smarrimento del sistema piuttosto che all'incremento della competitività; cfr. P. MARZARO, «La semplificazione sproporzionata: procedimenti e interessi alla ricerca di equilibrio e identità. Il caso del Testo unico dell'edilizia dopo il decreto cd. Sblocca Italia», in Numero speciale della Rivista Giuridica di Urbanistica 2014/2015.

<sup>2</sup> Emblematica sul punto sono le pronunce del Consiglio di Stato (ex *multis* C.d.S., Sez. IV, n. 2710/2012) in materia di pianificazione urbanistica. I giudici di Palazzo Spada hanno ribadito come «l'urbanistica, ed il correlativo esercizio del potere di pianificazione, non possono essere intesi, sul piano giuridico, solo come un coordinamento delle potenzialità edificatorie connesse al diritto di proprietà, così offrendone una visione affatto minimale, ma devono essere ricostruiti come intervento degli enti esponenziali sul proprio territorio, in funzione dello sviluppo complessivo ed armonico del medesimo. Uno sviluppo che tenga conto sia delle potenzialità edificatorie dei suoli – non in astratto, bensì in relazione alle effettive esigenze di abitazione della comunità ed alle concrete vocazioni dei luoghi –, sia di valori ambientali e paesaggistici, sia di esigenze di tutela della salute e quindi della vita salubre degli abitanti, sia delle esigenze economico - sociali della comunità radicata sul territorio, sia, in definitiva, del modello di sviluppo che si intende imprimere ai luoghi stessi, in considerazione della loro storia, tradizione, ubicazione e di una riflessione “de futuro” sulla propria stessa essenza, svolta – per autorappresentazione ed autodeterminazione – dalla comunità medesima, attraverso le decisioni dei propri organi elettivi e, prima ancora, attraverso la partecipazione dei cittadini al procedimento pianificatorio. In definitiva, il potere di



pianificazione urbanistica non si limita più a garantire il mero coordinamento delle potenzialità edificatorie, ma contempera una molteplicità di valori e interessi costituzionali riconducibili agli artt. 9, 32, 41, 42 e 44 della Costituzione.

Parimenti, è mutato anche il regime delle concessioni di bene pubblico, considerato che lo sfruttamento di risorse e beni di scarsa reperibilità è divenuta occasione di profitto e guadagno cui devono poter accedere tutte le imprese nel rispetto dell'invocato regime concorrenziale.

È così che la Corte di Giustizia ha costretto il nostro legislatore a espungere dall'ordinamento il diritto di insistenza<sup>3</sup>, il quale regolamentava le concessioni demaniali

---

pianificazione urbanistica non è funzionale solo all'interesse pubblico all'ordinato sviluppo edilizio del territorio in considerazione delle diverse tipologie di edificazione distinte per finalità (civile abitazione, uffici pubblici, opifici industriali e artigianali, etc.), ma esso è funzionalmente rivolto alla realizzazione contemperata di una pluralità di interessi pubblici, che trovano il proprio fondamento in valori costituzionalmente garantiti. Ne consegue che, diversamente opinando, e cioè nel senso di ritenere il potere di pianificazione urbanistica limitato alla sola prima ipotesi, si priverebbe la pubblica amministrazione di un essenziale strumento di realizzazione di valori costituzionali, quali sono almeno quelli espressi dagli articoli 9, comma secondo, 32, 42, 44, 47, comma secondo, Cost.».

<sup>3</sup> L'art. 37 cod. nav., rubricato «Concorso di più domande di concessione», disciplina, per l'appunto, l'ipotesi in cui più soggetti abbiano presentato istanza di concessione afferente ad un medesimo bene pubblico. La norma sancisce, al primo comma, un fondamentale principio in virtù del quale l'amministrazione procedente è tenuta a comparare tra loro le domande presentate dai soggetti interessati, dovendo, poi, all'esito di tale comparazione, congruamente motivare le ragioni per cui un determinato soggetto risulti "migliore" rispetto agli altri concorrenti, alla luce di un imprescindibile criterio di preferenza, da ravvisare nella maggiore capacità economica degli aspiranti, intesa, sul piano economico – finanziario, come proficua utilizzazione del bene, sotto il profilo del più rilevante interesse pubblico. In altri termini, in merito ai criteri di scelta del destinatario, è pacifico che la preferenza debba essere accordata al richiedente che maggiormente garantisca la proficua utilizzazione della concessione e che, nell'utilizzo della stessa, raggiunga, a giudizio dell'amministrazione, un più rilevante interesse pubblico. Quanto alla natura giuridica del procedimento di comparazione *ex art. 37 cod. nav.*, in sede pretoria è stato rilevato che questo «non costituisce né un concorso né una gara, difettando l'ineliminabile presupposto preliminare rappresentato dal "bando", ma un

marittime e tutelava le posizioni giuridiche soggettive dei concessionari uscenti; in ragione di quanto innanzi, quest'ultimi si trovano sprovvisti di qualsiasi forma di tutela e attendono, come tutti gli operatori economici, che gli impeti rivoluzionari si assestino e si definiscano forme di tutela e nuove manifestazioni dei diritti nell'ambito di un mercato effettivamente competitivo e concorrenziale.

Tuttavia, prima di definire la portata dei principi di derivazione comunitaria, occorre evidenziare che il principio di concorrenza e, dunque, i processi di liberalizzazione trovano fondamento, ancor prima che nel diritto europeo, nella nostra Carta Costituzionale, con la conseguenza che per comprendere appieno il divenire dei processi liberalizzatori, sarà necessario muoversi da un esame testuale dell'articolo 41 ed in particolare dal concetto di iniziativa economica.

---

semplice momento endoprocedimentale, sia pure legislativamente tipizzato, pur sempre interno ad un unico procedimento concessorio, che nasce e si sviluppa ad iniziativa di un soggetto privato e nel quale possono confluire ulteriori concorrenti iniziative di altri soggetti, da esperirsi nella forma dell'opposizione».

**CAPITOLO I**  
**ARTICOLO 41 COSTITUZIONE: DALLA LIBERTÀ DI**  
**INIZIATIVA ECONOMICA ALLA LIBERTÀ DI CONCORRENZA**  
**NELL'ORDINAMENTO ITALIANO**

SOMMARIO: 1. Libertà di iniziativa economica e relativi limiti – 2. Il principio di concorrenza e il suo fondamento costituzionale – 3. Articolo 41 comma 1 e comma 2 Cost.: libertà del mercato e limiti cui è sottoposto lo svolgimento dell'attività economica – 3.1: Il Concetto di “utilità sociale” e l'interesse alla tutela del mercato – 4. Il ruolo della giurisprudenziale costituzionale in materia di concorrenza – 5. Principio di Concorrenza e liberalizzazioni.

**1. Libertà di iniziativa economica e relativi limiti**

Preliminarmente, si riporterà il disposto normativo di cui all'art. 41 della Carta Costituzionale, al fine di analizzarne i contenuti e le varie declinazione «L'iniziativa economica privata è libera. Non può svolgersi in contrasto con l'utilità sociale o in modo da recare danno alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana. La legge determina i programmi e i controlli opportuni perché l'attività economica pubblica e privata possa essere indirizzata e coordinata a fini sociali».

L'insieme dei principi costituzionali ricompresi nel Titolo III, Parte Prima della Costituzione, relativa ai Diritti e doveri dei cittadini, delinea i contorni del rapporto esistente tra lo Stato e l'economia, definendo la disciplina dei rapporti economici.

Al suo interno, si inseriscono un primo gruppo di articoli relativi ai rapporti di lavoro (artt. 35 – 40 della Costituzione),

e un secondo gruppo attinente alla disciplina dei diritti di proprietà e di iniziativa economica ed alla disciplina dell'intervento dei pubblici poteri nell'economia<sup>1</sup>.

Per quanto concerne il diritto di proprietà e di iniziativa economica<sup>2</sup>, in linea con gli altri Stati sociali contemporanei<sup>3</sup>, la Costituzione italiana afferma la tutela di tali diritti, ma al contempo sottopone ambedue a non poche limitazioni della

---

<sup>1</sup> La dottrina include l'art. 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. S. CASSESE, *La nuova costituzione economica*, Roma-Bari, 2004, 3, ci insegna che 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>2</sup> Osserva L. BUFFONI, *La tutela della concorrenza dopo la riforma del titolo V: il fondamento costituzionale ed il riparto delle competenze legislative*, in *Le istituzioni del federalismo*, 2003, fasc. II pag 345 e ss., La Libertà d'iniziativa economica che rappresenta la premessa logica del principio di concorrenza e delle liberalizzazioni, fu introdotta per la prima volta in Francia dalla *loi d'Allarde del 1971, n 2* e ulteriormente rafforzata da successivi atti normativi con la formula "libertà di commercio e di industria". E soltanto dopo la rivoluzione industriale si affermerà la libertà di iniziativa economica e la sua logica conseguenza: la libertà di concorrenza.

<sup>3</sup> Nelle Costituzioni europee occidentali, fondate pur sempre sui caratteri propri dell'economia sociale di mercato e sull'intervento dello Stato nell'economia, le libertà economiche hanno ottenuto il riconoscimento a livello costituzionale. Tutto ciò è avvenuto in conformità con il modello del Welfare State (o Stato sociale di diritto). A tal proposito può essere menzionata la Costituzione spagnola del 1978 che all'art. 38 afferma «si riconosce la libertà d'impresa nel quadro dell'economia di mercato. I poteri pubblici garantiscono e proteggono il suo esercizio e la difesa della produttività, in accordo con le esigenze dell'economia generale e, se del caso, della pianificazione». La Costituzione Di Bonn del 1949 non richiama espressamente la libertà di intrapresa che la dottrina tende comunque a ricondurre pienamente nella libertà di lavoro (Berufsfreiheit): l'art. 12 prevede la libertà di professione, l'art.14 la proprietà privata prevedendo la sua socializzazione (art.15); la Costituzione portoghese del 1976 che all'art. 80 prevede «la subordinazione del potere economico al potere politico democratico; l'art. 2 della Costituzione del 1958: la Francia è una repubblica indivisibile, laica, democratica e sociale».

sfera privata a fini sociali: l'art 42 comma 2, infatti, riconosce e garantisce la proprietà privata, ma consente una disciplina legislativa che ne determini i limiti allo scopo di assicurare la funzione sociale e di renderla accessibile a tutti.

All'uopo, l'art. 41 comma 1 della Cost., dopo aver solennemente affermato che l'iniziativa economica privata è libera, nel secondo comma non solo vieta che essa possa essere esercitata in contrasto con l'utilità sociale, con la sicurezza, la libertà e la dignità umana, ma ammette altresì che l'attività economica possa essere indirizzata e coordinata per finalità sociali dalla legge.

È opportuno evidenziare che, secondo la dottrina, la libertà, la sicurezza e la dignità umana costituiscono c.d. limiti "negativi" all'iniziativa privata, poiché questa non deve essere diretta al raggiungimento di simili obiettivi, bensì deve garantire il rispetto dei medesimi simultaneamente all'estrinsecazione dei diritti sanciti in Costituzione<sup>4</sup>.

Per quanto concerne l'intervento dello Stato nell'economia, la nostra Costituzione statuisce all'art 43 che la legge, per finalità di utilità generale, possa riservare originariamente o trasferire, ad enti pubblici o a comunità di lavoratori o di utenti, determinate imprese o categorie di

---

<sup>4</sup>Cfr. A. BALDASSARRE, voce *Iniziativa economica privata*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XXI, 1971, 599; rilevante è anche il contributo di G. MORBIDELLI, voce *iniziativa economica privata*, in *Enc. giur.* XVIII, Roma, 1989, p. 2 e ss.: in seno alla stessa Assemblea Costituente si evidenziava come l'articolo 41 fosse il risultato dell'art 37 e 39 del progetto di Costituzione, articoli aventi in comune «l'obiettivo di armonizzare l'attività economica privata con i fini pubblici. La differenza fra i due articoli è la seguente: mentre l'articolo 39 ha per oggetto un fine negativo, cioè impedire che l'attività economica privata possa recare danno all'utile pubblico, viceversa l'art. 37 secondo comma, ha per scopo di promuovere il coordinamento dell'attività privata con i fini pubblici e, quindi, una finalità positiva».

imprese relative a servizi pubblici essenziali o a fonti di energia o a situazioni di monopolio e che abbiano carattere di preminente interesse generale (si tratta delle cosiddette collettivizzazioni, secondo la terminologia del Giannini).

L'articolo 44 poi prevede che la legge impone obblighi e vincoli alla proprietà privata (a titolo esemplificativo si segnala l'art. 840 c.c.) per il razionale sfruttamento del suolo e al fine di stabilire equi rapporti sociali; e il successivo articolo 45 riconosce la funzione sociale della cooperazione (cfr. art. 2511 c.c.) a carattere di mutualità e la legge ne promuove il carattere e le finalità.

Dalla rassegna di questi articoli è, dunque, evidente la direttrice sottesa alla nostra costituzione economica: istituire un sistema misto, nel quale coesistano iniziativa privata e pubblica in una cornice di programmi generali introdotti dalla legge, al fine di realizzare i valori fondamentali di cui all'articolo 3 secondo comma della Costituzione.

In ragione di quanto innanzi, lo sviluppo economico dovrebbe costituire un mezzo per la realizzazione di fini sociali e personali di benessere, con l'inevitabile conseguenza che l'economia dovrebbe essere considerata a servizio della collettività, garantendo la formazione di mercati ove trovano la loro consacrazione sia gli interessi privatistici che quelli pubblicistici.

Ebbene si configura, come sottolineato da T. Martines, uno Stato sociale che, da un lato, riafferma gli istituti tradizionali della proprietà privata e della libertà economica senza assurgerli a parametri assoluti tanto che essi non

acquisiscono il carattere della “sacertà” e “inviolabilità”<sup>5</sup>; dall’altro, ritiene necessario il pubblico intervento nell’economia, per indirizzare l’attività economica verso la realizzazione di un generale benessere comune<sup>6 7</sup>.

D’altra parte, come evidenziato dal Caretti<sup>8</sup>, è la stessa presenza di diritti sociali che impone l’introduzione di limiti alle libertà economiche, laddove possano creare ostacoli alla piena realizzazione delle finalità di riequilibrio di posizioni di fatto disomogenee, sulle quali si fonda tale riconoscimento<sup>9</sup>.

Dunque, la compresenza della libertà di iniziativa economica con la possibilità dei pubblici poteri di intervenire in taluni ambiti, definisce il nostro modello di moderno Stato sociale di diritto, delineando un ordinamento, ove le libertà economiche «risultano inevitabilmente estromesse da quella sfera dell’inviolabilità che contrassegna il massimo livello di tutela dell’autonomia individuale»<sup>10</sup>.

Infatti, è evidente che seppure l’articolo in questione, non sia tale da consentire la definizione di un disegno globale dell’economia da parte dello Stato, è pur sempre stato in grado di legittimare singole disposizioni idonee a influire sul sistema

---

<sup>5</sup> Cfr. G. BIANCO, *Costituzione ed economia*, Torino 1999, p. 8 e ss.

<sup>6</sup> In questo senso V. T. MARTINES, *Diritto costituzionale*, Milano, 2011, 136.

<sup>7</sup> È interessante in questo senso l’analisi storica realizzata da G. BIANCO, il quale evidenzia quanto questa impostazione costituzionale sia lontana dallo spirito dello Statuto albertino, che seppure privo di un’elencazione completa dei diritti, tutelava in modo pieno e assoluto alcune situazioni ritenute inviolabili. In questo senso l’Autore rileva «l’assolutezza di quest’ultimo nello spirito del garantismo liberale imperniato su alcuni diritti fondamentali». G. BIANCO, in *Costituzione ed economia*, op. cit. pag. 96

<sup>8</sup> Cfr. P. CARETTI - U. DE SIERVO, *Diritto Costituzionale e Pubblico*, Torino, 2010.

<sup>9</sup> Cfr. P. CARETTI citato da F. MODUGNO, *Lineamenti di diritto pubblico*, Torino, p. 607.

<sup>10</sup> Cfr. F. MODUGNO, *Lineamenti di diritto pubblico*, op. cit. 608.

economico<sup>11</sup>, al punto da essere stato accusato di aver costituito un debole presidio per lo statuto delle libertà economiche, avendo consentito che il loro esercizio “potesse essere subordinato nell’*an* e nel *quomodo* a qualunque tipo di interesse pubblico assunto dal legislatore ad oggetto di tutela<sup>12</sup>.

Prima di richiamare i vincoli cui la Costituzione sottopone la libertà di impresa, occorre realizzare una disamina sul concetto di iniziativa economica privata.

Come noto, infatti, la Costituzione declinando il principio di iniziativa economica si riferisce a qualsiasi attività non immediatamente destinata al consumo personale del soggetto privato<sup>13</sup>.

Alla stregua di quanto precede, dunque, la libertà economica si configura come una situazione giuridica soggettiva avente a oggetto la scelta di ogni attività imprenditoriale diretta alla produzione di beni e servizi, che miri al perseguimento di qualsivoglia vantaggio economico.

A onore del vero, il dibattito dottrinale sull’oggetto dell’articolo 41 è stato particolarmente complesso; difatti, una parte della dottrina<sup>14</sup> ha ritenuto che questo concetto dovesse essere interpretato estensivamente, ricomprendendovi tutte le attività economiche attraverso le quali si esplica l’agire di ogni

---

<sup>11</sup> Tesi di questo tipo sono state sostenute da quanti hanno fortemente avanzato esigenze di una riforma dell’articolo di cui si tratta, non a caso si ritrovano nella «Relazione Illustrativa al disegno di legge costituzionale recante Modifiche degli articoli 41,97 e 118» (ddl 4144 presentato XVI legislatura e sul quale ci si soffermerà più diffusamente sul terzo paragrafo) riportata da Aperta Contrada, in <http://apertacontrada.it/discussione-intorno-allart-41-Cost/>.

<sup>12</sup> Cfr. T. A.R. Lombardia - Milano, sez. I, 10/10/2013, n. 2271.

<sup>13</sup> Cfr. F. GALGANO, voce *Art. 41 Cost.*, *Commentario della costituzione*, G. BRANCA (a cura di), 1982, 11.

<sup>14</sup> Cfr. M. MAZZIOTTI DI CELSO, *Diritto costituzionale*, Cedam, 2010.



persona, a tal punto da essere identificato «con qualunque attività patrimoniale vantaggiosa»<sup>15</sup>, mentre, un altro orientamento dottrinale (Coli) lo ha ritenuto comprensivo solo dell'attività d'impresa in senso stretto.

Quest'ultima tesi è stata contestata dal Baldassarre, il quale ha sostenuto che abbracciando questa interpretazione si finirebbe per privare di tutela tutti quei comportamenti che pur, *prima facie*, privi delle caratteristiche proprie di un'organizzazione imprenditoriale, sostanzialmente assumono una rilevanza economica analoga all'attività svolta in forma imprenditoriale<sup>16</sup>.

Secondo il Giudice delle Leggi, che ha preferito abbracciare interpretazioni particolarmente estensive, aderendo a un approccio pragmatico ed empirico, l'oggetto dell'art. 41 deve essere identificato con la produzione economica, ancorché essa sia svolta in forma non imprenditoriale.

In ragione di tale esegesi, deve essere ricompresa anche l'attività lavorativa autonoma, che solo eventualmente può assumere le dimensioni di impresa (ad esempio attività produttive nel settore manifatturiero ovvero l'artigianato ma anche piccolo commercio come implicitamente sostenuto nella

---

<sup>15</sup> Cfr. A. BALDASSARRE, Iniziativa economica privata, in *Enc. Giur.*, XXI, 1971, p. 589.

<sup>16</sup> L'illustre autore sostiene che l'impresa costituisca solo uno dei possibili modi attraverso cui si può svolgere l'attività economica ma non di certo l'unico. Perciò il concetto di iniziativa economica privata sarebbe più ampio di quello d'impresa ma anche tale da escludere tutte quelle attività organizzabili in impresa che non rinvergono la loro disciplina e le loro garanzie nell'art. 41 Cost. (l'artigianato, il lavoro autonomo, i conferimenti di fondi nel mercato fondiario). Suddetta tesi è condivisa anche da G. BIANCO, in *Costituzione ed economia, op. cit.*, 72.

sentenza n. 32/1959 della Corte Cost.)<sup>17</sup>.

Pertanto, l'iniziativa economica consiste nella scelta di scendere o meno nell'agone economico e nell'organizzazione del processo di produzione e scambio di beni e servizi, attività attraverso le quali si manifestano la laboriosità e il dinamismo umano.

Peraltro, l'interpretazione tendente ad identificare l'iniziativa economica privata con l'impresa *tout court* ha generato un vivace dibattito dottrinale circa la possibilità di distinguere il concetto dell'iniziativa da quello dello svolgimento dell'attività economica.

A questo proposito, un'iniziale interpretazione ha sostenuto che la norma sembrerebbe distinguere due diversi momenti, considerato che il primo comma riconosce che l'iniziativa economica privata è libera, mentre il terzo comma statuisce che l'attività economica è soggetta ai programmi e controlli che la legge determina, con la conseguenza che l'iniziativa sarebbe altra cosa rispetto all'attività economica, individuerebbe infatti un momento diverso dell'azione economica<sup>18</sup>.

In ragione di quanto innanzi, libera sarebbe solo ed

---

<sup>17</sup> Nella sentenza citata, 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. n. 47/1958); l'artigianato (Corte Cost. n. 176/2004); l'attività professionale (Corte Cost. n. 133/1984).

<sup>18</sup> In sostanza l'iniziativa privata deve essere solo riferita al momento iniziale nel quale i beni vengono destinati al processo produttivo. In questo senso G. BIANCO, *op cit*, 76 che ricostruisce il pensiero di Mazziotti.

esclusivamente l'iniziativa, coincidendo con il momento della scelta del tipo di attività economica da svolgere, mentre il momento del concreto esercizio dell'attività economica potrebbe subire limitazioni notevoli, sia in positivo che in negativo, e sempre per il raggiungimento dei fini sociali enunciati in Costituzione.

È evidente che questa ricostruzione limiti notevolmente l'area di protezione offerta dalla norma costituzionale, determinando un notevole «declassamento dell'iniziativa economica privata»<sup>19</sup>.

Tale ultima ricostruzione è stata elaborata sulla scia della dottrina tedesca, molto attenta a distinguere le fasi *Eroefnung* e *Fortsetzung*, cioè inizio e prosecuzione dell'attività economica; tuttavia è doveroso segnalare come la lettura appena delineata, per quanto persuasiva sul piano ermeneutico, sia stata sovvertita dalla dottrina prevalente dalla medesima Corte Costituzionale<sup>20</sup>.

---

<sup>19</sup> Cfr. E. GIANFRANCESCO, *libertà di impresa e libertà professionale nell'esperienza costituzionale italiana*, in *Giur. Cost.*, 2005, vol. 3, p. 2214.

<sup>20</sup> A. BALDASSARRE, op. cit., p. 592, sostiene che la Costituzione identifichi l'iniziativa economica privata con l'investimento: «quale atto che costituisce il fondamento logico di un processo produttivo qualitativamente determinato». Pertanto il rapporto tra iniziativa e svolgimento può essere traslitterato nel rapporto consequenziale tra investimento e suo esercizio, essi non sono altro che due momenti logici del medesimo processo produttivo. Particolarmente critico rispetto a questa ricostruzione E. GIANFRANCESCO, *Libertà di impresa e libertà professionale nell'esperienza costituzionale italiana*, op. cit. il quale sostiene che sia «estremamente riduttiva ed anacronistica... la limitazione della nozione di iniziativa economica privata al solo conferimento di capitali reali al processo produttivo. Essa, trasportata nel contesto economico contemporaneo, caratterizzato da processi di sempre maggiore smaterializzazione della ricchezza, taglierebbe fuori dalla garanzia (ma anche dai limiti) previsti dalla norma costituzionale ambiti e fenomeni economicamente relevantissimi, tra cui il lavoro autonomo e quello libero-professionale». In merito a tale questione, la Consulta ha sostenuto che nella locuzione di cui al primo comma debba essere ricompresa l'attività

Dunque, la distinzione risulta essere meramente letterale e la garanzia costituzionale deve ritenersi operante per l'attività economica *tout court*, con la conseguenza che l'iniziativa economica si configura come un diritto di libertà generale riconosciuto alla generalità degli individui e che si estrinseca non solo nella libertà di accedere al mercato ma anche di esercitare l'attività imprenditoriale diretta alla produzione di beni e servizi<sup>21</sup>.

Per altro verso, meritano di essere segnalate le letture portate a sostegno della degradazione della libertà economica, che facendo leva sul fondamento laburistico della nostra Carta Costituzionale, tenderebbero ad assoggettare l'attività economica al lavoro subordinato.

Tuttavia, ragionando in tal senso, si creerebbe una sorta di antitesi del tipo: «iniziativa economica = impresa = capitalista = datore di lavoro» contrapposti ai «lavoratori subordinati controparti deboli e meritevoli di una maggiore tutela sociale»<sup>22</sup>, svalutando la libertà d'impresa che si configurerebbe come una mera attività volta al guadagno economico.

Le posizioni contrarie a questo approccio ermeneutico<sup>23</sup> sostengono che esso sia esorbitante dall'art 41 e assolutamente

---

volta alla costituzione dell'azienda ma anche il suo svolgimento identificando sostanzialmente i due concetti (*ex multis* sentenze della Corte Cost. n. 29/1957; 365 e 443 del 1997 relative al rapporto tra regime comunitario della concorrenza e art. 41).

<sup>21</sup> In questo senso G. DI GASPARE, *Costituzionalizzazione simbolica e decostituzionalizzazione di fatto dell'articolo 41 della costituzione*, in *Amministrazione in cammino*, 2011.

<sup>22</sup> Per un approfondimento sulla tematica in esame e sui rilievi critici si veda G. DI GASPARE, *Costituzionalizzazione simbolica e decostituzionalizzazione di fatto dell'articolo 41 della costituzione*, *op cit.*

<sup>23</sup> G. DI GASPARE, *Costituzionalizzazione simbolica e decostituzionalizzazione*, *op cit.*

fuorviante.

Difatti, quest'ultima interpretazione impedisce una piena comprensione della norma in esame, in quanto la libertà economica dovrebbe costituire la modalità più diretta attraverso la quale i cittadini possono sentirsi soggetti socialmente attivi, esercitando il loro diritto /dovere al lavoro su cui la Costituzione si fonda.

All'uopo, preme segnalare che la visione Costituzionale non soltanto esalta la centralità del lavoro in senso etico e antropologico ma anche in senso economico «in quanto decisivo, anzi unico fattore di produzione»<sup>24</sup>.

Pertanto, il lavoro viene ad assumere una portata tale da includere diverse forme: lavoro subordinato, autonomo, imprenditoriale, attraverso le quali «si realizza quella saldatura tra realizzazione individuale e riconoscibilità sociale su cui si gioca la capacità di progresso di una comunità»<sup>25</sup>.

È pur vero, che la norma costituzionale non riconosce la libertà economica come assoluta, poiché la assoggetta ai limiti di cui sopra, ma è altrettanto vero che i predetti limiti appaiono compatibili con l'impianto della Costituzione, in quanto 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.

In definitiva, a valle di tale articolato ragionamento, si può sostenere che «la libertà di impresa nasce limitata in

---

<sup>24</sup> Cfr. M. LUCIANI, *Radici e conseguenze della scelta costituzionale di fondare la Repubblica democratica sul lavoro*, 2010, p. 2023 e ss.: l'autore definisce il lavoro in senso antropologico in quanto «tratto tipico della condizione umana», in senso etico «espressione primaria della partecipazione del singolo al vincolo sociale».

<sup>25</sup> Cfr. R. NANIA, citato da L. D' ANDREA, in *I principi costituzionali in materia economica*, in [www. Consultaonline.it](http://www.Consultaonline.it).

funzione di un principio che trascende l'interesse dell'operatore economico»<sup>26</sup>, con l'inevitabile corollario che l'articolo 41 secondo comma non esprime un diverso modello regolativo dell'economia ma individua i criteri attraverso i quali risolvere i conflitti, che sorgono nel perseguimento del fine economico da parte delle imprese, tra gli interessi individuali e quelli sociali<sup>27</sup>.

Questi criteri sono i concetti dell'utilità sociale, della "la funzione sociale", volutamente ampi dal punto di vista contenutistico, considerato che essi diventano gli strumenti per imporre il costante adeguamento dell'ordinamento giuridico ai mutevoli fatti economico - sociali.

Questa è la *ratio* sottesa al disposto di cui al secondo comma dell'articolo 41, il quale non intende dunque ridurre il quadro entro il quale la libertà economica può esplicarsi, ma vuole solo sottolineare la priorità di valori da salvaguardare rispetto alle modalità attraverso le quali l'attività economica si può svolgere<sup>28</sup>.

Tali limitazioni sono introdotte per tutelare specifici interessi pubblici e non per la prevalenza di una diversa forma di organizzazione dell'economia, in nome della quale sacrificare la libertà privata; in tale delineata prospettiva, anche l'ultimo comma dell'articolo 41, che ammette "programmi e controlli", legittima interventi pubblici nelle attività lucrative per poter garantire quell'equa e socialmente

---

<sup>26</sup> Cfr. N. LIPARI, in *Persona e mercato, 20 Anni di Antitrust, l'evoluzione dell'Autorità Garante della concorrenza e del mercato*, Giappichelli Editore, Torino, p. 46.

<sup>27</sup> In questo senso F. TRIMARCHI BANFI, in *Le lezioni di diritto pubblico dell'economia*, Giappichelli Editore, 2012, p. 28.

<sup>28</sup> In questo senso F. TRIMARCHI BANFI, in *Lezioni di Diritto Pubblico dell'Economia, op. cit.*, p. 29.

utile distribuzione delle risorse, che non sempre il libero mercato è in grado di attuare automaticamente.

In sostanza, l'indirizzo e il coordinamento non possono mai sopprimere l'iniziativa individuale, consentendo una pianificazione e programmazione integrale delle attività lucrative. Pertanto, la struttura del sistema si fonda sulla capacità di tutti i soggetti privati e pubblici di adottare soluzioni adeguate in relazione alle diverse situazioni che si vengono a determinare sul terreno economico e sociale, in modo da attuare «quel continuo e vicendevole bilanciamento tra principi e diritti fondamentali, senza pretese di assolutezza per nessuno di essi»<sup>29</sup>.

## **2. Il principio di concorrenza e il suo fondamento costituzionale**

A differenza del diritto europeo<sup>30</sup> che tutela e garantisce espressamente il regime di concorrenza come «stato oggettivo di esso»<sup>31</sup>, la Costituzione Italiana, pur riconoscendo diverse tipologie di organizzazioni economiche (quali l'impresa

---

<sup>29</sup> Cfr. L. D'ANDREA, in *www.consultaonline.it*. La Corte Costituzionale, nella sent. n. 264/2012, ha sostenuto che sia necessario un continuo bilanciamento tra i valori costituzionali e che il loro «il punto di equilibrio, proprio perché dinamico e non prefissato in anticipo, deve essere valutato dal legislatore nella statuizione delle norme, e dal giudice in sede di controllo, secondo criteri di proporzionalità e ragionevolezza, tali da non consentire un sacrificio del loro nucleo essenziale».

<sup>30</sup> L'art. 3, terzo paragrafo, del TUE prevede espressamente che «L'Unione instaura un mercato interno. Si adopera per lo sviluppo sostenibile dell'Europa, basato su una crescita equilibrata e sulla stabilità dei prezzi, su un'economia sociale di mercato fortemente competitiva...». Il TFUE enuncia l'impegno degli Stati membri e dell'Unione «all'adozione di una politica economica...condotta conformemente al principio di economia di mercato aperta e in libera concorrenza» (cfr. art. 119 paragrafo 1), impegno ribadito anche dal successivo articolo 120.

<sup>31</sup> Cfr. A. CERRI, *Istituzioni di diritto pubblico*, 3° edizione, Milano, 2009, p. 500.

privata, le cooperative) ed ammettendo la presenza di diverse modalità di produzione, rende complesso il rapporto tra libertà d'iniziativa economica e concorrenza.

È opportuno sottolineare come il principio di concorrenza aspiri, nell'ottica comunitaria, alla creazione di un mercato ideale ove la concorrenza si configura come strumento per accrescere il benessere collettivo, consentendo così un'efficiente allocazione delle risorse.

In tale delineata prospettiva, l'ordine della concorrenza non sarebbe affatto uno dei possibili strumenti per la realizzazione della prosperità collettiva ma si identificherebbe proprio con questa<sup>32</sup>. Ed è proprio per tale motivo che prima di procedere all'analisi giuridica circa il fondamento costituzionale del principio di concorrenza, occorre fare alcune importanti riflessioni.

Dalla teoria economica classica e neoclassica, infatti, si ricava che la realizzazione delle condizioni di concorrenza accresce l'efficienza produttiva, promuovendo la «minimizzazione dell'inefficienza nell'allocazione delle risorse causata dal potere di monopolio» ovvero la «minimizzazione dei danni ai consumatori derivanti da questo stesso potere»<sup>33</sup>.

Ciò in quanto nel sistema di libero mercato, almeno in via teorica, si suppone che più imprenditori, in concorrenza tra loro, tenderanno a sforzarsi per il costante miglioramento della qualità dei prodotti e a ridurre i prezzi verso quelli di costo,

---

<sup>32</sup> In questo senso F. TRIMARCHI BANFI, *Il principio di concorrenza: proprietà e fondamento*, in *Dir. Amm-1-2* /2013.

<sup>33</sup> Cfr. BENTIVOGLIO- TRENTO, citato da G. BIANCO, *Costituzione ed economia*, op.cit.



mettendo così in atto strategie volte a soddisfare le esigenze e le preferenze dei consumatori.

In tale sistema economico, saranno così esclusi gli agenti economici inefficienti e marginali, mentre sarà favorita l'affermazione degli operatori efficienti e meritevoli. Gli imprenditori presenti nel mercato tenderanno altresì ad una sempre più razionale utilizzazione delle risorse, ad una differenziazione dei prodotti rendendo così possibile un ampliamento delle possibilità di scelta per i consumatori, riducendo la concentrazione delle imprese e favorendo la libertà di accesso al mercato<sup>34</sup>.

Gli effetti non saranno solo quelli di promuovere la prosperità generale, ma anche di predisporre un'adeguata tutela dei consumatori, evitando abusi imprenditoriali ai danni della categoria sociale più debole<sup>35</sup>. Tuttavia, è inevitabile, che questo modello sia più virtuale e ideale che reale, in virtù delle sue caratteristiche strutturali: atomicità delle imprese e dei consumatori privi individualmente del potere di mercato, omogeneità dei beni scambiati sul mercato, informazione completa, completa libertà di ingresso e uscita dal mercato.

È, pertanto, evidente che «trasposta sul terreno giuridico l'economia di mercato non pretende che siano realizzate tutte

---

<sup>34</sup> In questo senso C.G. CAFORIO, *Appunti sulla libertà di concorrenza: con particolare attenzione alla posizione del consumatore in caso di violazione della legge 287/90*, in [www.iuspublicum.it](http://www.iuspublicum.it).

<sup>35</sup> Tale rischio, secondo taluni autori tra i quali C.G. CAFORIO, sarebbe insito nella teorizzazione della Scuola di Chicago, alla quale peraltro si deve la nozione di "efficienza allocativa" associata al modello concorrenziale. In quanto la visione di questa scuola economica appare marcatamente individualistica e fortemente identificata nel meccanismo di mercato concorrenziale, non permettendo di considerare a sufficienza gli effetti sociali che le interazioni tra individui generano, effetti valorizzati dalla Scuola di Yale e dai contributi di Calabresi.

le condizioni del modello teorico di concorrenza»<sup>36</sup>.

In questo senso si possono interpretare le discipline europee e nazionali che intendono perseguire gli abusi realizzati attraverso quei comportamenti e quelle attività di imprese (accordi, intese, concentrazioni) che siano in grado di produrre effetti distorsivi della concorrenza ma non ne contestano *ab origine* l'esistenza<sup>37 38</sup>.

In merito al fondamento costituzionale del principio di concorrenza, è il caso di segnalare come la dottrina, nell'interpretazione dei principi di cui all'articolo 41 della

---

<sup>36</sup> Cfr. F. TRIMARCHI BANFI, *Il principio di concorrenza: proprietà e fondamento*, op. cit., pag 16.

<sup>37</sup> In questo senso F. TRIMARCHI BANFI, *Il principio di concorrenza: proprietà e fondamento*, op. cit., p. 16. È da notare che il rispetto di questi limiti è affidato ad un'autorità amministrativa indipendente: l'Autorità garante della concorrenza e del mercato, composta da tre componenti, di cui uno è il Presidente. Originariamente il numero dei componenti era di cinque, ma alla fine del 2011 è stato ridotto a tre (art. 23, comma 1, lettera d, del decreto-legge 6 dicembre 2011, convertito con modificazioni dalla legge 22 dicembre 2011, n. 214). Il presidente e i componenti sono nominati di intesa dai presidenti delle Camere. Questa Autorità è dotata di poteri di monitoraggio delle condizioni di mercato, di poteri di indagine e sanzionatori, nonché di poteri consultivi e d'informazione nei confronti del Parlamento. Per approfondimenti sul tema si veda, *20 anni di AntiTrust, l'evoluzione dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato*, di Bedogni e Barucci, Torino 2010.

<sup>38</sup> Le intese distorsive della concorrenza sono vietate in molti Paesi e in ambito europeo sin dal Trattato istitutivo della Comunità economica europea. L'articolo 101 (*ex* articolo 81 del TCE) prevede l'incompatibilità con il mercato interno, che siano vietati e nulli di diritto «tutti gli accordi tra imprese, tutte le decisioni di associazioni di imprese e tutte le pratiche concordate che possano pregiudicare il commercio fra gli Stati membri e che abbiano per oggetto o per effetto di impedire, restringere o falsare il gioco della concorrenza all'interno del mercato interno ed in particolare consistenti nel: a) fissare direttamente o indirettamente i prezzi d'acquisto o di vendita ovvero altre condizioni di transazione; b) limitare o controllare la produzione, gli sbocchi, lo sviluppo tecnico o gli investimenti; c) ripartire i mercati o le fonti di approvvigionamento; d) applicare nei rapporti commerciali con gli altri contraenti, condizioni dissimili per prestazioni equivalenti, così da determinare per questi ultimi uno svantaggio nella concorrenza; e) subordinare la conclusione di contratti all'accettazione da parte degli altri contraenti di prestazioni supplementari che, per loro natura o secondo gli usi commerciali, non abbiano alcun nesso con l'oggetto dei contratti stessi».

Costituzione, abbia posto particolare attenzione sulla legittimità dei vincoli e degli interventi che lo Stato può realizzare nei confronti delle imprese, ma non si sia adeguatamente occupata dell'individuazione di una norma costituzionale che legittimasse e tutelasse le regole indispensabili per un corretto ed efficiente funzionamento del mercato<sup>39</sup>. Ne è derivato un quadro di indubbia incertezza.

Sia la dottrina privatistica che quella pubblicistica hanno cercato di individuare il fondamento costituzionale di tale principio senza giungere ad un'uniformità di vedute, giacché secondo taluni il principio sarebbe ricollegabile all'articolo 41 commi 2 e 3 Cost., mentre secondo tal'altri all'articolo 117 o in via residuale all'articolo 41 comma 1 Cost.

Al riguardo, può risultare utile effettuare una distinzione<sup>40</sup> tra libertà di concorrenza e concorrenza effettiva, considerato che la prima si configura come una situazione giuridica soggettiva attribuita a persone ed imprese, ed è considerata un'integrazione della libertà di iniziativa economica.

Quest'ultima, infatti, diversamente dalla concorrenza *strictu sensu*, è da intendersi come diritto che il singolo può esercitare nei modi più diversi. In tale ottica, la fonte giuridica della libertà di concorrenza è da rintracciare nello stesso riconoscimento costituzionale della libertà di iniziativa economica privata, in quanto «l'una è l'aspetto dell'altra»<sup>41</sup>.

---

<sup>39</sup> G. AMATO, *Il mercato nella costituzione*, in *Quaderni Cost.*, 1992, 12 -13.

<sup>40</sup> La distinzione in esame è proposta da M. LIBERTINI, in *la tutela della concorrenza nella Costituzione italiana*, in *Giur. Cost.* vol II, 2005, 1428 e ss.

<sup>41</sup> Cfr. F. GALGANO, *Diritto privato, L'imprenditore e il mercato*, Padova, 2006.

In altri termini, la libertà economica verso gli altri operatori economici (libertà orizzontale) diviene tutela implicita al pluralismo nel mercato.

La seconda, id est concorrenza effettiva, è considerata come modalità di funzionamento di mercato e quindi un complesso di norme che conformano il mercato e il rapporto tra Stato e mercato, ossia la relazione tra attività economica privata e pubblica. Sull'esistenza e individuazione di un suo fondamento costituzionale si dibatte.

Secondo taluni<sup>42</sup>, si dovrebbe dubitare che dalla libertà di iniziativa economica, di cui al primo comma dell'articolo 41, possa derivare un principio imperativo di tutela della concorrenza e che si possa ritenere che dalla prima discenda l'esigenza di una legislazione antimonopolistica. In questa prospettiva, la libertà di concorrenza (insita nella libertà economica) è intesa come un libero esercizio dell'attività lucrativa che potrebbe portare anche a situazioni di monopolio o oligopolio.

Pertanto, la concorrenza effettiva costituirebbe un limite artificialmente posto dall'alto e non necessariamente lo sviluppo naturale della libertà economica, con la conseguenza che dal primo comma non si potrebbe ricavare il fondamento del principio di tutela della concorrenza, in quanto «si presenterebbe come una intrinseca delimitazione alla esplicazione ed espansione della libertà di iniziativa economica»<sup>43</sup>.

---

<sup>42</sup> Per una ricostruzione sistematica di tale tesi: C. PICCIOLI, *Contributo all'individuazione del fondamento costituzionale della normativa tutela della concorrenza (c.d. legge antitrust)*, in *Riv. Trim. dir.publ.*, 1996, fasc. I pag. 29-70.

<sup>43</sup> Cfr. G. OPPO, *L'iniziativa economica*, *Riv.dir.civ.*, 1988, 328, 329.

Secondo questa impostazione non sarebbe possibile individuare il fondamento del limite della concorrenza all'interno della stessa norma che esprime il principio di libertà, ritenendo più opportuno richiamare altre norme costituzionali che siano idonee ad esprimere eventuali limitazioni all'esplicarsi della libertà economica del singolo.

La fonte del principio concorrenziale dovrebbe ritrovarsi nel secondo comma dell'art. 41 Cost. e tale interpretazione sarebbe suffragata dalle statuizioni dell'Autorità garante<sup>44</sup> e della Corte Costituzionale<sup>45</sup>, le quali hanno ricondotto la normativa per la tutela della concorrenza al valore 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 nell'utilità sociale. In quest'ultimo concetto, secondo la dottrina, non sono da ricondurre solo i valori della salute, della dignità umana e dell'ambiente ma, anche l'interesse per il confronto competitivo e per l'attività economica, affinché essa non si ponga in contrasto con le regole del mercato e con le norme sulla tutela della concorrenza.

Per questa via, tali norme divengono sia un limite alla libertà economica del singolo rispetto a comportamenti tali da non consentire il progresso materiale della società e il

---

<sup>44</sup> La dottrina richiama la prima «Relazione annuale al Presidente del Consiglio dei Ministri», in *Riv.dir.ind.* 1991, 372 nella quale la tutela del confronto competitivo e dunque gli strumenti volti a reprimere i comportamenti abusivi avrebbero una loro ratio nell'esigenza di rispettare i valori propri dell'utilità sociale.

<sup>45</sup> In particolare la Dottrina richiama le sent. Corte Cost. nn.241/1990 e 439/1991 di seguito analizzate.

benessere economico, sia un parametro di riferimento coincidente con il principio di utilità sociale, nell'alveo del quale deve essere adottata ogni legge che pretenda di incidere sulla libertà di cui al primo comma<sup>46</sup>.

Nella pronuncia n. 439/1991 della Corte Cost., il Giudice delle Leggi ha sostenuto che nella nozione di utilità sociale rientrano «la permanenza delle imprese in un libero mercato ed il sistema economico vigente», quindi (vi rientra) la forma di mercato che attualmente sembra la più idonea a garantire la prosperità e il benessere collettivo: la concorrenza imperfetta. L'utilità sociale diviene, secondo questo orientamento, principio costitutivo della concorrenza fino a quando essa sia idonea a garantire una migliore redditività economica<sup>47</sup>.

Non mancano poi altri autori<sup>48</sup>, che dopo aver elaborato la nozione della “concorrenza effettiva” come bene giuridico, hanno ricondotto il suo fondamento nel combinato disposto degli artt. 41 e 117 Cost, che definisce il riparto delle competenze legislative tra Stato e Regioni, inquadrando la tutela della concorrenza nell'ambito della legislazione statale esclusiva (art.117 comma 2 lettera e).

Orbene, tale dottrina non ritiene che questa norma costituzionale sia soltanto una norma attributiva della

---

<sup>46</sup> In questo senso C. PICCIOLI, *Contributo all'individuazione del fondamento costituzionale della normativa tutela della concorrenza (c.d. legge antitrust)*, op. cit.

<sup>47</sup> Per L. BUFFONI, in *Tutela della concorrenza dopo la riforma del titolo V: il fondamento Costituzionale e il riparto delle competenze legislative*, in *Le istituzioni del federalismo*, 2003, fasc.II, 354 e ss., l'utilità sociale è configurabile come fondamento del principio di concorrenza nella misura in cui consente una ponderazione tra lo sviluppo economico e gli obiettivi sociali di cui all'art. 3, secondo comma Cost.

<sup>48</sup> *Ex multis* M. LIBERTINI, *La tutela della concorrenza nella Costituzione italiana*, in *Giur Cost*, volume II, 2005, 1429 e ss.

competenza, e nemmeno che sia neutrale rispetto al fondamento del principio di concorrenza, perché «in una prospettiva pubblicistica, l'attribuzione di un potere implica anche in linea di principio, la doverosità del relativo esercizio».

Da qui, il dovere dello Stato di tutelare la concorrenza e la conseguente illegittimità delle leggi regionali o dei regolamenti comunali che «regolano il funzionamento dei mercati locali con norme volte a creare artificiali barriere all'entrata di nuovi operatori [...] o il ricorso a determinate modalità offerte [...] con possibili distorsioni del processo competitivo»<sup>49</sup>.

Questa ricostruzione, non convince altra parte della dottrina<sup>50</sup> che, al contrario, sostiene che la disposizione in esame «nulla dice, circa la doverosità di norme dirette a realizzare la concorrenza, non ci dice, cioè se esiste un principio costituzionale di tutela della concorrenza che debba essere attuato dallo Stato con adeguate disposizioni e che debba essere osservato ogniqualvolta vengano assunte decisioni aventi effetti per il sistema produttivo»<sup>51</sup>.

La tesi in commento, individua nell'art.41 comma 1 Cost., il fondamento di quelle norme introdotte per tutelare la libertà di intrapresa (ad esempio la legge antitrust), ma ritiene che non sia possibile «desumere da essa il dovere dello Stato

---

<sup>49</sup> Cfr. M. LIBERTINI, *La tutela della concorrenza nella Costituzione italiana*, op.cit., 1436.

<sup>50</sup> In particolare F. TRIMARCHI BANFI, *Il principio di concorrenza: proprietà e fondamento*, op.cit., e L. BUFFONI, *Tutela della concorrenza dopo la riforma del titolo V: il fondamento Costituzionale e il riparto delle competenze legislative*, op.cit.

<sup>51</sup> Cfr. F. TRIMARCHI BANFI, *Il principio di concorrenza: proprietà e fondamento*, op.cit., 27.

di intervenire sulla forma dei mercati, per assicurarne la corrispondenza ai canoni dell'economia di mercato», considerato che «l'economia di mercato assume forme diverse nelle quali la competizione tra le imprese presenta diverse intensità e la norma costituzionale le ammette tutte, [...] anche se molto lontane da quella della concorrenza pura»<sup>52</sup>.

La suesposta esegesi risulta essere particolarmente interessante considerato che desume dall'articolo in commento, un sistema economico nel quale l'attività economica e pubblica possono coesistere. Ciò sembrerebbe confermato proprio dall'art. 43 Cost., che ammette in alcuni casi il venir meno di questa coesistenza, e fissa i limiti entro i quali l'attività pubblica possa essere svolta in regime di riserva<sup>53</sup>.

Da ultimo, è necessario ricordare che altra parte della dottrina ha sostenuto che l'art.41 rientrerebbe tra le «norme di compromesso antifibologiche». Questa norma sarebbe un compromesso che può essere oggetto di varie interpretazioni a seconda del regime politico; le predette argomentazioni sono state successivamente confutate poiché l'art. 41 non sarebbe tanto una norma antifibologica, quanto norma dalla struttura complessa, idonea a disciplinare sia l'attività economica pubblica e privata, sia «strutturalmente coerente perché fa riferimento ad un tipo di economia regolata mista [...]»<sup>54</sup>, in

---

<sup>52</sup> Cfr. F. TRIMARCHI BANFI, *Il principio di concorrenza: proprietà e fondamento*, op.cit., 29.

<sup>53</sup> Questa interpretazione risulta pienamente coerente con la concezione europea in base alla quale operatori pubblici e privati possono svolgere servizi di interessi generale, purché posti su un piano di parità concorrenziale. Il diritto europeo non opera alcuna preferenza tra proprietà pubblica o privata di impresa. Per ulteriori approfondimenti cfr. M. CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, Bologna, 2015.

<sup>54</sup> Cfr. G. BIANCO, *Costituzione ed economia*, op cit, 63.



quanto caratterizzata dalla coesistenza di agenti economici pubblici e privati.

In definitiva, giova segnalare come buona parte degli orientamenti dottrinali, qui sinteticamente riportati, risultano essere coerenti con le pronunce del Giudice delle Leggi.

Secondo «la libertà di concorrenza tra imprese integra la libertà di iniziativa economica» ed è volta a promuovere e a garantire il collettivo benessere, in quanto se sussistono molteplici imprenditori operanti in un regime concorrenziale a giovare sarà la qualità dei prodotti e la riduzione dei prezzi<sup>55</sup>.

In un'ulteriore sentenza della Corte Costituzionale, n. 241/1990<sup>56</sup>, la Consulta individua la *ratio* della normativa anticoncentrazione nella clausola dell'utilità sociale. Riconosce, infatti, che la libertà di concorrenza sia strumentale alla corretta informazione e che debba essere considerata un

---

<sup>55</sup> La sentenza della Corte ha rigettato la questione di legittimità costituzionale sollevata nei confronti dell'art. 2596 c.c., relativo alle condizioni in base alle quali sono validi accordi limitativi della concorrenza stipulati tra imprenditori, la ricorrente ha lamentato la violazione dell'art. 41 nella parte in cui la norma consentirebbe la libertà economica non già per il conseguimento dell'utilità sociale bensì per interessi individuali. La Consulta ha ritenuto che la libertà di concorrenza possa ragionevolmente includere accordi di autolimitazione, purché rispettosi degli interessi individuali e collettivi; la *ratio* della norma è quella di evitare una sproporzionata riduzione della libertà individuale nello svolgimento di attività imprenditoriali.

<sup>56</sup> Il Tribunale di Roma ha dubitato della legittimità costituzionale dell'art 180 della legge n 633/1941 (protezione del diritto di autore di altri studi connessi al suo esercizio). La norma avrebbe attribuito alla Società Italiana Autori ed Editori (S.I.A.E.) una posizione dominante sul mercato, derivante dalla esclusiva gestione dei diritti di utilizzazione economica delle opere tutelate da questa legge. Tuttavia, non avrebbe previsto degli adeguati strumenti di tutela contro l'abuso di tale posizione. Pertanto, sarebbe configurabile la violazione dell'articolo 3 e 41 comma 3 Cost. La questione è stata dichiarata infondata in quanto applicabile al caso di specie l'art. 2597 c.c: la sostanziale insostituibilità dell'attività di intermediazione comporta che tale ente agisca in condizioni di sostanziale monopolio. Si tratta di un'esclusiva legale derivante dall'articolo impugnato che impone l'obbligo di contrattare con il divieto di discriminazioni.

«valore basilare della libertà di iniziativa economica» funzionale alla tutela dei consumatori, da considerare parte essenziale dell'utilità sociale (considerando n. 4).

In tale pronuncia, di poco antecedente l'entrata in vigore della L. n. 287/1990, la Consulta auspica l'introduzione di una normativa anticoncentrazione per l'intera economia, non fosse altro per l'esigenza di attuare quel «programma di eliminazione delle disuguaglianze di fatto additato dall'articolo 3 comma 2 Cost.».

Da ciò discende l'esigenza di evitare degenerazioni della libertà economica, proprio al fine di tutelare i contraenti più deboli, attraverso una normativa che s'inserisce a pieno titolo nell'alveo dell'utilità sociale. Questa impostazione viene confermata da ulteriori pronunce, fra cui la n. 236/1996: ancora una volta, il mercato concorrenziale viene considerato propedeutico per l'interesse dei consumatori e si configura come il risultato della correlazione tra il principio di eguaglianza e quello congiunto della libertà di iniziativa economica<sup>57</sup>.

Tra le ulteriori pronunce, che confermano la tendenza della Consulta a favorire la liberalizzazione dell'economia, valorizzando il pluralismo tra i concorrenti, può essere menzionata la sent. n. 443/1997, dove la Corte dichiara l'illegittimità costituzionale della disciplina che non consentiva alle imprese, con stabilimento in Italia, di produrre e commercializzare paste alimentari di grano tenero; a differenza del diritto europeo che consentiva, ai produttori stranieri, di vendere prodotti realizzati anche con tali materie

---

<sup>57</sup> In questo senso G. BIANCO, *Costituzione ed economia*, op. cit.

prime, in virtù del principio della libera circolazione delle merci e del mercato unico.

L'illegittimità non trova fondamento solo nella "discriminazione a rovescio", ma anche nel vulnus al principio di concorrenza, dal quale deriva un vero e proprio svantaggio competitivo per le imprese nazionali. Infatti, il principio di uguaglianza deve essere letto come principio di pari concorrenza, in quanto la non discriminazione tra imprese, operanti nello stesso settore, impone allo Stato di adeguare la propria disciplina ai principi stabiliti dai Trattati comunitari.

In termini generali, si può dire, che la giurisprudenza costituzionale abbia, al di là di singoli casi sporadici<sup>58</sup>, e soprattutto negli ultimi anni, analizzato il profilo costituzionale del principio di concorrenza, riconosciutane la sua importanza ed affermato l'esigenza di un bilanciamento tra i valori del mercato e i bisogni sociali. La tendenza si è sviluppata, a partire dagli anni '80 del secolo scorso, soprattutto in virtù della spinta comunitaria volta a promuovere l'apertura di numerosi mercati alla liberalizzazione.

Infatti, il processo di integrazione europea ha ormai pienamente riconosciuto la libertà di concorrenza come un principio cardine dell'ordinamento e la liberalizzazione come branca fondamentale della materia della concorrenza<sup>59</sup>, al punto da rendere quasi superflua un'ulteriore indagine sul

---

<sup>58</sup> Basti ricordare la sent. 384/1999, in *Giur. Cost.*, 1999, p. 2958 con nota di A. PACE, *La corte disconosce il valore costituzionale della libertà di concorrenza?*, in *Giur. Cost.*, 1999, pag. 2965 e ss.

<sup>59</sup> Per questa tematica si rinvia all'ultimo paragrafo del presente Capitolo.

fondamento costituzionale di tale principio.<sup>60</sup>

### **3. Articolo 41 comma 1 e comma 2 della Costituzione: libertà del mercato e limiti cui è sottoposto lo svolgimento dell'attività economica**

Alla luce di quanto esposto risulta evidente che la libertà di iniziativa economica privata si compone di quattro libertà: libertà di accesso al mercato, libertà di scegliere come organizzare l'attività lucrativa (il *quomodo*), libertà di cessare l'attività, libertà di concorrenza, senza tralasciare che «essendo la libertà di impresa un valore ed uno strumento di crescita economica essa deve coesistere con altre libertà: libertà dei lavoratori, consumatori, imprese»<sup>61</sup>.

La condicio sine qua non per l'attuazione di un sistema di mercato concorrenziale risiede, certamente, nella libertà di accedere al mercato, giacché in mancanza di quest'ultima non sarebbe possibile la costituzione di un confronto competitivo tra un numero indefinito di imprenditori. Tuttavia, non vi è dubbio che il libero mercato sia implicito nel riconoscimento «della libertà di iniziativa economica privata: libertà che si svolge nel mercato e per il mercato con lo scambio di diritti di proprietà»<sup>62</sup>.

È evidente, infatti, che la norma di cui al primo comma dell'articolo 41 sia di carattere generale, atteso che riconosce indistintamente a tutti gli individui il diritto di intraprendere

---

<sup>60</sup> In questo senso L. BUFFONI, *La tutela della concorrenza dopo la riforma del titolo V: il fondamento costituzionale e il riparto delle competenze legislative*, op cit., pag. 345 e ss.

<sup>61</sup> Cfr. V. BUONOCORE, *Impresa (dir. priv.)*, in *Enc. Dir.*, annuali I, 2007.

<sup>62</sup> G. DI GASPARE, *Diritto dell'economia e dinamiche istituzionali*, Padova, 2015, p. 87.

qualsiasi attività produttiva di beni e servizi con il riconoscimento del diritto di accedere al mercato<sup>63</sup>.

D'altra parte, la libertà di iniziativa economica, avendo una portata *erga omnes*, si configura come fonte di libertà verso lo Stato, ma anche verso i cittadini, consentendo dunque quel generalizzato accesso al mercato tale da generare il confronto competitivo, l'efficienza e la prosperità collettiva<sup>64</sup>.

Ed è conclamato che nella libertà di accedere al mercato sia insita nella libertà di intraprendere l'attività economica, che fonda le proprie radici sul principio di liberalizzazione<sup>65</sup>.

Tuttavia, nell'ottica del Costituente tale libertà non è illimitata e né assoluta, in quanto incontra precisi e stringenti limiti che trovano il loro fondamento nel secondo e terzo comma dell'articolo stesso<sup>66</sup>.

Il secondo comma statuisce che tale libertà non possa essere esercitata «in contrasto con l'utilità sociale o in modo da recare danno alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana». Ebbene, nella seconda parte del 2 comma, è evidente il richiamo a quei parametri invalicabili che rendono illegali tutte le iniziative economiche assunte in contrasto con esse.

---

<sup>63</sup> In questo senso G. DI GASPARE, *Costituzionalizzazione simbolica e deconstituzionalizzazione di fatto dell'articolo 41 della costituzione*, op.cit. p. 11.

<sup>64</sup> Come è stato rilevato da 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>65</sup> In questo senso F. TRIMARCHI BANFI, *Lezioni di diritto pubblico dell'economia*, Torino 2012, p. 82.

<sup>66</sup> Ulteriori limiti derivano proprio dal processo di integrazione Europeo che impone la tutela della libertà dell'iniziativa economica solo se esercitata in forma di leale concorrenza art. 101 TFUE.

Tuttavia, si può affermare che, sia la giurisprudenza costituzionale che la dottrina italiana, siano sempre state molto attente a definire e determinare la clausola dell'utilità sociale, a tal punto da rivelare una sorta di disattenzione nell'individuazione di questi suddetti limiti<sup>67</sup>.

Ciononostante, è possibile notare che il concetto di sicurezza viene inteso dalla dottrina come limite volto a tutelare i beni necessari per la protezione della collettività e, in conformità a questa interpretazione, il Giudice delle Leggi non ha esitato ad affermare che il concetto di sicurezza si identifichi 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>68</sup>.

Pertanto, in tale ottica, è stata ripetutamente invocata la c.d. sicurezza in tutte quelle fattispecie in cui il cittadino è in grado di svolgere la propria attività senza minacce alla propria personalità fisica e morale<sup>69</sup>. Dalla declinazione di tali principi, si ricava la portata del principio di libertà, oggi interpretato in chiave estremamente estensiva, atteso che si configura come quel bene di cui possono e devono poter godere tutti gli individui, come quel complesso di situazioni giuridiche soggettive basilari per l'essere umano e che

---

<sup>67</sup> Per questo tema G. BIANCO, op.cit.: l'Autore sostiene che spesso la Consulta ha impiegato come parametro di giudizio l'utilità sociale, quando sarebbe stato più consono fare riferimento ad altri limiti.

<sup>68</sup> Cfr. Corte Cost., sentenza n. 2/1956, punto di diritto n. 5.

<sup>69</sup> Nella sentenza in esame la Corte ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 157 commi 1,2,3 del T.U. delle leggi di pubblica sicurezza (R.D. n. 773/1931) nella parte relativa al rimpatrio obbligatorio e al rimpatrio per traduzione di persone sospette. La Corte richiama l'articolo 16 Cost., in particolare sull'espressione «motivi di sanità e di sicurezza».

riguardano tutte le principali esternazioni della sua personalità<sup>70</sup>.

Infine, in relazione al limite della dignità umana, è stato osservato<sup>71</sup> che la stessa deve essere correlata al concetto di dignità sociale di cui all'articolo 3 comma 1 Cost., con la conseguenza che la pari dignità postula la parità di condizioni all'interno di rapporti che implicano l'esercizio delle libertà civili, dei rapporti sociali, economici, politici.

È evidente che i limiti sopra richiamati siano espressione di quei valori prioritari che, pur non limitando l'ambito di esplicazione delle libertà economiche, impongono la protezione di valori costituzionali ben definiti nel rispetto dei quali l'attività economica deve svolgersi<sup>72</sup>.

---

<sup>70</sup> A. BALDASSARRE, *Iniziativa economica privata*, op. cit., 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>71</sup> G. BIANCO, op. cit., 122. Interessante anche la posizione di A. BALDASSARRE, op. cit., il quale definisce la dignità umana come: «quel complesso di valori umani, che costituisce l'essenza di ogni persona nel suo statico esserci» (Nipperdey).

<sup>72</sup> Bisogna notare che, anche le più recenti normative statali volte a promuovere le liberalizzazioni, che saranno esaminate nei successivi paragrafi, impongono il rispetto di questi beni costituzionali primari. A titolo esemplificativo si consideri l'art.1 del d.l.n.1/2012, conv. in l. n. 27/2012 a norma del quale «[...] in attuazione del principio di libertà di iniziativa economica sancito dall'articolo 41 della Costituzione e del principio di concorrenza sancito dal Trattato dell'Unione europea, sono abrogate ...a) le norme che prevedono limiti numerici, autorizzazioni, licenze, nulla osta o preventivi atti di assenso dell'amministrazione comunque denominati per l'avvio di un'attività economica non giustificati da un interesse generale, costituzionalmente rilevante e compatibile con l'ordinamento comunitario nel rispetto del principio di proporzionalità (omissis) 2. Le disposizioni recanti divieti, restrizioni, oneri o condizioni all'accesso ed all'esercizio delle attività economiche sono in ogni caso interpretate ed applicate in senso tassativo, restrittivo e ragionevolmente proporzionato alle perseguite finalità di interesse pubblico generale, alla stregua dei principi costituzionali per i quali l'iniziativa economica privata

Per la tutela di suddette libertà, il legislatore potrà prevedere delle forme di regolazione preventiva dell'iniziativa economica, tali da introdurre limiti soggettivi (richiesta di particolari requisiti soggettivi e professionali) ed oggettivi (norme per la tutela dei lavoratori, specificazioni tecniche per la sicurezza e le caratteristiche dei prodotti e dei processi produttivi)<sup>73</sup>, attraverso i quali è possibile soddisfare l'esigenza di bilanciamento tra diversi valori.

D'altronde, come è stato correttamente affermato<sup>74</sup>, la *ratio* della norma in commento deve essere valutata tenendo conto sia del periodo storico nella quale essa fu introdotta, valorizzandone pertanto la sua straordinaria attualità.

In relazione al primo aspetto, si può osservare quanto nel periodo post-fascista fosse avvertito il bisogno di riaffermare quelle libertà personali violentemente represses. Tale norma può altresì essere considerata attuale giacché non è mai superfluo affermare i valori della libertà, sicurezza e dignità; valori che, illegittimamente e surrettiziamente, possono essere comunque compressi anche nelle Repubbliche democratiche contemporanee.

Si tratta, per altro, di concetti in continua evoluzione e che si conformano alla realtà sociale: basti pensare,

---

è libera secondo condizioni di piena concorrenza e pari opportunità tra tutti i soggetti, presenti e futuri, ed ammette solo i limiti, i programmi e i controlli necessari ad evitare possibili danni alla salute, all'ambiente, al paesaggio, al patrimonio artistico e culturale, alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana e possibili contrasti con l'utilità sociale, con l'ordine pubblico, con il sistema tributario e con gli obblighi comunitari ed internazionali della Repubblica».

<sup>73</sup> In questo senso G. DI GASPARÈ, *Diritto dell'economia e dinamiche istituzionali*, op.cit., 88.

<sup>74</sup> Cfr. V. BUONOCORE, in *Enc. Dir., impresa (dir.priv.)*, annuali I, 2007.



oggiogiorno, come la nozione di sicurezza si ponga con forza relativamente ai problemi creati dall'inquinamento ambientale e quanto sia fondamentale proteggere, da illegittime pratiche imprenditoriali, la salute dei cittadini garantendo la esplicazione delle loro attività in un ambiente salubre a garanzia dei principi sanciti dall'art. 32 della Costituzione.

### **3.1. Il Concetto di “utilità sociale” e l’interesse alla tutela del mercato**

Delineato il contesto normativo di riferimento, occorre ribadire come l'articolo 41 preveda espressamente che l'iniziativa economica «non può svolgersi in contrasto con l'utilità sociale».

Poiché la Costituzione non fornisce alcuna definizione di questa nozione, essa si configura particolarmente complessa; in ragione di quanto innanzi, è doveroso segnalare come sulla determinazione e delimitazione di tale nozione, si siano a lungo protratte le disquisizioni dottrinali e numerose pronunce giurisprudenziali<sup>75</sup>.

Risulta utile rammentare, prima di procedere all'analisi del concetto di “utilità sociale”, che sia la Corte costituzionale sia la prevalente dottrina ritengono, unanimemente, che sia necessario estendere la riserva di legge, prevista espressamente dal terzo comma dell'articolo 41, al disposto normativo di cui all'art. 41 comma 2, così da configurare una riserva (relativa) di legge “implicita” in tema di regolazione

---

<sup>75</sup> Come è stato osservato da L. DELLI PRISCOLI, *Il limite della utilità sociale nelle liberalizzazioni*, in *Giur. Comm.*, 2014, II, numericamente minori sono le pronunce della Corte di cassazione sul tema, tuttavia sul tema è possibile richiamare segnalare Corte di Cassazione, n. 12131/2011 e Cass. Sez. Un., 20 Giugno 2012, n. 10130.

dell'economia.

All'uopo, è doveroso rievocare la sentenza Corte Cost. n. 4 del 1962, nella quale il Giudice delle Leggi riconosce che l'apposizione di limiti alla libertà economica è legittima, purché sia subordinata a una duplice condizione: «sotto l'aspetto sostanziale che (suddetti limiti) corrispondano all'utilità sociale, sotto quello formale, che ne sia effettuata la disciplina ad opera della legge».

In tale menzionata pronuncia, la Consulta aggiunge che tale riserva di legge implicita debba desumersi dai principi generali dell'ordinamento democratico, in quanto ogni limite imposto ai cittadini deve trovare la sua base giuridica in un atto del Parlamento; pertanto, appare doveroso valutare preventivamente se esista il consenso dell'organo che trae dai consociati la propria investitura, l'unico, in grado di inserire armonicamente uno o più limiti nel quadro complessivo degli interventi statali nell'economia.

Ciò detto, è importante considerare «che tale riserva di legge non esige che l'intera disciplina dei rapporti venga regolata con atto normativo del Parlamento, dovendosi ritenere sufficiente la determinazione dei criteri e delle direttive idonee a contenere, in un ambito ben delineato»<sup>76</sup>.

Peraltro, le medesime valutazioni sono state effettuate dalla Corte nella successiva pronuncia n. 40/1964, nella quale *expressis verbis*, la Corte chiarisce che la regola della riserva di legge rappresenta una costante nel campo delle libertà private in materia economica<sup>77</sup>.

---

<sup>76</sup> Cfr. considerando n. 2 della sentenza Corte Cost. n. 4/1962.

<sup>77</sup> Fra le sentenze che confermano questa impostazione, è possibile richiamare la n. 27/1979, n. 21/1980, n. 548/1990 e n. 388/1992.

È evidente, dunque, la presenza nell'articolo 41 di due riserve di legge relative, l'una implicita nel secondo comma, l'altra esplicita nel terzo comma; alla stregua di quanto precede, le decisioni sul quando e sul *quomodo* dell'intervento nella sfera della libertà iniziativa economica, per realizzare gli scopi insiti nell'utilità sociale, non possono essere prese direttamente dal potere esecutivo e giudiziario senza trovare fondamento in un apposito atto legislativo<sup>78</sup>.

Tale atto legislativo, per legittimare un intervento sulla libera impresa, dovrà perseguire chiaramente l'obiettivo di tutelare l'utilità sociale, diversamente sarà suscettibile di una dichiarazione di illegittimità costituzionale per violazione dell'articolo 41 primo comma.

Ma cosa deve intendersi per "utilità sociale"? Sin dalle sue prime pronunce il Giudice delle Leggi ha fornito un'interpretazione estensiva di questa nozione spesso intesa alla stregua di un "concetto-valvola"<sup>79</sup>.

A tal proposito, emblematica è la sentenza n. 21/1964, ove la Corte, nel rigettare la questione relativa alla norma che prevede un divieto di panificazione notturna, afferma che la

---

<sup>78</sup> In questo senso G. BIANCO, *op.cit.*, 115 e 112: secondo l'Autore è opportuno completare il discorso sostenendo che: «a) l'uso giurisdizionale dell'utilità sociale, nell'alveo della riserva di legge implicita, resta comunque un'applicazione "diretta" prevalentemente sussidiaria ed ermeneutica al fine di chiarire o arricchire il significato di norme di leggi vigenti, le quali devono essere applicate dal giudice ordinario o da quello costituzionale b) L'uso amministrativo non prescinde da una qualsiasi interpositio legislativa e non costituisce un criterio fondamentale per l'esercizio dell'attività P.A.» L'utilità sociale sarebbe così il criterio ermeneutico per guidare l'esercizio del potere discrezionale della P.A.

<sup>79</sup> Per "concetti-valvola" si intendono quei meccanismi attraverso i quali si introducono dei poteri idonei a conformare l'ordinamento al continuo evolversi della società. In questo senso A. BALDASSARRE, in voce *l'iniziativa economica privata*, in *Enc. Dir.*, XXI tomo, Milano, 1971, p. 603.

legge del 1908 «si propone di assicurare una tutela sanitaria alla persone addette alla panificazione e di apprestare una tutela igienica per un prodotto di largo consumo, il pane... 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...».

Dall'esame delle pronunce giurisprudenziali si evince inequivocabilmente che la Corte non intende fornire una generale definizione, ma predilige soluzioni empiriche concernenti le specifiche fattispecie; difatti, il contenuto di tale nozione non è aprioristicamente dato, giacché è necessario caso per caso indicare ciò che può venir incluso nel predetto limite.

L'utilità sociale coincide ora con gli interessi della salute<sup>80</sup>, ora con il benessere sociale<sup>81</sup>, ora con la protezione

---

<sup>80</sup> Ad esempio la sentenza della Corte Cost. n. 127/1990, in relazione alla questione di legittimità costituzionale dell'art. 674 del codice penale e dell'art. 2, n. 7, del d.p.r. 24 maggio 1988 n. 203 per la presunta violazione dell'articolo 32 e 41 della Costituzione, ove la Corte ha affermato che «Ciò comporta che, in definitiva, essendo... il decreto, esecutivo di quella Direttiva (d.p.r. 24 maggio 1988, n. 203 in Attuazione delle direttive C.E.E. numeri 80/779, 82/884, 84/360, 85/203)...espressamente finalizzato "alla protezione della salute e dell'ambiente su tutto il territorio nazionale", il limite massimo di emissione inquinante, tenuto conto dei criteri sopra accennati, non potrà mai superare quello ultimo assoluto e indefettibile rappresentato dalla tollerabilità per la tutela della salute umana e dell'ambiente in cui l'uomo vive: tutela affidata al principio fondamentale di cui all'art. 32 della Costituzione, cui lo stesso art. 41, secondo comma, si richiama».

<sup>81</sup> Cfr. Corte Cost., sentenza n. 53/1986; nel dichiarare non fondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 505 cod. pen., in riferimento agli articoli 3 e 41 Cost. La Corte afferma: «...né 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)»; cfr. anche sentenze n. 500/1993 e n. 27/2003.

dell'integrità fisica dei lavoratori<sup>82</sup>, dell'ambiente<sup>83</sup> ora con il progresso economico e materiale della società<sup>84</sup>.

L'utilità sociale è un concetto che racchiude tutti i valori fondamentali, tutti gli interessi non facenti capo solo ad un individuo o ad un gruppo sociale portatore di interessi particolari<sup>85</sup>, bensì ad una collettività più o meno ampia di

---

<sup>82</sup> *Ex multis* Corte Cost. n. 399/1996 nella quale la Corte sostiene: «È stato pure ripetutamente affermato che la tutela della salute riguarda la generale e comune pretesa dell'individuo a condizioni di vita, di ambiente e di lavoro che non pongano a rischio questo suo bene essenziale. E tale tutela implica non solo situazioni attive di pretesa, ma comprende - oltre che misure di prevenzione - anche il dovere di non ledere né porre a rischio con il proprio comportamento la salute altrui. Pertanto, ove si profili una incompatibilità tra il diritto alla tutela della salute, costituzionalmente protetto, ed i liberi comportamenti che non hanno una diretta copertura costituzionale, deve ovviamente darsi prevalenza al primo. Una questione analoga a quella presente è stata già sottoposta a scrutinio di costituzionalità ....Ed invero, non sono solo le norme costituzionali (artt. 32 e 41 Cost.) ad imporre ai datori di lavoro la massima attenzione per la protezione della salute e dell'integrità fisica dei lavoratori; numerose altre disposizioni, tra cui la disciplina contenuta nel decreto legislativo n. 626 del 1994, assumono in proposito una valenza decisiva».

<sup>83</sup> Per citare due recenti "*leading cases*", si vedano le sentenze Corte Cost. n. 247/2010 e n. 162/2009.

<sup>84</sup> A questo proposito si può richiamare la sentenza della Corte Cost. n. 439/1991, nella quale la Consulta ricomprende nel concetto di utilità sociale le regole poste a tutela del mercato e della concorrenza, dirette a proteggere i concorrenti più deboli. Infatti, nel dichiarare non fondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 1 della legge 20 maggio 1975, n. 164, n. 1, lettera b (Provvedimenti per la garanzia del salario), in riferimento agli artt. 3, secondo comma, 36, primo comma, 38, secondo comma, della Costituzione all'art. 41 Cost., primo e secondo comma, all'art. 97, primo comma, della Costituzione, la Corte ha affermato: «Non è violato l'art. 41 Cost., primo e secondo comma, anche in relazione all'art. 3 della Costituzione, perché l'accesso alla integrazione salariale è consentito a tutti gli imprenditori, ... «in condizione di perfetta parità, nei settori in cui essi operano, senza alcuna differenziazione. L'integrazione mira a salvaguardare le condizioni della loro efficienza, della loro potenzialità e competitività; in genere, a garantire i valori aziendali, la permanenza delle imprese in un mercato libero, il mantenimento delle regole della libera concorrenza che in esso vigono, nonché il sistema economico produttivo vigente. E siccome le imprese, come detto innanzi, accedono ai provvedimenti di cui trattasi in condizione di assoluta parità e per effetto di provvedimenti imparziali ed obiettivi, risulta rispettato anche il precetto di cui all'art. 97 della Costituzione».

<sup>85</sup> In verità, non è mancato chi in dottrina ha sostenuto che l'utilità sociale potesse identificarsi anche con l'interesse del singolo: in questo

persone portatrice di interessi sociali<sup>86</sup>.

Pertanto, è un concetto volutamente ampio e si configura come lo strumento per la protezione di tutti quei valori che, sono pur sempre destinati a prevalere, o quanto meno ad essere bilanciati con le attività economiche private<sup>87</sup>.

Appare quindi ragionevole sostenere che non vi sono settori ove non può trovare applicazione il limite dell'utilità sociale, anche se tale concetto può essere utilizzato solo per legittimare gli interventi regolamentari, strettamente necessari per la tutela dei diritti fondamentali<sup>88</sup>.

A tal proposito, la Consulta nella nota sent. n. 200/2012, sostiene che la qualità della regolazione senz'altro condiziona la redditività economica, perché influenza l'agire degli

---

sensu V. BACHELET, *Criteri programmatici e fini sociali nelle leggi che limitano l'iniziativa privata*, in *Giur. Cost.*, 1962, p. 648. Tesi che sembrerebbe smentita dalla sentenza di quegli stessi anni del Giudice delle Leggi 10/06/1969 n. 97 nella quale si considerano interessi sociali quelli che: «anno capo mediatamente o immediatamente alla collettività nazionale, e non esclusivamente a singole categorie di operatori economici».

<sup>86</sup> Cfr. A. BALDASSARRE, in *voce iniziativa economica privata, enc.dir.* XXI, Milano, Giuffrè, 1971, p. 603, il quale definisce questo concetto come poliedrico, costituito «ora da i 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». Cfr. G. BIANCO, in *op. cit.*, che pur riferendosi alla generalità dei limiti introdotti per l'esercizio della libertà di iniziativa economica sostiene: «La locazione costituzionale non può che essere attribuita a tutti i consociati e non a soggetti particolari o a specifici gruppi».

<sup>87</sup> In questo senso G. BIANCO, *op.cit.* 109, il quale richiama il concetto di «nucleo minimo» utilizzato dal Luciani per indicare i contenuti essenziali della locuzione: fini sociali, adeguata tutela degli interessi della collettività e in particolare delle categorie sotto protette. A. BALDASSARRE, *op.cit.* sostiene, invece che questo sia un concetto generico ma determinabile, la determinazione dovrebbe provenire innanzi tutto dagli organi costituzionali, dai privati e dai giudici di merito.

<sup>88</sup> A tal proposito, cfr. L. DELLI PRISCOLI, *Il limite della utilità sociale nelle liberalizzazioni*, in *Giur. Comm.*, 2014, II, p. 352 e ss.

operatori, con la conseguenza che si deve prevenire il proliferarsi di atti regolatori particolarmente intrusivi, considerato che l'eccesso regolatorio «genera inutili ostacoli alle dinamiche economiche, a detrimento degli interessi degli operatori economici, dei consumatori e degli stessi lavoratori e, dunque, reca danno alla stessa utilità sociale».

In ragione di quanto innanzi, la Corte Cost. ribadisce veemente la tutela dei superiori beni costituzionali, evidenziando al contempo, la necessità di ridurre tutti gli interventi regolatori sovrabbondanti e non sono strettamente funzionali alla tutela della concorrenza, nelle ipotesi in cui risultano essere incongrui e fondati su arbitrarie nozioni di utilità sociale<sup>89</sup>.

Peraltro, sul punto si segnala un recente orientamento della Corte Costituzionale, la quale intende promuovere l'esigenza di un bilanciamento tra il piano dei diritti fondamentali e quello del mercato, piani che devono essere necessariamente considerati interdipendenti e la cui concreta applicazione va ponderata secondo i canoni tipici della clausola di ragionevolezza<sup>90</sup>.

---

<sup>89</sup> Cfr. Sent. della Corte Cost. n. 152/2010, dove la Corte nel dichiarare l'infondatezza della questione di legittimità costituzionale dell'art. 6 del decreto-legge 3 agosto 2007, n. 117 (Disposizioni urgenti modificative del codice della strada per incrementare i livelli di sicurezza nella circolazione), in riferimento agli articoli 3 e 41 della Costituzione, fa rientrare nel concetto di utilità sociale la sicurezza stradale a tal proposito: «...rispondendo la disposizione stessa a esigenze di sicurezza delle strade (e quindi alla sicurezza degli utenti: art. 41, secondo comma, della Costituzione), rilevante, nella specie, è la necessità di «protezione di valori primari attinenti alla persona», il cui rispetto «è il limite insuperabile di ogni attività economica». In questo senso anche le sentenze n. 247/2010 e n. 167/2009.

<sup>90</sup> In questo senso cfr. N. LIPARI, *Persona e Mercato*, in *20 anni di Antitrust, l'evoluzione dell'Autorità garante della Concorrenza e del Mercato*, Tomo I, Torino, p. 43, dove l'Autore afferma la necessità di configurare una nuova dialettica tra persone e mercato; G. OLIVIERI, in

In particolare, è stata avvertita l'esigenza di ponderare i bisogni propri del mercato con la tutela dei diritti della persona, avendo pur sempre la consapevolezza dell'esistenza di uno "zoccolo duro" di diritti irrinunciabili e non suscettibili di essere compromessi<sup>91</sup>.

Infine, in merito a tale tematica, data l'incidenza che il diritto europeo ha sulle fonti interne, non si può ignorare la tendenza a inquadrare sotto nuove forme la valutazione della persona, i cui connotati non sono più da interpretare in una prospettiva meramente economica<sup>92</sup>.

In tal modo, si supera il paradigma fortemente imposto dalla Comunità europea, almeno ai suoi albori, la quale aspirava a creare una "*cultura moderna improntata al mercato che non avrebbe persone da coltivare, ma solo clienti da sedurre*"<sup>93</sup>; modello che la nostra Carta costituzionale, in

---

*Iniziativa economica e mercato nel pensiero di G. OPPO*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2012, p. 509, che nel ricostruire il pensiero di Giorgio Oppo evidenzia come l'Illustre Autore abbia manifestato l'esigenza di un bilanciamento tra la molteplicità di valori che di volta possono emergere e contrapporsi. La ponderazione dovrebbe trovare il suo fondamento proprio nella nozione di utilità sociale. Ad esempio G. OPPO sosteneva che sarebbe stato assolutamente negativo ammettere l'applicabilità della normativa antitrust alle professioni intellettuali perché in tal caso non si tratta di tutelare esigenze meramente riconducibili agli interessi lucrativi, diversamente opinando si rischierebbe di pregiudicare il credito e il prestigio delle professioni.

<sup>91</sup> Basti pensare al valore della "dignità umana", menzionata nella nostra Costituzione, nell'art.1 della Dichiarazione dei diritti dell'uomo, nell'art.1 Carta fondamentale dei diritti dell'Unione Europea, nell'art. 6 Trattato di Lisbona, nell'art.1 della Legge Fondamentale tedesca e nelle altre Carte costituzionali dei Paesi europei. N. LIPARI, citando Mathieu, definisce come quel criterio che non può essere sottoposto al bilanciamento ma che semmai governa il bilanciamento dei beni giuridici protetti, in *Persona e Mercato in 20 anni di Antitrust, l'evoluzione dell'Autorità garante della Concorrenza e del Mercato*, op cit.

<sup>92</sup> Tutto ciò è riassunto nella formula della "*economia sociale di mercato altamente competitiva*" che connota il modello economico introdotto dal Trattato di Lisbona.

<sup>93</sup> Cfr. BAUMANN, *Capitalismo parassitario*, citato da N. LIPARI, in *Persona e mercato in 20 anni di Antitrust, l'evoluzione dell'Autorità*



verità, non aveva mai prospettato configurando una integrazione necessaria tra il principio personalistico e i valori del mercato (si pensi all'art. 2, comma 3, 41, 43, 44 della nostra Carta Costituzionale).

A testimonianza di tale menzionato orientamento, è sufficiente rievocare le statuizioni della Corte Cost. contenute nelle sentenze n. 85/2013, riguardante il caso Ilva<sup>94</sup>, ovvero nella precedente sentenza 270/2010 relativa al caso "Alitalia", ove la Corte salva dalla dichiarazione di illegittimità le norme che hanno consentito l'operazione di concentrazione, relativa all'acquisizione di alcuni rami delle società Alitalia S.p.A. e Air One S.p.A, entrambe sottoposte ad amministrazione straordinaria.

Eppure tali norme sembravano introdurre una disciplina lesiva della concorrenza e della parità di trattamento tra imprese concorrenti; tuttavia la Corte, dopo aver ribadito, che la libertà di concorrenza costituisce la manifestazione della libertà di iniziativa economica, afferma che essa non può essere oggetto di "protezione assoluta" ma che debba essere bilanciata con l'utilità sociale e che, nel caso di specie, il

---

*garante della Concorrenza e del Mercato*, op cit.

<sup>94</sup> Nel rigettare la questione di legittimità costituzionale sollevata rispetto agli art. 1 e 3 della legge n 231/2012: la Corte afferma: «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. La qualificazione come "primari" dei valori dell'ambiente e della salute significa pertanto che gli stessi non possono essere sacrificati ad altri interessi, ancorché costituzionalmente tutelati, non già che gli stessi siano posti alla sommità di un ordine gerarchico assoluto. 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» (considerando n. 9).

legislatore aveva effettivamente adottato l'unico strumento tale da poter consentire una tutela effettiva «dei livelli occupazionali e delle esigenze strategiche dell'economia nazionale» e quindi la tutela del diritto al lavoro<sup>95</sup>.

Nell'ambito dell'ampio dibattito che ha interessato la dottrina<sup>96</sup> in relazione a tale nozione, appare meritevole di essere richiamata la già citata tesi in virtù della quale, il principio e la tutela della concorrenza vengono ricondotti nel limite dell'utilità sociale.

L'iter logico di queste argomentazioni permetterebbe di affermare che la libertà di concorrenza ha una sua «connaturata utilità sociale che è insita nel suo svolgersi in concorrenza»<sup>97</sup>.

In ragione di quanto innanzi, è possibile sostenere che la concorrenza nel nostro ordinamento, non solo deve essere tutelata, ma alimentata perché socialmente utile e in grado di consentire l'efficiente allocazione delle risorse e della prosperità collettiva; quest'ultima deve essere recessiva rispetto all'utilità sociale solo nell'ipotesi in cui si configura un conflitto ove si manifestano i c.d. fallimenti del mercato<sup>98</sup>.

---

<sup>95</sup> Considerando in diritto n. 9; per un più esteso esame si veda L. DELLI PRISCOLI, in *limiti dell'utilità sociale*, op cit.

<sup>96</sup> 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.*, 1960, I, 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*, op. cit., p. 60 e ss.

<sup>97</sup> Cfr. G. DI GASPARE, *Costituzionalizzazione simbolica e deconstituzionalizzazione di fatto dell'articolo 41 della costituzione*, op cit., p. 13.

<sup>98</sup> Per fallimenti del mercato s'intendono tutte quelle situazioni nelle quali il mercato non risulta essere, in maniera automatica e autosufficiente, in grado di tutelare gli interessi della collettività. In tali casi si configura la necessità di un intervento pubblico. Basti pensare alle situazioni di monopolio naturale caratterizzati da infrastrutture non duplicabili (ad esempio le reti di trasporto ferroviario); oppure alle esternalità negative.

Solo in tali menzionate ipotesi è possibile intervenire con misure anche radicali come, ad esempio, l'esclusione dell'iniziativa privata in quel settore economico (art 43 Cost.).

È ora possibile passare all'analisi del terzo comma dell'art.41, il quale prevede che «La legge determina i programmi e i controlli opportuni perché l'attività economica pubblica e privata possa essere indirizzata e coordinata a fini sociali».

Dopo aver affermato l'importanza e il ruolo che svolge il libero mercato, considerato un efficiente strumento per migliorare la redditività economica, il Costituente ammette che l'attività economica, pubblica e privata, possa essere indirizzata e coordinata mediante opportuni programmi e controlli, ribadendo come tuttavia non possa mai essere vietata.

Difatti, tale programmazione economica sarà legittima purché non si traduca in un mero esclusivo sostegno alle imprese nazionali o in una limitazione delle quattro libertà economiche, sulle quali si basa l'ordinamento europeo. Da ciò si ricava, che chiunque abbia intenzione di avviare un'attività economica, dopo aver adempiuto agli obblighi previsti dal *neminem ledere* (ad esempio requisiti fissati per evitare danni alla collettività), è libero di svolgere l'attività economica privata. Essa potrà solo essere coordinata e indirizzata dal legislatore, l'impresa, pubblica o privata, potrà essere orientata ad operare in un dato settore, ovvero in un dato territorio svantaggiato, in virtù di agevolazioni fiscali e finanziamenti

---

Per un maggiore approfondimento si veda M. CLARICH, *manuale di diritto amministrativo*, Bologna ,2015.

che lo Stato ha posto per il conseguimento dei fini sociali, ma non potrà mai essere condizionata da interventi legislativi finalizzati a sopprimere l'iniziativa individuale.

Un ultimo profilo merita di essere considerato. Secondo la ricostruzione in esame<sup>99</sup>, infatti, considerato che l'ordinamento conferisce una copertura costituzionale solo all'iniziativa economica privata, quella pubblica non disporrebbe di alcun tipo di garanzia; pertanto, non vi sarebbero limiti alla privatizzazione di imprese pubbliche, se realizzate nel mercato concorrenziale anche se, quando le due attività coesistono, è comunque necessario evitare aiuti specifici ad imprese pubbliche, tali da alterare il confronto competitivo.

L'esame fino a qui condotto permette di giungere ad una serie di riflessioni.

L'articolo 41 con i suoi tre commi riconosce la libertà di accedere al mercato a tutti i cittadini, nel pieno rispetto di quei requisiti che la legge pone per evitare danni alla generalità degli individui; il legislatore è chiamato a favorire l'apertura dei mercati e permettere la c.d concorrenza "nel mercato" e "per il mercato"<sup>100</sup>; gli interventi di programmazione

---

<sup>99</sup> Cfr. G. DI GASPARE, *Diritto dell'economia e dinamiche istituzionali*, Padova, 2015, p. 91 e ss.

<sup>100</sup> Le direttive di liberalizzazione prima, la giurisprudenza europea e nazionale poi, hanno distinto tra "concorrenza nel mercato" e "per il mercato". Con la prima, si fa riferimento a quelle attività che possono essere svolte da una pluralità di soggetti in concorrenza tra loro. La concorrenza in tali casi, può essere promossa introducendo provvedimenti autorizzatori non discrezionali volti a verificare il possesso dei requisiti necessari a garantire la qualità dei servizi. La concorrenza per il mercato si configura quando per ragioni inerenti al mercato stesso, il servizio non si presta ad essere svolto in concorrenza. Basti pensare alla gestione delle infrastrutture per il trasporto ferroviario o le reti di distribuzione dell'energia elettrica e il gas che non si prestano ad essere duplicate. In questi casi sarà necessaria la creazione a monte di un artificiale mercato

economica, infine, non possono porre discriminazioni lesive della concorrenza ma devono limitarsi a coordinare e orientare l'attività economica privata e pubblica.

In tale contesto, gli interventi statali non si possono tradurre in una pianificazione integrale, tale da trasferire la responsabilità della produzione offerta dall'operatore economico privato allo Stato. Tutto ciò si ricava da un'interpretazione logico-giuridica del testo dell'articolo costituzionale, interpretato alla luce dei principi comunitari e delle massime cui è giunta la Corte Costituzionale.

*A fortiori* potremmo definire la nostra Costituzione pionieristica, poiché ancor prima dell'ordinamento comunitario, ha predisposto una disciplina in grado di tutelare la libertà di impresa e l'economia di mercato, con il solo limite dei valori di rango costituzionale. In questo senso si può scorgere una continuità d'ispirazione tra il modello economico disegnato dai trattati comunitari e quello elaborato dal testo costituzionale.

Da ciò discende, secondo Libertini «la superficialità dell'effimero dibattito» sulla riforma dell'articolo 41<sup>101</sup>.

Non ci si può esimere dal rilevare come sul punto sia stato avviato anche l'esame di un disegno di legge costituzionale del Governo presso la Commissione Affari Costituzionali (XVI legislatura, a.c. n. 4144), finalizzato a valorizzare i principi sociali e liberali a fondamento della Carta

---

concorrenziale, limitato alla fase di scelta del gestore che dovrà, alle condizioni stabilite, svolgere il servizio.

<sup>101</sup> Cfr. M. LIBERTINI, *I fini sociali come limite eccezionale alla tutela della concorrenza: il caso del Decreto Alitalia*, in *Giur. Cost.*, 2010, fasc. IV, p. 3296, posizione ulteriormente sostenuta in *dossier di Aperta Contrada, Un nuovo testo per l'articolo 41? op cit.*, 2011, 27.

Costituzionale, e a semplificare le procedure amministrative per l'avvio di nuove attività economiche<sup>102</sup>.

In termini generali, si può dire che se le disposizioni dell'articolo 41 sono state ignorate e non rispettate, a tal punto da indurre il TAR Lombardia<sup>103</sup> ad affermare che l'articolo abbia costituito un debole presidio per le libertà economiche, la colpa non può certo essere addebitata al testo del disposto Costituzionale sin qui analizzato.

In ragione di quanto innanzi, infatti, non servirebbe scomodare il normativismo Kelseniano per sostenere che la norma costituzionale sia la fonte dell'ordinamento giuridico, una sorta di tronco dal quale fioriranno a poco a poco gli ordinamenti, considerato che l'applicazione delle norme costituzionali, per opera del legislatore ordinario, è di per sé fonte del diritto<sup>104</sup>. E questa creazione del diritto può, talvolta surrettiziamente, influenzare le norme costituzionali a tal punto da farle apparire inadeguate.

Come è stato sostenuto da acuta dottrina, per riavvicinare la realtà dell'economia al testo costituzionale e per «sciogliere l'iniziativa economica dai lacci e laccioli, non

---

<sup>102</sup> Tra le voci dissenzienti, senza alcuna pretesa di esaustività, si possono citare: G. SANTONI con una riflessione intitolata *Non cambiate la Costituzione*, in *Dossier di Aperta Contrada*, op cit, 09/2011: secondo l'Autore, la modifica non sarebbe solo superflua, dal momento che l'attuale formulazione contiene tutti gli elementi per garantire le adeguate protezioni, ma addirittura dannosa; le modifiche introdotte, infatti, lungi dal rafforzare il principio di libertà, lo avrebbero degradato a situazione disponibile da parte del legislatore. Nello stesso senso Mario Libertini in *Un nuovo testo per l'articolo 41?*, in *Dossier di Aperta Contrada*, op.cit e G. DI GASPARE, in *Costituzionalizzazione simbolica e decostituzionalizzazione di fatto dell'articolo 41 della costituzione*, op.cit.

<sup>103</sup> Ci si riferisce alla già citata sentenza, T.A.R. Lombardia, n. 612/2014.

<sup>104</sup> In questo senso L. AMOROSO, *L'influenza dei valori costituzionali sui sistemi giuridici contemporanei*, tomo II, p. 1041.

dobbiamo fare altro che applicare l'articolo 41»<sup>105</sup> e cominciare a, sfruttando le occasioni offerte dal recepimento delle direttive comunitarie, «semplificare veramente la burocrazia»<sup>106</sup>.

#### **4. Il ruolo della giurisprudenziale costituzionale in materia di concorrenza**

Dopo aver analizzato il fondamento costituzionale del principio di concorrenza e i precetti dell'articolo 41 Cost., occorre analizzare, se pur sinteticamente, i principi che disciplinano il riparto delle competenze legislative fra Stato e Regioni e il ruolo della giurisprudenza costituzionale, considerato che i dettami costituzionali e il principio di concorrenza sono strettamente connessi in virtù della necessità logico-concettuale di ricondurre la libertà economica, logica premessa della concorrenza e delle liberalizzazioni nell'alveo delle disposizioni di rango costituzionale.

Come è stato precedentemente illustrato, a seguito della riforma del titolo V della Costituzione realizzata con la legge costituzionale 3/2001, il nuovo art.117 ha ricondotto, nella competenza legislativa esclusiva dello Stato (art. 117 comma 2 lettera e) Cost.), la “tutela della concorrenza” insieme ad altre materie a contenuto prettamente economico: moneta, tutela del risparmio e mercati finanziari, sistema contabile dello Stato, perequazione delle risorse finanziarie.

Giova altresì segnalare come fra le materie di

---

<sup>105</sup> Cfr. G. DI GASPARE, *Costituzionalizzazione simbolica e decostituzionalizzazione di fatto dell'articolo 41 della costituzione*, op.cit., p. 20.

<sup>106</sup> Cfr. C. PINELLI, *Riferimenti sull'art.41*, in *Aperta Contrada*, op.cit., p. 27.

competenza dello Stato, sia stata anche annoverata la determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali (art. 117, comma 2 lettera m) Cost.).

Delineando tale impianto, il legislatore costituzionale ha attribuito al livello centrale di governo l'obiettivo di definire i nuovi sistemi economici, improntati a un maggiore confronto competitivo e a una maggiore efficienza, pur sempre nel rispetto dei principi del Welfare State<sup>107</sup>.

La *ratio* sottesa alla base di tale scelta, realizzata all'interno dell'ordinamento decentrato, è riconducibile alla primaria esigenza di garantire omogeneità e coesione alla fluidità degli scambi economici nel territorio nazionale; difatti, in un sistema decentrato caratterizzato dalla presenza di una pluralità di centri decisionali, la sussistenza di una normativa territoriale difforme per i vari mercati e settori economici determinerebbe un grave vulnus per l'economia nazionale e per l'effettiva garanzia delle quattro libertà fondamentali sulle quali si basa l'ordinamento europeo<sup>108</sup>.

All'uopo, giova altresì evidenziare come la "tutela della concorrenza" sia una materia finalistica, una non-materia la cui caratteristica principale è data proprio dalla trasversalità e dalla capacità di incidere su svariati settori legislativi (più che di materie si tratta di funzioni esercitabili su diversi oggetti che definiscono il loro ambito d'intervento mediante il proprio

---

<sup>107</sup> Cfr. L. BUFFONE, *La tutela della concorrenza dopo la riforma del titolo V: il fondamento costituzionale ed il riparto di competenze legislative*, op.cit., p. 369.

<sup>108</sup> Sin dalla sentenza della Corte Cost. n. 14/2004, la Consulta ha affermato che la tutela della concorrenza richiede l'uniformità delle condizioni di esercizio, non avendo rilievo la dimensione dell'attività esercitata.



concreto esercizio).

L'adozione di provvedimenti legislativi finalizzati all'effettiva "tutela della concorrenza" impone l'attuazione di atti statali teleologicamente orientati sia al mantenimento della concorrenza nei mercati già liberalizzati (ad esempio commercio e industria), sia interventi volti alla realizzazione della "concorrenza per il mercato" nei settori nei quali il confronto competitivo non può essere realizzato (ad esempio per la gestione delle grandi reti per la distribuzione dell'energia e le infrastrutture ferroviarie)<sup>109</sup>.

Le finalità sottese all'adozione di queste misure da parte del legislatore centrale, giustificano interventi anche in ambiti di competenza regionale, rendendo i confini del riparto legislativo flessibili e fluttuanti<sup>110</sup>.

Tuttavia, in ragione di quanto innanzi, tale intervento legislativo statale deve essere rispettoso del principio di proporzionalità, ragionevolezza e congruità<sup>111</sup> e al fine di verificare il pedissequo rispetto dei suddetti principi, in sede di sindacato si dovrà verificare sia la sussistenza di un dimostrabile collegamento tra l'intervento statale e la finalità in concreto perseguite, sia la proporzionalità dell'incidenza statale rispetto ad ambiti legislativi eventualmente riservati

---

<sup>109</sup> La distinzione è stata operata già nella sentenza della Corte Cost. n. 4/2004 e nella citata sentenza n. 14/2004, nelle quali il Giudice delle Leggi configura tale materia non in senso statico, bensì dinamico, riconoscendo che il ruolo del legislatore statale sia di promuovere e difendere l'economia di mercato.

<sup>110</sup> Cfr. *infra* Cap. II, par. 2.

<sup>111</sup> A titolo esemplificativo, rientrano tra gli interventi statali considerati legittimi quelli che stimolano gli investimenti; cfr. sent. Corte Cost. n. 14/2005, considerando 5.1 e gli interventi che promuovono il marchio *made in Italy*; cfr. Corte Cost. sent. n. 175/2005 e n. 336/2005.

alle Regioni<sup>112</sup>.

Pertanto, in tale delineato contesto saranno illegittimi interventi regionali idonei a introdurre ostacoli alla concorrenza e al processo di liberalizzazione dei vari settori, mentre andrà adeguatamente valutata la legittimità di interventi regionali che tutelino più intensamente la concorrenza.

A tale proposito, La Corte sembrerebbe procedere *case by case*, dal momento che nella nota sentenza della Corte Cost. n. 307/2009 è stata affermata la legittimità di norme di tal genere, salvo poi riconoscere che questa affermazione non possa essere sempre vera, per esempio per quanto riguarda gli standard ambientali, che devono essere omogenei su tutto il territorio nazionale<sup>113</sup>.

In merito agli interventi giurisprudenziali di maggior rilievo, preme segnalare come numerosi provvedimenti siano stati adottati con riferimento al settore degli appalti pubblici (c.d. *public procurements*), sulla legittimità dei quali si è altresì pronunciata la Corte Cost. con la nota sentenza n. 401/2007.

Pronunciandosi, sulla questione di legittimità

---

<sup>112</sup> Per ulteriori approfondimenti sul tema, cfr. F. TRIMARCHI BANFI, *Il principio di concorrenza: proprietà e fondamento*, op cit. 45 e ss. Per i rilievi critici, cfr. M. LIBERTINI, in *La tutela della concorrenza nella Costituzione italiana una rassegna critica della giurisprudenza italiana dell'ultimo decennio*, in *Mercato concorrenza e regole*, n.3, 2014, p. 503 e ss.; del stesso autore M. LIBERTINI, *La tutela della concorrenza*, in *Giur. Cost.*, vol.2, 2005, p. 1428 e ss.

<sup>113</sup> Per un maggiore approfondimento sul tema si rinvia a B. CARAVITA, *Tutela della concorrenza e regioni nel nuovo assetto istituzionale dopo la riforma del titolo V della Costituzione*, in P. BARUCCI P. – C. RABITTI BEDOGNI (a cura di), *20 anni di AntiTrust, l'evoluzione dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato*, tomo II, Torino, 2010., p. 229 e ss.

costituzionale in relazione all' art. 4, commi 2 e 3 del codice dei contratti pubblici, la Consulta ha sostenuto che in questo settore la tutela della concorrenza si attui attraverso la massima partecipazione delle imprese alle procedure concorsuali, così da garantire una piena attuazione delle libertà comunitarie e realizzare la c.d. “concorrenza per il mercato”; pertanto, si ribadisce come quest'ultima possa essere realizzata anche mediante «l'adozione di uniformi procedure di evidenza pubblica nella scelta del contraente, idonee a garantire, in particolare, il rispetto dei principi di parità di trattamento, di non discriminazione, di proporzionalità e trasparenza».

Peraltro, sempre secondo la Consulta, ostacoli alla concorrenza potrebbero essere introdotti da nuovi limiti posti per l'accesso al mercato, ovvero dal condizionamento dell'attività imprenditoriale ad elementi che delimitano lo svolgimento dell'attività stessa<sup>114</sup>, ragion per cui nella materia in argomento la competenza regionale deve assumere mero carattere integrativo e non sostitutivo delle norme statali.

Per quanto concerne le politiche di liberalizzazione riferite ad alcuni settori economici recentemente aperti alla piena concorrenza tra operatori, la Consulta ha riconosciuto la legittimità di misure statali di “liberalizzazione dei mercati” intervenute a partire dal 2006 (si ricordi il primo decreto Bersani D.L. 223/2006, anche in materie di competenza concorrente o residuale delle Regioni (commercio, sanità, trasporti, etc.).

I provvedimenti appena menzionati sono stati considerati legittimi in quanto espressione di interventi

---

<sup>114</sup> V. Corte Cost. n. 291/2012; cfr. altresì Corte Cost. n. 248/2006.

promozionali della concorrenza<sup>115</sup> e, proprio in relazione alle misure di liberalizzazione introdotte con il D.L. 138/2011 la Corte ha ribadito che «la liberalizzazione, intesa come razionalizzazione della regolazione, costituisce uno degli strumenti di promozione della concorrenza capace di produrre effetti virtuosi per il circuito economico..., 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>116</sup>.

Sempre sul punto, giova richiamare la pronuncia della Corte Cost. n. 299/2012, dove la Corte afferma che «l'eliminazione dei limiti agli orari e, ai giorni di apertura al pubblico degli esercizi commerciali favorisce, a beneficio dei consumatori, la creazione di un mercato più dinamico e più aperto all'ingresso di nuovi operatori e amplia la possibilità di scelta del consumatore».

---

<sup>115</sup> A titolo esemplificativo può essere menzionata la sent. n. 430/2007 relativa sia al commercio che alle farmacie. Gli interventi statali di liberalizzazione del commercio, materia attribuita alla competenza legislativa regionale (sent. nn. 64/2007 e 199/2006) sono legittimi se strumentali a rimuovere i limiti di accesso al mercato, sia soggettivi, sia riferiti alla astratta predeterminazione del numero degli esercizi. Secondo la Consulta infatti, sono prescrizioni volte promuovere la concorrenza, risultando proporzionate allo scopo di garantire che le attività di distribuzione dalle stesse considerate possano essere svolte con eguali condizioni. Così come è stata considerata legittima la disciplina introdotta dall'art5 del primo decreto Bersani riconducibile al servizio farmaceutico, in quanto disciplinante la vendita dei farmaci e la modalità con la quale questa deve avvenire. Questa disciplina è stata ritenuta inclusa nella materia della tutela della salute, nella quale lo Stato ha il dovere di fissare i principi fondamentali a cui le regioni devono conformarsi.

<sup>116</sup> Per maggiori approfondimenti, sia consentito rinviare all'integrale lettura della sentenza della Corte Cost. n. 200/2012, con la quale è stata dichiarata l'illegittimità solo del comma 3 dell'art.3 in quanto aveva disposto misure di "abrogazione automatica" di normative regionali in diversi settori economici. Secondo la Consulta questo modo di procedere è illegittimo in quanto tale abrogazione avrebbe operato, indistintamente ed irragionevolmente, anche nei confronti di discipline eventualmente poste a tutela di altri beni costituzionalmente rilevanti.

È evidente che nelle menzionate pronunce la Corte Costituzionale abbia voluto valorizzare gli interventi liberalizzatori, in quanto ancillari ad un mercato effettivamente competitivo; da ciò deriva che nelle ipotesi in cui le norme statali intervengono in ambiti regionali (per esempio nel settore del commercio), per la tutela del principio concorrenziale, la necessità di procedere di volta in volta con un provvedimento di adeguamento regionale.

Alla stregua di quanto precede, devono essere considerate illegittime le norme regionali che impongono irragionevoli limiti per le attività di distribuzione commerciale, frappongono ostacoli per l'ingresso sul mercato o per l'esercizio dell'attività lucrativa<sup>117</sup>.

A tal proposito, particolarmente significativo risulta essere anche il *renvirement* della Corte in tema di orari di apertura e di chiusura degli esercizi commerciali; sul punto, preliminarmente sono state considerate legittime legislazioni regionali più rigorose della disciplina statale, in quanto fatte rientrare nella competenza residuale delle Regioni<sup>118</sup>, mentre in seguito, la Consulta ha modificato orientamento, riconoscendo come legittime solo le leggi pro-liberalizzazione.

In ragione di quanto innanzi, nella sentenza della Corte Cost. n. 150/ 2011, è stata riconosciuta la legittimità di una norma regionale che ampliava e non riduceva la libertà di orario, consentendo l'apertura domenicale e festiva agli esercizi commerciali per la vendita al dettaglio, così da

---

<sup>117</sup> *Ex multis*, cfr. Corte Cost. n. 104/114 e n. 165/2015.

<sup>118</sup> *Ex multis*, cfr. Corte Cost. n. 350/2008.

produrre effetti pro-concorrenziali, seppure “in via marginale e indiretta”. Tuttavia, nella medesima pronuncia, veniva censurata la norma che imponeva agli esercizi commerciali di fissare una data di chiusura infrasettimanale per ogni giorno di apertura domenicale (cfr. considerando in diritto 7.1).

Quest’ultima previsione è stata, infatti, ritenuta idonea a pregiudicare la liberalizzazione del commercio introdotta dal d.lgs.114/1998<sup>119</sup>.

In ultimo, è doveroso segnalare come ulteriori incertezze siano riscontrabili nelle fattispecie ove la Corte Costituzionale ha analizzato il rapporto tra norme statali di liberalizzazione e discipline regionali introdotte nella materia del “governo del territorio” (Art.117 comma 3 Cost.).

Inizialmente era stata riconosciuta la possibilità di introdurre norme regionali limitative della libertà d’impresa purché non comportanti un’irragionevole compressione dell’assetto concorrenziale, salvo poi, solo negli ultimissimi anni, essere sancita l’illegittimità di scelte “strettamente limitate alla localizzazione di determinate attività economiche,

---

<sup>119</sup> A conferma della perdurante difficoltà di realizzare pienamente il processo di liberalizzazione nei vari settori, può essere menzionata con riferimento al settore del commercio al dettaglio e all’ingrosso la Relazione Annuale 2014 dell’Autorità Antitrust, che in proposito ha riconosciuto che ancora oggi esistano «numerosi ostacoli normativi e amministrativi interposti a livello regionale e locale alla liberalizzazione disposta dal legislatore nazionale, che hanno prodotto numerosi contenziosi giurisdizionali e diverse dichiarazioni di incostituzionalità da parte della Corte Costituzionale. In particolare, l’Autorità ha evidenziato che quasi tutte le normative regionali relative agli orari di apertura degli esercizi commerciali continuavano a disporre limitazioni contrarie alla concorrenza e in contrasto con la normativa nazionale. Le uniche Regioni che risultavano al momento della segnalazione essersi adeguate a quanto disposto dal legislatore nazionale, infatti, erano la Liguria e la Valle d’Aosta, mentre la Corte costituzionale aveva dichiarato illegittime le disposizioni in materia contenute nelle leggi delle Regioni Toscana, Veneto e della Provincia Autonoma di Bolzano», cfr. p. 100.

nell'ambito di una normale pianificazione territoriale»<sup>120</sup>.

Tali menzionate pronunce giurisprudenziali filo-concorrenziali e pro-liberalizzazione riflettono la tendenza, sempre più avvertita, di uniformare il nostro ordinamento al principio «di un'economia di mercato e in libera concorrenza» affermato dal TUE.

## 5. Principio di Concorrenza e liberalizzazioni

Dopo aver esaminato il fondamento costituzionale del principio di concorrenza e il ruolo della giurisprudenza costituzionale in merito, occorre svolgere alcune riflessioni in merito al rapporto che sussiste tra principio di concorrenza e liberalizzazione; i due principi potrebbero essere definiti come due facce della stessa medaglia.

Le liberalizzazioni infatti, in applicazione del principio di concorrenza, attribuiscono ai cittadini la possibilità di intraprendere «attività economiche prima non accessibili a causa dell'esistenza di barriere di entrata»<sup>121</sup> e, più in

---

<sup>120</sup> Cfr. M. LIBERTINI, *La tutela della concorrenza nella Costituzione italiana Una rassegna critica della giurisprudenza costituzionale italiana dell'ultimo decennio*, op cit., 541. Per l'approfondimento dell'esame di queste sentenze e delle incertezze nascenti da suddette pronunce si rinvia al Capitolo 2. Qui basti considerare, a testimonianza di quanto faticosa sia l'affermazione di un approccio pro-liberalizzazione, che l'Autorità Antitrust, nella relazione annuale del 2009 affermava che «in molti ambiti economici, le normative regionali contrastano con gli interventi nazionali di liberalizzazione. Emblematici sono i casi della distribuzione commerciale, farmaceutica, editoriale, di quella dei carburanti, della gestione del servizio idrico, di molti servizi professionali. L'esercizio della potestà legislativa esclusiva o concorrente delle Regioni rischia di compromettere l'efficacia dei processi di apertura avviati a livello nazionale o, quantomeno, di impedirne una omogenea applicazione nelle diverse aree geografiche del Paese, con effetti discriminatori per le imprese a seconda della localizzazione sul territorio e con grave pregiudizio per lo sviluppo dell'economia nazionale».

<sup>121</sup> Cfr. L. DELLI PRISCOLI, *Il limite dell'utilità sociale nelle liberalizzazioni*, op cit, 370. A tal proposito P. IANNUCELLI, *Diritto*

particolare, presuppongono diverse tipologie di interventi, riassumibili in due macro aree; difatti, da un lato vi è la liberalizzazione economica, dall'altro la liberalizzazione amministrativa.

In tale ambito, si collocano le operazioni volte a limitare o a rimuovere in toto regimi di riserva o di monopolio legale, in esito alla rimozione dei quali è stata sancita la libertà di accedere al mercato e la possibilità per gli operatori economici di operare in settori prima inaccessibili perché riservati.

In ragione di quanto innanzi, vengono meno i regimi discriminatori e privilegiati e, dunque, ridimensionati i diritti a carattere esclusivo o speciale mediante la rimozione di inutili vincoli e ostacoli, riconducibili ai ben noti lacci e laccioli della burocrazia, che non osteggiano l'affermazione dei principi concorrenziali; viene così introdotta la c.d. liberalizzazione amministrativa.

Unitamente a tali menzionati interventi, la dottrina individua e circoscrive anche l'ambito applicativo della c.d. "regolazione asimmetrica", attraverso la quale si estrinseca la libertà economica di cui all'art 41, intesa in senso orizzontale (pretesa di libertà nei confronti degli altri cittadini), che impone di fissare responsabilità speciali<sup>122</sup>, doveri e divieti per

---

*internazionale e comunitario Disciplina della concorrenza nella UE*, (a cura di) A. FRIGNANI, S. BARIATTI, Padova, 2012, p. 874, cita E. MOAVERO MILANESI, per il quale la liberalizzazione è «una serie composta di interventi delle competenti autorità pubbliche, diretti a conseguire risultati distinti, sebbene coerenti e globalmente finalizzati a instaurare condizioni di concorrenza (appunto, libera) sul mercato».

<sup>122</sup> Tale principio comporta che l'impresa in posizione dominante deve tutelare i propri interessi commerciali vedendosi preclusa alcune condotte che invece restano lecite per altre imprese. Poiché i suoi comportamenti devono rispettare limiti ragionevoli. Si veda tra tutte la sent. Corte Giust. 1983, C-322/81 punto 57.



i soggetti che operano in una posizione dominante sul mercato<sup>123</sup>.

Dalle predette considerazioni si comprende la complessità del processo di liberalizzazione, che può essere schematizzato secondo il modello appresso illustrato, tenendo comunque a mente, che ogni settore è connotato da peculiarità che modellano la portata applicativa del principio di liberalizzazione.

In tale delineato contesto occorre, non solo, regolamentare e limitare la portata dei diritti, ma è indispensabile ridimensionare il controllo e la proprietà pubblica sull'impresa, promuovendo la formazione di società per azioni<sup>124</sup>; a valle di tale procedimento, si dovranno introdurre le regole necessarie per favorire e mantenere il pluralismo competitivo, tutelando la qualità dei servizi e delle attività svolte.

Nei settori ove già opera il regime di concorrenza, invece, le Autorità competenti dovranno promuoverne il rafforzamento<sup>125</sup>, indirizzando l'evoluzione del rapporto

---

<sup>123</sup> Per questa ricostruzione si è fatto riferimento a S. CASSESE, *la nuova costituzione economica*, Bari-Roma, 2002, p. 86 e ss.; M. GIAMPIERETTI, *Il principio costituzionale di libera concorrenza*, op. cit., p. 510 e ss.

<sup>124</sup> Occorre distinguere tra Privatizzazione fredda (trasformazione per legge di enti pubblici economici in società per azioni), Privatizzazione calda (cessione in tutto o parte dei pacchetti azionari in mano pubblica). Interessante la tesi di V. M. SBRESCIA, *Verso il superamento dello Stato regolatore? poteri pubblici e mercati dopo la crisi economica internazionale*, in *Riv. giur. Mezzogiorno*, 2011, n. 3. Per l'Autore mentre le liberalizzazioni sono state il risultato di atti normativi comunitari, le privatizzazioni sono la conseguenza del ruolo statale, del «declino della figura dello Stato inteso come operatore economico a carattere imprenditoriale».

<sup>125</sup> In questo senso P. IANNUCELLI, in *Diritto internazionale e comunitario Disciplina della concorrenza nella UE*, p. 822 e ss, ove l'Autore distingue tra Direttrice amministrativa, Direttrice proprietaria, Direttrice regolatoria.

Stato-mercato.

In esito a tali mutamenti, si potrà definitivamente parlare di Stato-Regolatore che si astiene dall'intervenire direttamente, dal dirigere, sulla base della rete distributiva dell'offerta e della domanda, le attività economiche, dall'erogare direttamente i servizi. Nel suddetto contesto, lo Stato si limita solo a predisporre quella cornice di regole entro la quale l'attività di privati, esercitata in un regime concorrenziale, non lede interessi pubblici rilevanti, nell'alveo di provvedimenti legislativi volti a promuovere la liberalizzazione (per le attività commerciali sono già stati emanati il d.l. 213/2006, il d.l. 201/2011, il d.l. 1/2012, mentre per altri settori economici (settore assicurativo, servizi turistici, autoscuola, servizi della persona) sono vigenti il d.l. 223/2006, d.l. 7/2007, d.l. 179/2012, d.l. 145/2013).

Emerge dunque la *ratio* che permea di sé la legislazione in tema di liberalizzazioni, cioè «quella di permettere e favorire il libero dispiegarsi della libertà di iniziativa economica, con il solo limite dell'utilità sociale», concepita come strumento di tutela di diritti costituzionalmente rilevanti<sup>126</sup>, «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>127</sup>.

---

<sup>126</sup> Per il cambiamento del ruolo statale, è stato fondamentale il ruolo propulsivo dell'ordinamento europeo ma anche lo sviluppo tecnologico (che, per esempio nei servizi pubblici a rete, ha permesso il superamento delle condizioni monopolio e consentito l'accesso di nuovi operatori). Per ulteriori approfondimenti si vedano V.M. SBRESCIA, *verso il superamento dello Stato regolatore? poteri pubblici e mercati dopo la crisi economica internazionale*, op.cit.; S. CASSESE, *La nuova costituzione economica*, op.cit. M. CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, op.cit.

<sup>127</sup> Cfr. L. DELLI PRISCOLI, *Il limite dell'utilità sociale nelle*

D'altra parte questi interventi si fondano su un modello di mercato c.d. “*resource-based view*”, sistema all'interno del quale le imprese operano in competizione, sfruttando risorse sempre più scarse, soprattutto a causa della profonda crisi economica e finanziaria.

Tuttavia, la competitività tra gli operatori non può che favorire un razionale utilizzo delle risorse, da realizzare mediante l'innovazione e la differenziazione, garantendo l'affermarsi del benessere collettivo<sup>128</sup>.

Dalle considerazioni suesposte, tuttavia si ricava un altro dato essenziale, atteso che è altresì dimostrato come un mercato liberalizzato e concorrenziale non possa essere libero e completamente privo di regole, in quanto «il primato del diritto della concorrenza non può trasformarsi in un fondalismo di mercato: valori sociali e interessi pubblici non possono essere sacrificati in suo nome»<sup>129</sup>.

È noto, infatti, come ogni mercato in quanto ordine giuridico necessiti di regole, ciò in quanto «la concorrenza effettiva e dinamica non è una condizione naturale del mercato, bensì una condizione costruita»<sup>130</sup>, realizzata da interventi pubblici che pongono divieti e incentivi indispensabili per la tutela dei consumatori, della società e per lo stesso confronto competitivo. Tuttavia, la menzionata regolazione legislativa ed

---

*liberalizzazioni*, op.cit., p. 374.

<sup>128</sup> In questo senso vedasi M. LIBERTINI, *La concorrenza degli antichi e dei moderni*, in *20 anni di Antitrust, l'evoluzione dell'Autorità garante della concorrenza e il mercato*, tomo 1, op.cit., p. 120.

<sup>129</sup> Cfr. M. D'ALBERTI, *Diritto della concorrenza e regolazione in una prospettiva ultranazionale*, in P. BARUCCI– C. RABITTI BEDOGNI (a cura di), *20 anni di AntiTrust, l'evoluzione dell'Autorità garante*, op.cit., p. 759.

<sup>130</sup> Cfr. M. LIBERTINI, *La concorrenza degli antichi e dei moderni*, op.cit., p. 116.

amministrativa dei mercati deve essere sempre rispettosa del principio di proporzionalità e non volta a proteggere interessi particolari<sup>131</sup>.

Certamente i processi fino a qui descritti sono agli albori e non possono definitivamente conclusi e archiviati, considerato il tortuoso percorso che ne caratterizzerà e definirà la loro portata applicativa<sup>132</sup>.

Nonostante ciò, come vedremo è evidente che la nuova attenzione e valorizzazione dell'art. 41 ha comportato e permeato la disciplina giuridica di svariati settori del mondo economici e del mercato, sancendo definitivamente la pedissequa applicazione del principio di liberalizzazione, che ci consentirà di liberarci dai lacci e laccioli burocratici e amministrativi, che troppo spesso sono stati utilizzati per traguardare interessi personali a discapito delle finalità collettive.

---

<sup>131</sup> In tal senso, cfr. M. D' ALBERTI, il quale distingue due diverse tipologie di regolazione: in senso ampio essa ricomprende tutte le tipologie d'intervento statale nell'economia ivi compreso il diritto della concorrenza. Questa forma di regolazione mira a reprimere ex post comportamenti non conformi al libero gioco concorrenziale; regolazioni settoriali espressione di un potere discrezionale pubblico, che regola ex ante i diversi settori economici con un complesso di norme differenti a seconda delle specifiche caratteristiche (per esempio la regolazione dell'energia elettrica e del gas prevede direttive che incidono sulla fissazione di tariffe o prezzi, nel settore bancario sono stati rafforzati i poteri di sorveglianza delle Autorità pubbliche per prevenire rischi. La ricostruzione si ritrova in *Diritto della concorrenza e regolazione in una prospettiva ultranazionale*, in *20 anni di Antitrust, l'evoluzione dell'Autorità garante della concorrenza e il mercato*, tomo 2, op.cit., p. 759; per una distinzione sulle singole tipologie di regolazione, cfr. S. CASSESE, *La nuova costituzione economica*, op cit.; per un ulteriore approfondimento sul tema A. ZITO, *Regolazione dei mercati*, in *Enc.dir.*, Giuffré, p. 805 e ss.

<sup>132</sup> Basti pensare alle questioni sorte in relazione al servizio farmaceutico; per una ricostruzione della tematica in esame, si veda L. DELLI PRISCOLI, op. cit.; M. GIAMPIERETTI, op. cit.; F. TRIMARCHI BANFI, op cit.

**CAPITOLO II**  
**LA LIBERALIZZAZIONE: IL TRAMONTO DEI TITOLI**  
**AUTORIZZATIVI E LE NUOVE FORME DI MANIFESTAZIONE**  
**DEL POTERE PUBBLICO**

SOMMARIO: 1. Il processo di liberalizzazione nel nostro ordinamento. – 2. Le liberalizzazioni tra legislazione statale e regionale – 3. Liberalizzazione nel D.L. n.1/2012: norme cogenti o programmatiche? – 4. Vincoli comunitari: autorizzazioni, concessioni e potere amministrativo nel prisma della concorrenza. – 5. L’esistenza di vincoli al principio di libertà di impresa. – 6. Pianificazione urbanistica e attività commerciali: le risposte della giurisprudenza. – 6.1. Liberalizzazioni e orientamenti della Corte di Giustizia Europea. – 7. Conclusioni: dai regimi autorizzativi alle funzioni di controllo.

**1. Il processo di liberalizzazione nel nostro ordinamento**

Particolarmente ardua e faticosa risulta essere la ricostruzione, nel nostro ordinamento, della farraginosa normativa in tema di “*liberalizzazioni*”, connotata dal susseguirsi di provvedimenti legislativi tesi ad affermare principi concorrenziali, ma che di fatto si sono spesso rivelati proclamatori e privi di incisività.

In seguito all’emanazione del d.lgs. 26 marzo 2010, n. 59, con cui si sono recepiti i principi dettati dalla direttiva

comunitaria 2006/123/CE relativamente ai servizi nel mercato interno<sup>1</sup>, 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.

In questo modo, pertanto, risultano affetti da vizi in contrasto con l'ordinamento comunitario, nonché con quello costituzionale interno, i sistemi di programmazione regionale che prevedano vincoli quantitativi all'ingresso delle imprese sul mercato, orientati a ricercare “artificialmente” l'equilibrato sviluppo delle diverse tipologie distributive e l'ottimale rapporto tra domanda ed offerta.

---

<sup>1</sup> Il Trattato, come è noto, fin dall'origine stabilisce quattro libertà fondamentali di tipo economico: la libera circolazione delle merci, la libertà di stabilimento, la libera prestazione dei servizi e la libera circolazione dei capitali (ora art. 28 ss. TFUE). La libertà di impresa è venuta conseguentemente ad assumere una più sicura posizione di diritto fondamentale anche all'interno di tutti gli Stati membri. La prima, basilare, politica di liberalizzazione avviata dalla Comunità Europea è consistita nell'azione programmata di soppressione delle restrizioni alle predette quattro libertà fondamentali che ha condotto alla creazione di un mercato interno europeo, inteso come spazio economico senza frontiere. In tal senso N. LONGOBARDI, *Liberalizzazioni e libertà d'impresa*, in *Riv. Dir. Pubblico Comunitario*, n. 3-4/2013.

Sulla scia delle spinte liberistiche, protese a enfatizzare i principi della libertà d'impresa e di apertura concorrenziale del mercato dei servizi, è stato emanato il D.L. 13 agosto 2011, n. 138, convertito nella legge 14 settembre 2011, n. 148, il cui titolo II è dedicato alle «liberalizzazioni, privatizzazioni ed altre misure per favorire lo sviluppo».

In particolare, l'art. 3, recante «Abrogazione delle indebite restrizioni all'accesso e all'esercizio delle professioni e delle attività economiche», al comma 1, ha espressamente imposto alle Regioni e agli enti locali di adeguare i rispettivi ordinamenti al principio per cui «è permesso tutto ciò che non è espressamente vietato dalla legge». La possibile limitazione è stata espressamente circoscritta in relazione ai vincoli comunitari e agli obblighi internazionali, ai principi fondamentali della Costituzione posti a garanzia della sicurezza, libertà, dignità umana e dell'utilità sociale, alle disposizioni indispensabili per la protezione della salute umana e per la conservazione delle specie animali e vegetali, dell'ambiente, del paesaggio e del patrimonio culturale e alle disposizioni che comportano effetti sulle finanze pubbliche.

Non può essere sottaciuto come tale impostazione legislativa, fondata su vincoli “negativi” di portata indeterminata, presti il fianco a spazi interpretativi quanto mai ampi e dai contorni poco chiari. La disposizione, che come segnalato dal successivo comma 2 doveva rappresentare «principio fondamentale per lo sviluppo economico» in attuazione della «piena tutela della concorrenza tra le imprese», è ben lontana dal riproporre fedelmente gli intenti

del legislatore comunitario<sup>2</sup>, anche se il successivo comma 6° ribadisce con forza che l'accesso alle attività economiche e il loro esercizio si basano sul principio di libertà di impresa e che le relative restrizioni sono abrogate o comunque devono essere fatte oggetto di interpretazione restrittiva (commi 7 e 8).

Successivamente, l'art. 34 del d.l. 6 dicembre 2011, n. 201, convertito nella l. 22 dicembre 2011, n. 214, ha disposto l'eliminazione dei controlli *ex ante* sulle attività economiche, 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».

La discrezionalità del legislatore nazionale di prevedere regimi autorizzatori è limitata dal concetto di discrezionalità amministrativa<sup>3</sup> e tale limitazione viene ulteriormente rafforzata dal previsto coinvolgimento dell'Autorità Garante

---

<sup>2</sup> Quest'ultimo, al fine di garantire un'effettiva liberalizzazione del settore servizi, si era limitato ad affermare che le limitazioni al principio concorrenziale possono essere poste solo in presenza di «motivi imperativi di interesse generale». Tale nozione sembra essere molto più limitativa rispetto alle diciture utilizzate nel nostro ordinamento, che di fatto limitano fortemente gli effetti liberalizzatori che hanno ispirato la riforma.

<sup>3</sup> La «libertà» del legislatore nazionale di introdurre regimi autorizzatori nel campo di applicazione della direttiva è soppressa e ridotta a discrezionalità di tipo amministrativo, per di più fortemente circoscritta. Lo chiarisce il considerando 54 della direttiva: «La possibilità di avere accesso ad un'attività di servizi dovrebbe essere subordinata al rilascio di un'autorizzazione da parte delle autorità competenti soltanto se ciò è conforme ai principi di non discriminazione, di necessità e di proporzionalità. Ciò significa, in particolare, che l'imposizione di un'autorizzazione dovrebbe essere ammissibile soltanto nei casi in cui un controllo a posteriori non sarebbe efficace a causa dell'impossibilità di constatare a posteriori le carenze dei servizi interessati e tenuto debito conto dei rischi e dei pericoli».



della Concorrenza (AGCM), che viene espressamente autorizzata a rendere pareri sui disegni di legge governativi in materia e legittimata ad agire in giudizio avverso i provvedimenti lesivi della concorrenza<sup>4</sup>.

Inoltre, il successivo D.L. 24 gennaio 2012, n. 1, convertito nella l. 24 marzo 2012, n. 27, ha disposto l'abrogazione delle norme che importano restrizioni alle attività economiche, assegnando a regolamenti governativi sia il compito di determinare quali attività necessitino dell'atto preventivo di assenso dell'amministrazione, sia di disciplinare i requisiti per l'esercizio delle attività economiche, nonché i termini e le modalità per l'esercizio dei poteri di controllo dell'amministrazione, tenuto conto del principio per cui vanno considerate abrogate le norme che impongono limiti o atti preventivi di assenso non giustificati da un interesse generale costituzionalmente rilevante<sup>5</sup>.

---

<sup>4</sup> La legittimazione ad agire in giudizio «contro gli atti amministrativi generali, i regolamenti ed i provvedimenti di amministrazioni pubbliche che violino le norme a tutela della concorrenza e del mercato» (art. 35). Per una comprensione approfondita del ruolo dell'AGCM, si suggerisce un'attenta lettura A. ARGENTATI, *La storia infinita*, p. 363 ss e *Concorrenza e liberalizzazioni; i nuovi poteri dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, in *Riv. trim. dir. econ.*, 1/2012.

<sup>5</sup> L'art. 1, 1° comma ha espressamente previsto l'abrogazione delle: «a) norme che prevedono limiti numerici, autorizzazioni, licenze, nulla osta o preventivi atti di assenso dell'amministrazione comunque denominati per l'avvio di un'attività economica non giustificati da un interesse generale, costituzionalmente rilevante e compatibile con l'ordinamento comunitario nel rispetto del principio di proporzionalità; b) norme che pongono divieti e restrizioni alle attività economiche non adeguati o non proporzionati alle finalità pubbliche perseguite, nonché le disposizioni di pianificazione e programmazione territoriale o temporale autoritativa con prevalente finalità economica o prevalente contenuto economico, che pongono limiti, programmi e controlli non ragionevoli, ovvero non adeguati ovvero non proporzionati rispetto alle finalità

Infine, con il D.L. 9 febbraio 2012, n. 5, convertito nella L. 4 aprile 2012 n. 35, il Governo è stato investito del potere di emanare uno o più regolamenti volti a “razionalizzare, semplificare e coordinare i controlli sulle imprese” così da assicurare la proporzionalità dei controlli e dei connessi adempimenti amministrativi. Il provvedimento si presenta come l’ennesimo manifesto invocante la libertà di impresa, che rinvia però al Governo l’onere di superare, mediante l’utilizzo dei regolamenti, le normative di stampo protezionistico e le ostilità poste in essere sul punto dagli enti regionali.

## **2. Le liberalizzazioni tra legislazione statale e regionale**

Appare evidente come l’approccio comunitario, votato alla diffusione della concorrenza nei mercati, sia stato recepito dal nostro ordinamento con non poche difficoltà e reticenze.

L’*iter* legislativo di adeguamento ai principi comunitari dettati in tema di “liberalizzazione del mercato” sembrava, però, essere finalmente giunto a compimento con l’emanazione del già citato D.L. n. 1/2012, convertito nella L. n. 27/2012.

In realtà, ancora oggi si è ben lontani da un definitivo

---

pubbliche dichiarate e che in particolare impediscono, condizionano o ritardano l’avvio di nuove attività economiche o l’ingresso di nuovi operatori economici ponendo un trattamento differenziato rispetto agli operatori già presenti sul mercato, operanti in contesti e condizioni analoghi, ovvero impediscono, limitano o condizionano l’offerta di prodotti e servizi al consumatore, nel tempo nello spazio o nelle modalità, ovvero alterano le condizioni di piena concorrenza fra gli operatori economici oppure limitano o condizionano le tutele dei consumatori nei loro confronti».

approdo liberistico e forti sono le resistenze opposte sia dalle legislazioni regionali in materia che dalla giurisprudenza amministrativa che tali normative si trova a dover applicare.

Le principali riluttanze alle spinte liberistiche vengono poste in essere proprio dalle singole normative regionali, le quali, in virtù del d.lgs. n.114/1998, sono depositarie di funzioni cardine nei procedimenti autorizzatori delle attività commerciali<sup>6</sup>.

Con il citato decreto, infatti, si è passati dalla c.d. “programmazione economica” prevista dalla l. n. 426/1971<sup>7</sup>, al sistema c.d. regionalistico previsto dalla riforma Bersani. In base al d.lgs. n.114/1998, le Regioni dovevano prevedere sia la definizione degli indirizzi generali per l’insediamento delle attività commerciali, sia la fissazione dei criteri di programmazione urbanistica connessi con il settore commerciale.

La *ratio* di tale disciplina era quella di consentire agli strumenti urbanistici di individuare le aree da destinare a

---

<sup>6</sup> Il D.M. 4 agosto 1988, n. 375 nel disciplinare la formazione dei piani commerciali all’art. 30, commi 6 e 7 utilizzava l’espressione “urbanistica commerciale”.

<sup>7</sup> L’art. 11 della L. n. 426/1971 prevede al comma 2 che «Il piano, nel rispetto delle previsioni urbanistiche, tende ad assicurare la migliore funzionalità e produttività del servizio da rendere al consumatore e il maggior possibile equilibrio tra installazioni commerciali a posto fisso e la presumibile capacità di domanda della popolazione stabilmente residente e fluttuante”. All’art. 12, comma 1 precisa che “Il piano rileva la consistenza della rete distributiva in atto nel territorio del comune, detta norme e direttive per lo sviluppo e l’adeguamento della medesima, e può determinare, per i vari settori merceologici, la superficie minima dei locali adibiti alla vendita” nonché “eventualmente anche con riferimento a singole zone, il limite massimo in termini di superficie globale, separatamente per settori merceologici, della rete di vendita per generi di largo e generale consumo» (comma 2).

insediamenti commerciali e quelle destinate alle medie e grandi strutture di vendita.

Appare evidente, pertanto, come tale quadro normativo confligga con la conclamata liberalizzazione attuata con i recenti provvedimenti normativi nazionali.

L'odierna formulazione dell'art.117 comma 3° della Costituzione, nell'indicare le materie che rientrano nella competenza concorrente Stato - Regioni, fa espresso riferimento al commercio e alla disciplina di alcuni mercati regolamentati.

Nella prassi le Regioni hanno inteso esercitare le potestà di regolazione agendo da un lato sui *limiti all'esercizio* dell'attività economica, dall'altro operando sui *limiti al riconoscimento delle attività lecitamente esercitabili* da specifiche categorie di operatori economici, limitando l'accesso al libero mercato mediante misure funzionali al congelamento di determinati mercati<sup>8</sup>.

Prescindendo dalla fonte normativa utilizzata e dalla conflittualità tra normative statali e regionali, l'approdo necessitato e naturale cui mirano gli ultimi provvedimenti di liberalizzazione coincide con il pieno riconoscimento del principio di concorrenza affermato nella Carta Costituzionale

---

<sup>8</sup> Nelle svariate discipline regionali sul tema si annoverano: a) provvedimenti sulle distanze minime fra esercizi commerciali della stessa categoria merceologica; b) potestà autorizzatorie riservate – e di sovente non esercitate – in capo a enti e burocrazie regionali in tutti quei casi in cui un operatore economico intende poter realizzare o ampliare la propria attività. A livello di regolamentazione regionale sul punto non devono essere dimenticate le misure volte a prorogare concessioni o titoli autorizzatori già rilasciati nei mercati a bassa contendibilità fra operatori economici.

all'art. 41, primo comma, della Cost.

Se da un lato tale principio viene limitato dall'utilità sociale e, dunque dal rispetto di beni costituzionali parimenti individuabili, ai sensi dell'art. 41, 2° comma, dall'altro non deve perdersi di vista l'obiettivo tendenziale della Costituzione<sup>9</sup>, cioè ispirare la regolamentazione dei mercati al principio di concorrenza.

In tale ottica soccorre la trasversalità dei valori della concorrenza in ogni specifico mercato e per ogni materia nella quale sia insediabile un contesto concorrenziale fra imprese, a prescindere dal riparto di competenze – se concorrente o se esclusivo per lo Stato o per la regione – fissato dalla norma costituzionale.

La costituzionalità del principio di liberalizzazione travolge la natura nazionale o locale degli attori della produzione normativa, purché gli esiti siano di concreta liberalizzazione di un mercato pienamente concorrenziale, e

---

<sup>9</sup> Anche le ultime sentenze della Corte costituzionale sembrano svincolare dalle rigidità di una ripartizione che intenda preservare le competenze, al di là del concreto apprezzamento degli esiti nei mercati delle misure di liberalizzazione dell'economia. Forti sono i timori di un concreto appesantimento delle regolazioni, finalizzate a soddisfare il riempimento delle aree di competenze statali e regionali più che ad incidere i tessuti normativi liberando l'economia, ignorando dunque le tensioni precettive della norma costituzionale a presidio del principio generale di liberalizzazione. La Corte costituzionale intende promuovere, in ogni caso, una articolazione fra fonti legislative in grado di apportare, in concreto, esiti di superamento delle rigidità regolamentari e di promozione di un pieno contesto concorrenziale fra gli operatori economici, senza cura del tipo di fonte, nazionale o regionale, che disciplina un determinato settore economico. Si assiste allo scivolamento dalle esigenze di bilanciamento delle competenze – governate da criteri di proporzionalità e completamento - ad esigenze di funzionalità e di utilità dell'intervento regolatore – stagliate sull'esito dei processi di liberalizzazione -, per l'avanzamento di piattaforme di mercato realmente concorrenziali.

impegna in ogni caso l'ente regionale. Non può essere però sottaciuto come la Consulta, pur affermando principi fortemente liberistici nel lodevole tentativo di costituzionalizzare il principio di liberalizzazione *ex art. 41* della Cost., non riesce, tuttavia, ad abbandonare completamente l'idea di Stato-Regione regolatore.

Nelle sue decisioni più recenti sul punto la Corte Costituzionale, pur legittimando il processo di liberalizzazione attuato dallo Stato<sup>10</sup>, in linea tendenziale predilige una

---

<sup>10</sup> Nella sentenza n. 200/2012, la Corte Cost. ha affermato che: «Con la normativa censurata, il legislatore ha inteso stabilire alcuni principi in materia economica orientati allo sviluppo della concorrenza, mantenendosi all'interno della cornice delineata dai principi costituzionali. Così, dopo l'affermazione di principio secondo cui in ambito economico «è permesso tutto ciò che non è espressamente vietato dalla legge», segue l'indicazione che il legislatore statale o regionale può e deve mantenere forme di regolazione dell'attività economica volte a garantire, tra l'altro – oltre che il rispetto degli obblighi internazionali e comunitari e la piena osservanza dei principi costituzionali legati alla tutela della salute, dell'ambiente, del patrimonio culturale e della finanza pubblica – in particolare la tutela della sicurezza, della libertà, della dignità umana, a presidio dell'utilità sociale di ogni attività economica, come l'art. 41 Cost. richiede. La disposizione impugnata afferma il principio generale della liberalizzazione delle attività economiche, richiedendo che eventuali restrizioni e limitazioni alla libera iniziativa economica debbano trovare puntuale giustificazione in interessi di rango costituzionale o negli ulteriori interessi che il legislatore statale ha elencato all'art. 3, comma 1. Complessivamente considerata, essa non rivela elementi di incoerenza con il quadro costituzionale, in quanto il principio della liberalizzazione prelude a una razionalizzazione della regolazione, che elimini, da un lato, gli ostacoli al libero esercizio dell'attività economica che si rivelino inutili o sproporzionati e, dall'altro, mantenga le normative necessarie a garantire che le dinamiche economiche non si svolgano in contrasto con l'utilità sociale (sentenze n. 247 e n. 152 del 2010, n. 167 del 2009 e n. 388 del 1992). Rispetto alla pretesa invasione delle competenze regionali in materia di commercio, attività produttive e tutela della salute, *ex art. 117 Cost.*, occorre anzitutto osservare che il legislatore statale ha agito nell'ambito, ad esso spettante, della tutela della concorrenza, come correttamente specificato dall'art. 3, comma 2, del decreto-legge n. 138 del 2011. Infatti, per quanto l'autoqualificazione offerta dal legislatore non sia mai di per sé risolutiva (*ex multis*, sentenze n. 164 del 2012, n. 182 del 2011 e n. 247 del

razionalizzazione della produzione legislativa funzionale alla concorrenza dei mercati, piuttosto che una totale deregolazione tendente al superamento del profilo interventista del pubblico nell'economia.

Dal quadro su delineato emerge tuttora una permanente ostilità verso una piena realizzazione di un mercato libero e ispirato alla concorrenza, atteso che, in mancanza dei regolamenti governativi previsti dal d.l. n.1/2012, permane ancora oggi il dubbio se la normativa statale abbia effettivamente superato le resistenze delle previsioni regionali, dando così piena e concreta attuazione al principio sancito dall'art. 41 Cost.

---

2010), in questo caso appare corretto inquadrare il principio della liberalizzazione delle attività economiche nell'ambito della competenza statale in tema di «tutela della concorrenza». Quest'ultimo concetto, la 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 e più volte ribaditi dalla giurisprudenza di questa Corte (*ex multis*, sentenze n. 45 e n. 270 del 2010, n. 160 del 2009, n. 430 e n. 401 del 2007). Pertanto, la liberalizzazione, intesa come razionalizzazione della regolazione, costituisce 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. D'altra parte, l'efficienza e la competitività del sistema economico risentono della qualità della regolazione, 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 (sentenze n. 247 e n. 152 del 2010, n. 167 del 2009) – 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 funzionale alla tutela della concorrenza e rientra a questo titolo nelle competenze del legislatore statale».

### **3. Liberalizzazione nel D.L. n.1/2012: norme cogenti o programmatiche?**

Le problematiche esposte con riguardo ai possibili conflitti che possono sorgere tra la legislazione statale e quella regionale, oltre ai profili costituzionali in tema di competenza legislativa, evidenziano una problematica ancor più rilevante allorquando sorga un palese contrasto di disciplina tra le due normative.

In buona sostanza si tratta di capire fino a che punto la normativa nazionale introdotta con il D.L. n. 1/2012 possa ritenersi immediatamente applicabile e sostitutiva delle precedenti norme che disciplinavano un regime autorizzatorio. La volontà del legislatore nazionale di creare un mercato fortemente competitivo si scontra con le normative di settore, per lo più leggi regionali, che impongono contingentamenti, autorizzazioni e più in generale una dettagliata regolamentazione del mercato delle attività economiche.

Se da un lato è vero che con il d.l. 24 gennaio 2012, n. 1, convertito nella l. 24 marzo 2012, n. 27, è stata sancita l'abrogazione di tutte quelle previsioni che comprimono o condizionano indebitamente la libertà di iniziativa economica sancita dagli articoli 2, 3, 4 e 41 della Costituzione, dall'altro non deve essere sottaciuto come tale norma, nel dettare i principi cui deve essere ispirato il mercato concorrenziale<sup>11</sup>, ha

---

<sup>11</sup> Non posso essere apposte barriere per: a) l'avvio di nuove attività economiche o l'ingresso di nuovi operatori economici; b) l'offerta di prodotti e servizi al consumatore; c) la sussistenza di condizioni di piena concorrenza fra gli operatori economici.



però rinviato, come già anticipato, ad appositi regolamenti l'individuazione delle sole attività per le quali permane l'esigenza della previa autorizzazione.

Ci si è dunque domandati se in realtà dovesse attendersi l'emanazione dei predetti regolamenti e la conseguenziale individuazione delle attività che necessitano del regime autorizzatorio, affinché potesse considerarsi pienamente efficace il regime dettato dal d.l. n.1/2012, considerando tale norma di natura meramente programmatica.

In realtà, secondo quanto sostenuto ripetutamente dai Giudici amministrativi<sup>12</sup>, coerentemente con i principi comunitari ispiratori della riforma, così non è. Le disposizioni in materia di liberalizzazione delle attività economiche non hanno una natura meramente programmatica, bensì una forza ed efficacia giuridica di diretta e immediata attuazione, e pertanto il nostro ordinamento deve conformarsi al predetto principio di libertà, indipendentemente dai regolamenti attuativi del decreto legge n.1 del 2012.

Tale adeguamento deve avvenire sia mediante il vaglio di costituzionalità delle norme di legge e la disapplicazione in caso di contrasto con il diritto dell'Unione Europea, sia attraverso la caducazione e non applicazione degli atti incompatibili di livello regolamentare o programmatico, anche regionali e comunali, alla stregua di un duplice criterio di gerarchia e di specialità delle fonti, in quanto la concorrenza costituisce - secondo la Corte Costituzionale - una materia

---

<sup>12</sup> Cfr. *ex multis* T.A.R. Lazio – Roma, sez. II *bis*, 14 gennaio 2014, n. 455.

trasversale di esclusiva competenza statale.

I Giudici Amministrativi hanno correttamente rilevato la natura cogente che la normativa assume, soprattutto alla luce dei principi comunitari in materia. Secondo tale ricostruzione non può certamente essere considerata meramente programmatica una normativa che recepisce ampi e consolidati principi fissati dall'Unione Europea, i quali preminentemente investono la materia trasversale della tutela della concorrenza, di competenza esclusiva dello Stato. Tale visione appare ineccepibile e segue il *trend*<sup>13</sup> che è stato d'altra parte avviato con la nota sentenza del T.A.R. Lombardia n. 2271/2013<sup>14</sup>.

Deve, tuttavia, darsi atto dell'esistenza di un diverso atteggiamento restio di altra parte della giurisprudenza amministrativa che, a dispetto della “concorrenza”, fa prevalere ancora oggi discipline regionali protezionistiche che

---

<sup>13</sup> Per una più ampia trattazione del tema di suggerisce lettura A. TRAVI, *Attività commerciali e strumenti urbanistici: ovvero, “il diritto preso sul serio”*, T.A.R. Lombardia, Milano, sez. I, 10 ottobre 2013, n. 2271 in *Urbanistica e Appalti*, 1/2014.

<sup>14</sup> La sentenza del TAR Lombardia risulta comunque discutibile nei suoi contenuti neo-liberistici in quanto appare in contraddizione con la sentenza del Consiglio di Stato n. 2060 del 10.04.2012, nella quale si afferma che 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 dunque alla libertà di iniziativa economica. La stessa Corte di Giustizia dell'Unione Europea (causa C-400/08, punto 80 contro la Spagna) ha affermato che «la localizzazione e la dimensione dei grandi esercizi commerciali appaiono mezzi idonei a raggiungere gli obiettivi di razionale gestione del territorio e di protezione dell'ambiente. Un ordinato assetto del territorio, anche per quanto attiene agli insediamenti commerciali, rientra pertanto tra i motivi imperativi di interesse generale atti a garantire la realizzazione degli obiettivi della protezione dell'ambiente, della razionale gestione del territorio e della tutela dei consumatori previsti dalla direttiva Bolkestein».

tendono a limitare l'accesso al mercato delle iniziative economiche.

È il caso di una fattispecie trattata in una pronuncia del C.G.A., n. 292/2014, nella quale i Giudici Amministrativi siciliani hanno ritenuto legittimo il provvedimento con cui l'Amm.ne comunale riteneva inammissibile la D.I.A. presentata dalla società istante per la vendita di prodotti per l'igiene all'interno di una grande struttura di vendita. Il provvedimento dell'Amm.ne fondava le sue ragioni sul rilievo che i prodotti per l'igiene non possono essere assimilati ai prodotti alimentari (la società istante era già in possesso di tale autorizzazione e pretendeva che quest'ultima fosse estesa alla vendita dei prodotti per l'igiene), trascurando di considerare che, per effetto delle menzionate novità legislative, tale attività commerciale potesse essere considerata liberalizzata e quindi esercitata senza rilascio di alcun atto autorizzatorio.

Nei rilievi mossi dalla società istante avverso tale provvedimento veniva espressamente criticata la scelta amministrativa di ritenere applicabile il modulo procedimentale disciplinato dall'art. 9 della l.r. n. 28/1999, il quale demanda a una Conferenza di servizi la valutazione dell'impatto che l'apertura di una grande struttura di vendita ha oggettivamente sul territorio, con particolare riguardo a fattori quali la mobilità, il traffico e l'inquinamento nonché il rispetto dei vincoli relativi alla tutela del patrimonio artistico ed ambientale.

Il C.G.A. ha infatti ritenuto che anche dopo il recepimento della direttiva comunitaria 2006/123/CE (c.d.

Bolkestein) di liberalizzazione del settore servizi, attuato con D.Lgs. n. 59 del 2010, con l'art. 3 del D.L. n. 138 del 2011 (Abrogazione delle indebite restrizioni all'accesso e all'esercizio delle professioni e delle attività economiche), nonché con l'art. 31 del d.l. n. 201 del 2011, il libero dispiegarsi dell'iniziativa commerciale incontra tuttora limiti ove vengano in rilievo vincoli «connessi alla tutela della salute, dei lavoratori, dell'ambiente, ivi incluso l'ambiente urbano, e dei beni culturali».

Tralasciando il primo dei due aspetti trattato dal C.G.A., - riguardante un'asserita differenza tra i prodotti alimentari e i prodotti per l'igiene (quest'ultimi non possono essere ricompresi nei primi e pertanto per la loro vendita è necessaria apposita autorizzazione) - va evidenziata la posizione protezionistica assunta dai Giudici Amministrativi siciliani che, pur riconoscendo la vigenza dei principi "*pro-concorrenza*" di derivazione comunitaria, li hanno ritenuti non idonei a derogare la normativa regionale prevista dall'art. 5 l.r. n.28/1999.

Tale normativa presuppone, infatti, la valutazione di un'apposita Conferenza di Servizi per l'ottenimento del titolo abilitativo necessario per l'apertura di una "*grande struttura di vendita*", atteso che, solo in tale sede, possono essere effettuate le opportune valutazioni di compatibilità ambientale, urbanistica nonché quelle legate al c.d. ambiente urbano e dei lavoratori.

La predetta norma (c.d. "saturazione di bacino") in buona sostanza limita il libero esercizio dell'attività

economica subordinandolo a una serie di controlli amministrativi ex ante, tesi ad influenzare il mercato. Ciò sembra essere in palese contrasto con quanto affermato dalle norme statali e con quanto è stato affermato da buona parte della giurisprudenza amministrativa, che viceversa ritiene pienamente cogenti e validi i principi di liberalizzazione affermati dalle norme del legislatore nazionale.

#### **4. Vincoli comunitari: autorizzazioni, concessioni e potere amministrativo nel prisma della concorrenza**

Volendo ripercorrere brevemente le tappe istituzionali in materia di autorizzazione e concessioni, si ricorda che almeno fino alla fine degli anni '80-'90 del secolo scorso, il paradigma fondamentale che presiedeva i regimi legislativi – e l'applicazione concreta che ne derivava – era quello dell'ampia discrezionalità riconosciuta alle pubbliche amministrazioni.

In tal senso è emblematico il richiamo al R.D.L. n. 2174/1926 (convertito con la L. n. 2501/1927) in base al quale i comuni potevano contingentare gli spacci valutando la loro ubicazione, lo sviluppo territoriale e conseguentemente orientare l'equilibrio domanda-offerta anche in ordine a scelte di natura prettamente discrezionale.

Parimenti, in base a quanto disposto dall'art. 136 t.u.l.p.s. (R.D. n.773/1931), potevano essere rilasciate e/o revocate autorizzazioni di polizia e a istituti di vigilanza e investigazione privata, al ricorrere o al venir meno dei requisiti di moralità e in considerazione del numero di operatori

economici attivi sul mercato. Inutile negare come tali previsioni normative si sono rivelate un ostacolo insormontabile alla libera e piena esplicazione dei principi comunitari.

Il modello dello Stato interventista, cui ha fatto lungamente riferimento il nostro ordinamento, si va sgretolando e con esso perdono di rilevanza argomentazioni giuridiche che hanno da sempre rappresentato pietre miliari per la nostra cultura giuridica. Con il recepimento della Direttiva Bolkestein è stata frantumata la classica distinzione concettuale esistente tra autorizzazione e concessione; la nuova direttiva introduce principi generali in materia di autorizzazioni e concessioni, ritenendole entrambe contrarie ai principi di libertà di stabilimento e liberalizzazione dei servizi in quanto si sostanziano in un ostacolo alla creazione di un mercato unico.

La Direttiva 2006/123/CE sia nel considerando 54 sia nell'art. 9, delimita il ricorso ai regimi “*autorizzatori*”, sancendone la illegittimità in tutte quelle circostanze in cui possa essere raggiunto il medesimo obiettivo mediante una misura meno restrittiva. In definitiva la Direttiva Servizi Bolkestein non involge tutte le autorizzazioni e concessioni ma, certamente, riguarda buona parte delle attività economiche che sono state da sempre sottoposte all'approvazione amministrativa. Non casualmente si è voluto utilizzare il termine “*approvazione*” al fine di sottolineare come anche dopo l'emanazione della Bolkestein sia rimasto in vigore una forma di controllo amministrativo, che non si sostanzia però

nell'emanazione di un provvedimento amministrativo *ex ante*. Il potere della P.A. si esplica mediante una forma di “controllo”, esternazione del potere ontologicamente diversa dall'atto con cui si esprime “approvazione”, che viene esercitato *ex post*.

Alla luce delle predette considerazioni perde di rilievo la distinzione esistente tra autorizzazione e concessione, atteso che il vecchio regime autorizzatorio, che si esplicava in differenti tipologie di atti amministrativi, viene, quasi integralmente, sostituito dalla funzione di controllo esercitata dall'Amm.ne.

Tuttavia, permane un enclave del potere amministrativo che neanche il principio di liberalizzazione è riuscito ad attaccare; ideologicamente tali spazi di potere possono essere ricondotti a tutti quei valori supremi, costituzionalmente garantiti, come sanità, ordine pubblico, ambiente, paesaggio e così via, che necessitano un'esternazione del potere amministrativo preventiva, non essendo sufficiente per la tutela di tali interessi il mero ricorso a un potere di vigilanza sull'attività poste in essere dal privato.

In conclusione possiamo sostenere che si va affermando l'idea secondo la quale il diritto prevale come principio, mediante un approccio più sostanzialistico e meno formalistico, atteso che l'intervento pubblico nella cura dell'interesse pubblico deve essere calibrato e commisurato, secondo i rigidi canoni della proporzionalità, all'impatto pervasivo che il potere pubblico ha sugli interessi dei privati.

Verrebbe spontaneo dire che, secondo tale ricostruzione,

i privati stessi non siano più titolari di meri interessi legittimi ma che anche in situazioni che involgono la P.A. possano vantare dei veri e propri diritti soggettivi, atteso che non necessitano più del provvedimento autorizzativo-concessorio per l'esercizio della propria attività. Probabilmente il cambiamento non è così radicale ma, sicuramente, il classico interesse legittimo sta modificando i propri connotati. Probabilmente l'interesse sta cambiando dimensione, sta divenendo un qualcosa di diverso e non si connota più per il suo sottostare al volere discrezionale dell'Amministrazione.

#### **5. L'esistenza di vincoli al principio di libertà di impresa**

Alla luce delle considerazioni su esposte, sarebbero legittime le critiche di coloro i quali sono fermamente convinti che, con l'affermarsi del principio di liberalizzazione del mercato, sia radicalmente venuta meno la possibilità per le Amministrazioni di programmare il rilascio delle autorizzazioni commerciali (relativamente alla media e grande distribuzione), con l'effetto di lasciare spazio a un mercato privo di regole e foriero di abusi rispetto a principi quali l'ordine pubblico, la salute pubblica e il rispetto di un ambiente sano e salubre.

In realtà l'affermarsi di un mercato liberalizzato preclude esclusivamente le valutazioni di politica economica, lasciando impregiudicato il "*primato*" di tutti quei valori,



costituzionalmente garantiti, che tutelano l'interesse pubblico<sup>15</sup>.

È il caso ad esempio della disciplina urbanistica<sup>16</sup>, nel senso che la pianificazione di tale tipo è chiamata a svolgere

---

<sup>15</sup> Quanto sostenuto è suffragato dalla recente giurisprudenza amministrativa del Consiglio di Stato (*ex multis* C.d.S., Sez. IV, n. 2710/2012) in materia di pianificazione urbanistica. I giudici di Palazzo Spada hanno ribadito come «urbanistica, ed il correlativo esercizio del potere di pianificazione, non possono essere intesi, sul piano giuridico, solo come un coordinamento delle potenzialità edificatorie connesse al diritto di proprietà, così offrendone una visione affatto minimale, ma devono essere ricostruiti come intervento degli enti esponenziali sul proprio territorio, in funzione dello sviluppo complessivo ed armonico del medesimo. Uno sviluppo che tenga conto sia delle potenzialità edificatorie dei suoli – non in astratto, bensì in relazione alle effettive esigenze di abitazione della comunità ed alle concrete vocazioni dei luoghi –, sia di valori ambientali e paesaggistici, sia di esigenze di tutela della salute e quindi della vita salubre degli abitanti, sia delle esigenze economico - sociali della comunità radicata sul territorio, sia, in definitiva, del modello di sviluppo che si intende imprimere ai luoghi stessi, in considerazione della loro storia, tradizione, ubicazione e di una riflessione “de futuro” sulla propria stessa essenza, svolta – per autorappresentazione ed autodeterminazione – dalla comunità medesima, attraverso le decisioni dei propri organi elettivi e, prima ancora, attraverso la partecipazione dei cittadini al procedimento pianificatorio. In definitiva, il potere di pianificazione urbanistica non è funzionale solo all'interesse pubblico all'ordinato sviluppo edilizio del territorio in considerazione delle diverse tipologie di edificazione distinte per finalità (civile abitazione, uffici pubblici, opifici industriali e artigianali, etc.), ma esso è funzionalmente rivolto alla realizzazione contenuta di una pluralità di interessi pubblici, che trovano il proprio fondamento in valori costituzionalmente garantiti. Ne consegue che, diversamente opinando, e cioè nel senso di ritenere il potere di pianificazione urbanistica limitato alla sola prima ipotesi, si priverebbe la pubblica amministrazione di un essenziale strumento di realizzazione di valori costituzionali, quali sono almeno quelli espressi dagli articoli 9, comma secondo, 32, 42, 44, 47, comma secondo, Cost».

<sup>16</sup> «Le nuove scelte urbanistiche non richiedono argomentazioni particolari e dettagliate bensì una motivazione evincibile dai criteri e dai principi generali che ispirano il novello strumento urbanistico» (T.R.G.A. Trento, 11 luglio 2012, n.219); il Consiglio di Stato, sulla scia delle decisioni n. 2710/2012 e n. 6040/2012, si è soffermato recentemente sul concetto di urbanistica, affermando «che va al di là della disciplina coordinata dell'edificazione dei suoli in modo da realizzare finalità “più complessive”, connesse, in particolare a quello che è il concetto cardine dell'urbanistica e cioè la regolazione di tutti gli aspetti dell'uso del

con pienezza e in via esclusiva il proprio ruolo di determinazione delle condizioni per un armonico insediamento nel territorio delle imprese commerciali, libere di agire in un quadro di liberalizzazione posto a favore della concorrenza e affrancato dalle ultime incrostazioni protezionistiche delle normative regionali.

D'altra parte gli stessi giudici amministrativi di Palazzo Spada hanno esplicitamente affermato che «le prescrizioni dei piani urbanistici possono porre limiti agli insediamenti degli esercizi commerciali, e dunque anche alla libertà di iniziativa economica, non già per considerazioni di politica economica, ormai estranee al contesto di liberalizzazione di cui il settore in esame risulta pervaso, bensì nell'esercizio della funzione cui i suddetti piani sono preordinati, che è quella di assicurare un ordinato assetto del territorio, con la conseguenza che, proprio la diversità degli interessi pubblici tutelati, consente di attribuire prevalenza al piano urbanistico rispetto a quello commerciale»<sup>17</sup>.

Conseguentemente, in capo alla P.A., per effetto delle norme liberalizzatorie, sorge un obbligo giuridico di ri-esercizio del proprio potere amministrativo (incluso quello di pianificazione) in tutti quei casi in cui le misure amministrative, quale può essere una norma di piano non ispirata a un interesse generale di rango costituzionale, si

---

territorio» (Consiglio di Stato, Sezione IV, 4 settembre 2013, n.4454 e Consiglio di Stato, Sezione IV, 8 luglio 2013, n. 3606.)

<sup>17</sup> Si suggerisce integrale lettura della sentenza: C.d.S., sez. VI, 10 aprile 2012, n.2060.

traducano in un ostacolo all'effettivo esercizio della libertà di iniziativa economica.

L'affermarsi di un mercato liberalizzato preclude alla P.A., dunque, valutazioni concernenti la politica economica, limitando la libertà di agire, in un quadro di liberalizzazione posto a favore della concorrenza, solo quando l'insediamento di un'attività commerciale risulti nocivo all'igiene fisica.

*A contrario*, dobbiamo necessariamente dedurre come debbano essere considerati illegittimi tutti quei dinieghi che si fondano esclusivamente su ragioni urbanistico-edilizie, atteso che si tradurrebbero in un'illegittima restrizione della libertà di iniziativa economica (cfr. T.A.R. Lombardia n. 2271/2013).

Non a caso, conformemente alle suesposte considerazioni, recentemente, con la n. 1186, Sez. VIII, del 25.2.2014, il T.A.R. Campania- Napoli ha puntualmente previsto che la destinazione di zona prescritta dal piano urbanistico non possa a priori circoscrivere le categorie di interventi edilizi assentibili<sup>18</sup>, sostenendo che nelle zone

---

<sup>18</sup> La citata sentenza è la dimostrazione della riluttanza della giurisprudenza amministrativa nei confronti delle previsioni amministrative, ancorché di pianificazione generale, che si traducano in un sostanziale limite all'esercizio dell'attività commerciale. Le previsioni della P.A., comprese quelle contenute nel piano urbanistico generale, possono limitare il libero esercizio delle attività economiche solo quando vi siano ragioni giustificative legate a valori costituzionalmente garantiti. Diversamente le prescrizioni urbanistiche non possono tradursi in un ostacolo alla libertà di stabilimento e nelle zone di territorio destinate a uso pubblico deve essere consentito l'insediamento di una molteplicità di iniziative senza che queste possono essere limitate e circoscritte dalle previsioni di piano. Nello specifico i Giudici Amministrativi, con riferimento alla destinazione di zona "F", nello specifico "F3" (verde pubblico attrezzato), hanno affermato che «è ammessa la realizzazione delle attrezzature pubbliche e di uso pubblico espressamente individuate nelle tavole di zonizzazione e rete viaria allegate, comprendenti

promiscue destinate a servizi, deve ammettersi la presenza di tutte quelle attrezzature, la cui funzione è pubblicistica, non nel senso stretto del termine ma nella misura in cui tali attrezzature, per caratteristiche edilizie ed architettoniche, per dimensioni o per le modalità in cui si inseriscono nel contesto, risultano essere funzionali rispetto ai bisogni della collettività che usufruisce dei servizi di pubblico interesse.

In particolare, i Giudici hanno ribadito come sia da considerare ormai superato l'orientamento che considerava illegittimo il diniego di licenza commerciale per sole ragioni urbanistico-edilizie, in ragione della diversa natura dell'interesse pubblico in materia di commercio da quello edilizia, dovendo necessariamente, in ossequio ai principi proporzionalità e ragionevolezza, coordinare la gestione di una pluralità di interessi pubblici con le aspettative privatistiche scaturenti dalle liberalizzazioni comunitarie.

## **6. Pianificazione urbanistica e attività commerciali: le risposte della giurisprudenza**

---

attrezzature sportive, per lo svago, la cultura e il tempo libero, attrezzature commerciali compatibili con l'uso pubblico, con esclusione degli impianti rumorosi o comunque nocivi all'igiene fisica; si deve ritenere che nella zona F3 valgano le regole seguenti: a) il territorio deve essere destinato all'uso pubblico e non a quello privato; b) il territorio deve essere prevalentemente conservato a verde, per la presenza di vegetazione che deve poter essere fruita dalla collettività; c) sono ammesse, in forma coerente con l'uso pubblico e la conservazione del verde, attrezzature sportive, culturali e per il tempo libero (anche eventualmente gestite da privati); d) sono ammesse anche attrezzature commerciali, che tuttavia debbono essere limitate e debbono essere compatibili con l'uso pubblico e debbono avere quindi una funzione meramente accessoria (come per esempio, un punto di ristoro e una rivendita di giornali)».

In merito alle conseguenze che hanno prodotto, nel nostro ordinamento, le normative tendenti alla liberalizzazione, preme segnalare una recente pronuncia del T.A.R. Puglia – Lecce, 31 ottobre 2016, n. 1641, la quale in merito a tale argomento ha chiarito che normative di tipo protezionistico (come sono le prescrizioni di zona che impongono e predeterminano le funzioni realizzabili in ragione di un asserito potere di carattere organizzativo e finalizzato solo ed esclusivamente all’ordinato sviluppo del territorio) debbono considerarsi abrogate al fine di tutelare le libertà sancite nel TUE e nel TFUE.

Come chiarito dal T.A.R., infatti «emerge da tale reticolo normativo che – nell’ambito del territorio pugliese – l’apertura e/o ampliamento di una media struttura di vendita non costituisce oggetto di un postulato giuridico acquisito, ma si caratterizza in termini di posizione giuridica di vantaggio, da tutelarsi tuttavia nel rispetto di altri interessi pubblico-privati interferenti con quello del privato. Orbene, poiché non risulta che il legislatore regionale abbia effettuato alcuna valutazione, ex novo, di compatibilità della propria normativa con quella risultante dalle cennate previsioni di cui agli artt. 31-34 d.l. n. 201/11 – posto che la normativa di cui alla L.R. n. 24/15 è la stessa, in parte qua, di quella risultante dalla L.R. n. 11/03, antecedente pertanto il suddetto d.l. n. 201/11 – da essa non possono in alcun modo ricavarsi argomenti nel senso dell’illegittimità del rilascio degli impugnati titoli. Pertanto, aderendo alla tesi proposta dalla ricorrente (violazione, ad opera dell’Amministrazione, dell’art. 20 co. 3 L.R. n. 24/15),

il risultato che ne consegue è quello di considerare la normativa regionale incompatibile con quella eurounitaria e nazionale (art. 49 TFUE; art. 31 decreto Salva-Italia). Con la conseguenza – sulla base delle ragioni sopra esposte – dell’abrogazione implicita della prima, per contrasto con le disposizioni chiare, precise e incondizionate della seconda. Il che comporta, quale effetto finale, la legittimità dei titoli rilasciati in (asserito) contrasto con la normativa regionale, ma fedeli e rispettosi del dettato nazionale e sovranazionale».

A conferma della prevalenza delle norme che tutelano la libertà di iniziativa economica, occorre segnalare altresì il recente orientamento intrapreso della Corte Costituzionale, la quale ha ribadito che qualora la pianificazione urbanistica e le prescrizioni di zona dovessero concretizzarsi in misure ostruzionistiche e limitative della libertà di iniziativa economica, le medesime prescrizioni si porrebbero in contrasto con disposizioni, quali la libertà economica degli operatori (artt. 3 e 41 Cost.), l’interesse alla riduzione al minimo dei vincoli amministrativi (rilevante ex art. 97 Cost.) e, infine, quelle sulla competenza statale esclusiva in materia di “tutela della concorrenza” (art. 117, secondo comma, lettera e), così come recentemente affermato dalla sentenza della Corte Costituzionale, 11 novembre 2016, n. 239.

In tale recente pronuncia, il Giudice delle Leggi ha posto un limite alla discrezionalità pianificatoria comunale, stabilendo l’illegittimità delle prescrizioni urbanistiche le quali prevedono che «qualunque struttura commerciale, indipendentemente dalle sue dimensioni e dal suo oggetto,

possa insediarsi nel territorio solo se ciò sia previsto in uno strumento urbanistico comunale, [considerato che ciò] significherebbe condurre la pianificazione urbanistica oltre il proprio limite naturale di prescrizione delle destinazioni generali del territorio, per diventare uno strumento di programmazione dell'attività economica, che pone i presupposti per l'introduzione di vincoli, divieti e disparità di trattamento a base territoriale di intere categorie di attività di commercio o tra attività di commercio analoghe».

Pertanto, alla luce della richiamata giurisprudenza e considerato che sotto il profilo dell'interesse pubblico, l'apposizione di prescrizioni di zona incompatibili con l'esercizio liberalizzato dell'attività commerciale debbono essere supportate da ragioni di rango costituzionale, è ragionevole sostenere che il potere di pianificazione urbanistica perde i suoi connotati di atto generale ampiamente discrezionale, divenendo atto di pianificazione con valenza prescrittiva riconducibile alla tutela di valori costituzionalmente garantiti.

In ragione di quanto innanzi e in contraddizione con i principi di pianificatori consolidatisi nel corso degli anni, parrebbe essersi affermata una rinnovata concezione di pianificazione urbanistica, in linea con quanto è stato ripetutamente sostenuto dal Consiglio di Stato in materia di poteri pianificatori della P.A.: il potere di pianificazione dei suoli non deve limitarsi ad essere un mero coordinamento delle potenzialità edificatorie dei suoli.

Tale principio è stato affermato nella sentenza sul

piano regolatore di Cortina d'Ampezzo (n.2710/2012) che, come ampiamente noto agli operatori del settore, rappresenta una pietra miliare della nuova concezione di governo del territorio, visto che identifica nel PRg non più uno strumento di gestione delle potenzialità volumetriche delle aree di proprietà privata, ma un atto funzionalizzato al coordinamento delle potenzialità del territorio anche per il perseguimento di finalità economico-sociali.

La citata sentenza del Consiglio di Stato (sez. IV, n. 2710/2012) ha il pregio di restituire in capo all'Amm.ne un ampio potere conformativo dei suoli, al fine di orientare lo sviluppo del territorio ai fini economico-sociali, senza aver riguardo solo ed esclusivamente della proprietà privata, ma contemperando il valore della proprietà, che deve comunque essere orientato a fini sociali *ex art. 42 Cost.*, e tutti gli altri valori costituzionalmente garantiti dagli artt. 9, secondo comma, 32, 44 e 47.

In sostanza, vero è che la Costituzione garantisce la piena esplicazione del diritto di proprietà, ma per altro verso garantisce anche la tutela del paesaggio, della salute, dell'ambiente e dunque di uno sviluppo del diritto di proprietà che persegua delle finalità economico-sociali.

Rientra il tutto nel più ampio concetto di “governo del territorio”, al quale il legislatore si è rifatto dopo le modifiche legislative, che hanno fatto sì che il termine urbanistica sia stato sostituito con una accezione più ampia del termine, che ricomprenda tutte le attività finalizzate allo sviluppo del territorio.



L'errore di fondo compiuto in passato, è stato quello di associare il diritto di proprietà allo sviluppo edificatorio delle aree di proprietà privata, come se la volumetria rappresentasse l'unico sviluppo possibile del diritto di proprietà; così non è ed infatti è la nostra stessa Costituzione a dettare una garanzia per il diritto di proprietà garantendone però un orientamento a fini sociali. Non a caso la più recente giurisprudenza amministrativa si dirige in tal senso e ribadisce concetti fondamentali riguardo il diritto di proprietà, quando si afferma che relativamente alla c.d. compressione dello *jus aedificandi*, una «destinazione di interesse economico sociale impressa ad un'area dalle norme del P.R.G. (es. Verde privato turistico balneare) rientra certamente tra quelle che possono realizzarsi attraverso l'apposizione di vincoli di conformazione tipologica, e non di incisione singolare, delle facoltà di godere e disporre del bene, assicurandone per tale via la funzione sociale, secondo le modalità a tale scopo contemplate dalla disciplina costituzionale della proprietà»<sup>19</sup>.

Tale decisione rappresenta un'ulteriore conferma di quanto detto in precedenza, infatti implicitamente si è sostenuto come la tutela del diritto di proprietà non sia garantita solo ed esclusivamente dal riconoscimento di uno *jus aedificandi* al privato, ma possa benissimo trovare un'esplicazione anche in altre conformazioni dell'area, che garantiscano allo stesso tempo un contenuto minimo del diritto di proprietà bilanciato con altri interessi di pari dignità

---

<sup>19</sup> Cfr. Cons. Giust. Amm. Sic., 28 settembre 2012, n. 840.

costituzionale e nel rispetto delle finalità sociali dettate dall'art. 42 Cost.

D'altronde il giudice amministrativo umbro con una recente decisione sulla presunta illegittimità della conformazione del suolo per mancato riconoscimento di un pieno diritto di edificare, ha colto l'occasione anche per sottolineare nuovamente come il potere pianificatorio di conformazione dei suoli non incontri limiti invalicabili neanche nel diritto comunitario<sup>20</sup>.

Infatti seppur l'art. 1 della normativa CEDU tutela ampiamente il diritto di proprietà, "preme evidenziare come la disciplina sovranazionale contenuta nella C.E.D.U., ed in particolare nell'art 1 del Protocollo Addizionale, anche a seguito dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona (1 dicembre 2009), diversamente dalla Carta di Nizza, non ha assunto forza di diritto comunitario (secondo tesi pur sostenuta, v. Consiglio di Stato, Sez. IV, 2 marzo 2010 n.1220; T.A.R. Lazio Roma, Sez. II bis 18 maggio 2010, n.11984) bensì di "norma costituzionale interposta" ex art 117 c. 1 Cost. (cfr. Corte Costituzionale 11 marzo 2011 n. 80, id. 24 ottobre 2007 nn. 348 e 349).

Tale particolare collocazione nel quadro delle fonti dell'ordinamento non esime il giudice dal dovere di verificarne la conformità con tutte le norme costituzionali, rimanendo appunto la Convenzione C.E.D.U. pur sempre ad un livello

---

<sup>20</sup> In tal senso, v. P.L. PORTALURI, *Primaauté della pianificazione urbanistica e regolazione delle attività commerciali*, in *Scritti in onore di P. Stella Richter*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2013;

sub-costituzionale (Corte costituzionale 24 ottobre 2007 n. 348) con la conseguenza di non poter eludere lo stesso principio fondamentale della conformazione del diritto di proprietà alla funzione sociale e all'interesse generale (artt. 42, 43 Cost.).

D'altra parte, la possibilità di limitare l'indiscriminato ed esponenziale insediamento di nuove strutture commerciali deve incontrare un limite, che è stato già sancito del Trattato e a tale logica risponde la capacità del piano urbanistico di limitare tali insediamenti.

A tal proposito, è possibile affermare che – diversamente da quanto affermano i fautori della libertà di iniziativa economica senza limiti né freni – anche dopo la direttiva comunitaria 2006/123/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 12 dicembre 2006, relativa ai servizi nel mercato interno (c.d. Bolkestein) recepita in Italia mediante il d.lgs. 26 marzo 2010, n. 59 – gli interessati non possono accampare un incondizionato diritto soggettivo all'esercizio dell'iniziativa economica quali che siano gli interessi in conflitto (la sentenza parla di diritto soggettivo «che non è tendenzialmente sottoposto ad alcun provvedimento ampliativo teso a verificarne la compatibilità con l'interesse pubblico»; dal che il superamento «relativamente alle attività rientranti nell'ambito di applicazione del d.lgs. n. 59/2010, il principio per il quale gli atti generali e regolamentari non vanno motivati»<sup>21</sup>).

---

<sup>21</sup> In tal senso, cfr. T.A.R. Umbria - Perugia Sez. I, Sentenza, 21 gennaio 2013, n. 29.

Anche a tutto per ipotesi concedere circa il preteso primato assoluto dell'attività di impresa (prescindendo dai limiti costituzionali ad es. dell'art. 41, secondo comma, Cost. – per il quale l'iniziativa economica privata «non può svolgersi in contrasto con l'utilità sociale o in modo da recare danno alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana» – e da considerazioni di sistema, che non accorda preferenza all'iniziativa economica su qualsivoglia altro interesse), quella stessa specifica normativa – la cui finalità è di garantire le libertà di stabilimento e di circolazione dei servizi – afferma che la liberalizzazione dell'attività di impresa incontra limitazioni o deroghe che ben possono essere giustificate dalla prevalenza dell'interesse generale, che è espresso mediante l'icastica e ritornante – nella stessa produzione giurisprudenziale e normativa dell'Unione europea – formula dei “*motivi imperativi di interesse generale*”, ancorché “*nel rispetto dei principi di proporzionalità e non discriminazione*” (v. ad es. Considerando 40 della Direttiva; artt. 8, lett. h) e 12 D.lgs. n.59 del 2010)<sup>22</sup>.

Il che, del resto, è – seppur contraddittoriamente con la detta conclusione – affermato dalla stessa sentenza impugnata laddove riconosce che l'iniziativa economica «può essere limitata solo per motivi imperativi di interesse generale». Tra questi, a detta del Considerando 40 della Direttiva e dell'art. 8, lett. h) d.lgs. n.59 del 2010, rientrano la «pubblica sicurezza» e la «sicurezza stradale».

---

<sup>22</sup> In tal senso, cfr. Corte Cost., 19 dicembre 2012, n. 291.

## 6.1. Liberalizzazioni e orientamenti della Corte di Giustizia Europea

Analizzando la direttiva, si è visto che l'art.15, paragrafo II lett. a) ricomprende le restrizioni quantitative e territoriali tra le tipologie di requisiti che potrebbero essere idonei a «sensibilmente limitare, se non addirittura impedire l'accesso ad un'attività o il suo esercizio»<sup>23</sup>.

A titolo esemplificativo, tra le molteplici pronunce della Corte di Giustizia concernenti le restrizioni territoriali<sup>24</sup>, indicativo è il caso deciso dalla seconda sezione della Corte di Giustizia, 24 marzo 2011<sup>25</sup>.

---

<sup>23</sup> V. Considerando n. 69 della Direttiva 123/2006/CE.

<sup>24</sup> Sia qui consentito richiamare altresì la nota sentenza HARTLAUER, 10 marzo 2009, Causa C-169/07, *Hartlauer contro Wiener*, si tratta di una sentenza pronunciata a seguito di una domanda pregiudiziale sollevata dal Verwaltungsgerichtshof e concernente le restrizioni quantitative vietate; per quanto concerne le restrizioni territoriali merita di essere richiamato altresì il caso ATTANASIO, la Corte di Giustizia (sezione terza, 11 marzo 2010, C-384/08) si è pronunciata sulla domanda pregiudiziale proposta dal T.A.R. Lazio, nella causa Attanasio Group S.r.l. contro il Comune di Carbognano. Nel caso di specie, è stata considerata una restrizione territoriale non adeguatamente giustificata la disciplina introdotta con la legge regionale del Lazio, che subordinava l'apertura di nuovi impianti stradali di distribuzione di carburanti all'osservanza di distanze minime rispetto ad altri impianti analoghi. A parere della Corte, le finalità addotte dal governo Italiano, *id est* la finalità di sicurezza stradale e di tutela ambientale, sanitaria e di razionalizzazione del servizio reso agli utenti avrebbero potuto essere realizzate con misure meno restrittive, ad esempio attraverso una valutazione operata caso per caso dal Comune in sede di rilascio del titolo autorizzatorio. Per tale ragione, questa restrizione non è apparsa idonea ad essere giustificata dai motivi imperativi di interesse generale.

<sup>25</sup> Causa C-400/08, avente ad oggetto il ricorso per inadempimento proposto dalla Commissione europea nei confronti del Regno di Spagna per non aver adempiuto agli obblighi ad esso incombenti ai sensi dell'art.49 TFUE (ex art.43TCE) per aver introdotto una disciplina nazionale e locale tale da imporre ingiustificate restrizioni allo stabilimento di centri commerciali in Catalogna.

In questa sentenza, la Corte è intervenuta sulla dibattuta tematica relativa alle condizioni di apertura e di localizzazione di grandi esercizi commerciali (superfici di vendita superiori a 250mq) che possono essere poste dai legislatori e dalle amministrazioni. Si tratta di una sentenza significativa perché contribuisce a fornire importanti elementi per la definizione del rapporto tra libertà d'intrapresa e principi comunitari.

In sostanza, l'oggetto giuridico della pronuncia ha riguardato: 1) i limiti della discrezionalità del legislatore statale nel fissare la disciplina procedurale per la localizzazione di nuovi grandi esercizi commerciali; 2) i limiti e la discrezionalità delle amministrazioni locali per il rilascio/diniego dell'autorizzazione<sup>26</sup>.

Più nel dettaglio nella fattispecie, la Commissione ha richiesto ai giudici europei di verificare la compatibilità con l'art. 43 TCE (oggi art.49 TFUE) della disciplina relativa all'insediamento di strutture di vendita di grandi dimensioni ed ipermercati - applicabile nella Comunità autonoma della Catalogna - costituita dalle disposizioni legislative dello Stato spagnolo e da atti amministrativi.

Per quel che qui interessa, in primo luogo la Commissione ha censurato le disposizioni legislative statali che ponevano una serie di limiti territoriali e superficiali concernenti: a) il divieto di insediare grandi esercizi

---

<sup>26</sup> In questo senso A. CASSATELLA, *Condizioni di apertura di grandi esercizi commerciali: la Corte di giustizia fissa alcuni limiti per legislatori ed amministrazioni statali*, in *Giurisprudenza Italiana*, 1/2012.

commerciali al di fuori degli agglomerati urbani di un limitato numero di comuni; b) consentire la localizzazione sulla base del fabbisogno indicato dal piano territoriale, approvato con decreto legislativo, atto ad introdurre limitazioni alle superfici di vendita per ogni provincia e comune.

Specificamente era stato posto il divieto d'insediare grandi esercizi commerciali ed ipermercati in 37 province su 41 della Catalogna, mentre nelle restanti 4 province l'insediamento sarebbe stato possibile solo a specifiche condizioni, essendo stato peraltro fissato un limite superficiale massimo di 23667mq. da distribuire in sei Comuni, oltre i limiti relativi ai generi di consumo commerciabili<sup>27</sup>.

In secondo luogo, la Commissione ha censurato la disciplina concernente le condizioni per il rilascio dell'autorizzazione.

Era stato, infatti, stabilito l'obbligo per l'Amministrazione locale competente di: i) considerare l'esistenza di strutture commerciali analoghe nelle zone interessate; ii) valutare gli effetti dell'insediamento sull'assetto del territorio e sull'offerta ai consumatori, iii) di redigere una relazione sulla quota di mercato raggiunta dalla nuova impresa; iv) consultare preventivamente il Tribunale di tutela della Concorrenza; v) ottenere il previo parere del Comitato per le strutture commerciali, costituito non solo dai rappresentanti degli enti locali interessati ma anche da quelli

---

<sup>27</sup> Queste strutture non avrebbero dovuto assorbire più del 9% della spesa per i beni di largo consumo, ovvero il 7% per i beni non di uso corrente.

del settore commerciale e quindi dai potenziali concorrenti del richiedente l'autorizzazione.

Con riferimento al primo gruppo di censure, i giudici di Lussemburgo hanno affermato che in linea di principio, ciascuno Stato è libero di fissare la normativa riguardante la localizzazione e la disciplina procedimentale per il rilascio delle autorizzazioni per le grandi strutture di vendita.

Tuttavia, occorre tener presente l'impossibilità di adottare misure che ostacolino o scoraggino l'esercizio di un'attività d'impresa e il suo stabilimento. Cionondimeno limitazioni alle localizzazioni di imprese al commercio possono essere poste, purché tali da non creare discriminazioni, proporzionali e giustificate da motivi di carattere generale<sup>28</sup>.

Quest'ultimi, sulla base di una consolidata giurisprudenza, sono costituiti dalla necessità di garantire una razionale gestione del territorio, la protezione dell'ambiente, la tutela dei consumatori<sup>29</sup>, ma non da esigenze prettamente

---

<sup>28</sup> In questo senso Corte di Giustizia, Grande sezione 16 dicembre 2010, C-89/09 Commissione/Francia. In tal senso si riporta il punto 50: «Secondo una giurisprudenza costante, le restrizioni alla libertà di stabilimento, che siano applicabili senza discriminazioni basate sulla nazionalità, possono essere giustificate da motivi imperativi di interesse generale, a condizione che siano atte a garantire la realizzazione dell'obiettivo perseguito e non vadano oltre quanto necessario al raggiungimento dello stesso (v. citate sentenze Hartlauer, punto 44; Apothekerkammer des Saarlandes e A., punto 25, nonché Blanco Pérez e Chao Gómez, punto 61)».

<sup>29</sup> Per la protezione dell'ambiente deve essere richiamata, *ex multis*, la già citata sentenza ATTANASIO GROUP; per la razionale gestione del territorio sentenza n. 1 ottobre 2009, Causa C-567/07 punto 29; per la tutela dei consumatori 13 settembre 2007, Causa C-260/04 Commissione/Italia.



economiche come la pretesa di garantire un equilibrio tra le strutture commerciali o la protezione di una data categorie d'impresa<sup>30</sup>.

Tenendo conto di tali parametri, nel caso di specie la Corte ha ritenuto che, in astratto, le limitazioni territoriali all'insediamento delle strutture commerciali e le restrizioni concernenti la dimensione dei grandi esercizi poste dal legislatore spagnolo avrebbero potuto essere compatibili con gli interessi dell'ambiente e del territorio.

Nonostante ciò, la normativa non ha superato il vaglio di legittimità comunitaria, infatti per il giudice comunitario ciascuno Stato è tenuto ad esporre elementi sufficienti e circostanziati che illustrino le ragioni concrete della deroga, non essendo sufficiente un generico riferimento ai motivi imperativi.

Più nel dettaglio, il Regno di Spagna ha violato gli obblighi derivanti dall'appartenenza all'Unione poiché non ha addotto adeguate motivazioni a supporto della misura adottata che rivelassero in concreto la sua effettiva necessità.

Invero, nel caso di specie il piano territoriale, relativo alla stima del fabbisogno di nuove strutture commerciali, era completamente privo di un'analisi concernente l'opportunità e la proporzionalità delle misure restrittive. Per questo motivo, le restrizioni sulla possibilità di aprire nuovi grandi esercizi commerciali nel territorio della Comunità autonoma della Catalogna sono state considerate non adeguatamente

---

<sup>30</sup> In tal senso anche sentenza Corte di Giustizia, 15 aprile 2010, causa C-96/08.

giustificate<sup>31</sup>.

Con riferimento al regime delle autorizzazioni commerciali, la Corte di Giustizia ha condiviso la posizione dello Stato spagnolo ritenendo che la previsione di un controllo *ex ante* fosse la misura più idonea a garantire la tutela dell'ordinato assetto del territorio, giacché il controllo a posteriori per l'insediamento dei grandi centri commerciali avrebbe costituito un'alternativa “*meno efficace e più costosa*”.

Pur avendo mantenuto il regime autorizzatorio, i giudici hanno censurato alcuni presupposti previsti per il rilascio delle autorizzazioni, riducendo i margini decisionali dell'amministrazione. Infatti, sono state considerate valutazioni istruttorie di natura economica non giustificate da motivi d'interesse generale sia il menzionato obbligo dell'autorità competente di redigere una relazione sugli effetti dell'insediamento dell'impresa sulla struttura del mercato e sugli esercizi preesistenti, nonché l'obbligo di acquisire il previo parere del Comitato delle strutture commerciali, a causa della sua composizione.

Il caso in esame dunque insegna che il legislatore statale nel disciplinare la localizzazione e la procedura per il rilascio dell'autorizzazione dei medi e grandi centri commerciali non è libero.

La sua discrezionalità è limitata dai parametri europei

---

<sup>31</sup> Punti 86 e 89 della sentenza Corte di Giustizia, 15 aprile 2010, causa C-96/08.

che impongono gli interessi sovranazionali dei quali tener conto nell'introduzione delle limitazioni amministrative (localizzazione, autorizzazioni).

Inoltre «la pronuncia sembra stabilire un netto collegamento fra forma dell'azione amministrativa ed interessi generali cui è finalizzato l'esercizio del potere»<sup>32</sup>, quindi la scelta degli adempimenti procedurali necessari per ottenere l'autorizzazione non può considerarsi neutrale e fine a sé stessa<sup>33</sup>.

Il legislatore deve predisporre una procedura che preveda adeguati adempimenti amministrativi atti a tutelare e bilanciare gli interessi in gioco. Come osservato da acuta dottrina, queste limitazioni della discrezionalità del legislatore si traducono in altrettanti limiti della discrezionalità riconosciuta alle amministrazioni nazionali competenti.

In particolare, le decisioni delle amministrazioni debbono “*osservare uno standard minimo di attendibilità*” attraverso l'adempimento dell'onere di motivazione degli atti, che dia debito conto delle ragioni e degli accertamenti istruttori realizzati in concreto, e dei criteri seguiti per la localizzazione e per il rilascio del titolo autorizzatorio.

Peraltro, dalla pronuncia sembrerebbe che tale obbligo istruttorio e motivazionale debba essere adempiuto non solo in sede di rilascio del titolo autorizzatorio ma altresì a monte in

---

<sup>32</sup> Cit. A. CASSATELLA, *Condizioni di apertura di grandi esercizi commerciali: la Corte di giustizia fissa alcuni limiti per legislatori ed amministrazioni statali*, op.cit, p. 184.

<sup>33</sup> Questo spiega la censura della Corte in merito ad alcune condizioni procedurali previste per il rilascio dell'autorizzazione.

sede di pianificazione del territorio, pertanto anche nei casi in cui il potere amministrativo si estrinsechi in atti amministrativi generali o regolamentari<sup>34</sup>.

Quanto detto conferma che la Corte di Giustizia sin da questa pronuncia ha voluto indicare i parametri di valutazione dei quali tener conto al fine di verificare la legittimità delle restrizioni territoriali alla libertà d'iniziativa economica. I suddetti parametri sono quelli dell'effettiva necessità, proporzionalità, della coerenza e della sistematicità.

Tali criteri di giudizio, indicati dalla Corte di Giustizia, sono necessari e rappresentano una linea guida per i Giudice nazionali, in quanto consentono di evitare che le restrizioni introdotte dagli Stati membri possano tradursi in forme di protezionismo contrarie al mercato unico europeo<sup>35</sup>.

## **7. Conclusioni: dai regimi autorizzativi alle funzioni di controllo**

Le ricadute delle suesposte riflessioni sono di varia

---

<sup>34</sup> Per queste conclusioni alle quali si aderisce si rinvia ad A. CASSATELLA, *Condizioni di apertura di grandi esercizi commerciali: la Corte di giustizia fissa alcuni limiti per legislatori ed amministrazioni statali*, op.cit. Peraltro, a conferma di quest'ultimo passaggio si rammenti che, nella sentenza esaminata, la Corte ha richiesto l'attendibilità e la proporzionalità delle scelte realizzate proprio dal piano territoriale per le strutture commerciali.

<sup>35</sup> In questo senso i seguenti autori: F. FERRARO, *Restrizioni quantitative e territoriali nel diritto dell'Unione :dalla libera circolazione delle merci al diritto di stabilimento*, in *Il diritto dell'unione europea*, 3/2011; R. GISONDI, *Potere di pianificazione urbanistica e libertà di stabilimento: le nuove regole del sistema alla luce del diritto comunitario*, in *Giustamm.it*, anno XII, febbraio 2016; A. CASSATELLA, *Condizioni di apertura di grandi esercizi commerciali: la Corte di giustizia fissa alcuni limiti per legislatori ed amministrazioni statali*, op.cit.

natura e di ampia portata. Il diritto amministrativo si evolve, fortemente contaminato dalle spinte liberistiche di origine comunitaria e perde la sua originale connotazione formalistica e prettamente provvedimentale.

Ciò va a discapito del potere amministrativo, che perde i suoi originari connotati, basati sull'imperatività e l'autoritarità ma non possiamo e non dobbiamo parlare di tramonto del potere amministrativo.

Considerare la P.A. quale soggetto privato non depositario di potere pubblico sarebbe quantomeno fuorviante, ma, soprattutto non consentirebbe di comprendere appieno le fondamenta su cui si basa il diritto amministrativo di nuova generazione.

È senz'altro corretto evidenziare come a fronte dell'espansione dell'ambito applicativo degli atti amministrativi "*privatistici*", quali la S.C.I.A. o gli accordi sostitutivi del provvedimento *ex art.* 11 l. 241/90, vi sia una forte contrazione dello spazio operativo del classico provvedimento amministrativo; ciò non deve trarre in inganno, atteso che il potere amministrativo continua a pervadere l'azione della Pubblica Amm.ne anche se si sostanzia in forme differenti, meno invasive e che aspirano all'efficienza, alla buona amministrazione e alla semplificazione.

Il potere amministrativo, come tutti gli istituti giuridici, si sta evolvendo in nuove forme, sta abbandonando la classica forma provvedimentale per approdare a nuovi lidi, ove troverà nuove modalità di esplicazione. Il Controllo *ex post*, il potere di autotutela e i regimi autorizzatori prescritti quando entrino

in gioco interessi pubblici particolarmente rilevanti quali ambiente, pubblica sicurezza, finanze pubblica e difesa nazionale, sono presidi del potere amministrativo importanti e inattaccabili anche per l'ordinamento comunitario.

L'ondata liberalizzatrice comporta però un'attenta riflessione e rivisitazione dei classici dogmi del diritto amministrativo.

La Pubblica Amministrazione, anche lì dove perde le sue funzioni autorizzatorie per operare in regime di controllo *ex post*, riducendo la pervasività dell'azione amministrativa, non può prescindere dall'esercizio di una funzione di controllo per verificare la conformità tra l'esplicazione dei “*diritti*” dei privati e la disciplina pubblicistica che detta le regole del gioco.

Non casualmente si è fatto uso del termine “*diritto*”, atteso che buona parte della dottrina, a seguito delle innovazioni improntate sui principi della semplificazione e liberalizzazione, ha inteso dare una nuova qualificazione alle situazioni giuridiche spettanti al privato. Così in materia di autorizzazioni commerciali si è detto che il privato vanta un diritto soggettivo e che l'Amm.ne non possa far altro che subire passivamente l'iniziativa del cittadino, che rispetta i requisiti di legge e può intraprendere la propria attività senza sottostare alla discrezionalità amministrativa.

In realtà una tale estremizzazione non è propriamente corretta e non corrisponde a verità, in quanto non possiamo certamente parlare di diritto soggettivo propriamente detto.

Come abbiamo visto, infatti, il potere amministrativo è

ancora presente, anche se sotto nuove vesti e tuttora permane una *primatuè* amministrativa.

Quello che deve essere ripensato è il momento e i modi in cui si sostanzia tale primato. Se in passato il potere amministrativo era arbitro delle sorti dei privati mediante esercizio autoritativo del potere, oggi non si può dire che non lo sia ugualmente ma con regole diverse.

In passato, l'accesso al mercato era sottoposto a regime autorizzatorio con provvedimenti che potevano essere contestati dai privati per profili motivazionali e di ragionevolezza.

In tale quadro amministrativo, gli atti generali di pianificazione (economica e urbanistica) erano tradizionalmente concepiti come atti a contenuto generale che non necessitavano di una specifica motivazione essendo sufficiente che quest'ultima fosse generica, atteso che la valutazione degli interessi era posticipata in un secondo momento in concomitanza con l'emanazione dell'atto autorizzativo.

Oggi la prospettiva deve necessariamente mutare, atteso che si è perso il momento valutativo-discrezionale che connotava l'atto autorizzatorio.

A fronte di tale perdita, è errato sostenere che sia venuto meno il potere amministrativo per lasciar spazio a un'attività amministrativa privatizzata, ma è ragionevole sostenere che la fase discrezionali delle valutazioni amministrative si è spostata, viene anticipata negli atti generali di pianificazione che stanno a monte. Verrebbe da dire che gli atti pianificatori,

su tutti il Piano Urbanistico Generale nelle sue molteplici declinazioni regionali, predeterminano gli usi del territorio a monte, mentre la licenza, il provvedimento perde la sua funzione attributiva.

In definitiva, si vuole offrire una nuova visione dell'attività amministrativa anche alla luce delle liberalizzazioni comunitarie, e lungi dal voler accantonare il potere amministrativo, è necessario mutare l'approccio superando i dogmi che hanno contraddistinto il diritto amministrativo durante il secolo scorso.

I regimi liberalizzati devono essere bilanciati da pregnanti ed efficaci forme di controllo ma anche da atti amministrativi di pianificazione a monte ragionevoli e adeguati.

È forse arrivato il momento di affermare che anche l'atto di pianificazione generale deve essere accompagnato da specifica e pregnante motivazione in tutti quei casi in cui predetermina le regole del gioco e crea gioco forza delle disparità di trattamento.

Solo ed esclusivamente in questo modo riusciremo a controllare e ordinare le attività liberalizzate, garantendo uno sviluppo economico-territoriale sostenibile, attribuendo vantaggi economici nei casi in cui ricorrano i requisiti, facendo sempre ricorso al pregevole canone di proporzionalità tanto caro all'ordinamento europeo.



**CAPITOLO III**  
**L’AFFERMAZIONE E LE RICADUTE APPLICATIVE DEL**  
**PRINCIPIO DI CONCORRENZA NELLA DISCIPLINA DELLE**  
**CONCESSIONI DI BENI PUBBLICI**

SOMMARIO: 1. Concessione di bene pubblico e principio di concorrenza: la pubblicità nell’affidamento di beni e servizi di scarsa reperibilità. – 2. Concessioni: genesi dell’istituto e qualificazione giuridica. – 3. Concessioni demaniali e principi di evidenza pubblica sanciti dal legislatore comunitario. – 4. L’incompatibilità delle proroghe *ex lege* con i principi sanciti dall’ordinamento comunitario. – 5. La pronuncia della Corte di Giustizia Europea del 14 luglio 2016 (C-458/14 e C-67/15) sull’illegittimità dei meccanismi di proroga *ex lege*. – 6. 6. La pubblicità e la trasparenza in tutte le occasioni di guadagno: il caso delle concessioni prodromiche alla realizzazione di porti turistici. – 6.1. L’Esame del Progetto e l’individuazione del concessionario. – 7. *Project financing* e concessioni di beni pubblici: l’esperibilità della procedura di *project financing* per la realizzazione di strutture portuali su aree oggetto di concessione demaniale. – 8. Prospettive di riforma e tutela delle posizioni giuridiche soggettive.

**1. Concessione di bene pubblico e principio di concorrenza: la pubblicità nell’affidamento di beni e servizi di scarsa reperibilità**

L’esigenza di affermare l’operatività dei principi di evidenza pubblica anche con riferimento alle concessioni di

beni pubblici si inserisce in un'organica evoluzione normativa, dottrinarie e giurisprudenziale, diretta a ricondurre l'attribuzione di tutte le fattispecie concessorie al rispetto dei principi di matrice comunitaria di imparzialità e di trasparenza.

Preliminare allo studio di tale complessa e articolata tematica è lo svolgimento di un'attenta indagine in ordine alla natura giuridica della categoria provvedimentale delle "concessioni di beni pubblici".

Ai fini di una precisa individuazione dei confini dell'istituto, autorevole dottrina ha rilevato che «il nucleo tradizionalmente più significativo delle fattispecie ritenute concessorie corrisponde a quelle ipotesi in cui l'amministrazione attribuisce a terzi, con il loro consenso, il godimento di utilità relative a beni pubblici (demaniali e patrimoniali indisponibili) oppure la possibilità di esercitare pubblici servizi o di realizzare opere pubbliche o di compiere l'una e l'altra cosa insieme (costruzione dell'opera ed esercizio a cui l'opera è destinata)»<sup>1</sup>.

La fattispecie oggetto di indagine nel presente lavoro è evidentemente riconducibile alla prima ipotesi concernente la concessione di beni patrimoniali demaniali, in relazione alla quale la dottrina sopra citata ha puntualizzato che «in effetti, quando l'amministrazione concede un qualche cosa di sua spettanza a fronte dell'assunzione di certi obblighi, è del tutto normale pensare a modelli contrattuali e privatistici, sia in materia di diritti di godimento su beni pubblici, che di servizi e opere pubbliche (ove l'istituto della concessione ha un

---

<sup>1</sup> V. F. MASTRAGOSTINO, *La collaborazione pubblico-privato e l'ordinamento amministrativo*, Torino, 2011.

formidabile concorrente in quello dell'appalto...»<sup>2</sup>.

Già dalla lettura di tali succinte considerazioni, emerge chiaramente un *quid* di continuità tra concessione e contratto e tra alcune tipologie di concessione ed appalto.

Ciò posto, si pone la questione del perché la fattispecie concessoria sia stata tradizionalmente ricostruita nel nostro ordinamento in termini provvedimentali piuttosto che contrattuali.

Sotto tale profilo, essenziale e determinante è stato il contributo di O. Ranelletti, il quale, nel contesto del primo novecento italiano, ha elaborato la concezione di concessione come atto amministrativo proprio.

Ranelletti esclude, in primo luogo, la possibilità di distinguere le concessioni di lavori pubblici o di lavori e gestione insieme, alle quali la dottrina precedente aveva riconosciuto natura contrattuale o, quantomeno, mista, contrattuale e provvedimentale, da altre tipologie concessorie, quali le concessioni di beni pubblici, argomentando il suo ragionamento con la riduzione della dichiarazione di volontà dell'aspirante o effettivo concessionario a mero atto di diritto privato che accede alla concessione.

Epilogo naturale di questa impostazione è che la sostanza dell'atto concessorio è «tutto e soltanto nell'atto amministrativo, che lo contiene, sicché ciò che nei contratti è perfezionamento e compimento della dichiarazione di volontà, nelle concessioni è atto unico di dichiarazione; e la concessione non solo è perfetta, ma comincia ad esistere

---

<sup>2</sup> Cfr. nota precedente, *ut supra*.

quando si perfeziona l'atto che la contiene»<sup>3</sup>.

In altri termini, la concessione è, come oggi diremmo, un provvedimento amministrativo composto e formato da atti separati tra loro ma intimamente connessi: «l'atto del privato è un atto unilaterale di diritto privato; l'atto dell'ente, che fa la concessione, è un atto amministrativo propriamente detto, quindi speciale, proprio, d'impero, unilaterale. E questi due atti sono tra loro intimamente uniti e compenetrati; la concessione è la *causa obligationis* del privato; l'obbligazione del privato però non può costituire la causa della concessione, perché questa, come atto d'impero, trova la sua causa negli scopi di interesse generale, che l'ente concedente deve raggiungere»<sup>4</sup>.

La *ratio* sottesa alla suesposta ricostruzione teorica della concessione in termini provvedimentali, risiede nel tentativo di dare concreta soluzione a un'annosa problematica di carattere pratico, considerato che nel primo novecento italiano si discusse lungamente della sorte delle concessioni di pubblica illuminazione, spesso assentite per periodi ultradecennali.

Se, infatti, la concessione fosse stata qualificata in termini contrattuali (o, comunque, negoziali), le sopravvenute e mutate esigenze pubbliche, quali l'introduzione dell'illuminazione elettrica, che avrebbe consentito cospicui risparmi di denaro per la collettività, non avrebbero legittimato lo scioglimento del vincolo.

In tal caso, l'amministrazione avrebbe potuto inserire

---

<sup>3</sup> V. R. CARANTA, *I contratti pubblici*, Torino, 2012.

<sup>4</sup> Cfr. nota precedente, *ut supra*.

clausole di recesso negli accordi concernenti il servizio di pubblica illuminazione, ad esclusivo danno del contraente privato.

Riconosciuta, al contrario, natura provvedimentoale all'istituto, all'amministrazione veniva offerta la possibilità liberarsi dal vincolo a suo tempo assunto senza alcun costo.

L'istituto della concessione, e più in particolare la *species* della concessione di opere pubbliche, che – si è detto – nasce come provvedimento amministrativo, ha subito, in un secondo momento, un'ulteriore “perversione”, nel senso che il ricorso alla fattispecie concessoria serviva per evitare la gara pubblica (richiesta, invece, in ossequio alla normativa comunitaria, per gli appalti di lavori per la selezione del contraente privato).

Facendo leva sull'unilateralità del provvedimento, l'amministrazione poteva, infatti, “aggirare” il principio di concorrenza. La reazione dell'ordinamento comunitario, tuttavia, non si è fatta attendere, nel senso che il “normatore” europeo ha operato una rielaborazione dell'istituto della concessione in termini contrattuali, attenendosi ad uno stretto pragmatismo, finalizzato ad asseverare sotto il regime di concorrenza tutte quelle figure giuridiche che presentassero analoga funzione sul piano economico – sociale.

La strumentalizzazione dell'istituto della concessione al mero scopo di evitare l'esperimento della gara pubblica è stata, infatti, fortemente censurata a livello comunitario.

Ed è proprio al fine di prevenire un utilizzo fraudolento della normativa che la Direttiva 2004/18/CE, all'art. 1, ha qualificato tanto la concessione di lavori quanto quella di servizi come un contratto in cui la prestazione a

favore del concessionario consiste nel diritto a gestire l'opera o il servizio, traendone una remunerazione.

Ciò al fine evidente di evitare la reiterazione di condotte elusive del principio di concorrenza.

Sebbene la rilevanza di tale tipologia di concessione, oggi innovata e definitivamente normata dal recente D.lgs. n. 50/2016 che ha recepito una specifica direttiva comunitaria (2014/23/CE) dettata per le concessioni di lavori, servizi e forniture, l'oggetto di indagine del presente lavoro si focalizzerà sulle concessioni di bene pubblico, le quali non trovano apposita normazione neppure nell'ordinamento europeo.

Tuttavia, è doveroso segnalare come il diritto comunitario abbia comunque inciso sulla disciplina giuridica delle concessioni, considerata la portata e la cogenza delle normative dettate in materia di liberalizzazioni e circolazione delle merci, dei servizi e dei capitali che lambiscono, trasversalmente, svariati settori, fra i quali rientra quello delle concessioni di bene pubblico.

Al fine di distinguere le due fattispecie, giova evidenziare come, mentre nella fattispecie delle concessioni di cui al d.lgs. n. 50/2016 l'esigenza di operare in un regime concorrenziale scaturisca dalla remunerazione che il soggetto concessionario percepisce in esito all'aggiudicazione della procedura ad evidenza pubblica (remunerazione che a differenza di quanto avviene negli appalti pubblici deriva dal diritto di gestire l'opera realizzata), nelle concessioni di bene pubblico tale remunerazione non è presente.

Nella suddetta fattispecie, infatti, ove un bene pubblico viene concesso in uso a un determinato soggetto,

ancor più che nell'ipotesi di concessione di lavori in cui si configura l'affidamento di un appalto per la realizzazione e gestione di un'opera, non vi è alcun passaggio e/o trasferimento di denaro né il soggetto concessionario matura un diritto alla gestione di alcunché.

Ebbene, proprio in tali menzionate fattispecie residua ancor oggi un pertugio di elusione, uno spazio entro il quale potrebbero muoversi gli operatori economici che aspirano a conseguire la concessione di un determinato bene.

Su tale tipologia di beni, occorre però compiere un'ulteriore riflessione; difatti, mentre il problema dell'applicazione del principio di concorrenza non si pone in tutte quelle fattispecie in cui i beni e le risorse da concedere sono presenti in sufficiente quantità sul mercato, è doveroso segnalare come la prospettiva muti quando dallo sfruttamento di un determinato bene possa derivare il conseguimento di profitti e il bene oggetto di concessione sia presente sul mercato in quantità limitata.

In tale ultima circostanza, infatti, il bene (quando presente in quantità limitata sul mercato ed è qualificabile come risorsa scarsa) diviene un'occasione di guadagno, di profitto che, parimenti al diritto di gestire un'opera affidata in concessione o al conseguimento di un corrispettivo per la realizzazione di un'opera in regime di appalto, deve essere affidato previo rispetto dei valori dell'imparzialità, trasparenza e concorrenza.

Ebbene, vedremo come tali fattispecie sono ricorrenti nel nostro ordinamento e benché prive di una dettagliata e specifica disciplina normativa, non possono essere sottratte alla generale e doverosa applicazione del regime

concorrenziale al fine di consentire un'effettiva regime di pubblicità e una concorrenza “per il mercato”.

## **2. Concessioni: genesi dell'istituto e qualificazione giuridica**

L'istituto della “concessione” è stato utilizzato nel nostro ordinamento con svariate accezioni, spesso utilizzate anche impropriamente e con finalità diverse da quelle indicate dal contesto normativo di riferimento.

Tuttavia, a prescindere dalle mutevoli qualificazioni giuridiche assunte nel corso degli anni, è possibile individuare un carattere comune a tale tipologia di provvedimenti, che consiste nella loro intrinseca capacità di «conferire a una o più persone estranee all'amministrazione nuove capacità o nuovi poteri e diritti, dai quali resta ampliata la loro sfera giuridica»<sup>5</sup>.

La concessione amministrativa, costituendo uno strumento importante di gestione della “cosa pubblica”, non

---

<sup>5</sup> Per questa espressione, G. ZANOBINI, *Corso di diritto amministrativo*, Milano, 1958, p. 261. Si veda anche F.G. COCA, *La concessione come strumento di gestione dei servizi pubblici*, in *Le concessioni di servizi*, a cura di F. ROVERSI MONACO, Rimini, 1988, p. 25. Nel testo si osserva (p. 28), che quando si parla di provvedimenti amministrativi e, in particolare, di concessione, non si fa riferimento a un «tipo» provvedimentale ma, bensì 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». In un recente scritto, F.G. COCA, *Il provvedimento amministrativo*, in F.G. COCA (a cura di), *Diritto amministrativo*, Torino, 2008, p. 274, l'Autore sostiene: «le condizioni in presenza delle quali si possono avere provvedimenti concessori sono le seguenti: l'amministrazione è titolare di beni, di attività, ovvero di poteri esclusivi. In ogni caso si tratta di *utilitas* di cui solo l'amministrazione può disporre; il privato a sua volta, ha interesse ad acquisire tali *utilitas*, e pertanto ne deve fare richiesta all'amministrazione la quale si orienterà secondo le esigenze dell'interesse pubblico».



rimase indifferente alla trasformazione ma costituì uno dei principali “campanelli di allarme” della evoluzione normativa che passò dall’utilizzo di strumenti privatistici alla creazione di figure pubblicistiche.

Le teorie precedenti alla unificazione d’Italia infatti ricostruirono la concessione amministrativa nei termini di un contratto.

Le distinzioni tra le varie teorie non furono tuttavia mai nette<sup>6</sup>, tant’è che il passaggio da una costruzione all’altra fu lento e diverse impostazioni si trovarono a convivere nel medesimo periodo storico, sia perché sostenute da diversi illustri studiosi, ma anche in considerazione della circostanza che le diverse fattispecie di concessioni erano oggettivamente disciplinate in modo difforme.

L’istituto della concessione nacque nella prassi delle amministrazioni pubbliche centrali e locali come un contratto che istituiva e regolava il rapporto tra le parti.

Le concessioni comprendevano però rapporti assolutamente eterogenei e non sempre interveniva un vero provvedimento di approvazione. Potevano aversi le seguenti fattispecie: emanazione del decreto approvativo, la stipula di

---

<sup>6</sup> Prova della difficoltà di definire l’istituto e della convivenza di diverse teorie sono le parole di Benvenuti il quale, spiegando la soluzione ottocentesca proposta da Otto Mayer di assorbimento del privato nel pubblico e della «sussunzione del negozio privatistico nel così chiamato negozio di diritto pubblico fondato sull’atto di imperio», utilizza proprio la concessione come esempio di istituto emblematico. Afferma l’autore che è «tipica la ipotesi della concessione la cui comprensione ancora oggi è incerta e finisce anche per approdare alla così detta concessione-contratto, talora costruita come un concetto unitario, talora spezzata in due atti, l’uno autoritativo e l’altro convenzionale», F. BENVENUTI, *Il ruolo dell’amministrazione nello Stato democratico contemporaneo*, in G. MARONGIU - G.C. DE MARTIN (a cura di), *Democrazia e amministrazione*, Milano, 1992, p. 13 ss. e, in particolare, p. 21.

un atto di sottomissione, l'inizio dello svolgimento dell'attività concessa, la consegna dei beni demaniali oggetto di concessione, l'approvazione del progetto delle opere da realizzare, la notifica dell'aggiudicazione<sup>7</sup>.

Proprio l'eterogeneità dei metodi utilizzati rendeva difficile ritenere che un atto successivo potesse avere un ruolo determinante nella creazione degli effetti giuridici derivanti dal contratto. Pertanto, la fonte del rapporto contrattuale veniva identificata con il contratto stesso, il quale costituiva il rapporto e lo disciplinava interamente poiché in esso erano contenute la clausola concessoria, nonché i precetti di regolazione patrimoniale e organizzativa.

Tuttavia, come già dedotto in precedenza, tali circostanze non alteravano la natura giuridica dell'istituto, considerato che secondo autorevole dottrina (O. Ranelletti) in tutte le ipotesi applicative, così anche nelle concessioni di demanio marittimo le «concessioni sono di una sola natura giuridica e questa è quella contrattuale»<sup>8</sup>.

Alla stregua di tali considerazioni e acclarata la necessità di operare in regime concorrenziale quando ci si trovi dinanzi a ipotesi concessorie di beni di scarsa reperibilità, è dunque evidente come la stipulazione di tali contratti e l'affidamento in uso di un bene pubblico demaniale debba seguire regole e procedimenti improntati sul rispetto dei principi concorrenziali di derivazione comunitaria.

---

<sup>7</sup> L'elencazione esemplificativa è tratta da M. D'ALBERTI, *Concessioni amministrative*, p. 2 ss.

<sup>8</sup> O. RANELLETTI, *Teoria generale delle autorizzazioni e concessioni amministrative*. Parte I: *Concetto e natura delle autorizzazioni e concessioni amministrative*, in *Giur. it.*, LVI, 1894, IV, p. 25.

### **3. Concessioni demaniali e principi di evidenza pubblica sanciti dal legislatore comunitario**

Definito il contesto normativo di riferimento, occorre individuare i principi di derivazione comunitaria che devono trovare concreta applicazione nell'ambito dei rapporti concessori.

Ebbene, come vedremo in seguito, l'enunciazione dei principi di trasparenza, pubblicità e concorrenza la cui supremazia è stata sancita dalla direttiva "Bolkestein" 2006/123/CE, si collega inevitabilmente con i principi cardine dell'ordinamento europeo, coincidenti con il diritto di stabilimento (artt. 49 ss. TFUE) e di libera circolazione dei servizi (artt. 56 ss. TFUE), entrambi esplicitazioni dei più generali principi di non discriminazione e di uguaglianza fra i cittadini dell'Unione (ex artt. 9 TUE e 18, comma 1 TFUE).

Tuttavia, al fine di condurre una compiuta ed esauriente analisi circa la portata applicativa di tali principi all'attribuzione di beni in concessione, è bene evidenziare come tali principi siano soggetti a possibili restrizioni attraverso le note clausole generali di eccezione di cui agli articoli 51, comma 1 e 52, par. 1 TFUE.

Sulla base di tali previsioni, difatti, gli Stati membri possono legittimamente sottrarre all'applicazione delle norme del Trattato, rispettivamente, «le attività che partecipano, sia pure occasionalmente, all'esercizio dei pubblici poteri» e determinati regimi nazionali discriminatori che possono giustificarsi per «motivi di ordine pubblico, di pubblica sicurezza e di sanità pubblica».

Pur nel quadro di una consolidata giurisprudenza

della Corte di Giustizia volta a limitare rigidamente l'uso di tali deroghe, gli Stati membri restano dunque astrattamente in condizione di disciplinare determinate attività economiche senza ritenersi vincolati alle disposizioni del TFUE, riservandole espressamente ai propri cittadini, in ragione della loro specificità o per garantire il soddisfacimento delle tre citate clausole di salvaguardia<sup>9</sup>.

Tale impostazione di fondo della consolidata giurisprudenza della Corte di Giustizia, come già anticipato, è infine refluita nella nota direttiva 2006/123/CE relativa ai servizi del mercato interno. Oltre alle citate clausole di eccezione generale di cui agli artt. 51 e 52 TFUE, in definitiva, gli Stati membri possono dunque utilizzare tali «motivi imperativi di interesse generale», beninteso in un quadro di generale conformità alla consolidata giurisprudenza europea e, ora, alla direttiva 2006/123/CE, per limitare legittimamente sul proprio territorio l'accesso e l'esercizio di determinate attività economiche.

Vengono così in rilievo, fra gli altri interessi ritenuti meritevoli di tutela da parte dell'ordinamento dell'Unione e oltre a quelli già contemplati all'art. 52 TFUE, gli obiettivi di politica sociale, la tutela dei destinatari dei servizi, la tutela dei lavoratori, la salvaguardia dell'equilibrio finanziario del regime di sicurezza sociale, la prevenzione della frode, gli obiettivi di politica culturale

Alla stregua delle considerazioni suesposte e degli orientamenti che si sono sviluppati sulla tematica delle

---

<sup>9</sup> Vedi sentenze della Corte di Giustizia (causa C-299/02, C 140/03 punto 27, C 347/08 e 400/08 punto n.68, C-159/12).

concessioni di bene pubblico, si è quindi delineato un contesto di riferimento, in forza del quale anche i procedimenti tendenti al conferimento di una concessione di aree demaniali marittime, eccetto nelle ipotesi in cui ricorrano le tassative clausole di esclusione, debbono ritenersi sottoposti ai principi di evidenza pubblica, dato che, in base alle norme comunitarie, presupposto sufficiente affinché si applichino i predetti principi è la circostanza che con la concessione dell'area demaniale si fornisca un'occasione di guadagno a soggetti operanti sul mercato, tale da imporre una procedura competitiva ispirata ai ricordati principi di trasparenza e non discriminazione.

Acclarata dunque la necessità di procedere con l'espletamento di procedure che rispettino i criteri dell'imparzialità, pubblicità e trasparenza al fine di garantire l'effettiva creazione di un mercato liberalizzato e fortemente concorrenziale, l'ordinamento comunitario ha tracciato le linee guida per individuare procedure che siano idonee e rispettose di tali principi, sanzionando altresì gli Stati Membri che ostacolo l'affermazione di un regime di concorrenza nel e per il mercato.

La direttiva comunitaria 2006/123/CE, si è posta tra i vari obiettivi anche quello di «eliminare gli ostacoli alla libertà di stabilimento dei prestatori negli Stati membri e alla libera circolazione dei servizi tra Stati membri nonché garantire ai destinatari e ai prestatori la certezza giuridica necessaria all'effettivo esercizio di queste due libertà fondamentali del trattato».

In tal ottica, quindi, si colloca anche la procedura di infrazione intrapresa dall'Unione europea che ha contestato al

nostro legislatore, in ordine alle concessioni demaniali delle zone costiere, sia la compatibilità del diritto preferenziale di insistenza di cui all'art. 37 cod. nav. con i principi di cui all'art. 43 Trattato Ce e dell'art.12 di cui alla direttiva servizi n. 2006/123/CE, sia la compatibilità del rinnovo automatico della concessione alla scadenza sessennale di cui all'art. 1, comma 2, d.l. 400/1993, conv. in l. 494/1994, e successivamente modificato dall'art. 10 l. n. 88/2001.

La legge n. 88/2001, infatti, rubricata «Nuove disposizioni in materia di investimenti nelle imprese marittime» con la disposizione di cui all'articolo 10 «Disposizioni concernenti le concessioni dei beni demaniali marittimi» aveva introdotto il meccanismo del rinnovo automatico della durata delle concessioni demaniali marittime, posto che «le concessioni di cui al comma 1, indipendentemente dalla natura o dal tipo degli impianti previsti per lo svolgimento delle attività, hanno durata di sei anni. Alla scadenza si rinnovano automaticamente per altri sei anni e così successivamente ad ogni scadenza, fatto salvo il secondo comma dell'articolo 42 del codice della navigazione»; tuttavia, giova segnalare come tale rinnovo fosse precluso in caso di esercizio del potere di revoca, potere fatto espressamente salvo anche nel richiamato testo di legge.

In tale delineato contesto deve essere inquadrata la procedura di infrazione aperta dalla Comunità Europea nei confronti dell'ordinamento italiano, considerato che il suddetto meccanismo preferenziale, che consente al concessionario uscente di fruire di un diritto di insistenza, si porrebbe in palese contrasto con le finalità enunciate nei Trattati europei.

Detti aspetti, infatti, appaiono essere in contrasto con i principi di libertà di stabilimento delle imprese comunitarie (art. 43 Trattato CE) e di imparzialità, trasparenza e pubblicità delle procedure di selezione dei concessionari (art. 12, direttiva 2006/123/CE), anche in considerazione del fatto che il legislatore comunitario intende abbattere le barriere economiche e strutturali che, di fatto, ancor oggi non consentono la piena libertà di circolazione e la completa e garantita libertà di stabilimento.

In ragione di quanto innanzi, a prescindere dall'applicabilità di specifici regimi, è ragionevole affermare che tutte le concessioni ricadono nel campo di applicazione delle disposizioni degli articoli da 28 a 30, da 43 a 55 del Trattato, nonché dei principi risultanti dalla costante tradizione giurisprudenziale della Corte di Giustizia in tema di non discriminazione, parità di trattamento, trasparenza, mutuo riconoscimento e proporzionalità.

In tale contesto operativo, il principio di trasparenza, strettamente legato a quello di non discriminazione, garantisce condizioni di concorrenza non falsate ed esige, al fine di garantire la possibilità da parte delle imprese interessate di esplicitare le proprie *chances* partecipative, che le amministrazioni concedenti rendano pubblica, con appropriati mezzi di pubblicità, la loro intenzione di ricorrere a una concessione.

Tali forme di pubblicità dovranno contenere le informazioni necessarie affinché potenziali concessionari siano in grado di valutare il loro interesse a partecipare alla procedura, quali l'indicazione dei criteri di selezione ed attribuzione, l'oggetto della concessione e delle prestazioni

attese dal concessionario.

Tanto più che la circostanza che le direttive comunitarie in materia di appalti pubblici siano attuative dell'art. 81 del Trattato UE porta a ritenere che queste norme siano applicative, con riferimento a determinati appalti, di principi generali che, essendo sanciti in modo universale dal Trattato, sono evidentemente vevoli anche per fattispecie diverse da quelle concretamente contemplate.

Anche la giurisprudenza amministrativa ha richiamato e condiviso i principi espressi dalla Corte di Giustizia (non discriminazione, parità di trattamento, trasparenza), riconoscendo agli stessi una portata generale che può adattarsi ad ogni fattispecie che sia estranea all'immediato ambito applicativo delle direttive sugli appalti (cfr. *ex multis* C.d.S., Sez. VI, 6 novembre 2015, n. 5063).

Sulla scorta di quanto sopra, si può con certezza affermare che le coordinate sopra esposte debbano riferirsi anche alle concessioni di beni pubblici di rilevanza economica, tali cioè da suscitare l'interesse concorrenziale delle imprese, fungendo da parametro di interpretazione e, al contempo, di limitazione del disposto di cui all'art. 37 cod. nav.

Tanto più ove si consideri che, di recente, anche la giurisprudenza amministrativa di primo grado si è perfettamente allineata all'impostazione comunitaria fatta propria dal Consiglio di Stato, rilevando che «nel rispetto delle regole dettate dal Trattato e dalla giurisprudenza comunitaria le concessioni di beni pubblici possono essere assentite solo in esito ad una procedura di gara caratterizzata da idonea pubblicità preventiva; esse ricadono nel campo di applicazione delle disposizioni comunitarie in relazione ai principi di non



discriminazione, parità di trattamento, trasparenza, mutuo riconoscimento e proporzionalità» (cfr. *ex multis* T.A.R. Lazio – Latina, 8 settembre 2006, n. 610)

Principio, questo, ribadito e ulteriormente specificato sia dalla Corte dei Conti – la quale, da un lato, ha affermato la necessità che «le concessioni di beni pubblici siano da sottoporre ai principi di evidenza pubblica anche in presenza di una sola domanda, che si pone pertanto come atto prodromico all'indizione della gara», dall'altro ha puntualizzato che «la concessione di un bene demaniale marittimo si atteggia quale fattispecie complessa in cui assumono rilievo non solo la messa a disposizione del bene pubblico (dietro corresponsione di un canone), ma anche gli aspetti convenzionali relativi alle opere da realizzare, alla durata in funzione dell'equilibrio economico finanziario dell'investimento programmato, nonché alla connessa attività di gestione delle opere stesse»<sup>10</sup> – sia dall'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, secondo cui «per le concessioni di beni demaniali è necessario individuare condizioni del loro affidamento e rinnovo, idonee ad evitare ingiustificate restrizioni della concorrenza e a ridurre la discrezionalità amministrativa nella scelta dei concessionari, in ossequio ai principi comunitari della parità di trattamento, non discriminazione, trasparenza e proporzionalità. La selezione del concessionario di un bene demaniale dovrebbe essere informata a criteri oggettivi, trasparenti, non discriminatori e concludersi con un provvedimento

---

<sup>10</sup> In tal senso, v. Corte dei Conti, sez. contr. Legittimità sugli atti del Governo, Deliberazione n. 5 del 13 maggio 2005.

adeguatamente motivato, così da evitare i casi di “leggi-fotografia”», nei quali il legislatore stesso identifica, direttamente o indirettamente, il concessionario.

Pertanto, in ragione di quanto innanzi, per l’affidamento di concessioni di beni demaniali le procedure di gara o di evidenza pubblica (“concorrenza per il mercato” o “concorrenza amministrata”) dovrebbero costituire la regola, almeno per le concessioni contrattuali; sicché la proroga automatica di quelle in essere non consentirebbe di cogliere i benefici che deriverebbero dalla periodica concorrenza per l’affidamento attraverso procedure ad evidenza pubblica.

Si consideri, ancora, che recentemente la giurisprudenza è giunta ad un livello massimo di apertura, rilevando che «l’obbligo di espletare una procedura concorsuale sussiste anche nei casi in cui non siano state formulate preventivamente istanze per il conseguimento del bene della P.A., atteso che l’interesse alla utilità economica del rapporto concessorio potrebbe manifestarsi solo in seguito all’avvio di una procedura di evidenza pubblica»<sup>11</sup>.

---

<sup>11</sup> La Corte dei Conti (Deliberazione n. 05/2005, Sezione di Controllo sulla legittimità degli atti del Governo, cit.) ha bloccato la registrazione di diversi atti formali di concessione aventi ad oggetto la realizzazione di porti turistici, in quanto la pubblicazione della domanda di concessione per la realizzazione di un porto turistico deve essere fatta non solo sull’albo pretorio, ma anche sulla GUCE, nonché sulla GURI, se il valore della concessione raggiunge la c.d. soglia comunitaria, precisando, inoltre, che il mancato ricorso alla gara pubblica per la realizzazione delle opere non trova giustificazione con la natura del rapporto e viola le norme comunitarie contenute nel Trattato dell’U.E. Secondo la Corte dei Conti la concessione demaniale marittima è una fattispecie complessa ove assume rilevanza non soltanto la messa a disposizione di un bene pubblico a fronte della corresponsione di un canone ma anche aspetti convenzionali relativi alle opere da realizzare, alla durata in funzione dell’equilibrio economico-finanziario dell’investimento programmato, nonché alla connessa attività di gestione delle opere stesse. Al provvedimento concessorio accede una convenzione contenente le clausole disciplinanti il rapporto paritario di tutti i diritti e gli obblighi delle parti (concessioni-contratto).

È il caso, di grande rilevanza nell'attuale scenario economico sociale, delle procedure per la costruzione e realizzazione di porti turistici, che presuppongono la presentazione di un'istanza privata volta a ottenere preventivamente la concessione dei beni demaniali su cui verrà realizzata l'opera di rilevanza economica; a prescindere dalla fattispecie specifica, che sarà diffusamente tratta *infra*, assume eminente rilievo la concessione in uso del bene anche nei casi in cui il procedimento sia attivato su istanza del privato e non assuma, già in radice, una rilevanza pubblicistica come avviene nel caso in cui sia l'Amministrazione a indire una procedura sulla base di proprie iniziative.

L'impostazione sopra descritta sembra evidentemente sposare la tesi secondo cui le concessioni di beni pubblici, in quanto caratterizzate da un rapporto bilaterale consensuale avente natura contrattuale, integrerebbero comunque una fattispecie complessa, la cui costruzione riposa sulla constatazione che all'atto amministrativo di natura concessoria accede sempre una convenzione in cui sono contenute le clausole disciplinanti il rapporto paritario di diritti ed obblighi delle parti.

Ciò detto, si percepisce e si comprende l'approccio sostanzialista dell'ordinamento europeo, atteso che assume rilevanza non tanto la tipologia di iniziativa (pubblica o privata) quanto la circostanza che mediante l'avvio di una determinata procedura si mettono a disposizione degli operatori delle nuove occasioni di guadagno.

Tanto più che, nell'operato concreto dell'amministrazione, la stipula dell'atto convenzionale precede l'emanazione del provvedimento amministrativo, il

quale, anziché costituire, secondo un percorso logico giuridico, la fonte del rapporto concessorio, si atteggia in realtà a mero atto approvativo del rapporto contrattuale già perfezionato, in quanto tale incidente solo sull'efficacia del contratto medesimo.

Alla luce di tale impostazione concettuale, che ravvisa nel rapporto concedente – concessionario un rapporto di natura contrattuale, si ritiene, in definitiva, che la normativa da applicare in concreto sia rinvenibile nei principi del Trattato, i quali vanno ad incidere, in via interpretativa, sulle specifiche norme interne.

#### **4. L'incompatibilità delle proroghe *ex lege* con i principi sanciti dall'ordinamento comunitario**

Alla stregua delle considerazioni svolte sin qui, è possibile comprendere i dubbi che sono stati sollevati dalla Commissione Europea sulla legittimità dei meccanismi preferenziali quali il diritto di insistenza, ma soprattutto si evince la ragione per cui anche i Giudici nazionali hanno sottoposto al vaglio della Corte di Giustizia le disposizioni legislative che contemplavano la proroga automatica delle concessioni in essere.

In merito alla legittimità di tale meccanismo, infatti, soprattutto dopo l'avvio della procedura di infrazione intrapresa per sanzionare il c.d. "diritto di insistenza", sono stati sollevati forti dubbi anche dai Giudici Amministrativi nazionali i quali, in ben due occasioni<sup>12</sup>, hanno sollevato la

---

<sup>12</sup> Il riferimento è alle note pronunce del T.A.R. Lombardia Milano, Sez. IV, Sentenza 26 settembre 2014, n. 2401 Lombardia – Milano e del T.A.R. Sardegna - Cagliari, Sez. I, ordinanza 28 gennaio 2015, n.

questione di pregiudizialità dinanzi alla Corte di Giustizia al fine di comprendere se fossero legittimo concedere delle proroghe *ex lege* delle concessioni demaniali in essere.

Come è agevole rilevare dalle considerazioni che seguono, il Giudice Amministrativo nazionale non solo ha ritenuto che i principi di evidenza pubblicati imposti dall'ordinamento comunitario abbiano una natura cogente, ma ha altresì segnalato come in tal ottica anche i meccanismi di proroga risultino essere illegittimi ed elusivi della normativa europea.

Ebbene, all'uopo si segnala come l'ordinanza del T.A.R. Sardegna verteva proprio sulla legittima applicazione del regime di proroga automatica *ex lege*, previsto dall'art. 1, comma 18, del decreto-legge 29 dicembre 2009, n. 194, a una concessione demaniale turistico – ricreativa, di durata sessennale, venuta a scadenza nel 2011.

Nel caso di specie, infatti, il concessionario, titolare di un'attività balneare collocata in area demaniale, dopo aver richiesto invano un formale provvedimento di proroga della concessione alla P.A. concedente, con l'avvio della stagione estiva 2012, aveva arbitrariamente proseguito la propria attività ancorché la concessione demaniale fosse oramai giunta a scadenza, ritenendo che quest'ultima dovesse considerarsi automaticamente prorogata fino al 31 dicembre 2020 per effetto della disposizione di cui all'art. 1, comma 18, del decreto-legge 29 dicembre 2009, n. 194, come modificato dall'art. 34-*duodecies* della legge 17 dicembre 2012, n. 221 (di conversione del decreto-legge 18 ottobre 2012, n. 179); difatti,

---

224.

con tali normative, il legislatore nazionale aveva previsto la proroga automatica della durata delle concessioni demaniali marittime per attività turistico-ricreative, dapprima, fino al 31 dicembre 2012 e, poi, fino al 31 dicembre 2020.

Preliminarmente, è necessario inquadrare l'istituto della concessione, così come definita dal diritto comunitario e in ragione delle argomentazioni già esposte, e compiere una sommaria ricostruzione dell'istituto al fine di comprendere le ragioni per cui i Giudici Amministrativi sardi hanno dubitato della compatibilità della normativa nazionale (che ha previsto un lungo regime transitorio di proroga) con i principi comunitari che ispirano la disciplina delle concessioni di beni pubblici.

È, infatti, opportuno richiamare il più che consolidato orientamento secondo cui anche le concessioni di beni pubblici, come già ampiamente evidenziato, devono restare assoggettate all'applicabilità dei principi desumibili dal diritto europeo primario e, segnatamente, ai generali principi di non discriminazione, parità di trattamento, trasparenza, mutuo riconoscimento e proporzionalità con la precipua finalità di creare un regime concorrenziale mediante l'indizione di procedure trasparenti e competitive.

In aggiunta a quanto già rilevato in precedenza, giova evidenziare che nel disciplinare l'attribuzione in concessione di aree del demanio marittimo, secondo le argomentazioni elaborate dal Giudice Amministrativo, non assume alcuna rilevanza il *nomen juris* della fattispecie, e quindi alla sua riqualficazione interna in termini pubblicistici o privatistici, considerato che la sottoposizione ai principi di evidenza trovi il suo presupposto sufficiente nella circostanza che con la

concessione di area demaniale marittima si fornisce un'occasione di guadagno a soggetti operanti sul mercato, imponendo così l'adozione di una procedura competitiva ispirata ai ricordati principi di trasparenza e non discriminazione (sul punto convergono la giurisprudenza comunitaria e quella nazionale; cfr. Corte di Giustizia, ordinanza 3 dicembre 2001, C-59/00; Corte di Giustizia sentenza 7 dicembre 2000, C-324; Consiglio di Stato, sez. VI, 30 gennaio 2007, n. 362; Consiglio di Stato, sez. VI, 30 settembre 2010, n. 7239)<sup>13</sup>.

Inquadrato l'istituto della concessione così come definita dal diritto UE e richiamati i principi concorrenziali di matrice comunitaria – nell'ordinamento comunitario, peraltro, la necessaria indizione di procedure competitive è espressamente prevista dall'art. 12 della Direttiva Bolkestein (2006/123/CE), secondo cui «qualora il numero di autorizzazioni disponibili per una determinata attività sia limitato per via della scarsità delle risorse naturali o delle capacità tecniche utilizzabili, gli Stati membri applicano una procedura di selezione tra i candidati potenziali, che presenti garanzie di imparzialità e di trasparenza e preveda, in particolare, un'adeguata pubblicità dell'avvio della procedura e del suo svolgimento e completamento», – è agevole intuire le ragioni per cui il T.A.R. Sardegna, nell'ordinanza di rimessione alla Corte di Giustizia UE, abbia dubitato della compatibilità della disposizione di cui all'art. 1, comma 18, del d.l. 30 dicembre 2009, n. 194, come da ultimo modificato dall'art. 34-*duodecies*, comma 1 del d.l. n. 179/2012 con la

---

<sup>13</sup> Su tali aspetti, cfr. *supra* § 1 e § 2 del presente Capitolo.

disciplina comunitaria.

Premessa dell'*iter* logico articolato dal Tribunale Amministrativo sardo è, dunque, l'inquadramento in una dimensione comunitaria del rapporto concessorio, in quanto esso si sostanzia nell'attribuzione al soggetto concessionario del diritto a gestire un'attività economica rivolta all'utenza e che trova remunerazione proprio nello sfruttamento del bene pubblico a fini economici con la conseguenziale applicazione della disciplina comunitaria.

La giurisprudenza comunitaria, infatti, ha da tempo precisato che i principi posti dal Trattato sull'Unione Europea a garanzia del buon funzionamento del mercato unico sono di applicazione generale e devono essere osservati in relazione a qualunque tipologia contrattuale tale da suscitare l'interesse concorrenziale delle imprese e dei professionisti.

Tali considerazioni vengono in rilievo anche nelle ipotesi in cui ci si trovi dinanzi alla prestazione di "servizi" a rilevanza comunitaria, intesi quali prestazioni di attività economiche non salariate, ma somministrate a fronte del riconoscimento di un corrispettivo economico.

I Giudici Amministrativi, pertanto, nell'ordinanza in commento non hanno potuto esimersi dal rilevare come anche nelle concessioni demaniali turistico-ricreative trovino concreta applicazione i principi di libertà di stabilimento (art. 49 TFUE, ex articolo 43 del TCE), libertà di prestazione dei servizi (art. 56 TFUE, ex articolo 49 del TCE), parità di trattamento e divieto di discriminazione in base alla nazionalità (artt. 49 e 56 TFUE), trasparenza e non discriminazione (art. 106 TFUE, ex articolo 86 del TCE), atteso che l'attività che interessa i gestori di attività turistiche



deve essere inquadrata nella nozione di servizio così come descritto dall'art. 57 del T.F.U.E.

Pertanto, sulla base delle suesposte argomentazioni, relativamente al regime automatico di proroga *ex lege* delle concessioni demaniali marittime stabilito dal legislatore nazionale, il T.A.R. Sardegna ha sollevato questione pregiudiziale ai sensi dell'art. 267 T.F.U.E. sulla base del seguente quesito: «se i principi della libertà di stabilimento, di non discriminazione e di tutela della concorrenza, di cui agli articoli 49, 56, e 106 del TFUE ostano ad una normativa nazionale che, per effetto di successivi interventi legislativi, determina la reiterata proroga del termine di scadenza di concessioni di beni del demanio marittimo di rilevanza economica».

I parametri di legittimità richiamati dall'ordinanza non hanno però riguardato solo ed esclusivamente i principi di cui agli artt. 49, 56 e 106 del TFUE, atteso che il T.A.R. ha altresì rilevato la presumibile incongruenza del regime di proroga con l'art. 12 della Direttiva Bolkestein.

Come anticipato in precedenza, infatti, tale norma, di matrice europea, impone l'espletamento di una procedura concorrenziale nelle ipotesi in cui le amministrazioni intendano concedere beni pubblici di scarsa reperibilità.

In tale prospettiva è stata formulata una seconda questione pregiudiziale che, con specifico riferimento al parametro dettato dalla Direttiva Servizi 2006/123/CE, pone alla Corte di Giustizia l'ulteriore quesito «se l'art. 12 della direttiva 2006/123/CE osti ad una disposizione nazionale, quale l'art. 1, comma 18 del decreto-legge 30 dicembre 2009, n. 194, convertito dalla legge 26 febbraio 2010, n. 25, e

successive modifiche ed integrazioni, che consente la proroga automatica delle concessioni demaniali marittime in essere per attività turistico-ricreative, fino al 31 dicembre 2015; ovvero fino al 31 dicembre 2020, ai sensi dell'art. 34-duodecies del decreto-legge 18 ottobre 2012, n. 179, inserito dall'articolo 1, comma 1, della legge 17 dicembre 2012, n. 221, di conversione del predetto decreto-legge».

#### **5. La pronuncia della Corte di Giustizia Europea del 14 luglio 2016 (C-458/14 e C-67/15) sull'illegittimità dei meccanismi di proroga *ex lege***

Come rilevato in precedenza, il T.A.R. Sardegna – Cagliari e il T.A.R. Lombardia – Milano hanno sottoposto alla Corte di Giustizia Europea il quesito pregiudiziale della compatibilità dell'articolo 1, comma 18, del decreto legge del 30 dicembre 2009, n. 194 con l'articolo 12 della direttiva 2006/123/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, nonché con gli articoli 49, 56 e 106 TFUE.

L'art.1, comma 18 sopra citato sanciva la proroga *ex lege*, fino al 31.12.2015, delle concessioni di beni demaniali marittimi con finalità turistico - ricreative che fossero risultate valide alla data di entrata in vigore del decreto e in scadenza entro il 31 dicembre 2015; inoltre, come già segnalato, con successivo articolo 34 *duodecies* del decreto legge del 18 ottobre 2012, n. 179 il termine di durata delle concessioni veniva ulteriormente prorogato fino al 31 dicembre 2020, nelle more del procedimento di revisione del quadro normativo in materia di rilascio delle concessioni di beni.

La questione segnalata alla Corte di Giustizia e concernente la legittimità delle proroghe legislative, pur se

prettamente tecnica giuridica, ha importanti e dirompenti risvolti economico – sociali, considerato che nel nostro Paese esistono oltre 30.000 imprese, che hanno atteso la pronuncia con grande preoccupazione, temendo, in caso di pronuncia contraria alla legittimità della proroga, di trasformarsi improvvisamente in occupanti senza titolo e, quindi, sostanzialmente abusivi.

Chiamata a pronunciarsi sulla questione pregiudiziale sottoposta, la Corte di Giustizia, qualora ve ne fosse stato ancora bisogno, ha definitivamente risolto l'insidiosa disciplina delle proroghe, sancendo inequivocabilmente il principio secondo il quale le concessioni demaniali marittime non possono essere automaticamente rinnovate; una siffatta procedura, infatti, contrasterebbe con il principio della libertà di stabilimento, di non discriminazione e di tutela della concorrenza, di cui agli articoli 49, 56 e 106 del TFUE.

Inoltre, a parere della Corte, l'art. 12 della direttiva 2006/123/CE del Parlamento europeo e del Consiglio stabilisce che il rilascio delle concessioni demaniali marittime e lacuali deve necessariamente avvenire attraverso una gara pubblica che consenta a tutti gli operatori economici di inserirsi nel mercato.

Come affermato al punto n. 57 della citata pronuncia, infatti, è necessario interpretare l'articolo 12, paragrafi 1 e 2, della direttiva 2006/123 nel senso che osta a misure nazionali, come quella di cui all'art. 37 cod. nav. o quella di cui all'art. 34 *duodecies* del decreto legge del 18 ottobre 2012, n. 179, che comporta la proroga automatica delle autorizzazioni demaniali marittime e lacuali in essere per attività turistico ricreative, considerato che vi sarebbe una totale assenza di qualsiasi

procedura di selezione tra i potenziali candidati.

E ancora, sulla base dell'art. 49 del TFUE, la Corte ha precisato che, ove tali concessioni presentino un interesse transfrontaliero certo, una proroga automatica di una concessione scaduta precluderebbe ad altre imprese europee (aventi sede in uno degli Stati Membri) di concorrere all'assegnazione del bene concesso in uso, non consentendo di così di sfruttare un'occasione di guadagno, impedendo di fatto la concreta attuazione delle libertà fondamentali sancite dal T.F.U.E.

In definitiva, si verificherebbe e una disparità di trattamento nei confronti delle altre imprese collocate in altri Stati e interessate al settore, in violazione della libertà di stabilimento delle persone, delle merci e dei capitali.

Premessi questi principi generali, la Corte di giustizia sembra tuttavia consentire alcune "aperture" che lascerebbero aperti spazi di tutela per le posizioni giuridiche soggettive detenute dagli attuali concessionari, i quali vedrebbero sottrarsi la concessione dei beni demaniali detenuti al fine di garantire l'espletamento delle procedure competitive solo nell'ipotesi in cui: i) l'assegnazione di una concessione in assenza di trasparenza costituisca disparità di trattamento a danno di imprese che potrebbero essere interessate alla medesima concessione solo qualora siffatta concessione presenti un interesse transfrontaliero certo; ii) sussista un interesse transfrontaliero, che andrà verificato caso per caso sulla base di elementi quanto più possibile oggettivi; la Corte individua tali elementi in «tutti i criteri rilevanti, quali l'importanza economica dell'appalto, il luogo della sua esecuzione o le sue caratteristiche tecniche, tenendo conto

delle caratteristiche proprie dell'appalto in questione [...], nonché della situazione geografica del bene e del valore economico di tale concessione»; iii) la disparità di trattamento sia giustificata da motivi imperativi di interesse generale, in particolare dalla necessità di rispettare il principio della certezza del diritto e, in buona sostanza, il legittimo affidamento del concessionario uscente; tuttavia, anche in tal caso si rende necessaria una verifica caso per caso, potendosi giustificare la proroga ove determinata dalla necessità di consentire al concessionario di ammortizzare gli investimenti realizzati.

In ragione di quanto innanzi, la decisione concreta circa l'applicabilità della Direttiva Bolkenstein alle concessioni demaniali italiane è stata demandata al Giudice nazionale, il quale dovrà verificare se dette concessioni debbano essere oggetto di un numero limitato di autorizzazioni per via della scarsità delle risorse naturali.

In tale delineato contesto normativo, essendo stata attribuita al Giudice nazionale una facoltà di verifica, è ragionevole presumere che, anche sotto tale profilo, l'accertamento andrà effettuato caso per caso e sulla base di criteri oggettivi, appuntati sul territorio ove insiste la concessione.

Pertanto, in presenza di aperture di così grande respiro, gli oltre 30.000 concessionari uscenti potranno legittimamente auspicarsi una revisione del quadro legislativo in materia di concessioni che tenga conto della peculiarità delle fattispecie, imponendo la indizione di procedure di evidenza pubblica solo al ricorrere delle condizioni dettate dal Supremo Consesso lussemburghese.

## **6. La pubblicità e la trasparenza in tutte le occasioni di guadagno: il caso delle concessioni prodromiche alla realizzazione di porti turistici**

L'evoluzione giurisprudenziale e normativa che ha contraddistinto e segnato la disciplina in materia di concessione demaniali con finalità turistico – ricreative, ha dei risvolti dirompenti anche in altri settori dell'economia, contraddistinti dalle medesime problematiche.

È agevole rilevare, infatti, come la questione delle concessioni demaniali di cui si è occupata la Corte Giustizia riguardi una molteplicità di ipotesi differenti, alcune delle quali meritano uno specifico approfondimento considerato che, come vedremo, vi sono fattispecie in cui i profili di evidenza pubblica imposti dalla Direttiva Bolkestein si sovrappongono con quelli che emergono dalla disciplina dettata in materia di appalti pubblici dal d.lgs. n. 50/2016.

Al fine di esaminare alcune fra le numerose fattispecie concessorie che richiedono l'espletamento di una procedura concorrenziale, è utile richiamare la peculiare fattispecie delineata dal il D.P.R. n. 509/97, rubricato «Regolamento recante disciplina del procedimento di concessione di beni del demanio marittimo per la realizzazione di strutture dedicate alla nautica da diporto, a norma dell'articolo 20, comma 8, della L. 15 marzo 1997, n. 59» , il quale detta le norme di riferimento in materia di concessioni demaniali riguardanti i porti turistici<sup>14</sup> (ricondotti dalla stessa normativa alla più

---

<sup>14</sup> Per quanto attiene la natura delle strutture della nautica da diporto e i diritti che su di esse possono essere vantati, occorre fare riferimento all'art. 822 del codice civile, che individua tra i beni demaniali

ampia categoria delle strutture della nautica da diporto), configurando questi ultimi quali opere di “*rilevante interesse pubblico*”, a cui applicare, dunque, la disciplina dell’evidenza pubblica (cfr. *ex multis* Corte dei Conti, sez. contr. Legittimità sugli atti del Governo, Deliberazione n. 5 del 13 maggio 2005; TAR Lazio – Latina, 8 settembre 2006, n. 610)<sup>15</sup>.

---

anche i porti. La disponibilità dei beni demaniali (e similmente quella dei beni patrimoniali indisponibili dello Stato e di altre P.A.), attesa la loro destinazione alla diretta realizzazione di interessi pubblici, può essere legittimamente attribuita ad un soggetto diverso dall’ente titolare del bene – entro certi limiti e per alcune utilità - solo mediante il rilascio della concessione amministrativa (cfr. Cassazione civile, Sez.III, 26 aprile 2000, n. 5346): entro detti limiti, il particolare regime dei beni demaniali postula la libera accessibilità e concorrenza delle domande di quanti siano interessati (e ne abbiano i requisiti) all’utilizzo (anche esclusivo) del bene demaniale e al rilascio della relativa concessione (in tal senso ad esempio gli artt. 37 cod. nav. e 18 delle relative norme regolamentari impongono rispettivamente all’Amministrazione di procedere ad una comparazione delle diverse istanze e/o a procedere a mezzo di pubblica gara nei casi di particolare rilevanza del bene demaniale). Ne deriva che le opere sul demanio pubblico sono esse stesse demaniali, e la demanialità permane anche nel caso di uso da parte di privati tramite la concessione demaniale. Sicché, come chiarito dalla giurisprudenza, la concessione, se da un lato permette ai privati la realizzazione delle opere portuali, dall’altro lato ne può assicurare la gestione, fermo restando che il diritto di superficie sulle strutture, per nulla implicito, deve essere espressamente contemplato nell’atto concessorio, risultando, altrimenti, il diritto del privato limitato alla sfera gestionale. Ulteriore conseguenza è che la proprietà privata di tipo superficario, per quanto riguarda i porti turistici, è possibile nei soli limiti consentiti dalla concessione, e per il periodo in essa previsto. Allo scadere dell’atto, infatti, per il principio dell’accessione, le opere si consolidano quale proprietà pubblica demaniale.

<sup>15</sup> L’ANAC nel Parere sulla normativa del 15.2.2013 sembra avere addirittura sostenuto l’assoggettamento delle opere in questione alla disciplina delle opere pubbliche, così statuendo: «Le concessioni demaniali marittime sono concessioni amministrative aventi a oggetto l’occupazione e l’uso, anche esclusivo, di beni facenti parte del demanio necessario dello Stato (art. 822, comma 1, c.c.), dietro la corresponsione di un canone. Il rilascio di dette concessioni è attualmente disciplinato dal Codice della Navigazione che, all’art. 37, prevede che nel caso di più domande di concessione è preferito il richiedente che offra maggiori garanzie di proficua utilizzazione della concessione e si proponga di avvalersi di questa per un uso che risponda ad un più rilevante interesse pubblico. Il comma 2 del testo originario dell’articolo, che accordava preferenza alle precedenti concessioni rilasciate rispetto alle nuove istanze (c.d. diritto di insistenza), è stato modificato con l’eliminazione del diritto di insistenza, dal d.l. n. 194/2009 convertito dalla l. n. 25/2010 a seguito della procedura di

---

infrazione comunitaria n. 2008/4098 con cui la Commissione europea aveva sollevato questioni di compatibilità con il diritto comunitario ed in particolare con l'art. 43 (attualmente art. 49 TFUE) del trattato CE, relativo alla libertà di stabilimento. Sempre a seguito della richiamata procedura di infrazione, peraltro successivamente archiviata in data 27 febbraio 2012, con legge n. 217/2011 (legge comunitaria 2010), il Governo è stato delegato ad adottare un decreto legislativo avente ad oggetto la revisione e il riordino della legislazione relativa alle concessioni demaniali marittime. In esecuzione di detta delega è attualmente all'esame uno schema di decreto legislativo che introduce una specifica disciplina del rilascio delle concessioni demaniali marittime per finalità turistico-ricreative improntata ai principi dell'evidenza pubblica (procedura competitiva tra più candidati, in possesso dei requisiti richiesti, selezionati sulla base del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa). Parallelamente all'evoluzione normativa della materia, si è andato affermando un orientamento giurisprudenziale, che ormai può dirsi consolidato, che ritiene "anche sulla scia di importanti decisioni della Corte di Giustizia CE, che l'inveramento nell'ordinamento nazionale di fondamentali principi di diritto comunitario rinvenibili direttamente nel Trattato CE, ma non per questo sforniti di immediata efficacia precettiva (il riferimento è, essenzialmente, al rispetto della libertà di stabilimento, di libera prestazione dei servizi, nonché ai principi di par condicio, imparzialità e trasparenza), non possa prescindere dall'assoggettamento delle pubbliche Amministrazioni all'obbligo di esperire procedure ad evidenza pubblica ai fini della individuazione del soggetto contraente. Da tali acquisizioni giurisprudenziali non può ritenersi estranea la materia delle concessioni di beni pubblici (siano essi del demanio ovvero del patrimonio indisponibile dello Stato, delle Regioni o dei Comuni), ed in particolare delle concessioni demaniali marittime, ancorché risulti codificato nell'ambito delle stesse (art. 37 del cod. nav.) il c.d. diritto di insistenza in favore del precedente concessionario, in occasione della rinnovazione del rapporto concessorio (Consiglio di Stato 25 settembre 2009 n. 5765)". In particolare è stato precisato che alle concessioni di beni pubblici di rilevanza economica (e, tra queste, specificamente ricomprese le concessioni demaniali marittime), poiché idonee a fornire una situazione di guadagno a soggetti operanti nel libero mercato, devono applicare i principi discendenti dall'art. 81 del Trattato UE e dalle Direttive comunitarie in materia di appalti, quali quelli della loro necessaria attribuzione mediante procedure concorsuali, trasparenti, non discriminatorie, nonché tali da assicurare la parità di trattamento ai partecipanti (cfr. TAR Campania, Napoli, VII, 3828/2009). Infatti, anche nell'assegnazione di un bene demaniale occorre individuare il soggetto maggiormente idoneo a consentire il perseguimento dell'interesse pubblico, garantendo a tutti gli operatori economici una parità di possibilità di accesso all'utilizzazione dei beni demaniali (cfr. TAR Napoli, IV, 23 aprile 2010 n. 2085). Dette pronunce, se da un lato affermano la necessità dell'adozione di procedure ad evidenza pubblica anche per il rilascio di concessioni demaniali, dall'altra confermano la distinzione dell'istituto della concessione di beni demaniali rispetto ai contratti pubblici di appalto, dei quali devono applicare i principi ma non la normativa di settore.



In particolare, il Regolamento sopra citato definisce il “porto turistico” come quel «complesso di strutture amovibili ed inamovibili realizzate con opere a terra e a mare allo scopo di servire unicamente o precipuamente la nautica da diporto ed il diportista nautico, anche mediante l’apprestamento di servizi complementari».

Pertanto, il rango di opere di “rilevante interesse pubblico” va riconosciuto ai porti turistici principalmente in ragione della funzione cui essi assolvono; si tratta, infatti, di infrastrutture funzionali all’accesso alla via di comunicazione marittima usufruibili dall’intera collettività, configurandosi - in tal modo - un uso pubblico generale delle stesse.

Vale, inoltre, considerare l’idoneità di tali infrastrutture al soddisfacimento dell’interesse pubblico legato allo sviluppo e alla valorizzazione economica del territorio.

In tale contesto, ai fini della realizzazione e della gestione dei porti turistici entrano in gioco le norme pubblicistiche<sup>16</sup> in materia di realizzazione e gestione delle opere pubbliche che, secondo quanto rilevato dalla giurisprudenza, in tale specifico ambito, assumono valenza di

---

<sup>16</sup> Per quanto riguarda la gestione, le opere portuali possono essere gestite da privati, mediante la concessione demaniale marittima, o possono essere gestite direttamente dall’ente pubblico, secondo i modi e le forme previsti per l’erogazione di un servizio pubblico di rilevanza economica. Sul punto, la giurisprudenza ha avuto modo di delineare una chiara distinzione tra le due forme di gestione (“privata” e “pubblica”) illustrando come, per la prima, occorra un titolo concessorio che, secondo il diritto comunitario, deve essere rilasciato mediante procedure comparative, e deve essere a tempo determinato, e come, invece, per la seconda - pur nella difficoltà di rinvenire una disciplina organica di riferimento per i servizi pubblici - debba ritenersi applicabile il D.M. 31 dicembre 1983 contenente la «individuazione delle categorie dei servizi pubblici locali a domanda individuale» (cfr. C.d.S., Sez. VI 18 dicembre 2012, n. 6488).

disciplina generale rispetto alla disciplina di settore dettata dal d.p.r. n. 509/97.

Più in particolare, la normativa specialistica dettata dal d.p.r. n. 509/97 - nel prevedere all'art. 3, comma 2 che la domanda di concessione<sup>17</sup> relativa all'occupazione di zone del demanio marittimo o del mare territoriale o pertinenze demaniali marittime o alla realizzazione sulle suddette zone di strutture dedicate alla nautica da diporto di cui all'articolo 2, lettere a) e b), d.p.r. n. 509/97 (porti turistici e approdi turistici) «...deve essere corredata da un progetto preliminare, redatto ai sensi dell'articolo 16, comma 2, della legge 11 febbraio 1994, n. 109, che definisce le caratteristiche qualitative e funzionali dei lavori ed il quadro delle esigenze da soddisfare e delle specifiche prestazioni da fornire. Contiene inoltre uno studio con la descrizione del progetto ed i dati necessari per individuare e valutare i principali effetti che il progetto può avere sull'ambiente, ai fini della verifica di cui all'articolo 10 del decreto del Presidente della Repubblica 12 aprile 1996...» - assoggetta il progetto definitivo del porto turistico al regime della disciplina generale in materia di appalti e concessioni di

---

<sup>17</sup> La domanda redatta sull'apposito modello D1 approvato dal Ministero delle infrastrutture e dei trasporti dovrà essere corredata da: a) stralcio cartografico S.I.D. con ubicazione dell'area richiesta, accompagnato da rilievo cartografico eseguito con coordinate Gauss-Boaga; b) estratto di mappa e certificato catastale delle particelle demaniali interessate; c) progetto preliminare, completo di piani, disegni, relazioni, studi meteo-marini, computo metrico-estimativo di massima, etc...., che descriva le caratteristiche qualitative e funzionali dei lavori ed il quadro delle esigenze da soddisfare e delle specifiche prestazioni da fornire, nonché da uno studio che contenga i dati necessari per valutare i principali effetti che il medesimo progetto può avere sull'ambiente, ai fini della verifica di cui all'art. 10 del d.p.r. 12 aprile 1996 (V.I.A.); d) documentazione fotografica dei luoghi interessati.

opere pubbliche<sup>18</sup> (nel regime vigente al momento della relativa realizzazione).

Posto quanto sopra, la procedura per la concessione di beni del demanio marittimo per la realizzazione di strutture dedicate alla nautica da diporto (d.p.r. 509/1997) consta di due distinte fasi: i) valutazione preliminare, attraverso apposita conferenza di servizi, volta o al rigetto delle istanze presentate o alla individuazione, con provvedimento motivato, di quella ammessa alle fasi successive; ii) approvazione del progetto definitivo.

Più nel dettaglio, l'art. 3 del d.p.r. n. 509/97 dispone che chiunque intenda occupare zone del demanio marittimo o del mare territoriale o pertinenze demaniali marittime o apportarvi innovazioni allo scopo di realizzare le strutture dedicate alla nautica da diporto di cui all'articolo 2, lettere a) e b), deve presentare domanda al capo del compartimento marittimo competente per territorio (ora il Comune).

In seguito alla presentazione della suddetta istanza, e al fine di garantire un'effettiva applicazione del principio di concorrenza, entro 20 giorni dalla ricezione della stessa e dei relativi allegati, il Comune costiero competente procede alla pubblicazione della domanda per un termine non inferiore a 60 giorni consecutivi, non soltanto all'albo pretorio online e sul proprio sito internet, ma in ragione del valore della

---

<sup>18</sup> Occorre altresì rilevare come il procedimento di concessione per la realizzazione di un porto o di un approdo turistico debba essere attivato su iniziativa di parte, attraverso la presentazione della domanda dell'aspirante concessionario all'amministrazione competente che, oggi, a seguito del conferimento delle funzioni, è il Comune (art. 105 comma 2 lett. l, d. lgs. n. 112/1998, art. 42 del d. lgs. n. 96/1999, art. 9 della legge n. 88/2001) e non più l'Autorità marittima, nonostante l'art. 3 del d. P. R. n. 509/1997 contenga ancora il riferimento al capo del compartimento marittimo competente per territorio

concessione, anche sulla G.U.R.I. e sulla G.U.C.E., nonché per estratto sul Bollettino Ufficiale Regionale e su alcuni quotidiani nazionali e locali, al fine di consentire la presentazione di domande concorrenti, nel rispetto di principi di evidenza pubblica di derivazione comunitaria (art. 4)<sup>19</sup>.

Al fine di individuare il corretto *iter* procedimentale da seguire, occorre considerare che il citato d.p.r. n. 509/97, emanato in attuazione della legge 15 marzo 1997, n. 59, è rivolto, secondo le indicazioni del legislatore delegante, alla semplificazione del procedimento di rilascio della concessione di beni del demanio marittimo per la realizzazione di strutture dedicate alla nautica da diporto.

E invero, tutta la regolamentazione recata dal provvedimento delegato appare diretta a consentire, in base ad un principio di concentrazione degli adempimenti amministrativi, la scelta del progetto più idoneo, sul presupposto implicito che l'istanza di concessione radichi di per sé un interesse tutelato in capo al richiedente, sacrificabile

---

<sup>19</sup> Come già segnalato in precedenza, la Corte dei Conti (Deliberazione n. 05/2005, Sezione di Controllo sulla legittimità degli atti del Governo, cit.) ha bloccato la registrazione di diversi atti formali di concessione aventi ad oggetto la realizzazione di porti turistici, in quanto la pubblicazione della domanda di concessione per la realizzazione di un porto turistico deve essere fatta non solo sull'albo pretorio, ma anche sulla GUCE, nonché sulla GURI, se il valore della concessione raggiunge la c.d. soglia comunitaria, precisando, inoltre, che il mancato ricorso alla gara pubblica per la realizzazione delle opere non trova giustificazione con la natura del rapporto e viola le norme comunitarie contenute nel Trattato dell'U.E. Secondo la Corte dei Conti la concessione demaniale marittima è una fattispecie complessa ove assume rilevanza non soltanto la messa a disposizione di un bene pubblico a fronte della corresponsione di un canone ma anche aspetti convenzionali relativi alle opere da realizzare, alla durata in funzione dell'equilibrio economico-finanziario dell'investimento programmato, nonché alla connessa attività di gestione delle opere stesse. Al provvedimento concessorio accede una convenzione contenente le clausole disciplinanti il rapporto paritario di tutti i diritti e gli obblighi delle parti (concessioni-contratto).

solo in ragione di una soccombenza di questo rispetto ad altre domande concorrenti o in presenza di una inidoneità assoluta del progetto.

In ragione di quanto innanzi, è doveroso evidenziare come la pubblicazione della domanda – istanza di concessione demaniale, redatta secondo i canoni prescritti dal d.p.r. 509/97, debba contenere i dati del soggetto proponente con una precisa individuazione delle aree interessate dal progetto. In relazione a quest'ultime, la domanda pubblica metterà in evidenza quali aree verranno concesse al privato istante e quale tipologia di opere potranno essere realizzate.

Nella predetta ottica, quindi, la pubblicazione dell'istanza è rivolta ad acquisire le osservazioni di tutti i soggetti a vario titolo controinteressati, nonché a sollecitare la presentazione di domande concorrenti; ed è proprio tale meccanismo (specialmente la pubblicazione sulla G.U.C.E. a fine di garantire una concorrenza a livello comunitario) che dovrebbe garantire un effettivo funzionamento delle procedure competitive, consentendo di fatto la creazione di un mercato concorrenziale rispettoso dei principi di derivazione comunitaria.

Inoltre, l'espletamento di procedure competitive di tal genere dovrebbe consentire di rispettare il principio sancito dall'art. 37 cod. nav., nella parte in cui prevede che il concessionario debba essere selezionato tenendo in debita considerazione l'effettivo soddisfacimento degli interessi pubblici legati all'utilizzo di un determinato bene.

Non a caso l'esame della conferenza di servizi, espressamente contemplato nel d.p.r. n. 509, mira a individuare, fra le istanze pervenute, l'iniziativa più idonea a

soddisfare gli interessi pubblici alla valorizzazione turistica ed economica della regione, alla tutela del paesaggio e dell'ambiente e alla sicurezza della navigazione, essendo prevista la pubblica gara, in via residuale, unicamente per le ipotesi in cui non ricorrano ragioni di preferenza fra i progetti presentati.

La finalità ultima, nell'ottica sostanzialistica seguita dall'ordinamento comunitario, è quella di garantire il giusto contemperamento degli interessi pubblici mediante una concreta e soddisfacente esplicazione degli interessi privati nell'ambito di un'economia di mercato concorrenziale e altamente competitiva.

### **6.1. L'Esame del Progetto e l'individuazione del concessionario**

Definita la fattispecie di riferimento e accertata la necessità di procedere con modalità trasparenti, imparziali e concorrenziali anche per l'assegnazione delle concessioni demaniali prodromiche alla realizzazione di strutture portuali, occorre ora analizzare e valutare come l'Amministrazione possa concretamente selezionare un concessionario nel rispetto dei principi richiamati.

Nella fattispecie di cui al menzionato d.p.r. 509/97, l'art. 5 prevede che, esperita la fase di pubblicazione, il Comune indica una conferenza dei servizi istruttoria, ai sensi dell'art. 14 della legge n. 241/1990, al fine di acquisire sul progetto o sui progetti preliminari, i pareri delle amministrazioni coinvolte nel procedimento e titolari di

differenti interessi pubblici<sup>20</sup>.

In esito all'esame dei progetti pervenuti, in seno alla conferenza dei servizi di cui all'art. 5, viene pertanto individuata l'istanza da ammettere alle fasi successive della procedura, con riferimento alla maggiore idoneità dell'iniziativa prescelta a soddisfare in via combinata gli interessi pubblici alla valorizzazione turistica ed economica della Regione, alla tutela del paesaggio e dell'ambiente e alla sicurezza della navigazione.

In sostanza quello di cui al d.p.r. n. 509/97 è un procedimento unico finalizzato alla realizzazione delle strutture dedicate alla nautica da diporto, in cui la fase inerente il procedimento di concessione di beni del demanio marittimo assume carattere autonomo e preliminare rispetto alle successive fasi di approvazione dei relativi progetti e di definizione degli altri eventuali procedimenti che risultino strettamente connessi o strumentali.

Pertanto, in conclusione, è possibile ritenere che il d.p.r. 509/97 disciplini in forma unitaria: a) il procedimento di concessione di beni del demanio marittimo per la realizzazione di porti turistici; b) il procedimento di approvazione dei relativi

---

<sup>20</sup> In particolare, si fa espresso riferimento ai seguenti enti: a) la Regione per l'ammissibilità sotto il profilo urbanistico e pianificatorio, per la verifica di cui all'art. 10 del decreto del Presidente della Repubblica 12 aprile 1996, nonché per l'autorizzazione ai sensi dell'art. 7 della legge 29 giugno 1939, n. 1497, ove non delegate agli Enti Locali (oggi il nulla osta paesaggistico è di competenza della Provincia); b) il Comune per l'ammissibilità sotto il profilo urbanistico-edilizio; c) l'Agenzia delle Dogane ai fini dell'autorizzazione di cui all'art. 19 del d.lgs. n. 374/1990; d) il Provveditorato Interregionale Opere Pubbliche, Ufficio Opere Marittime, ai fini della valutazione sull'idoneità tecnica delle opere; e) l'Agenzia del Demanio per gli aspetti dominicali; f) altre amministrazioni che, in forza di leggi, regolamenti o appositi provvedimenti amministrativi, risultino preposte alla tutela di specifici interessi pubblici.

progetti, nonché c) gli altri procedimenti che risultano strettamente connessi o strumentali (art. 1, D.P.R. n. 509/97).

Ed è proprio in relazione alla fase concernete l'assegnazione della concessione demaniale che il legislatore e la giurisprudenza prestano particolare attenzione, con l'inevitabile conseguenza che, ferme restando le forme di pubblicità dettate dal d.p.r. n. 509/97, anche tali procedimenti dovranno avere adeguata pubblicità mediante pubblicazione degli stessi sulla G.U.R.I. ma anche sulla G.U.C.E. così come stabilito per le concessioni demaniali aventi finalità turistico – ricreative.

**7. *Project financing* e concessioni di beni pubblici:  
l'eseribilità della procedura di *project financing* per  
la realizzazione di strutture portuali su aree oggetto di  
concessione demaniale**

Come già rilevato in precedenza, le fattispecie concessorie comportano una sovrapposizione di discipline che fa emergere la complessità dell'ordinamento comunitario, caratterizzato da norme aventi una portata generale (imparzialità, trasparenza, pubblicità, etc..) e da ulteriori normative di settore riferibili a specifici settori dell'economica (appalti pubblici).

Con specifico riferimento alle strutture portuali appena menzionate, può rilevarsi come la disciplina pubblicistica in materia di opere e concessioni di lavori pubblici, sia nel d.lgs. n. 163/2006, all'art. 153, sia nel nuovo Codice degli appalti, ex d.lgs. n. 50/2016, all'art. 183, comma 1, contempli espressamente le strutture dedicate alla nautica da diporto (non solo, dunque, i porti turistici, ma anche gli



approdi turistici e i punti di ormeggio) tra “i lavori pubblici e i lavori di pubblica utilità” e, dunque, tra le opere realizzabili mediante finanza di progetto, procedura che richiede la pedissequa applicazione delle procedure contemplate nel d.lgs. n. 50/2016.

Tali previsioni dimostrano, ove ve ne fosse ancora bisogno, come le fattispecie concessorie abbraccino e lambiscano numerosi settori giuridici, che presuppongono l'applicazione di specifiche normative di settore spesso, con un'inevitabile aggravamento del quadro di riferimento.

In merito alla disciplina di riferimento prevista per l'edificazione delle strutture diportistiche, giova segnalare come già un orientamento della giurisprudenza amministrativa - formatosi antecedentemente alle modifiche di cui al primo comma dell'art. 59-bis della legge 24 marzo 2012 n. 27, che (nell'integrare il precedente articolo 153 del Codice degli appalti) inseriva la realizzazione delle strutture per la nautica da diporto (porti e approdi turistici oltre che punti d'ormeggio) tra i lavori pubblici o di pubblica utilità che possono essere realizzati mediante il contributo parziale e/o totale dei privati, con le procedure della cosiddetta “finanza di progetto” - aveva ritenuto compatibili le due normative, nel senso che vi sarebbe stato un rapporto di “connessione” tra la procedura della finanza di progetto e la procedura delineata dal D.P.R. n. 509/1997, finalizzata al rilascio del titolo demaniale per la realizzazione dei porti e degli approdi turistici.

In sostanza, l'orientamento giurisprudenziale in questione ravvisava nell'ipotesi di ricorso al *project financing*, la “connessione” tra diversi procedimenti cui fa riferimento l'art. 1, comma 1 del d.p.r. n. 509/97.

L'impostazione delineata dal menzionato d.p.r. n. 509/97, in ragione di tale innovazione legislativa, poteva considerarsi superata proprio in forza dell'introduzione delle strutture per la nautica da diporto tra quelle strutture realizzabili attraverso la procedura del *project financing*, già nel vigore dell'articolo 153 del Codice degli appalti come modificato dalla l. n. 27/2012), e oggi sostanzialmente riprodotto dall'art. 183 del d.lgs. n. 50/2016.

Più precisamente veniva prospettata la possibilità che la procedura del *project financing*, per la realizzazione delle strutture dedicate alla nautica da diporto, potesse acquisire il ruolo di procedura alternativa rispetto a quella disciplinata dal d.p.r. n. 509/1997.

Tuttavia, in merito al rapporto tra le due procedure, preme segnalare come la più recente giurisprudenza amministrativa abbia ripetutamente accennato alla specificità della disciplina del *project financing* rispetto a quella del d.p.r. n. 509/1997, rilevando che «...le aree demaniali vengono affidate a coloro che aspirano a realizzare i porti turistici mediante concessione, preceduta da una gara; il procedimento è compiutamente regolato dal citato d.p.r. n. 509/1997. Dal complessivo quadro normativo si evince che, nonostante la finalità turistico-ricreativa dei porti turistici, che soddisfa prevalentemente interessi privati, vi è un rilevante interesse pubblico alla loro realizzazione e gestione, sotto i seguenti profili: – si tratta comunque di uno strumento di accesso alla via di comunicazione marina, e dunque di vere e proprie “infrastrutture” (non a caso si parla di infrastrutture per la nautica da diporto); – detti porti sono suscettibili di usi pubblici di interesse generale (fruizione da parte dell'intera

collettività, esigenze, anche se in casi eccezionali, del trasporto pubblico); – sussiste, in ogni caso, un rilevante interesse pubblico allo sviluppo e alla valorizzazione turistica ed economica del territorio, indubbiamente agevolata dalla realizzazione e gestione dei porti turistici» (cfr. Consiglio di Stato, sez. VI, 6488, 18 dicembre 2012).

Eppure sul punto, pare opportuno evidenziare anche le conclusioni cui è giunto il C.G.A., sentenza 19 dicembre 2008, n. 1147, nella parte in cui ha rilevato che «anche i comuni che intendano realizzare l'opera pubblica attraverso gli strumenti del *project financing* o della concessione e costruzione, prima di dare seguito al procedimento per l'affidamento dell'appalto disciplinato dalla normativa sui lavori pubblici, devono richiedere all'Assessorato regionale del territorio e dell'ambiente il rilascio della concessione demaniale in relazione alle aree interessate dall'opera pubblica».

Pertanto, alla stregua delle suesposte considerazioni, è doveroso porre in evidenza come presupposto imprescindibile per l'espletamento della procedura di *project financing* sia, ancora una volta, la titolarità della concessione demaniale delle aree portuali in capo alla medesima Amministrazione comunale.

Difatti, solo in tale ultima ipotesi, le Amministrazioni competente potrebbero legittimamente attivare la procedura di cui all'art. 183 d.lgs. n. 50/2016, ferma restando la necessità di seguire la disciplina di cui al d.p.r. n. 509/97 nell'ipotesi in cui, sia il privato ad avanzare una domanda di concessione demaniale prodromica alla realizzazione degli interventi portuali progettati.

Le predette argomentazioni fanno emergere, inequivocabilmente, le differenze strutturali che connotano le concessioni di bene pubblico dalle concessioni di costruzione e gestione di un'opera pubblica, dovendosi ricorrere alla disciplina degli appalti solo nei casi in cui vi sia un prevalente impulso pubblicistico, non rinvenibile in tutte le fattispecie concessorie; pertanto, è agevole rilevare come nelle ipotesi di concessione di bene pubblico sia sufficiente garantire un regime concorrenziale mediante espletamento di procedure pubbliche non necessariamente riconducibili ai procedimenti di cui al d.lgs. n. 50/2016.

Tale ultima considerazione è stata suffragata dalla giurisprudenza amministrativa, la quale ha delimitato gli ambiti applicativi dei procedimenti amministrativi contemplati dal d.p.r. n. 509.

Come chiarito dal C.G.A., sentenza 19 dicembre 2008, n. 1147, infatti, «nell'impianto del citato d.p.r. n. 509/97, pur trattandosi di un procedimento unico finalizzato alla realizzazione delle strutture dedicate alla nautica da diporto, la fase inerente il procedimento di concessione di beni del demanio marittimo, assume carattere autonomo e preliminare rispetto alle successive fasi di approvazione dei relativi progetti e di definizione degli altri eventuali procedimenti che risultino strettamente connessi o strumentali».

Pertanto, alla luce di quanto innanzi è stato precisato che «anche i comuni che intendano realizzare l'opera pubblica attraverso gli strumenti del *project financing* o della concessione e costruzione, prima di dare seguito al procedimento per l'affidamento dell'appalto disciplinato dalla normativa sui lavori pubblici, devono richiedere

all'Assessorato regionale del territorio e dell'ambiente il rilascio della concessione demaniale in relazione alle aree interessate dall'opera pubblica», con l'inevitabile conseguenza che la procedura della finanza di progetto potrà essere esperita solo a valle di una concessione demaniale adeguata, dovendo il relativo piano economico finanziario essere parametrato alla durata della medesima concessione.

È, quindi, utile comprendere se per il tramite del rilascio di concessioni demaniali marittime sia configurabile il rilascio di concessioni di lavori e di servizi pubblici.

L'Autorità si è già espressa in questo senso, con riferimento alle concessioni di lavori pubblici, dapprima nell'AG 17/03, e successivamente nella GE1468/09, dove è stato ritenuto che le concessioni per la realizzazione di strutture dedicate per la nautica da diporto, disciplinate dal d.p.r. n. 509/1997, siano configurabili come concessioni di costruzione e gestione di un'opera pubblica, o comunque finalizzate alla realizzazione di lavori pubblici dal momento che, ai sensi dell'art. 49 cod. nav. – norma applicabile anche questa particolare fattispecie di concessione - salvo che sia diversamente stabilito nell'atto di concessione, le opere non amovibili realizzate in esecuzione della concessione demaniale marittima di cui al d.p.r. n. 509/1994 restano acquisite allo Stato al termine della concessione medesima, concludendo per la necessità che l'affidamento avvenga mediante procedure improntate all'evidenza pubblica.

Similmente, si ritiene che la concessione demaniale marittima possa configurare una concessione di servizi quando l'utilizzo del bene demaniale si estrinsechi anche nell'esercizio di un servizio pubblico.

Una simile posizione è stata sostenuta dal T.A.R. Toscana che, nella sentenza n. 162/2011, in conformità a quanto statuito dal T.A.R. Campania - Napoli, Sez. VII, 5 dicembre 2008, n. 21241, ha ritenuto che la concessione demaniale marittima per la gestione degli ormeggi ovvero per la gestione delle attrezzature portuali (comprendente i servizi di prenotazione dei posti barca, la relativa assegnazione, la riscossione dei canoni di occupazione e lo svolgimento delle operazioni di ormeggio), alla luce dell'ampia definizione espressa dall'art. 112 del d.lgs. n. 167/2000, abbia per oggetto attività qualificabili come servizi pubblici locali, rispetto al cui esercizio l'utilizzo del demanio marittimo si pone come presupposto necessario.

Alla luce di dette considerazioni, si ritiene che tutte le volte in cui, attraverso il rilascio della concessione marittima, si realizza l'affidamento di una concessione di costruzione e gestione di opere pubbliche o di servizi pubblici, la concessione demaniale è soggetta sia agli obblighi di comunicazione all'Osservatorio e di contribuzione verso l'Autorità sia agli obblighi di tracciabilità dei flussi finanziari, restando invece pienamente vigente la disciplina di cui al d.p.r. n. 509/97 in tutte quelle ipotesi in cui a rilevare sia l'assegnazione del bene demaniale piuttosto che la realizzazione di un'opera pubblica.

## **8. Prospettive di riforma e tutela delle posizioni giuridiche soggettive**

Dall'analisi condotta sin ora emerge chiaramente la pervasività e la portata applicativa dei principi di rilevanza comunitaria.

Ebbene, è altrettanto evidente come tali principi assumano dirimente e dirompente rilievo in tutte quelle fattispecie ove si configuri un'occasione di guadagno e si manifesti la concreta possibilità, per gli operatori economici, di conseguire un vantaggio sociale e/o economico.

In conclusione, potrebbe affermarsi che la disciplina comunitaria assume eminente rilievo in tutte i casi in cui entra in gioco il profitto, fattore determinante nell'economia globale per tutti i cittadini europei.

Così configurate, le dinamiche del diritto europeo parrebbero essere eccessivamente proiettate verso un mercato capitalista, teso alla massimizzazione del profitto e poco attento alla tutela degli interessi pubblici; in realtà tale affermazione non corrisponde a verità se la disciplina viene opportunamente e adeguatamente contestualizzata.

È doveroso segnalare come numerosi studiosi<sup>21</sup> nutrano dubbi circa la bontà del sistema concorrenziale di ispirazione eurounitaria, considerato che la spasmodica ricerca della semplificazione e della liberalizzazione comportano,

---

<sup>21</sup> Su questi profili si vedano tra gli altri, ma senza alcuna pretesa di completezza, T. BONETTI, *Semplificazione amministrativa e competitività del sistema paese*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2008, 173 ss.; M. CAMMELLI, *La semplificazione tra riforme istituzionali e reingegnerizzazione delle istituzioni*, in G. SCIULLO (a cura di), *La semplificazione nelle leggi e nell'amministrazione, Una nuova stagione*, Bologna, 2008, 200 ss.; R. CHIEPPA, *Le nuove forme di esercizio del potere e l'ordinamento comunitario*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2009, 1319 ss.; M.P. CHITI, *Semplificazione delle regole e semplificazione dei procedimenti: alleati o avversari?*, in *Foro amm., Cons. Stato*, 2006, 1057 ss.; F. MERUSI, *La semplificazione: problema legislativo o amministrativo?*, in *Nuove Autonomie*, 2008, 335 ss.; L. VANDELLI, *Tendenze e difficoltà della semplificazione amministrativa*, in *Nuove Autonomie*, 2008, 417 ss.

frequentemente, l'indebolimento delle posizioni giuridiche soggettive a fronte di impercettibili e/o inesistenti aumenti di competitività.

E sempre più questo processo di semplificazione – in modo del tutto coerente con quanto è avvenuto nei più vari settori dell'ordinamento sotto la spinta di una congiuntura economica negativa sempre più grave – pare essere venuto ad assumere i toni dell'assolutezza, assumendo i contorni del bene in sé, in grado di assicurare in quanto tale impulso alla competitività del sistema economico, abdicando in tal modo a quella sua natura strumentale, relativa, finalizzata al più soddisfacente “proporzionamento” degli interessi pubblici e privati coinvolti.

Il progressivo e incessante incedere delle liberalizzazioni sfrenate, fini a sé stesse e non orientate strumentalmente a condurre il sistema a un equilibrato assetto di interessi pubblici – privati, ha causato il venir meno del carattere strumentale, sicuramente benefico oltre che indispensabile, della politica di semplificazione.

Progressivamente sono emersi e si manifestano ancora oggi, in misura sempre maggiore, i limiti che derivano da questo cambio di identità e sui quali dovrebbe essere richiamata l'attenzione del legislatore; l'incapacità, appunto, della procedura semplificata di assicurare l'equilibrio degli interessi sostanziali, che la Pubblica Amministrazione è chiamata comunque a garantire attraverso determinate norme di azione (ma ciò vale anche per i regimi di più o meno ampia liberalizzazione, di norma accompagnati da modulazioni più o meno articolate dell'esercizio del controllo pubblico successivo).



In tale delineato contesto, si materializza una sempre più deteriore qualità complessiva della normazione che deriva e discende dai medesimi interventi di semplificazione<sup>22</sup>, assolutamente asistematici.

Se i menzionati processi avvengono secondo modalità scoordinate e massive, mediante l'adozione di microinterventi di semplificazione (già di per sé indice di una scarsa qualità dell'attività normativa, che richiederebbe invece un riordino complessivo delle materie nel rispetto del principio della certezza del diritto, il quale si declina anzitutto attraverso i canoni della chiarezza e della prevedibilità degli effetti dei disposti normativi) vi è da chiedersi se a questo mutamento della natura degli interventi di semplificazione non corrisponda più in profondità anche un mutamento sostanziale degli interessi affidati alla cura dell'Amministrazione.

Quest'ultima, infatti, nell'ambito dei procedimenti semplificati deve riconquistare spazi e momenti ove esercitare i poteri di controllo tipici dell'attività amministrativa, garantendo il contemperamento di una moltitudine di interesse, fra i quali può e deve rientrare anche il mero

---

<sup>22</sup> Sui problemi derivanti dalla scarsa qualità della regolazione, cfr. tra gli altri, senza alcuna pretesa di completezza, S. AMOROSINO, *Achille e la tartaruga. Semplificazione e competitività del sistema Italia*, Milano, 2006; F. BASSANINI, *Introduzione*, in NATALINI, TIBERI (a cura di), *La tela di Penelope, Primo Rapporto Astrid sulla semplificazione legislativa e burocratica*, Bologna, 2010, 9 ss.; B.G. MATTARELLA, *Le leggi di semplificazione e la qualità della regolazione*, in SCIULLO (a cura di), cit., 21 ss.; G. NAPOLITANO, *Crescita economica e strabismo amministrativo*, in *Giorn. Dir. Amm.*, 2013, 221; NATALINI, *La qualità della regolazione in Italia: una visione di insieme*, in *La tela di Penelope*, cit., 17 ss.; A. POLICE, *Riflessioni sui tortuosi itinerari della semplificazione nell'amministrazione della complessità*, in [www.apertacontrada.it](http://www.apertacontrada.it); A. ZITO, *Globalizzazione e concorrenza tra ordinamenti giuridici: il problema del miglioramento della qualità della normazione*, in *Nuove Autonomie*, 2008, 343 ss.

interesse alla competitività del sistema economico.

Tuttavia, come si evince dall'analisi delle discipline condotta nel corso della presente attività di ricerca, occorre costruire un nuovo sistema, nel quale entra a pieno titolo tra gli interessi pubblici coinvolti anche quello alla competitività, che dovrà trovare un "proporzionamento" adeguato, un equilibrio nel rapporto con l'interesse al controllo sugli usi e le trasformazioni del territorio e con gli interessi privati alla realizzazione degli interventi e alla stabilità delle situazioni giuridiche (oltre che, naturalmente, con gli interessi differenziati).

Operando in tal senso, sarà possibile costruire un sistema economico competitivo ma rispettoso delle posizioni giuridiche soggettive proprie del nostro ordinamento, evitando di vanificare le elaborazioni dottrinarie (in *primis* l'intramontabile distinzione che denota il regime delle "autorizzazioni" e quello delle "concessioni") che hanno consentito ai cittadini di difendere posizioni giuridiche di vantaggio legittimamente detenute.

L'auspicio è che l'affermazione del regime competitivo non affondi definitivamente i preziosismi giuridici, annientando le certezze e le tutele che l'ordinamento giuridico nazionale, prima degli impeti rivoluzionari comunitari, aveva faticosamente apprestato agli operatori di un mercato, che ha bisogno di trovare nuove forme di contemperamento.

## **CONCLUSIONI**

### **Riflessioni conclusive: la nuova frontiera del potere amministrativo tra esigenze di mercato e istanze di tutela privatistiche**

Quando gli istituti giuridici sono soggetti alla continua evoluzione giurisprudenziale e oggetto di numerosi cambiamenti imposti dal recepimento di normative sovraordinate, si è soliti invocare l'intervento del legislatore perché fissi regole precise cui fare riferimento.

Tuttavia, come è accaduto nel settore delle liberalizzazioni, non sempre l'intervento del legislatore pare essere risolutivo o chiarificatore e, anzi, quando eccessivamente settoriale e schizofrenico diviene controproducente, poiché non conduce a un miglioramento del sistema e, contestualmente, mina le certezze acquisite dagli operatori.

Alla luce dell'analisi condotta, affinché le liberalizzazioni conseguano un buon risultato è necessario che i legislatori statali e regionali, così come la giurisprudenza divengano parte attiva del cambiamento, delineando nuove modalità di esercizio del potere amministrativo.

In tale delineato contesto, ogni attore istituzionale deve fare la sua parte per garantire il giusto equilibrio tra libertà economiche e interessi pubblici; difatti, sarebbe, errato indulgiare a un facile trionfalismo: la missione liberalizzatrice non è affatto compiuta.

In diversi casi, le liberalizzazioni sono rimaste una vana promessa, sono state affidate a norme manifesto o si sono

rivelate false o apparenti.

Invero, sono ancora oggi numerose le resistenze opposte dalle legislazioni regionali in materia e dalle amministrazioni che non procedono ad adeguare i propri strumenti pianificatori e programmatori alle esigenze del mercato.

Senz'altro in questo panorama sono da salutare favorevolmente le numerose pronunce giurisprudenziali che hanno delineato e individuato il raggio d'azione delle liberalizzazioni.

Tuttavia, i continui e ripetuti interventi del Giudice Amministrativo rendono evidenti le difficoltà, palesando un'ingente quantità di danni patita dal sistema economico, alla continua ricerca di competitività ed equilibrio.

In tale delineato contesto, appare fondamentale favorire una sempre maggiore estensione dell'obbligo delle Amministrazioni Pubbliche di predeterminare e di rendere note le scelte di base su cui sarà fondata la loro condotta futura.

Giova ricordare come tale direzione è già stata intrapresa dal legislatore con numerosi interventi riformatori, riconducibili alle legislazioni dettate in materia di anticorruzione (d.l. n. 190/2012) o trasparenza (d.lgs. n. 33/2013 ove è stato istituito il c.d. "accesso civico"); tali interventi, al pari di tanti altri, rientrano nella sfera della c.d. "predeterminazione delle scelte amministrative" poiché l'Amministrazione rende note *a priori* le modalità d'azione, di comportamento e sempre più i modi e i tempi di esercizio del potere, non più assolutamente e incondizionatamente discrezionale nell'*an* e nel *quomodo*, ma ispirato e conformato a scelte discrezionali compiute in atti di programmazione posti

a monte dei singoli provvedimenti amministrativi.

Ecco che scompare e si affievolisce la tradizionale distinzione che sussisteva tra regimi autorizzativi e regimi concessori.

Questo è il punto di partenza ma anche il punto di arrivo cui approda il presente lavoro che individua, nella progressiva fissazione e nella graduale emersione delle scelte parziali, uno strumento efficace a garanzia del buon andamento e dell'imparzialità amministrativa.

La gradualità e la trasparenza nell'esercizio del potere discrezionale, infatti, consentono ai partecipanti al procedimento amministrativo, se non di essere coautori delle scelte pubbliche, di essere spettatori vigili del loro compiersi.

Esse forniscono, al contempo, una serie articolata di parametri di verifica della coerenza interna dell'azione amministrativa, sia rispetto al processo di concretizzazione dell'interesse pubblico, sia rispetto alla selezione dei mezzi idonei per il suo perseguimento.

Ed è proprio grazie a tali innovativi strumenti se nelle Amministrazioni muta il profilo relativo al procedimento di formazione delle scelte pubbliche, che deve saper raggiungere l'equilibrio tra due estremi, quello cioè del *laissez faire, laissez passer*<sup>23</sup> dei fisiocratici e quello del mantenimento in capo ai

---

<sup>23</sup> Espressione francese («lasciar fare, lasciar passare») attribuita all'economista J.-C.-M.-V. DE GOURNAY (1712-1759), che riassume il principio secondo il quale lo Stato non deve imporre alcun vincolo all'attività economica, allo scopo di affermare il postulato della libertà individuale. Sulla base della convinzione che l'interesse personale, se libero di agire, conduca l'individuo a inserirsi nell'ordine naturale e a ricercarvi ciò che è vantaggioso per lui e per la collettività, essa è divenuta un simbolo del liberismo economico. La conseguenza del l.f. è la limitazione delle funzioni dello Stato al mantenimento dello stato di diritto, della sicurezza e più in generale ad ambiti di attività che non sarebbero mai

pubblici poteri della regolazione e del controllo del territorio e della attività economiche.

---

intraprese dai singoli individui o da associazioni private.

## **BIBLIOGRAFIA**

AMATO G., *Il mercato nella costituzione*, in *Quaderni Cost.*, 1992, 12 -13;

AMOROSINO S., *Achille e la tartaruga. Semplificazione e competitività del sistema Italia*, Milano, 2006;

AMOROSO L., *L'influenza dei valori costituzionali sui sistemi giuridici contemporanei* (Pizzorusso, V. Varano (a cura di), *L'influenza dei valori costituzionali sui sistemi giuridici contemporanei*, Giuffrè, Milano, 1985, t. I, pp. 5-13);

ARGENTATI A., *La storia infinita; Concorrenza e liberalizzazioni; i nuovi poteri dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, in *Riv. trim. dir. econ.*, 1/2012;

BACHELET V., *Criteri programmatici e fini sociali nelle leggi che limitano l'iniziativa privata*, in *Giur. Cost.*, 1962;

BALDASSARE A. voce *Iniziativa economica privata*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XXI, 1971;

BASSANINI F., *Introduzione*, in NATALINI, TIBERI (a cura di), *La tela di Penelope, Primo Rapporto Astrid sulla semplificazione legislativa e burocratica*, Bologna, 2010;

BAUMANN, *Capitalismo parassitario*, Bari - Roma, Laterza Editori, 2009;

BENVENUTI F., *Il ruolo dell'amministrazione nello Stato democratico contemporaneo*, in G. Marongiu - G.C. De Martin (a cura di), *Democrazia e amministrazione*, Milano, Giuffrè, 1992;

BIANCO G., *Costituzione ed economia*, Torino, Giappichelli

Editore, 1999;

BONETTI T., *Semplificazione amministrativa e competitività del sistema paese*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2008;

BUFFONI L., *La tutela della concorrenza dopo la riforma del titolo V: il fondamento costituzionale ed il riparto delle competenze legislative*, in *Le istituzioni del federalismo*, 2003, fasc. II;

BUONOCORE V., *Impresa (dir.priv.)*, in *Enc. Dir.*, Annuali I, 2007;

CAFORIO C.G., *Determinazione delle opere di urbanizzazione e degli standard*, in *Urbanistica e appalti*, 2011;

CAMMELLI M., *La semplificazione tra riforme istituzionali e reingegnerizzazione delle istituzioni*, in G. SCIULLO (a cura di), *La semplificazione nelle leggi e nell'amministrazione, Una nuova stagione*, Bologna, 2008;

CARANTA R., *I contratti pubblici*, Torino, Giappichelli Editore, 2012.

CARAVITA B., *Tutela della concorrenza e regioni nel nuovo assetto istituzionale dopo la riforma del titolo V della Costituzione*, in Barucci P. – Rabitti Bedogni C. (a cura di), *20 anni di AntiTrust, l'evoluzione dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato*, tomo II, Torino, Giappichelli, 2010;

CARETTI P. - DE SIERVO U., *Diritto Costituzionale e Pubblico*, Torino, Giappichelli, 2010;

CASSATELLA A., *Condizioni di apertura di grandi esercizi*



*commerciali: la Corte di giustizia fissa alcuni limiti per legislatori ed amministrazioni statali*, in *Giurisprudenza Italiana*, 1/2012;

CASSESE S., *La nuova costituzione economica*, Bari - Roma, Laterza Editori, 2004;

CERRI A., *Istituzioni di diritto pubblico*, 3° edizione, Milano, Giuffrè, 2009;

CHELI E. *Libertà e limiti all'iniziativa economica privata nella giurisprudenza della Corte Costituzionale*, in *Rass. Dir. Pubbl.*, 1960, I;

CHIEPPA R., *Le nuove forme di esercizio del potere e l'ordinamento comunitario*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2009;

CHITI M.P., *Semplificazione delle regole e semplificazione dei procedimenti: alleati o avversari?*, in *Foro amm., Cons. Stato*, 2006;

CLARICH M., *Manuale di diritto amministrativo*, Bologna, Il mulino, 2015;

D'ALBERTI M., *Concessioni amministrative*, Napoli, Jovene, 1981;

D'ALBERTI M., *Diritto della concorrenza e regolazione in una prospettiva ultranazionale*, in Barucci P. – Rabitti Bedogni C. (a cura di), *20 anni di AntiTrust, l'evoluzione dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato*, tomo II, Torino, Giappichelli, 2010;

D'ANDREA L., *I principi costituzionali in materia economica*, in [www.giurcost.it](http://www.giurcost.it);

DELLI PRISCOLI L., *Il limite della utilità sociale nelle liberalizzazioni*, in *Giur. Comm.*, 2014;

DI GASPARE G., *Costituzionalizzazione simbolica e decostituzionalizzazione di fatto dell'articolo 41 della costituzione*, in *Amministrazione in cammino*, 2011;

DI GASPARE G., *Diritto dell'economia e dinamiche istituzionali*, Padova, Cedam, 2015;

FERRARO F., *Restrizioni quantitative e territoriali nel diritto dell'Unione: dalla libera circolazione delle merci al diritto di stabilimento*, in *Il diritto dell'unione europea*, 3/2011;

GALGANO F., *voce Art.41 Cost.*, in *commentario della costituzione*, a cura di G. Branca, Bologna - Roma, 1982, 11;

GIAMPIERETTI M., *Il principio costituzionale di libera concorrenza*, in *Diritto e società*, 2003, fasc. 4;

GIANFRANCESCO E., *Libertà di impresa e libertà professionale nell'esperienza costituzionale italiana*, in *Giur. Cost*, 2005, vol. 3;

GIANNINI M.S., *Corso di diritto amministrativo*, III, 2, *L'attività amministrativa*, Milano, Giuffré, 1967;

GISONDI R., *Potere di pianificazione urbanistica e libertà di stabilimento: le nuove regole del sistema alla luce del diritto comunitario*, in *Giustamm.it*, 2/2016;

IANNUCCELLI P. *Diritto internazionale e comunitario Disciplina della concorrenza nella UE*, Frignani A.- Bariatti S. (a cura di), Padova, Cedam, 2012;

LIBERTINI M. *La tutela della concorrenza*, in *Giur. Cost.*, vol.2, 2005;

LIBERTINI M., *I fini sociali come limite eccezionale alla tutela della concorrenza: il caso del Decreto Alitalia*, in *Giur. Cost*, 2010, fasc. IV;

LIBERTINI M., *la tutela della concorrenza nella Costituzione italiana una rassegna critica della giurisprudenza italiana dell'ultimo decennio*, in *Mercato concorrenza e regole*, n.3, 2014;

LIPARI N., *Persona e mercato*, in Barucci P. – Rabitti Bedogni C. (a cura di), *20 anni di AntiTrust, l'evoluzione dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato*, tomo II, Torino, Giappichelli, 2010;

LONGOBARDI N. *Liberalizzazioni e libertà d'impresa*, in *Riv. Dir. Pubblico Comunitario*, n. 3-4/2013;

LIBERTINI M., *La concorrenza degli antichi e dei moderni*, in in Barucci P. – Rabitti Bedogni C. (a cura di), *20 anni di AntiTrust, l'evoluzione dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato*, tomo II, Torino, Giappichelli, 2010;

LUCIANI M., *Radici e conseguenze della scelta costituzionale di fondare la Repubblica democratica sul lavoro*, Conferenza tenuta a Padova il 12 marzo 2010, nell'ambito del Ciclo di Lezioni e Conferenze su “Costituzionalismo e democrazia”, organizzato dall'Università degli Studi di Padova - Scuola di cultura costituzionale;

M. MAZZIOTTI DI CELSO, *Diritto costituzionale*, Padova, Cedam, 2010;

MARTINES T., *Diritto costituzionale*, Milano, Giuffrè, 2011;

MARZARO P., *La semplificazione sproporzionata: procedimenti e interessi alla ricerca di equilibrio e identità. Il caso del Testo unico dell'edilizia dopo il decreto cd. Sblocca Italia*», in *Numero speciale della Riv. Giur. di Urbanistica 2014/2015*;

MASTRAGOSTINO F., *La collaborazione pubblico-privato e l'ordinamento amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2011;

MATTARELLA B.G., *Le leggi di semplificazione e la qualità della regolazione*, in *La semplificazione nelle leggi e nell'amministrazione: una nuova stagione*, G. SCIULLO (a cura di), Bologna, 2008;

MERUSI F., *La semplificazione: problema legislativo o amministrativo?*, in *Nuove Autonomie*, 2008;

MODUGNO F., *Lineamenti di diritto pubblico*, Torino, Giappichelli, 2010;

MORBIDELLI G., *voce Iniziativa economica privata*, in *Enc. Giur. XVIII*, Roma, 1989;

NAPOLITANO G., *Crescita economica e strabismo amministrativo*, in *Giorn. Dir. Amm.*, 2013;

OLIVIERI G., *Iniziativa economica e mercato nel pensiero di G. Oppo*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2012;

OPPO G., *Atipicità e funzionalizzazione dell'attività amministrativa per contratti*, Giuffré, Milano, 1996;

PACE A., *Le convenzioni pubblicistiche*, Giuffré, Milano, 1984;

PICCIOLI C., *Contributo all'individuazione del fondamento costituzionale della normativa a tutela della concorrenza (cd.*

*legge antitrust*), in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1996;

PINELLI C., *Riferimenti sull'art.41*, in *Aperta Contrada*;

POLICE A., *Riflessioni sui tortuosi itinerari della semplificazione nell'amministrazione della complessità*, in [www.apertacontrada.it](http://www.apertacontrada.it);

PORTALURI P.L., *Primauté della pianificazione urbanistica e regolazione delle attività commerciali*, in *Scritti in onore di P. Stella Richter*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2013;

ROVERSI MONACO F., *Le concessioni di servizi*, Rimini, Maggioli, 1988;

RUGGERI A., *La Consulta rimette abilmente a punto la strategia dei suoi rapporti con la Corte EDU e, indossando la maschera della consonanza, cela il volto di un sostanziale, perdurante dissenso nei riguardi della giurisprudenza convenzionale (“a prima lettura” di Corte cost. n. 264 del 2012)*, in [www.giurcost.it](http://www.giurcost.it);

SANTONI G., *Dossier di Aperta Contrada*, su [www.apertacontrada.it](http://www.apertacontrada.it);

SBRESCIA M.V., *Verso il superamento dello Stato regolatore? poteri pubblici e mercati dopo la crisi economica internazionale*, in *Riv. giur. Mezzogiorno*, 2011, n. 3;

SCOCA F.G., *Il provvedimento amministrativo*, (a cura di), *Diritto amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2008;

SCOCA F.G., *La concessione come strumento di gestione dei servizi pubblici*, in *Le concessioni di servizi*, Rimini, Maggioli, 1988;

TRAVI A., *Attività commerciali e strumenti urbanistici: ovvero, "il diritto preso sul serio"*, T.A.R. Lombardia, Milano, sez. I, 10 ottobre 2013, n. 2271 in *Urbanistica e Appalti*, 1/2014;

TRIMARCHI BANFI F., *Il principio di concorrenza: proprietà e fondamento*, in *Dir. Amm.*, 1-2 /2013;

TRIMARCHI BANFI F., *Le lezioni di diritto pubblico dell'economia*, Torino, Giappichelli, 2012;

URBANI P. – CIVITARESE MATTEUCCI S., *Diritto urbanistico. Organizzazione e rapporti*, Torino, Giappichelli, 2010;

URBANI P., *Urbanistica consensuale*, Torino, Bollati Boringhieri, Torino, 2000;

URBANI P., *Urbanistica solidale*, Torino, Bollati Boringhieri, Torino, 2011;

VANDELLI L., *Tendenze e difficoltà della semplificazione amministrativa*, in *Nuove Autonomie*, 2008

ZANOBINI G., *Corso di diritto amministrativo*, Milano, Giuffré, 1958;

ZITO A., *Regolazione dei mercati*, in *Enc.dir.*, Giuffré, Milano, 2010;

ZITO A., *Globalizzazione e concorrenza tra ordinamenti giuridici: il problema del miglioramento della qualità della normazione*, in *Nuove Autonomie*, 2008.

## **GIURISPRUDENZA**

### **Giurisprudenza TT.AA.RR.**

- T.A.R. Lazio – Roma, sez. II *bis*, 14 gennaio 2014, n. 455;
- T. A.R. Lombardia - Milano, sez. I ,10 ottobre 2013, n. 2271;
- T.A.R. Umbria - Perugia, sez. I, 21 gennaio 2013, n. 29;
- T.R.G.A. Trento, 11 luglio 2012, n.219;
- T.A.R. Toscana, Sez. III, 27 gennaio 2011, n. 162;
- T.A.R. Campania - Napoli, Sez. VII, 5 dicembre 2008, n. 21241;
- T.A.R. Lazio – Latina, 8 settembre 2006, n. 610;
- T.A.R. Lombardia, Brescia, 8 giugno 1990, n. 721;
- T.A.R. Lazio - Roma, sez. I, 10 febbraio 1987, n. 303;
- T.A.R. Lazio – Roma, sez. II, 22 ottobre 1987, n. 1710.

### **Giurisprudenza Consiglio di Stato**

- Cons. Stato, sez. VI, 6 novembre 2015, n. 5063;
- Cons. Stato, sez. IV, 4 settembre 2013, n.4454;
- Cons. Stato, sez. IV, 8 luglio 2013, n. 3606;
- Cons. Stato, sez. VI, 18 dicembre 2012, n. 6488;
- Cons. Giust. Amm. Sic., 28 settembre 2012, n. 840
- Cons. Stato, sez. VI, 10 aprile 2012, n. 2060;
- Cons. Stato, sez. IV, 10 maggio 2012, n. 2710;
- Cons. Giust. Amm. Sic., 19 dicembre 2008, n. 1147;
- Cons. Stato, sez. IV, 6 ottobre 1984, n. 744.

### **Giurisprudenza Corte Costituzionale**

- Corte Cost. n. 165/2015;

- Corte Cost. n. 291/2012;
- Corte Cost. n. 264/2012,
- Corte Cost. n. 200/2012;
- Corte Cost. n. 164/2012;
- Corte Cost. n. 182/2011;
- Corte Cost. n. 270/2010;
- Corte Cost. n. 247/2010;
- Corte Cost. n. 152/2010;
- Corte Cost. n. 45/2010;
- Corte Cost. n. 167/2009;
- Corte Cost. n. 162/2009;
- Corte Cost. n. 160/2009;
- Corte Cost. n. 350/2008;
- Corte Cost. n. 430/2007;
- Corte Cost. n. 401/2007;
- Corte Cost. n. 64/2007;
- Corte Cost. n. 248/2006;
- Corte Cost. n. 199/2006;
- Corte Cost. n. 14/2005;
- Corte Cost. n. 176/2004;
- Corte Cost. n. 14/2004;
- Corte Cost. n. 4/2004;
- Corte Cost. n. 27/2003;
- Corte Cost. 443/1997;
- Corte Cost. 365/1997;
- Corte Cost. n. 399/1996;
- Corte Cost. n. 500/1993;
- Corte Cost. n. 388/1992;
- Corte Cost. n. 439/1991;
- Corte Cost. n. 548/1990



- Corte Cost. n. 241/1990
- Corte Cost. n. 127/1990;
- Corte Cost., n. 53/1986;
- Corte Cost. n. 133/1984;
- Corte Cost. n. 21/1980;
- Corte Cost. n. 27/1979;
- Corte Cost. n. 4/1962;
- Corte Cost. n. 47/1958;
- Corte Cost. n. 29/1957.

#### **Giurisprudenza Corte di Cassazione**

- Cass. Civ., Sez. Un., 20 Giugno 2012, n. 10130;
- Corte di Cass., sez. lav., 3 giugno 2011, n. 12131;
- Cass. Civ., sez. III, 26 aprile 2000 , n. 5346;
- Cass. Civ., sez. I, 11 ottobre 1958, n. 3220;
- Cass. Civ., sez. I, 14 luglio 1989 n. 3322.

#### **Giurisprudenza Corte di Giustizia**

- Corte giust., C 159/12;
- Corte giust., C-89/09;
- Corte giust., C-96/08.
- Corte giust., C-384/08;
- Corte giust., C-400/08;
- Corte giust., C 347/08
- Corte giust., C-567/07;
- Corte giust., C-260/04;
- Corte giust., C 140/03;
- Corte giust., C 299/02.

