



UNIVERSITÀ
DEGLI STUDI
DI PADOVA

TESI DI DOTTORATO

Università degli studi di Padova
Dipartimento di diritto pubblico, internazionale e comunitario

SCUOLA DI DOTTORATO
IN GIURISPRUDENZA
CICLO XXX

**ORDINE GIURIDICO DEL MERCATO
TRA LIBERTÀ ECONOMICA E CONTROLLI BUROCRATICI**

supervisore: prof. Patrizia Marzaro

dottorando: Riccardo Bertoli

INDICE

<i>Introduzione</i>	9
---------------------------	---

CAPITOLO I

L'ORDINE GIURIDICO DEL MERCATO ED IL SUO GRADO DI LIBERTÀ.

DECISIONE ECONOMICA DI SISTEMA NAZIONALE ED EUROPEA

1. Il perché della prima premessa. 'Gioco delle perle di vetro' e gioco dei processi economici: dalla negativa astrazione di Castalia alla realtà. Economia, società e vita delle persone	13
1.1. Prima premessa. Rilievo sociale dello sviluppo economico e molteplicità dei suoi effetti, negativi e positivi. Benessere economico <i>vs</i> benessere sociale nell'epoca geologica Antropocene.....	19
2. Seconda premessa. Processi economici tra 'giusta' politica e diritto non solo nazionale.....	27
3. Il dibattito sul primato del diritto sull'economia. La risposta della politica ai processi economici: l'ordine giuridico del mercato ed il suo grado di libertà. Poteri burocratici come suo precipitato.....	30
3.1. (<i>Segue</i>) Un elemento di complessità: modelli di controllo burocratico sull'accesso al mercato e relativo diverso grado di restrizione della libertà economica. Variabilità del rapporto autorità-libertà.....	34
3.2. (<i>Segue</i>) Pluralità di norme e pluralità di mercati. Teoria generale dell'ordine giuridico del mercato e singoli mercati.....	36
4. Vincoli costituzionali e vincoli europei alla libertà politica in campo economico. Decisione economica di sistema (interna ed europea) e sua funzione di direttiva politica	38
5. L'art. 41 della Costituzione italiana e la sua 'apertura' al libero mercato malgrado il dirigismo e la pianificazione.....	41
6. La decisione economica di sistema europea secondo l'art. 3 TUE. La concorrenza come virtuosa e dinamica competizione tra imprese in funzione del benessere economico collettivo.....	46

7. Ancora sulla realtà dei processi economici. Cenni sul rapporto tra politiche pro-concorrenziali, debito pubblico nazionale e costituzionalizzazione del principio del pareggio di bilancio, crisi economica globale, moneta unica europea.	54
--	----

CAPITOLO II

LIBERO MERCATO ED INTERESSI PUBBLICI ANTAGONISTI NELLE POLITICHE SULL'ACCESSO AL MERCATO: UN LORO BILANCIAMENTO POLITICO

1. Il ruolo e il 'valore' del libero mercato nel momento politico della scelta e della definizione dei controlli burocratici sull'avvio alle attività economiche.....	59
1.1. (<i>Segue</i>) Una precisazione. Politica, amministrazione e ordine degli interessi: libero mercato in sede politica ed in sede amministrativa.	66
2. Sviluppo sostenibile e interessi pubblici antagonisti al libero mercato da tutelare necessariamente. Variabilità del 'valore' del libero mercato: un 'valore' da bilanciare in sede politica.	70
3. Esempificazioni di diritto positivo sul rilievo dell'interesse generale al libero mercato nella disciplina dei controlli sull'accesso al mercato. Recenti misure di <i>competition advocacy europee</i>	74
3.1. (<i>Segue</i>) ... ed interne (nella l. n. 241/1990 riformata dalla l. n. 124/2015).	75
3.2. (<i>Segue</i>) ... ed interne (nei decreti attuativi della l. n. 124/2015).	78
4. La 'pigrizia' del legislatore italiano: il problema della mancata revisione dei procedimenti burocratici per l'avvio di ciascuna attività economica privata: <i>rinvio</i> al capitolo V.....	81
5. Ancora sul 'valore' dell'interesse generale al libero mercato e sul suo bilanciamento politico con gli altri interessi. L'errore di ritenerlo automaticamente prevalente	82
6. Il vero problema: non l' <i>an</i> , ma il <i>quomodo</i> del controllo burocratico. Il sindacato giurisprudenziale sulle scelte nazionali come rimedio <i>reactive</i> (<i>rinvio</i> al capitolo IV). L'analisi di impatto della regolazione come rimedio <i>proactive</i>	87
7. Ricapitolazione. Rapporto tra libertà economica e potere pubblico nella singola vicenda amministrativa e complessivo ordine giuridico concorrenziale dei processi economici. Valenza di sistema della libertà economica.	93
7.1. (<i>Segue</i>) Riflessi sulle situazioni giuridiche soggettive.....	95
8. Il ruolo della concorrenza nella più recente giurisprudenza della Corte costituzionale: il nesso tra 'riduzione e rimodulazione' del potere pubblico con riguardo all'avvio di attività economica e tutela della concorrenza	96
9. Cenni sulla necessità di limitare lo 'strapotere' economico privato per garantire l'ordine giuridico concorrenziale del mercato politicamente scelto. Concorrenza come limite alla libertà economica.	98

CAPITOLO III

MODELLI DI CONTROLLO BUROCRATICO SULL'ACCESSO AL MERCATO.

ANALISI SINCRONICA TRA DIRITTO INTERNO ED EUROPEO

1. Premessa. Complessità normativa del regime amministrativo di ciascuna attività economica privata. Ragioni del presente capitolo.	103
2. I “ <i>regimi amministrativi</i> ” delle attività private previsti dall’art. 2, d.lgs. n. 222/2016. Pluralità di modelli di controllo burocratico sulle attività private: autorizzazione, silenzio assenso, segnalazione certificata di inizio attività (s.c.i.a.) e comunicazione di inizio attività (c.i.a.).	105
2.1. (<i>Segue</i>) L’autorizzazione.....	108
2.2. (<i>Segue</i>) Il silenzio assenso.....	110
2.3. (<i>Segue</i>) La s.c.i.a.	110
2.4. (<i>Segue</i>) La c.i.a.....	113
3. Le basi normative dei modelli di controllo burocratico sull’accesso al mercato. Premessa sulla frammentazione normativa della libertà economica per effetto del diritto europeo e conseguenze giuridiche: l’integrazione di discipline provenienti da ordinamenti diversi e situazioni giuridiche soggettive europeizzate.	113
3.1. (<i>Segue</i>) Un ulteriore livello di disciplina nazionale: le discipline settoriali.	116
4. Frammentazione normativa nel modello di controllo autorizzatorio. I principi di matrice europea posti dal d.lgs. n. 59/2010 ed il ruolo delle discipline settoriali.....	116
5. Frammentazione normativa e ruolo delle discipline settoriali nel modello di controllo incentrato sulla s.c.i.a.....	121
6. Ambito oggettivo di operatività del silenzio assenso secondo l’art. 20, l. n. 241/1990. ‘Sensibilità’ degli interessi e tasso di discrezionalità del potere autorizzatorio.	124
7. Ambito oggettivo di operatività della s.c.i.a. secondo l’art. 19, l. n. 241/1990.....	126
8. Un ‘vizio’ comune al silenzio assenso e alla s.c.i.a.: l’incertezza del relativo ambito di operatività.	127
9. Poteri inibitori previsti dai commi 3 e 4 dell’art. 19, l. n. 241/1990.	129
9.1. (<i>Segue</i>) Potere inibitorio tardivo e tutela del legittimo affidamento del segnalante	131
10. Poteri conformativi e di sospensione dell’attività segnalata previsti dal comma 3 dell’art. 19, l. n. 241/1990.....	133
10.1. (<i>Segue</i>) ... ed il loro rapporto con quelli inibitori. L’inibizione dell’attività come <i>extrema ratio</i>	135
11. C.i.a.: l’assenza di basi positive generali ed i malriusciti tentativi di sua generalizzazione.....	136
12. I modelli di controllo burocratico sull’accesso al mercato nel diritto europeo derivato in tema di servizi nel mercato interno: regime autorizzatorio e controllo a posteriori.	138

12.1. (<i>Segue</i>) Condizioni di ammissibilità del regime autorizzatorio e di inoperatività del silenzio assenso.	140
12.2. (<i>Segue</i>) Tendentiale allocazione a livello europeo del ‘valore’ degli interessi	142
13. Convergenze e divergenze tra diritto europeo e diritto interno sull’ambito di operatività dei modelli di controllo.....	143
14. Pluralità di controlli burocratici sull’avvio di una medesima attività economica: le forme tipiche di loro raccordo e il ‘pericolo’ di dequotazione dell’interesse pubblico a vantaggio dell’interesse generale al libero mercato.....	145

CAPITOLO IV

IL SINDACATO DELLA CORTE DI GIUSTIZIA DELL’UNIONE EUROPEA SUI REGIMI AUTORIZZATORI NAZIONALI E L’ORDINE EUROPEO DEGLI INTERESSI

1. Premessa. Il problema dei controlli, dei limiti e dei requisiti per l’accesso al mercato previsti dai diritti nazionali per ciascuna attività economica. Vincoli all’autonomia regolatoria nazionale per effetto del diritto europeo nella giurisprudenza della Corte di giustizia.	149
2. Obblighi di osservare distanze minime tra attività economiche, la loro giustificazione per motivi imperativi d’interesse generale e la loro proporzionalità rispetto al fine perseguito. Il caso degli impianti per la distribuzione di carburanti.....	152
2.1. (<i>Segue</i>) Il caso delle farmacie. ‘Sensibilità’ del motivo imperativo d’interesse generale giustificante la restrizione ed incremento dell’autonomia regolatoria nazionale.....	155
2.2. (<i>Segue</i>) Il caso dei centri per la raccolta di scommesse.	158
3. L’insediamento di grandi esercizi commerciali. Restrizioni territoriali per opera di strumenti di pianificazione, loro giustificazione per motivi imperativi d’interesse generale e loro proporzionalità rispetto al fine perseguito.....	160
3.1. (<i>Segue</i>) Il procedimento autorizzatorio per l’apertura di grandi esercizi commerciali ed il divieto di valutazioni economiche.....	166
3.3. (<i>Segue</i>) ... ed il suo livello di discrezionalità. Un caso di accettabile imprecisione dei requisiti.	169
4. Le autorizzazioni rilasciabili in numero limitato “ <i>per via della scarsità delle risorse naturali</i> ”. La proroga <i>ex lege</i> delle concessioni di demanio marittimo. Il divieto di loro rinnovo tacito ed la loro assegnazione tramite procedimenti ad evidenza pubblica....	171
4.1. (<i>Segue</i>) ...il principio di trasparenza. Chiarezza ed imparzialità del procedimento competitivo per l’assegnazione della concessione. Autonomia regolatoria nazionale sulla determinazione dei requisiti.....	177
5. Considerazioni di sintesi. Sindacato della Corte di giustizia sulle restrizioni nazionali ed effettività della gerarchia degli interessi europea.....	181

CAPITOLO V

OPZIONE ZERO, 'MAPPATURA' DEI PROCEDIMENTI PER OPERA DEL D.LGS. N. 222/2016 E SEMPLIFICAZIONE AMMINISTRATIVA

1. Una questione apparentemente semplice: tracciare un esatto confine tra attività soggette ad un controllo burocratico sul loro avvio e svolgimento ed attività dallo stesso radicalmente immuni.	185
2. Alla ricerca delle attività economiche private immuni da ogni potere di controllo burocratico. La residualità dell'opzione zero.....	188
2.1. (<i>Segue</i>) Il potere amministrativo di ricondurre attività economiche libere a quelle già 'mappate' per opera della tabella A allegata al d.lgs. n. 222/2016. Struttura e funzione del potere. Conseguente incertezza sull'ambito di operatività dell'opzione zero.....	192
3. Una conferma della residualità dell'opzione zero: la l. n. 4/2013, recante "disposizioni in materia di professioni non organizzate". Autoregolamentazione, associazioni di categoria e loro sistema di pubblicità vigilato dal Ministero dello sviluppo economico	195
4. L'errore dell'operatore economico sull'opzione zero.....	200
5. L'ordine pubblico come limite generale alla libertà economica. Un esempio: il divieto di svolgere il "mestiere di ciarlatano" ai sensi dell'art. 121, r.d. n. 773/1931.201	
6. Profili critici sulla 'mappatura' dei procedimenti amministrativi relativi alle attività economiche per opera della tabella A allegata al d.lgs. n. 222/2016.....	203
6.1. (<i>Segue</i>) Ri-regolazione, semplificazione amministrativa e scelta del diritto. ...	204
6.2. (<i>Segue</i>) Giustificazione della regolazione sull'accesso al mercato e mancata reale revisione dei procedimenti burocratici: la 'pigrizia' ostinata del legislatore nazionale. Tabella A e perdurante mancata revisione dei procedimenti.	207
7. 'Mappatura' dei procedimenti amministrativi e semplificazione normativa. Il problema delle antinomie tra leggi settoriali (statali e regionali) sulla scelta del modello di controllo burocratico. Il criterio di loro risoluzione offerto dall'art. 5, d.lgs. n. 222/2016.	213
8. Antinomie tra leggi settoriali (statali e regionali) sulla fissazione dei requisiti da osservare per l'avvio di ciascuna attività economica. Inutilizzabilità del criterio di loro risoluzione offerto dall'art. 5, d.lgs. n. 222/2016.	218

CONCLUSIONI

1. L'opzione zero come 'mito' giuridico accettabile e coerente alla decisione economica di sistema interna ed europea..	221
2. La semplificazione amministrativa come 'mito' giuridico inaccettabile.	223

Indice degli Autori 227

INTRODUZIONE

Sono davvero tanti i modi con cui la pubblica amministrazione può assumere un ruolo nell'economia: svolgendo essa stessa attività imprenditoriali, erogando sovvenzioni agli operatori economici, regolando i mercati, fissando autoritativamente prezzi e tariffe ed effettuando controlli sull'avvio delle attività economiche private. L'elenco potrebbe continuare a lungo; e comunque sarebbe impreciso, proprio per i molteplici strumenti di cui dispongono i pubblici poteri in campo economico.

Si è scelto di occuparsi dei controlli della pubblica amministrazione sull'accesso al mercato, oscillando regolarmente tra il diritto nazionale ed il diritto europeo. Il ruolo di quest'ultimo è sempre più fondamentale in ambito economico, in ragione del progressivo ampliamento delle competenze dell'Unione europea, delle sue politiche di sviluppo del mercato unico e della primazia del diritto europeo su quello nazionale. Tutto ciò limita, quando non annulla, l'autonomia regolatoria nazionale, che risente della gerarchia degli interessi europea.

Il tema non verrà affrontato partendo dalla descrizione del diritto positivo nazionale ed europeo in merito ai modelli di controllo sull'accesso al mercato ed al loro rispettivo ambito materiale di operatività. Si è ritenuto di demandare questa analisi ad una seconda parte della ricerca, ritenendo anzitutto indispensabile chiedersi perché esistono diversi modelli di controllo burocratico, perché essi sono socialmente necessari e, ancora prima, chiedersi quali più generali logiche, anche per effetto del diritto europeo, debba seguire il legislatore nazionale nel delinearli.

Il principale e complessivo obiettivo della ricerca è infatti di studiare i modelli di controllo burocratico, al pari della sua radicale assenza, quale precipitato, quanto meno orientativo, dell'ordine giuridico del mercato e del suo grado di libertà, in quanto la loro conformazione positiva ed il loro ambito materiale di operatività sembra da tale ordine dipendere. Al contempo, s'intende dimostrare la loro indispensabilità per renderlo effettivo, in ragione della loro attitudine a conformare i processi economici.

Si è così scelto di affrontare il tema di ricerca seguendo una più ampia prospettiva di teoria generale, che condivide la tesi del mercato come ordine giuridico, cioè politicamente scelto per il migliore perseguimento del benessere collettivo. Questa prospettiva resterà nello sfondo dell'intera ricerca; e consentirà infine di verificare se le misure di diritto positivo nazionali sui procedimenti di controllo, in particolare le più recenti politiche nazionali (la l. n. 124/2015, c.d. legge Madia, ed i relativi decreti attuativi, soprattutto il d.lgs. n. 222/2016, dedicato alla 'mappatura' dei procedimenti),

siano coerenti - ed in quali termini - con l'ordine giuridico del mercato europeo ed il suo grado di libertà.

Si ritiene ora opportuno illustrare più analiticamente i vari passaggi della ricerca seguita, così da meglio comprenderne il percorso.

Il primo capitolo muoverà dal rapporto circolare tra società, sviluppo economico, politica e diritto, per poi aderire all'idea del mercato come ordine giuridico, cioè politicamente determinato, e alla conseguente idea della disciplina dei controlli burocratici come suo precipitato. Si soffermerà poi sul fatto che la volontà politica nazionale non è libera nel dettare l'ordine giuridico del mercato: da rispettare vi sono i vincoli costituzionali interni e quelli derivante dall'adesione all'Unione europea; vincoli che dettano rispettivamente le decisioni economiche di sistema dell'ordinamento nazionale e di quello europeo. Anche questi vincoli sono frutto di scelte politiche. Il loro carattere è tuttavia generalissimo ed operano appunto come direttive politiche: è indispensabile un intervento politico a livello inferiore per ordinare realmente i processi economici. Di questi aspetti si tratterà sempre nel primo capitolo, soffermandosi sulla decisione economica di sistema nazionale, data principalmente dell'art. 41 Cost., su quella europea, data dai Trattati, di matrice ordoliberal e concorrenziale, e sulla quiescenza, per effetto della seconda, dell'interventismo pubblico in economia ammesso dalla prima.

Il secondo capitolo della tesi si interrogherà sul rilievo del libero mercato nella scelta del modello di controllo burocratico, cui sottoporre ciascuna attività economica privata; come pure nella fissazione dei requisiti da osservare per il suo svolgimento. Il principale scopo del capitolo sarà di dimostrare che anche l'ordinamento europeo, malgrado il suo ordine giuridico sia concorrenziale, non detta un'immobile gerarchia di interessi, con al vertice la concorrenza ed il libero mercato. Più esattamente, perché l'iniziativa economica sia socialmente accettabile e coerente con la visione economica ordoliberal europea, la libertà economica può tollerare restrizioni per la tutela di altri interessi ad essa antagonisti, chiamati, a livello europeo, motivi imperativi d'interesse generale.

Si vedrà, sempre in questo capitolo, che è compito della politica trovare un loro equilibrio, proprio tramite la scelta del modello di controllo e la fissazione dei requisiti per ciascuna attività economica. Da queste operazioni di bilanciamento gli apparati burocratici dovrebbero restare alieni, limitandosi a renderle effettive nei processi economici con la propria azione. Anzi, le restrizioni alla libertà economica sono spesso indispensabili, poiché molti interessi antagonisti al libero mercato hanno fondamento costituzionale e, a livello europeo, sono protetti dai Trattati, che menzionano lo sviluppo sostenibile e la tutela dell'ambiente proprio nel dettare la decisione economica di sistema europea. Tanto da risultare fisiologico e conforme all'ordinamento europeo che, a livello nazionale, l'opzione zero, cioè la radicale assenza di controlli burocratici sull'accesso al mercato e la correlata massima espansione della libertà economica, abbia un ambito di operatività residuale e comunque limitato. Semmai l'ordinamento europeo vincola quello interno a bilanciare gli interessi in gioco secondo i propri schemi, ammettendo restrizioni

alla libertà economica nel rispetto del principio di proporzionalità e di non discriminazione.

Su quest'ultimo aspetto si tornerà diffusamente anche nel quarto capitolo della ricerca, tramite l'analisi del sindacato della Corte di giustizia dell'Unione europea sulle restrizioni nazionali al diritto di stabilimento. Un tale approfondimento della giurisprudenza europea è sembrato opportuno per vagliare più concretamente la gerarchia europea degli interessi; come pure il modo con cui la Corte di giustizia la rende effettiva, modellando, spesso in modo incisivo, l'autonomia regolatoria domestica. Gli schemi utilizzati dalla Corte di giustizia per sindacare le restrizioni nazionali sono consolidati: e si ripetono, malgrado le restrizioni siano relative a mercati differenti. Per molti aspetti tali schemi sono stati frattanto positivizzati tramite la direttiva 2006/123/CE, c.d. Bolkestein, relativa ai servizi nel mercato interno, che disciplina anche quando i diritti nazionali possono conservare dei regimi autorizzatori, di controllo preventivo sull'accesso al mercato.

Della loro disciplina secondo il diritto europeo si occuperanno pure alcuni paragrafi del precedente terzo capitolo, che è dedicato, pressoché interamente, alla descrizione del diritto positivo. Il terzo capitolo, infatti, illustra la varietà dei modelli di controllo burocratici sull'accesso al mercato, focalizzandosi sulla conformazione positiva di ciascuno di essi e sul relativo ambito di operatività. Una delle principali ragioni del terzo capitolo è dimostrare la complessità della disciplina delle singole attività economiche: essa è l'esito dell'integrazione di due livelli di disciplina generali: uno nazionale e dato dalla legge sul procedimento amministrativo; uno di matrice europea, che limita l'autonomia regolatoria nazionale, onde realizzare l'ordine europeo degli interessi. Tali livelli di disciplina non sono comunque autosufficienti: devono combinarsi con le tante leggi settoriali, regionali e statali, che fissano i requisiti per lo svolgimento di ciascuna attività e risultano spesso decisive per stabilire l'operatività di un modello di controllo in luogo di un altro.

La descrizione di siffatta complessità, con le relative criticità, porrà le basi per l'ultimo capitolo della tesi, dedicato a tre aspetti vicendevolmente connessi: la ricerca nel diritto positivo nazionale dell'attuale ambito di operatività dell'opzione zero, la 'mappatura' dei procedimenti per opera della tabella A, allegata al d.lgs. n. 222/2016, e la semplificazione dell'azione amministrativa. A tutto ciò fa da cornice il problema della giustificazione delle regole pubbliche sull'accesso al mercato, reso recentemente tangibile dall'operazione di 'mappatura' dei procedimenti, che - analogamente a quanto avvenuto coi decreti legge di liberalizzazione delle attività economiche degli anni 2011-2012 e con il d.lgs. n. 59/2010, di recepimento della direttiva 2006/123/CE - non ha determinato una loro reale revisione, secondo gli schemi del diritto europeo e tramite una nuova selezione degli interessi relativi a ciascuna attività economica. Di qui la 'pigrienza' del legislatore nazionale, che si limita ad interventi generali, con effetti talvolta modesti sulla reale semplificazione dell'azione amministrativa.

La tesi di chiuderà con delle considerazioni trasversali all'intera ricerca, relative anzitutto alla compatibilità col diritto europeo del diritto nazionale, laddove attualmente

prevede un ambito di operatività residuale, cioè da ricavare *a contrario*, per l'opzione zero. Il vero problema, infatti, non sta nella presenza di un controllo burocratico sull'accesso al mercato, ma nel modo con cui esso è disciplinato dal legislatore nazionale per ciascuna attività economica. Quindi si concluderà ritenendo decisivo il ruolo della semplificazione dei procedimenti amministrativi di controllo, sostenendo l'inaccettabilità del fatto che essa, quantunque il diritto europeo la pretenda per lo sviluppo del mercato unico, resti un 'mito giuridico', impedendo un pieno svolgimento concorrenziale dei processi economici. Ne è colpevole anzitutto la politica nazionale, cui spetta rendere socialmente accettabili le singole attività economiche, ma senza ingiustificate restrizioni alla libertà economica e con una loro regolazione chiara ed organica.

CAPITOLO I

L'ORDINE GIURIDICO DEL MERCATO ED IL SUO GRADO DI LIBERTÀ. DECISIONE ECONOMICA DI SISTEMA NAZIONALE ED EUROPEA

SOMMARIO: 1. Il perché della prima premessa. ‘Giuoco delle perle di vetro’ e gioco dei processi economici: dalla negativa astrazione di Castalia alla realtà. Economia, società e vita delle persone. – 1.1 (*Segue*) Prima premessa. Rilievo sociale dello sviluppo economico e molteplicità dei suoi effetti negativi e positivi. Benessere economico vs benessere sociale nell’epoca geologica Antropocene. – 2. Seconda premessa. Processi economici tra ‘giusta’ politica e diritto non solo nazionale. – 3. Il dibattito sul primato del diritto sull’economia. La risposta della politica ai processi economici: l’ordine giuridico del mercato ed il suo grado di libertà. Poteri burocratici come suo precipitato. – 3.1. (*Segue*) Un elemento di complessità: modelli di controllo burocratico sull’accesso al mercato e relativo diverso grado di restrizione della libertà economica. Variabilità del rapporto autorità-libertà. – 3.2. (*Segue*) Pluralità di norme e pluralità di mercati. Teoria generale dell’ordine giuridico del mercato e singoli mercati. – 4. Vincoli costituzionali e vincoli europei alla libertà politica in campo economico. Decisione economica di sistema (interna ed europea) e sua funzione di direttiva politica. – 5. L’art. 41 della Costituzione italiana e la sua ‘apertura’ al libero mercato malgrado il dirigismo e la pianificazione. – 6. La decisione economica di sistema europea, secondo l’art. 3 TUE. La concorrenza come virtuosa e dinamica competizione tra imprese in funzione del benessere economico collettivo. – 7. Ancora sulla realtà dei processi economici. Cenni sul rapporto tra politiche pro-concorrenziali, debito pubblico nazionale e costituzionalizzazione del principio del pareggio di bilancio, crisi economica globale, moneta unica europea.

1. Il perché della prima premessa. ‘Giuoco delle perle di vetro’ e gioco dei processi economici: dalla negativa astrazione di Castalia alla realtà. Economia, società e vita delle persone.

Si narra che Joseph Knecht, *Magister ludi* Josephus III, decise di lasciare Castalia e, con ciò, la propria carica di *Magister ludi*, di Maestro del Giuoco delle perle di vetro: tra le più alte e prestigiose cariche in Castalia, forse la carica più alta, certo la più simbolica. La decisione, per quanto assunta con determinazione, fu l’esito dei tormenti interiori del *Magister*. La loro causa fu la troppa ed autoreferenziale astrazione¹, propria di Castalia e

¹ Scrive Joseph Knecht nella propria lettera con cui comunica formalmente alla suprema Autorità pedagogica di Castalia, organo di governo le cui decisioni sono insindacabili, il proprio desiderio di essere esonerato dalla carica di *Magister ludi*; e con cui, al contempo, egli chiede alla stessa Autorità di essere assegnato ad una scuola comune ed esterna dalla provincia di Castalia (p. 302): “*scopo della vita gli sembra* [Joseph sta criticamente alludendo al “*castalio medio*”, da cui appunto intende in futuro differenziarsi,

del suo rigoroso isolamento dal mondo esterno, e massimamente espressa dalla sofisticatezza del Giuoco delle perle di vetro, cui egli, con perfetta erudizione e disciplina, aveva finora dedicato gran parte della propria vita.

A questa distanza dalla realtà, malgrado l'alto ufficio ricoperto, egli era da ultimo divenuto irrimediabilmente insofferente: vinse il proprio forte desiderio di confrontarsi con la realtà: di immergersi pienamente, rinunciando per sempre alla soccorrevole ed ovattata atmosfera di Castalia, quasi immune dal flusso della storia e dai conflitti ad essa immanenti, sia pure restando fedele², almeno interiormente, allo spirito castalio più autentico.

Proprio dalla realtà si è deciso di iniziare il presente capitolo: nel prossimo paragrafo, infatti, si illustreranno, con voluta approssimazione, alcuni palpabili effetti delle attività economiche sulla collettività, trascurando momentaneamente il dato di diritto positivo, anche quello costituzionale, la sua interpretazione e le conseguenti costruzioni giuridiche, con il loro indispensabile rigore logico.

Sull'assunto che, per una più efficace e forse più 'vera' trattazione del tema delle politiche pubbliche sull'accesso al mercato, come per ogni tema di diritto pubblico dell'economia, l'astratto atteggiamento del castalio giocatore di perle, *glasperlenspieler*, che ricusa il mondo esterno, coi suoi continui conflitti, sia forse sconsigliabile e pericoloso: perché potrebbe condurre a perdere di vista la realtà, inseguendo catene di sillogismi e definizioni, magari ricorrendo più del dovuto alla diairetica.

inducendo i colleghi a fare altrettanto] *il culto delle scienze per sé stesso, o magari il piacere di passeggiare nel giardino d'una cultura che volentieri si atteggia ad universale senza esserlo del tutto. Insomma questa cultura castalia, cultura alta e nobile certamente [...] non è nella maggior parte di coloro che la possiedono un organo, non è attiva e rivolta coscientemente a mete più grandi o più profonde, ma tende piuttosto al godimento di sé, all'incensamento*". Nelle pagine successive della medesima, lunga ed elegante, lettera, aggiunge Joseph Knecht (p. 314), suggerendo all'Autorità pedagogica, quasi in termini provocatori e pronosticando un periodo di decadenza, una positiva svolta in Castalia: "*si può pensare una Castalia senza Giuoco delle perle, ma non una Castalia senza rispetto della verità, senza fedeltà allo spirito*". Già da tempo, quando egli ricopriva la carica di *Magister ludi*, aveva sviluppato, con grandi tormenti esistenziali, siffatti pensieri: "*egli serviva una comunità spirituale della quale ammirava la forza e il significato, della quale però scorgeva il pericolo nella tendenza a considerarsi puramente fine a se stessa, a dimenticare il proprio compito e la collaborazione con l'insieme del paese e del mondo e infine a perdersi in un splendido isolamento, in un sempre più accentuato e sterile distacco dalla vita nella sua totalità*" (p. 237). Anche durante gli anni della formazione a Eschholz, il giovane Joseph Knecht nutriva alcuni dubbi sulla distanza tra Castalia e la realtà comune ad essa esterna (p. 60): "*il 'mondo' di fuori, dal quale un giorno tutti noi electi eravamo venuti [...] per molti rappresentava ancora una grande realtà, piena di attrattiva, la quale li adescava e infine li richiamava. E forse non lo era soltanto per alcuni ma per tutti, forse non era neanche detto che il mondo lontano attraesse solo i deboli e i meno valenti, forse quell'apparente ricaduta non era né una caduta né una passività, bensì un salto e un'azione, e forse proprio noi che ce ne stavamo bravi bravi a Eschholz eravamo i deboli e vili*". L'Autorità, com'era prevedibile, respinse con toni severi l'insolita richiesta; ma Joseph Knecht mantenne fede ai propri propositi, rinunciando definitivamente alla propria carica e rifiutando l'affettuosa proposta di *Magister Alexander*, suo mentore subito dopo la nomina a *Magister ludi*, di dissimulare formalmente, con la concessione di una licenza, perfino per tempo indeterminato, l'allontanamento da Castalia. Tutti i riferimenti, nel testo, in questa nota e nella seguente, sono all'ultimo capolavoro di Hermann Hesse, *Il Giuoco delle perle di vetro*, Milano 2018, una biografia del *Magister ludi* Joseph Knecht.

² "*Egli [Joseph Knecht] fu e rimase sempre autentico e fedele cittadino della Castalia, ma non dimenticò mai che questa è soltanto una parte, una piccola parte del mondo, sia pure la più preziosa e diletta*" (p. 222).

Il gioco dei processi economici, i cui protagonisti sono i pubblici poteri, le imprese e, più in generale, i mercati, a differenza di quello delle perle di vetro, che simboleggia l'astratta ed isolata erudizione di Castalia, è quanto mai concreto: è tangibile da ogni persona, di ogni livello sociale, che ne raccoglie direttamente, nella propria quotidianità, le esternalità negative, ma intanto i benefici. È un gioco che trascende i confini statali e che da qualche decennio è diventato definitivamente globale: l'economia appiattisce le differenze ed annulla le distanze geografiche, rendendo viepiù omogenei i consumi e molti dei bisogni individuali.

A questo gioco ineriscono una moltitudine di interessi³, in continua evoluzione, spesso confliggenti, generali o egoistici; se non, addirittura, inerisce il benessere collettivo, che, pure in questo momento storico, dall'economia e dallo sviluppo economico⁴, nazionale e globale, ancorché parzialmente⁵, sembra dipendere. Sicché ogni astrazione giuridica dovrebbe misurarsi pure con la più concreta realtà, pena la sua elevata fragilità e la costruzione di teorie sconnesse dai processi economici.

³ Secondo un certo ed interessante pensiero, M.R. FERRARESE, *Le istituzioni della globalizzazione. Diritto e diritti nella società transnazionale*, Bologna 2000, spec. 32-36, gli interessi, che sottendono le scelte economiche, sono addirittura (p. 33) “*un linguaggio universale [e] permettono di intendersi a dispetto delle differenze*”, promuovendo, appunto grazie ai mercati, una connessione tra le società più diverse e geograficamente lontane. Ed un tale linguaggio, secondo l'Autrice, rappresenta (p. 33) “*un aspetto centrale per comprendere la vocazione globalizzante dell'economia capitalistica*”.

⁴ Sui molteplici fattori della crescita economica, sulla sua diffusione globale e su alcune sue implicazioni sociale, v., per esempio, I. MUSU, *Crescita economica*, Bologna 2007.

⁵ Il benessere individuale o collettivo, infatti, non è soltanto quello economico, legato al reddito e matematicamente misurabile; e non si può sostenere che all'aumento del benessere economico corrisponda sempre un diretto ed eguale aumento di quello collettivo; proprio perché lo sviluppo economico, come si vedrà nel successivo paragrafo, genera pure esternalità negative e globali, spesso difficilmente misurabili in termini matematici. Rilevava giustamente F. CAFFÈ, *Lezioni di economia politica*, Torino 1978, 22-23: “*il cosiddetto 'benessere economico' [ricondotto principalmente al concetto di reddito] è una parte limitata di un concetto più ampio e complessivo che potremmo chiamare benessere collettivo o generale. [...] Non è sempre agevole distinguere queste due parti [...]. Inoltre, occorre in qualche modo presupporre che, quando aumenti il cosiddetto 'benessere economico, anche quello generale si muova nello stesso senso [...]. Ma anche questa ipotesi di correlazione tra diretta tra il cosiddetto 'benessere economico' ed il benessere collettivo o generale è evidentemente convenzionale o arbitraria. Per accrescere la formazione del reddito, ad esempio, si possono distruggere bellezze della natura e del paesaggio, o danneggiare la conservazione di antichi monumenti ...*”. Sulla profonda crisi del rapporto tra sviluppo economico e benessere materiale e, soprattutto, morale dei cittadini che, ciononostante, lo inseguono, cfr. P. BEVILACQUA, *Miseria dello sviluppo*, Roma-Bari, 2009, le cui prime pagine (relative al capitolo intitolato “*fine dello sviluppo*”) sono quasi apocalittiche, ma intanto cariche di spunti di riflessioni (1-2): “*lo sviluppo, la corsa al conseguimento di sempre più elevati standard di vita attraverso sempre più elevati livelli di produzione e di consumo di beni materiali e servizi, è finito. L'insieme dei processi economici e sociali che nell'ultimo messo secolo ha moltiplicato i redditi individuali dei cittadini dell'Occidente, accresciuto il loro benessere materiali, innalzato il loro orizzonte culturale, esteso gli spazi di libertà e rafforzato la loro partecipazione democratica è concluso. Una grande pagina della storia recente del mondo è giunta al termine. [...] Crescita economica e benessere si vanno divaricando. E innanzi tutto si è dissolto, almeno in Occidente, il segreto stesso che sta alla base dell'immenso successo dello sviluppo: l'idea che la perenne aspirazione umana a migliorare la propria condizione potesse essere catturata definitivamente nella ricerca senza fine della ricchezza materiale. [...] L'intero edificio dell'economia dello sviluppo è stato costruito su una doppia finzione: la pretesa eternità dei fenomeni sociali, la supposta infinità della natura. Tutto è stato pensato e immaginato al di fuori del tempo e dello spazio. [...] Ed è perlomeno paradossale che, nell'epoca della rapida obsolescenza di tutte le cose, si debba immaginare come eterna la possibilità della crescita economica e dei suoi vantaggi*”. Cfr. D. COHEN, *Prosperità del vizio. Una breve storia dell'economia*, Milano 2011.

Questo, tuttavia, non significa prendere una precisa posizione sul piano metodologico, vincolante l'intera ricerca, seguendo un approccio multidisciplinare o perfino di matrice sociologica⁶; oppure anteporre allo studio giuridico quello delle tante teorie economiche, che descrivono i processi economici, ormai sempre più globali, per poi formulare modelli astratti e generalmente validi; oppure, ancora, enfatizzare il ruolo dell'analisi economica del diritto pubblico⁷, così da valutare le singole misure di regolazione pubblica sull'accesso al mercato principalmente in termini di efficienza e di loro concreta funzionalità economica rispetto al fine dichiarato dal regolatore pubblico.

Significa, molto più semplicemente, aderire all'idea di fondo che *“le persone concrete, le loro vicende, i fatti concreti, la vita stessa [...] sono entrati a far parte della teoria giuridica”*⁸. Tanto più in una ormai definitivamente consolidata società multisistemica⁹, le cui diverse componenti (sociale, economica, giuridica e politica), quantunque ordinate al loro interno secondo regole proprie e precise, così da generare veri e propri sottosistemi¹⁰, si adattano vicendevolmente: i sottosistemi non sono chiusi ed autoreferenziali.

⁶ Secondo gli schemi della sociologia del diritto sviluppati, per esempio, da L.M. FRIEDMAN, *Il sistema giuridico nella prospettiva delle scienze sociali*, Bologna, 1978. Cfr. V. FERRARI, *Diritto e società. Elementi di sociologia del diritto*, Roma-Bari 2006; R. TREVES, *Sociologia del diritto. Origini, ricerche e problemi*, Torino 1990.

⁷ Sul tema sono tuttora fondamentali i contributi pubblicati nell'Annuario 2006 dell'Associazione italiana dei professori di diritto amministrativo, A.i.p.d.a., *Analisi economica e diritto amministrativo*, Milano 2007, spec. quello di S. CASSESE, *Il sorriso del gatto, ovvero dei metodi nello studio del diritto pubblico*, 88 ss., pubblicato anche in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2006, 597 ss., secondo cui *“il giurista deve impadronirsi con maggiore sicurezza degli approcci e delle tecniche sperimentati dagli studi del diritto compiuti da non giuristi, uscendo dal chiuso del proprio metodo”*. Perché questo sia possibile, l'Autore dà tre principali insegnamenti, vicendevolmente connessi: *“tenere un atteggiamento meno deferente verso la disposizione normativa”*; *“concentrarsi (anche) sull'esame della funzionalità delle norme, alla luce di criteri economici e sociali”* e *“considerare le norme come un sistema in movimento, nel quale operano gli individui-massimizzatori”*. Illustra, da ultimo e con molti riferimenti bibliografici, il dibattito sull'analisi economica quale metodo del diritto amministrativo D. VESE, *Sull'efficienza amministrativa in senso oggettivo*, Milano 2018, 75 ss.

⁸ Così L. IANNOTTA, *Scienza e realtà: l'oggetto della scienza del diritto amministrativo tra essere e divenire*, in *Dir. amm.*, 1996, 594. Aggiunge l'Autore: *“quindi non più solo essere (oggettività, aspazialità, atemporalità) ma anche divenire (fattualità, spazialità, temporalità) con una prospettiva (giuridica) reale e personalistica che va alla ricerca di un nuovo linguaggio, idoneo ad esprimerla”*. Anche nella storiografia è stata da tempo posto al centro la persona, anche quella più semplice e all'apparenza distante dai grandi avvenimenti e dalle vite dei principi, e la sue più concrete e quotidiane vicende: *“il buono storico somiglia all'orco della fiaba: là dove fiuta carne umana, là sa che è la sua preda”*. La celebre frase è di M. BLOCH, *Apologia della storia o Mestiere di storico*, Torino 2009, 41.

⁹ In proposito, v. la sintesi e la rielaborazione del pensiero sociologico, principalmente di Niklas Luhmann e di Gunther Teubner, offerta da L. GIANI, *Attività amministrativa e regolazione di sistema*, Torino 2002, spec. 88-95, con riguardo al generale rapporto tra norma giuridica e fatto economico, e per illustrare alcune delle ragioni del passaggio dalla regolamentazione alla regolazione, secondo il modello delle autorità amministrative indipendenti.

¹⁰ L. GIANI, *Attività amministrativa*, cit., 90: *“le componenti del sistema hanno una caratterizzazione tipizzante e sono ordinate e strutturate al loro interno in maniera peculiare, secondo un principio proprio (secondo un codice binario specifico) che rappresenta la determinante del funzionamento del (sotto)sistema [...]”. La componente sociale, come pure quella economica, o anche quella giuridica, se considerate singolarmente, rappresentano ciascuna un sistema dotato di una propria autonomia e funzionante secondo proprie regole e principi. Ma pur trattandosi di entità dotate di una propria autonomia, sarebbe irrealistico far discendere da questa caratteristica una loro qualificazione in termini di assoluta indipendenza”*.

Anzi: le loro reciproche interferenze sono caratterizzate da una spiccata circolarità¹¹, influenzando, costantemente e tangibilmente, ciascun sottosistema l'evoluzione dell'altro. E sembra da tempo essere il sottosistema economico a condizionare maggiormente gli altri: con la globalizzazione il potere economico erode il più tradizionale potere statale e può giungere addirittura a plasmarlo¹² negativamente. Anche la società ne risente, tanto da divenire 'liquida'¹³, con strutture e rapporti umani più incerti, se non precari ed in continua evoluzione.

Se la vita, le più quotidiane vicende e perfino la felicità¹⁴ di ogni persona sono concretamente condizionate dai processi economici, sembra utile, prima di ogni analisi del diritto positivo e di ogni sua successiva costruzione dogmatica, registrare¹⁵, almeno in

¹¹ L. GIANI, *Attività amministrativa*, cit., 91, parla appunto di "circuito interferenziale" tra (sotto)sistemi della società multisistemica. In una prospettiva assai simile, ancorché senza riferimenti alla sociologia del diritto, sembra muoversi G. DI GASPARÉ, *Diritto dell'economia e dinamiche istituzionali*, Padova 2003, 7 ss., nell'individuare, in termini generali, l'oggetto di studio del diritto dell'economia. Secondo l'Autore, il diritto dell'economia è il diritto (p. 8) "delle istituzioni rilevanti per l'economia, [cioè] un diritto di secondo livello. Un diritto che prescinde dalla ricostruzione positiva dei rapporti giuridici e degli istituti cui essi danno luogo, ed ha a proprio oggetto lo studio sistematico delle relazioni che intervengono tra le istituzioni rilevanti dell'economia". Più esattamente, "la definizione delle regole del giuoco - le regole di funzionamento delle istituzioni - è [...] un risultato complesso effetto di interazioni esogene ed endogene alle istituzioni rilevanti per l'economia". L'oggetto di studio del diritto dell'economia è quindi (p. 9) "questa complessità organizzata, questa rete di relazioni istituzionali, che struttura sistema di produzione, di distribuzione, redistribuzione di beni e servizi". Tanto che, prosegue l'Autore (p. 9-10), "la necessità di indagare il funzionamento del sistema ci spinge ad assumere come approccio metodologico un punto di vista sistematico, 'olistico': considerare il sistema economico come un tutto integrato la cui essenziale conformazione, anche giuridica, deriva dalle relazioni tra le parti (istituzioni) piuttosto che dall'analisi delle proprietà delle singole componenti (istituti)".

¹² Secondo M.R. FERRARESE, *Le istituzioni*, cit., 11 ss., nell'analizzare gli effetti della globalizzazione sulla sfera istituzionale, che, secondo il pensiero dell'Autrice, comprende quella giuridica ("la sfera istituzionale va intesa come sia come sfera statale sia come sfera della giuridicità"), la globalizzazione, più che una fase di evoluzione del capitalismo, è un suo cambiamento rivoluzionario (p. 12): "se si guarda alla storia istituzionale, specie a come essa è stata forgiata nell'europea continentale intorno al baricentro statale e ai suoi connotati giuridici, la globalizzazione presenta tratti decisamente rivoluzionari. Qui si vedono i tratti di una cesura più che di una continuità. È come se la globalizzazione interrompesse quel capitolo di storia europea contrassegnata dalla centralità degli stati, imponendo una nuova sorta di imperialismo giudicato dalle forze economiche". Con la precisazione che (p. 14) "non si tratta ovviamente della scomparsa degli stati, [...] ma piuttosto di una funzionalità invertita tra stati e mercati: sempre più gli stati tendono a diventare funzionali ai mercati. Non si tratta di una guerra aperta e sfrontata tra politica ed economia; piuttosto, l'economia, funzionando secondo i suoi presupposti evolutivi, modifica in maniera sotterranea e silenziosa il quadro istituzionale". Sulla globalizzazione, tra i tantissimi contributi di matrice sociologica, v. L. MARTELL, *Sociologia della globalizzazione*, Torino 2011, e, meno di recente, Z. BAUMAN, *Dentro la globalizzazione. Le conseguenze sulle persone*, Bari-Roma 2001; tra quelli di matrice politologica, v. D. HELD e A. MCGREW, *Globalismo e antiglobalismo*, Bologna 2010. Da ultimo, per uno sguardo d'insieme sulla globalizzazione, ma con particolare attenzione ai processi economici, v. J.E. STIGLITZ, *La globalizzazione e i suoi oppositori. Antiglobalizzazione nell'era di Trump*, Torino 2018.

¹³ Z. BAUMAN, *Modernità liquida*, Roma-Bari, 2000.

¹⁴ L. BRUNI, *L'economia e i paradossi della felicità*, in a cura di (P. SACCO e S. ZAMAGNI), *Complessità relazionale e comportamento economico. Verso un nuovo paradigma di razionalità*, Bologna 2002, 173 ss.; ID., *L'economia, la felicità e gli altri. Un'indagine su beni e benessere*, Roma 2004.

¹⁵ La fondamentale importanza dell'osservazione del mondo reale nel metodo giuridico è ben sottolineata da L. IANNOTTA, *Dialogo sul metodo: osservazione e ricostruzione delle vicende giuridiche reali*, in *Dir. amm.*, 2003, 133 ss. Rileva l'Autore che, dalla riflessione dei maestri del diritto del novecento, emerge un'indicazione metodologica tuttora valida: che (p. 148) "il primum vivere è osservare e considerare con rispetto la realtà, tutta la realtà, aprire gli occhi sulla vita concreta, senza scambiare la

parte, i complessivi effetti, negativi e positivi, propri di tali processi; soprattutto allorquando le imprese competono tra loro nel mercato, per massimizzare i profitti, accaparrarsi i consumatori e stimolare i loro bisogni¹⁶.

Perché appunto di questi effetti, della loro più complessiva gestione e, se ritenuti negativi e socialmente intollerabili, del loro contenimento, si occupano le politiche pubbliche sull'accesso al mercato: le politiche che dettano le 'regole del gioco' dei processi economici; ed intanto definiscono il loro grado di libertà, bilanciando gli interessi coinvolti dall'avvio di attività economiche o addirittura non tutelandone alcuni per favorirne altri; sull'assunto che, per tale via, in quel momento storico, i benefici collettivi sarebbero maggiori ed il sacrificio, anche irreversibile, di certi interessi sarebbe invece tollerabile.

Si potrebbe obiettare che l'attuale realtà economico-sociale, almeno per certi aspetti, dipende dalle 'regole passate', che hanno dato corso al suo sviluppo¹⁷; pertanto, anziché sommariamente descrivere la prima, nella parte in cui è collegata all'iniziativa economica, bisognerebbe occuparsi diacronicamente delle seconde¹⁸. Eppure, così, da un canto, si postulerebbe un indiscusso primato del diritto pubblico sui processi economici, come se soltanto il diritto li condizionasse, trascurando le costanti e circolari interferenze tra sottosistema giuridico, economico e sociale, al pari del sempre maggiore potere assunto dai mercati con la globalizzazione.

Dall'altro, il presente studio, forse, si impoverirebbe, diventando una lunga 'storia' della regolazione pubblica sull'accesso al mercato, dell'avvicinarsi delle tantissime e disorganiche fonti del diritto in proposito e del lungo (ed ancora in corso) processo di integrazione europea, fondato sulla creazione di un mercato unico, senza barriere interne. Con inoltre il difficile problema di stabilire da quale esatto momento e con quale livello di precisione cominciare a narrare queste 'storie', vicendevolmente connesse. Quando, invece, l'obiettivo del presente studio è di soffermarsi sulle più attuali politiche pubbliche nazionali ed europee sul tema, con la consapevolezza, peraltro, dei più concreti effetti - prodottisi in passato e ripetibili in futuro - delle attività economiche sulla società, l'ambiente e la salute umana.

realtà con i concetti; osservarla quindi senza schemi, senza preconcetti, senza teorie (neanche le proprie), senza pregiudizi ...".

¹⁶ È per certi aspetti ancora attuale la risalente piramide di Maslow, in cui i bisogni vengono, anche graficamente, categorizzati e gerarchizzati: A.H. MASLOW, *A theory of human motivation*, in *Psychological Review*, 1943, 370 ss.

¹⁷ Di recente, sulla storia economica nazionale, E. FELICE, *Ascesa e declino. Storia economica d'Italia*, Bologna 2015. Per quella globale, R.C. ALLEN, *Storia economia globale*, Bologna 2013.

¹⁸ Per una efficace sintesi delle politiche pubbliche in capo economico dall'unità d'Italia ad oggi, tramite l'individuazione di quattro periodi storici, v. S. CASSESE, *La "vecchia" costituzione economica: i rapporti tra Stato ed economia dall'Unità ad oggi*, in (a cura di ID.) *La nuova Costituzione economica*, 2012 Roma-Bari, 7-36.

1.1. Prima premessa. Rilievo sociale dello sviluppo economico e molteplicità dei suoi effetti, negativi e positivi. Benessere economico vs benessere sociale nell'epoca geologica Antropocene.

Gli effetti dello sviluppo economico sono da sempre tanti e si sono man mano consolidati e, con l'economia, viepiù globalizzati. È un dato oggettivo: l'esercizio delle attività economiche, malgrado il forzato impiego delle migliori tecniche disponibili¹⁹ negli stabilimenti produttivi per contenere l'inquinamento, è di regola fonte di esternalità²⁰ negative. Queste, in ragione del tipo di attività intrapresa, possono essere le più molteplici e sensibilmente diminuiscono il benessere collettivo, nonostante il parallelo aumento, in termini assoluti o relativi, del reddito.

Ne risente soprattutto l'ambiente: tali esternalità, sommandosi, per quanto l'ambiente sia in grado di incorporare i disturbi antropici, adattandosi spontaneamente alle azioni esogene²¹, giungono ad alimentare processi naturali anche irreversibili, come, per esempio, i mutamenti climatici²², il consumo di suolo²³ e la contestuale alterazione del

¹⁹ *B.a.t., best available techniques*. Si allude alla disciplina, di matrice europea, attualmente dettata dal d.lgs. n. 152/2006 (spec. art. 5, lett. *l-ter* e art. 29-*bis* ss.), c.d. codice dell'ambiente, con riguardo alle soluzioni tecniche (appunto le migliori disponibili) per la riduzione o, se possibile, per l'annullamento delle emissioni inquinanti nelle matrici ambientali; soluzioni di cui devono disporre impianti e stabilimenti produttivi, perché l'amministrazione ne autorizzi l'insediamento e l'esercizio. L'amministrazione deve inoltre costantemente seguire l'evoluzione di queste tecniche e riesaminare periodicamente le autorizzazioni ambientali rilasciate; cosicché esse siano sempre aggiornate alle nuove e più efficaci tecniche disponibili. In dottrina, sul tema, cfr. V. PAMPANIN, *Autorizzazione integrata e regolazione ambientale*, Roma 2014, spec. 105-162.

²⁰ Si utilizzano le categorie economiche forse impropriamente, ma al fine di semplificare fenomeni davvero complessi, descritti in modo altrettanto complesso ed articolato dalle diverse teorie economiche che li hanno analizzati, per poi ricondurli a modelli astratti; peraltro teorie spesso contaminate da prospettive ideologiche. Per un agevole compendio delle numerose teorie economiche e della loro evoluzione storica, in rapporto al diritto pubblico, v. G. NAPOLITANO e M. ABRESCIA, *Analisi economica del diritto pubblico. Teorie, applicazioni e limiti*, Bologna 2009, spec. 22-54. Per una sintesi della nozione di esternalità negative, v. H.S. ROSEN e T. GAYER, *Scienza delle finanze*, Milano, 2010, 91-110: (91) "quando l'attività di un soggetto economico (consumatore o produttore) influisce sul benessere di un altro direttamente, ossia non mediante variazione dei prezzi di mercato, l'effetto viene detto esternalità. A differenza degli effetti trasmessi mediante i prezzi di mercato, le esternalità alterano le condizioni dell'efficienza economica".

²¹ M. CAFAGNO, *Principi e strumenti di tutela dell'ambiente*, Torino 2007, 168-183 e la letteratura, soprattutto di matrice biologica ed ecologica, ivi indicata con precisione.

²² Si pensi al problema globale riscaldamento globale, come di recente segnalato dai *reports* pubblicati dall'*Intergovernmental Panel on Climate Change*, IPCC, in *www.ipcc.ch*, soprattutto l'ultimo pubblicato, denominato "Special report on global warming of 1.5 °C". Più in generale, sui cambiamenti climatici, v. B. CARLI, *L'uomo e il clima. Che cosa succede al nostro pianeta?*, Bologna 2017; A. PROVENZALE (a cura di), *Il mutamento climatico. Processi naturali e intervento umano*, Bologna 2013. Meno di recente, C. CARRARO (a cura di), *Cambiamenti climatici e strategie di adattamento in Italia. Una valutazione economica*, Bologna 2008; P. BEVILACQUA, *La Terra è finita. Breve storia dell'ambiente*, Roma-Bari, 2008. Anche la letteratura giuridica si è occupata del tema: v., per esempio, G.F. CARTEI (a cura di), *Cambiamento climatico e sviluppo sostenibile*, Torino 2013.

²³ Tra i tanti e recenti contributi, v. F.G. CARTEI, *Il problema giuridico del consumo di suolo*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2014, 1261 ss.; F.F. GUZZI, *Il contenimento del consumo di suolo alla luce della recente legislazione nazionale e regionale*, in *Riv. giur. urb.*, 2016, 25 ss.; W. GASPARRI, *Suolo bene comune? Contenimento del consumo di suolo e funzione sociale della proprietà*, in *Dir. pubbl.*, 2016, 69 ss. Tra le legislazioni regionali in materia, che spesso pongono dei limiti al consumo di nuovo suolo, v., per esempio, l.r. Veneto n. 14/2017; artt. 5-6, l.r. Emilia Romagna n. 24/2017; l.r. Lombardia n. 31/2014.

paesaggio²⁴, e la riduzione della biodiversità²⁵. Il risultato è un sensibile peggioramento della ‘qualità’ delle matrici ambientali: aria, acqua e suolo²⁶, con conseguenze negative, se non fatali, per la salute umana²⁷.

Tutto ciò è da tempo avvenuto, senza curarsi delle generazioni future²⁸: a loro, forse irreparabile, danno; perché appunto esse incolpevolmente ereditano un ambiente e un territorio compromesso e da riequilibrare con azioni positive e dai costi elevati.

Si tratta di evidenze empiriche: anche l’‘uomo della strada’²⁹ le percepisce e, sempreché munito di un minimo di spirito critico e di apprensione per il futuro, suo e della comunità cui appartiene, se ne preoccupa; di evidenze sempre più globali; anzi, definitivamente globali: il proliferare, dopo il *summit* sulla terra di Rio de Janeiro del giugno 1992, *United Nations Conference on environment and development*, di trattati internazionali³⁰ sull’ambiente e sui mutamenti climatici, malgrado la loro parziale ineffettività, ne è forse una piena conferma.

²⁴ Sulla nozione giuridica (per molti aspetti indeterminata, nonostante la definizione offerta dall’art. 131, d.lgs. n. 42/2004) di paesaggio, v. P. MARZARO, *Epistemologie del paesaggio: natura e limiti del potere di valutazione delle amministrazioni*, in *Dir. pubbl.*, 2014, 843 ss.

²⁵ Intesa come diversità di specie, vegetali ed animali, ed ecosistemi naturali. Sulla nozione di biodiversità, sono tuttora fondamentali gli studi di E.O. WILSON, *Biodiversità*, Firenze 1999; ID, *La diversità della vita: per una nuova etica ecologica*, Milano 2011. Sul tema della biodiversità e della conservazione dell’ecosistema, cfr. i *reports* pubblicati in www.eea.europa.eu. La tutela della biodiversità non è soltanto un tema affrontato dalle scienze naturali, ma pure dalle politiche pubbliche: si pensi, per esempio, alle recenti politiche europee per arginare il fenomeno della diffusione delle specie esotiche invasive, *invasive alien species*: il regolamento europeo 1134/2014, recante “*disposizioni volte a prevenire e gestire l’introduzione e la diffusione delle specie esotiche invasive*”; regolamento cui lo Stato italiano si è adeguato con il d.lgs. n. 230/2017. I preamboli del regolamento ben illustrano la gravità del problema e le sue conseguenze anche economiche, soprattutto per l’agricoltura.

²⁶ Cfr., stando alle materiale istituzionale, gli studi e la raccolte di dati forniti dall’Istituto superiore per la protezione e la ricerca ambientale, disponibili nelle sezioni “*acque interne e marino costiere*”, “*aria*” e “*suolo e territorio*”, in www.isprambiente.gov.it, e quelli forniti dall’Agenzia europea dell’ambiente, *European environment Agency*, in www.eea.europa.eu, soprattutto i *reports* “*Italy - industrial pollution profile 2017*”; “*Italy - air pollution country fact sheet 2017*” e “*Italy - land and cover country fact sheet 2012*”. Analoghi ed assai dettagliati *reports* sono disponibili per la maggior parte degli Stati aderenti all’Unione europea.

²⁷ Cfr., per esempio, un importante studio sul rapporto tra inquinamento atmosferico e aumento dei casi di cancro: AA. VV., *Air pollution and lung cancer incidence in 17 european cohorts: prospective analyses from the european study of cohorts for air pollution effects*, in *The lancet oncology*, 2013, 813 ss. Le ricerche dimostrano che anche i processi psicologici sono negativamente condizionati dall’inquinamento: per esempio, M. COSTA, *Psicologia ambientale e architettonica. Come l’ambiente e l’architettura influenzano la mente e il comportamento*, Milano 2016.

²⁸ R. BIFULCO, *Diritto e generazioni future, Profili giuridici della responsabilità intergenerazionale*, Milano 2013; F. FRACCHIA, *Sviluppo sostenibile e diritti delle generazioni future*, in *Riv. quadr. dir. amb.*, 2010, 13 ss.

²⁹ Si deve il recente utilizzo, in materia ambientale, dell’icastica espressione - delineata giuridicamente da S. ROMANO, voce *Uomo della strada, uomo qualunque*, in *Framm. diz. giur.*, Milano 1984, 234-235 - a F. FRACCHIA, *Lo sviluppo sostenibile. La voce flebile dell’altro tra protezione dell’ambiente e tutela della specie umana*, Napoli 2010, che la utilizza nella prima pagina del proprio interessante studio, rilevando che neppure l’uomo della strada è ormai estraneo al dibattito sul principio dello sviluppo sostenibile.

³⁰ Per farsi un’idea in proposito, v. M. MONTINI, *Profili di diritto internazionale*, in (diretto da P. DELL’ANNO - E. PICOZZA) *Trattato di diritto dell’ambiente*, vol. I, Padova 2012, 9-100; cfr. L. PINESCHI, *I principi del diritto internazionale dell’ambiente: dal divieto di inquinamento transfrontaliero alla tutela dell’ambiente common concern*, in (diretto da R. FERRARA e M.A. SANDULLI) *Trattato di diritto dell’ambiente*, vol. I (a cura di R. FERRARA e C.E. GALLO) *Le politiche ambientali, lo sviluppo sostenibile e*

Al contempo, nella comunità scientifica, si sta discutendo perfino della possibilità di individuare una nuova epoca geologica, successiva all'attuale Olocene³¹ - iniziata circa dodicimila anni fa con la progressiva scomparsa dell'ultima glaciazione - definendola, con un suggestivo neologismo, Antropocene³²: per il fatto che, a seguito del compiuto e illimitato sfruttamento della risorse naturali, che ha caratterizzato i tempi moderni, è ora l'uomo, con i suoi comportamenti, in una con l'atteso notevole sviluppo demografico mondiale³³, a determinare lo stato e l'evoluzione naturale e climatica del globo.

I 'costi sociali', da dedurre dal benessere economico, quale conseguenza dello sviluppo sono quindi notevoli e diffusi. Come pure difficili³⁴ da internalizzare e fronteggiare con efficaci misure di ripristino ambientale, malgrado la vigenza, almeno nel contesto europeo, del 'principio chi inquina paga'³⁵, che impone al responsabile dell'inquinamento di bonificare³⁶ il sito inquinato.

Di qui l'esigenza, anzitutto sociale, di complessiva sostenibilità³⁷ dello sviluppo economico: di un intervento pubblico in proposito³⁸, tramite divieti di diritto pubblico e

il danno, Milano 2014, 93-152, spec. 140 ss., ove si parla dell'ambiente come "preoccupazione comune (common concern) dell'umanità o della comunità internazionale nel suo complesso". Sull'accordo climatico di Parigi del 21 dicembre 2015, v. S. NESPOR, *La lunga marcia per un accordo globale sul clima: dal Protocollo di Kyoto all'accordo di Parigi*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2016, 81 ss.

³¹ Secondo le classificazioni geologiche, è la seconda epoca del periodo Quaternario.

³² Cfr. E. GIOVANNINI, *L'utopia sostenibile*, Bari-Roma 2018, 18-19 ed i riferimenti ivi presenti al trentacinquesimo congresso mondiale di Geologia di Città del Capo. Il successo del neologismo si deve soprattutto al chimico P. CRUTZEN, *Benvenuti nell'Antropocene. L'uomo ha cambiato il clima, la Terra entra in una nuova era*, Milano 2005.

³³ Cfr. le stime previste nel "2017 Revision of world population prospects", curato dalla *Population Division of the Department of economic and social affairs* delle Nazioni unite, e disponibile in www.population.un.org.

³⁴ I danni all'ambiente possono essere talvolta addirittura impossibili da rimediare; tanto che il diritto ambientale (europeo e nazionale) accetta, in luogo della bonifica, la "messa in sicurezza permanente" del sito inquinato, cioè "l'insieme degli interventi atti a isolare in modo definitivo le fonti inquinanti rispetto alle matrici ambientali circostanti e a garantire un elevato e definitivo livello di sicurezza per le persone e per l'ambiente" (art. 240, c. 1, lett o), d.lgs. n. 152/2006). Sul tema del danno ambientale e della sua riparazione, v. W. GIULIETTI, *Danno ambientale e azione amministrativa*, Napoli 2012. Per un recente sviluppo critico del tema, v. C. MICCICHÈ, *L'ambiente come bene a utilità collettiva e la gestione delle lesioni ambientali*, in www.ildirittodelleconomia.it, 2018, 1 ss.

³⁵ Il principio è sancito dall'art. 191, § 1, TFUE, secondo cui la politica dell'Unione europea in materia ambientale è fondata, tra l'altro, "sui principi della precauzione e dell'azione preventiva, sul principio della correzione, in via prioritaria alla fonte, dei danni causati all'ambiente, nonché sul principio 'chi inquina paga'". Analoga formulazione si legge all'art. 3-ter, d.lgs. n. 152/2006, dedicato ai principi dell'azione ambientale.

³⁶ Sul tema v., di recente, Corte giust. UE, sez. III, 04 marzo 2015, C-534/13, *Fipa Group s.r.l.*, con nota di M. ANTONIOLI, *Il principio «chi inquina paga» all'esame della Corte di giustizia: proprietario «incolpevole» e obblighi di prevenzione, di ripristino e di messa in sicurezza dei siti contaminati*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2015, 959 ss., e di P.M. VIPIANA, *Bonifica dei siti inquinati - la soluzione 'all'italiana' della posizione del proprietario di un sito inquinato non responsabile dell'inquinamento: il suggello della Corte di Giustizia*, in *Giur. it.*, 2015, 1480 ss. Le ordinanze gemelle dell'Adunanza plenaria, di rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia, ordinanze n. 21 del 25 settembre 2013 e n. 25 del 13 novembre 2013, sono state commentate da M. NUNZIATA, *I principi europei di precauzione, prevenzione e «chi inquina paga»*, in *Giorn. dir. amm.*, 2014, 656 ss.; P.M. VIPIANA, *La figura del proprietario di un sito inquinato non responsabile dell'inquinamento: la parola definitiva dell'Adunanza Plenaria sull'interpretazione della normativa italiana*, in *Giur. it.*, 2014, 948 ss.

³⁷ Sull'insostenibilità ambientale dell'attuale modello di sviluppo economico, v. E. GIOVANNINI, *L'utopia*, cit., 3 ss.

controlli burocratici sull'avvio e sul regolare svolgimento di ciascuna attività economica inquinante; cioè tramite strumenti di c.d. *command and control*, che ne giungono a conformarne lo svolgimento³⁹. Oppure - ma una soluzione non esclude l'altra, potendo le stesse essere combinate - tramite sistemi di regolazione *cap and trade*⁴⁰, che seguono logiche di mercato.

L'esigenza sociale di sostenibilità dello sviluppo è ormai così sentita che, a livello nazionale, sono stati recentemente introdotti⁴¹ gli indicatori di benessere equo e sostenibile, b.e.c.⁴², nel ciclo di programmazione economico-finanziaria, impegnando il Governo a valutare le proprie politiche economiche non soltanto in termini, strettamente economico-finanziari, di massimizzazione del prodotto interno lordo, p.i.l., ma pure di impatto, tra l'altro, sulla salute e l'ambiente⁴³, proprio con l'ausilio degli indicatori b.e.c.

Anche a livello globale si registra una crescente sensibilità per la complessiva sostenibilità dello sviluppo economico. Tanto che l'Agenda 2030 delle Nazioni unite, approvata nel dicembre 2015, ha individuato diciassette ed ambiziosi “*sustainable*

³⁸ M. CAFAGNO, *Principi e strumenti*, cit., 327 ss.; cfr. ID e F. FONDERICO, *Riflessione economica e modelli di azione amministrativa a tutela dell'ambiente*, in *Trattato*, cit., 487 ss.; H.S. ROSEN e T. GAYER, *Scienza*, cit., 110-111.

³⁹ È il caso, per esempio, dell'autorizzazione integrata ambientale, a.i.a., con cui l'amministrazione, considerando le migliori tecniche disponibili, prescrive, ai sensi dell'art. 6, c. 16, e art. 29-*sexies*, d.lgs. n. 152/2006, le misure da assumere per contenere l'inquinamento nel singolo stabilimento produttivo autorizzato. Sull'a.i.a., oltre a V. PAMPANIN, *Autorizzazione integrata*, cit., cfr. S. VERNILE, *l'autorizzazione integrata ambientale tra obiettivi europei e istanze nazionali: tutela dell'ambiente vs. semplificazione amministrativa e sostenibilità socio-economica*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2015, 1697 ss.; M. CALABRÒ, *Semplificazione procedimentale e esigenze di tutela dell'ambiente: l'autorizzazione integrata ambientale*, in *Riv. giur. ed.*, 2010, 239 ss. Sulle prescrizioni necessariamente imposte dall'amministrazione con l'a.i.a., cfr. l'approfondimento, nell'ambito di una interessante rivisitazione della teoria dei provvedimenti condizionati, di E. FREDIANI, *Decisione condizionale e tutela integrata di interessi sensibili*, in *Dir. amm.*, 2017, 447 ss., spec. § 6.

⁴⁰ Si pensi al sistema europeo di scambio di quote di emissione di gas ad effetto serra (*emission trading system*, e.t.s.), istituito con la direttiva 2003/87/CE, da ultimo modificata dalla direttiva 2018/410/UE, la quale pone l'obiettivo di ridurre entro il 2030 le emissioni nel territorio dell'Unione Europea di almeno il 40% rispetto ai livelli del 1990. In dottrina, v. F. GASPARI, *Tutela dell'ambiente, regolazione e controlli pubblici: recenti sviluppi in materia di EU emission trading scheme (ets)*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2011, 1149 ss.; V. JACOMETTI, *Lo scambio di quote di emissione. Analisi di un nuovo strumento di tutela ambientale in prospettiva comparatistica*, Milano 2010.

⁴¹ L. n. 163/2016, di modifica della l. n. 196/2009, legge di contabilità e finanza pubblica. È stato in particolare aggiunto il comma 10-*bis* all'art. 10, l. n. 196/2009, relativo ai contenuti dei documenti di economia e finanza, d.e.f.: “*in apposito allegato al Def, predisposto dal Ministro dell'economia e delle finanze, sulla base dei dati forniti dall'Istat, sono riportati l'andamento, nell'ultimo triennio, degli indicatori di benessere equo e sostenibile selezionati e definiti dal Comitato per gli indicatori di benessere equo e sostenibile, istituito presso l'Istat, nonché le previsioni sull'evoluzione degli stessi nel periodo di riferimento*”. Aggiunge il comma 10-*ter* che “*con apposita relazione, predisposta dal Ministro dell'economia e delle finanze, sulla base dei dati forniti dall'Istat, da presentare alle Camere per la trasmissione alle competenti Commissioni parlamentari [...], è evidenziata l'evoluzione dell'andamento degli indicatori di benessere equo e sostenibile, di cui al comma 10-*bis*, sulla base degli effetti determinati dalla legge di bilancio per il triennio in corso*”. La relazione del Comitato per gli indicatori, istituito presso l'Istat è consultabile in www.istat.it.

⁴² Gli indicatori sono stati individuati con d.m. 16 ottobre 2017, pubblicato in Gazzetta ufficiale n. 267 del 15 novembre 2017, e troveranno applicazione, ai sensi dell'art. 1, c. 2, d.m. cit., a decorrere dall'adozione del Documento di economia e finanza 2018.

⁴³ Uno degli indicatori è “*emissioni di CO₂ e altri gas clima alteranti*” (art. 1, c. 1, n. 11) d.m. cit.).

*development goals*⁴⁴, molti dei quali aventi ad oggetto l'ambiente: come quelli relativi ai cambiamenti climatici ed alle emissioni di gas serra, tra i principali responsabili del surriscaldamento globale, alle energie rinnovabili, alla conservazione degli ecosistemi marini e alla tutela della biodiversità⁴⁵.

Nella medesima direzione, benché in modo più incisivo, si muove l'Unione europea: sia in termini generali, avendo la Commissione europea stabilito, nella "*Strategia europea 2020*"⁴⁶, che uno degli obiettivi generali da raggiungere, entro il 2020, dovrebbe essere la riduzione delle emissioni di gas ad effetto serra e l'aumento del consumo di energie rinnovabili⁴⁷; sia in termini più specifici, con le apposite politiche ambientali ed energetiche⁴⁸ dell'Unione, come, per esempio, da ultimo, quelle in tema di "*economia circolare*"⁴⁹. Queste virtuose politiche imitano gli ecosistemi naturali, dove nulla si perde, e mirano al grado più elevato possibile di recupero e di riutilizzo dei rifiuti nei processi economici, così da limitare il consumo di nuove risorse naturali.

L'Unione europea, nel seguire le raccomandazioni e le proposte, anche risalenti⁵⁰, della Commissione, ha inoltre assunto alcune misure⁵¹ per favorire la responsabilità

⁴⁴ Consultabili, con informazioni sul loro stato di attuazione e sui progetti frattanto approvati e finanziati dalle Nazioni unite, in www.sustainabledevelopment.un.org.

⁴⁵ Rispettivamente, goal 13 "*take urgent action to combat climate change and its impacts*"; goal 7 "*ensure access to affordable, reliable, sustainable and modern energy for all*"; goal 14 "*conserve and sustainably use the oceans, seas and marine resources for sustainable development*" e goal 15 "*protect, restore and promote sustainable use of terrestrial ecosystems, sustainably manage forests, combat desertification, and halt and reverse land degradation and halt biodiversity loss*".

⁴⁶ Comunicazione della Commissione europea del 3 marzo 2010, in www.eur-lex.europa.eu.

⁴⁷ "*Ridurre le emissioni di gas ad effetto serra almeno del 20% rispetto ai livelli del 1990 e del 30%, se sussistono le necessarie condizioni; portare al 20% la quota delle fonti di energie rinnovabili nel nostro consumo finale di energia e migliorare del 20% l'efficienza energetica*".

⁴⁸ Cui è dedicato, rispettivamente, il Titolo XX (artt. 191-193) ed il Titolo XXI (art. 194) della Parte terza del TFUE.

⁴⁹ Il c.d. pacchetto economia circolare: quattro direttive sui rifiuti (2018/849-852), tutte del 30 maggio 2018, che erano state annunciate dalla Commissione europea ancora nel 2014, con il comunicato n. 2014/0398, denominato "*verso un'economia circolare: programma per un'Europa a zero rifiuti*". Si tornerà sul tema nel prossimo capitolo, al § 2, perché l'economia circolare è indice del bilanciamento tra sviluppo economico (e libertà economica che lo sostiene) e tutela dell'ambiente. In dottrina, F. DE LEONARDIS, *Economia circolare: saggio sui suoi tre diversi aspetti giuridici. Verso uno Stato circolare?*, in *Dir. amm.*, 2017, 163 ss. Sull'economia circolare, con riguardo allo spreco alimentare, v. M. DELSIGNORE, *Sulla necessità di una definizione armonizzata di rifiuto alimentare per la concreta realizzazione dell'economia circolare*, in www.ildirittodelleconomia.it, 2018, 329 ss.; M. MELIS, *Oltre il principio chi inquina paga: verso un'economia circolare*, in *Riv. crit. dir. priv.* 2017, 63 ss.; N. FACCILONGO, G. PELLEGRINI e P. LA SALA, *Economia circolare e scarti delle filiere agroalimentari*, in *L'industria*, 2017, 221 ss.

⁵⁰ Per esempio, il "*Libro verde. Promuovere un quadro europeo per la responsabilità sociale delle imprese*" del 18 luglio 2001. Più di recente, cfr. la comunicazione denominata "*Strategia rinnovata dell'UE per il periodo 2011-14 in materia di responsabilità sociale delle imprese*", del 25 ottobre 2011. Sul tema, D. RUSSO, *La promozione della responsabilità sociale d'impresa nell'Unione europea*, *Dir. Un. Eur.*, 2011, 477 ss.

⁵¹ Direttiva 2014/95/UE, recepita con il d.lgs. n. 254/2016. La prima ha introdotto gli artt. 19-bis e 29-bis nella direttiva 2013/34/UE, relativa alla redazione dei bilanci d'esercizio e dei bilanci consolidati. In dottrina, C. ANGELICI, *Divagazioni sulla "responsabilità sociale" d'impresa*, in *Riv. soc.*, 2018, 3 ss.; G. BEVIVINO, *La responsabilità sociale delle imprese fra autonomia privata, nuovi obblighi di legge e prospettiva rimediata*, in *Anal. giur. econ.*, 2018, 95 ss.; M. LIBERTINI, *Impresa e finalità sociali. Riflessioni sulla teoria della responsabilità sociale dell'impresa*, *ibidem*, 2009, 1 ss. Sul rapporto tra responsabilità

sociale d'impresa, *corporate social responsibility*, come l'obbligo per le imprese di grandi dimensioni⁵² di fornire, nelle relazioni⁵³ sulla gestione collegate ai bilanci, delle informazioni (non finanziarie e) relative all'impatto ambientale dell'attività produttiva svolta, in termini, per esempio, di politiche aziendali sull'utilizzo di energie rinnovabili e sul contenimento delle emissioni atmosferiche di gas ad effetto serra⁵⁴ e di risorse dedicate a tali politiche.

Finora si è parlato principalmente degli effetti negativi sull'ambiente dello sviluppo economico. Questa è una visione assai parziale del fenomeno: perché gli effetti sono molti altri: l'avvio di attività economiche genera occupazione⁵⁵, così immettendo nuovi redditi, da risparmiare o da destinare ai consumi, nel circuito economico. Può inoltre influire, in modo variabile, sul mercato di riferimento: sugli affari degli operatori economici che già sono inseriti in quello specifico mercato. Frattanto di tale avvio tendenzialmente beneficiano i consumatori: perché aumenta la quantità (e/o la qualità, anche in termini di diversificazione) dell'offerta disponibile di merci o servizi. Tutti effetti dinamici e propriamente economici, misurabili con approssimazione accettabile, secondo metodi econometrici e statistici.

L'incremento della qualità dei servizi e delle merci offerte è una spia del progresso della tecnica, di regola conseguente alla competizione tra operatori economici, indotti a innovare e a investire in ricerca, per non essere sopraffatti dai concorrenti; e perché i propri profitti restino stabili o aumentino. E può rappresentare una delle maggiori e diffuse esternalità positive delle attività economiche: l'evoluzione tecnica⁵⁶, in qualsiasi

sociale d'impresa e economia sociale di mercato v. ID., *Economia sociale di mercato e responsabilità sociale dell'impresa*, in *Orizz. dir. comm.*, 2013.

⁵² Art. 2, d.lgs. n. 254/2016.

⁵³ Art. 5, d.lgs. n. 254/2016.

⁵⁴ Art. 3, c. 2, lett. a), b) e c), d.lgs. n. 254/2016. Cfr. il considerando n. 7) della direttiva 2014/95/UE.

⁵⁵ Sembrano utili, in proposito, gli schemi teorici, ancora attuali, di M. PUGNO, *Crescita economica e disoccupazione*, in *Econ. pol.*, 1998, 119 ss.

⁵⁶ Si segnalano, sul tema, le recenti riflessioni di M. CLARICH, *Istituzioni, nuove tecnologie, sviluppo economico*, in *Dir. pubbl.*, 2017, 75 ss., che si interroga, tra l'altro, sul ruolo (attivo) dei pubblici poteri nel promuovere l'innovazione tecnologica, come mezzo di sviluppo economico. L'Autore in particolare sottolinea (p. 80) che "possono esservi anche ostacoli allo sviluppo tecnologico derivanti proprio dall'assetto istituzionale e dalle resistenze dei portatori di interessi speciali (special interests)". L'autore allude principalmente al modello Uber, come servizio di trasporto pubblico, ed alla *sharing economy*. Il primo incontra le forti resistenze dei titolari di *special interests* nel mercato di riferimento. Sul caso Uber, la Corte di giustizia dell'Unione europea è di recente intervenuta in due occasioni: nel dicembre 2017, C-434/2015 e nel marzo 2018, C-320/16, in www.curia.europa.eu. Si tratta di due rinvii pregiudiziali, *ex art. 267 TFUE*: uno del Tribunale commerciale di Barcellona, adito dall'associazione locale dei tassisti, titolari dell'apposita licenza, che, in quanto soggetto esponenziale degli interessi della categoria, si lamentava della concorrenza sleale di Uber; l'altro del Tribunale di Lille, presso il quale Uber è imputata per avere commesso pratiche commerciali ingannevoli, per avere concorso all'esercizio illegale (senza munirsi dell'apposita licenza) della professione di tassista e per avere illegalmente organizzato un sistema (principalmente tramite applicazioni per *smartphone*) di messa in contatto di clienti con operatori che, a titolo oneroso, effettuano il trasporto di persone su strada. In ambo i casi, l'attività svolta da Uber è stata qualificata come "servizio nel settore dei trasporti": quindi un servizio escluso dall'ambito di operatività della direttiva sui servizi nel mercato interno 2006/123/CE, c.d. Bolkestein, e comunque non riconducibile ai servizi della società dell'informazione, ai sensi delle direttive 98/34/CE e 2000/31/CE. Il che, evidentemente e sul piano pratico, a vantaggio dei tassisti (e delle misure nazionali di loro 'protezione', tendenzialmente ostative alla liberalizzazione dei servizi di mobilità) e, in pari tempo, a svantaggio di Uber

ambito, tendenzialmente aumenta il benessere collettivo e offre opportunità, fino a qualche decennio fa impensabili, alle classi sociali meno fortunate.

Ciononostante - aspetto che forse addirittura esula pure dalla ricerca economica, perché trasversale a quella psicologica - l'aumento dei redditi, in una con la sempre maggiore offerta commerciale ed il consumismo⁵⁷, non sembra avere determinato un aumento della felicità individuale⁵⁸ ed un miglioramento delle relazioni sociali, ma un loro deterioramento. Tanto più se l'acquisto di un certo reddito - o della 'posizione sociale' che lo determina - è necessariamente mediata da un sacrificio del tempo dedicato alla costruzione di relazioni sociali⁵⁹.

Tralasciando quest'ultimi aspetti, che sfiorano questioni morali⁶⁰, e volendo comunque semplificare, limitandosi a registrare gli aspetti più elementari, le intraprese economiche hanno, in sintesi, una rilevanza economico-sociale soggettivamente plurima e

e di analoghi servizi di mobilità. Anche la Corte costituzionale italiana è intervenuta sul tema, sentenza 15 dicembre 2016, n. 265, in www.cortecostituzionale.it, dichiarando incostituzionale una legge del 2015 della regione Piemonte, laddove riservava il servizio di mobilità locale (non di linea) di persone ai titolari di licenza taxi o di autorizzazione per svolgere l'attività di noleggio con conducente, n.c.c. Da ultimo, sul caso Uber, M. MIDIRI, *Nuove tecnologie e regolazione: il caso Uber*, in *Riv. trim. dir pubbl.*, 2018, 1017 ss.

⁵⁷ Spesso - usando la nozione di T. VEBLEN, *La teoria della classe agiata*, Torino 2007 - di tipo "vistoso", perché rivolto a beni desiderati non tanto per il loro valore intrinseco, ma esclusivamente per lo status sociale conseguente al loro acquisto. In proposito si è anche parlato, F. HIRSCH, *Limiti sociali allo sviluppo*, Milano 2001, di "beni posizionali", proprio perché il possesso di un certo bene implica un certo status sociale.

⁵⁸ Cfr. L. BECCHETTI, *Il denaro fa la felicità?*, Roma-Bari, 2007, che si interroga sul rapporto tra reddito e felicità, spec. 3-21, e di quello tra infelicità e disoccupazione e di quello tra la prima e l'inflazione, 36 ss.; E. FELICE, *Storia economica della felicità*, Bologna 2017; L. BRUNI, *L'economia, la felicità*, cit.; L. BRUNI, *L'economia e i paradossi*, cit., 173 ss.; R. LANE, *The loss of happiness in market democracies*, New Haven 2001, *passim*. In una prospettiva più prossima alla filosofia morale che all'economica, rileva, coerentemente al proprio pensiero marxista e marcusiano, A. GORZ, *Ecologica*, Milano 2009, 123, che "la crescita, per il capitalismo, è una necessità sistemica indipendente dalla e indifferente alla realtà materiale di ciò che cresce. Essa risponde ad un bisogno del capitale. E conduce al paradossale sviluppo per cui nel paese con il p.i.l. più alto si vive sempre peggio, consumando al contempo una quantità crescente di merci". Cfr., in termini meno politicamente orientati, ma comunque decisi, P. BEVILACQUA, *Miseria*, cit., 3, secondo cui "la riduzione progressiva dei cittadini a puri agenti produttori e consumatori, per tenere in moto la possente macchina economica, corrode il tessuto connettivo della vita sociale, atomizza gli individui e li getta nell'anomia, nella perdita delle identità singole ...". Cfr. Z. BAUMAN, *Consumo, dunque sono*, Bari-Roma 2018.

⁵⁹ Esistono, infatti, i c.d. "beni relazionali", come l'amicizia, la famiglia e gli affetti, che sfuggono alle logiche razionaliste dell'utilità economica, proprie dell'*homo oeconomicus*, perché è la relazione in sé a costituire il bene: essi "nascono e muoiono con la relazione stessa" (così L. BRUNI, *L'economia e i paradossi*, cit., 178). Si tratta di beni prodotti unicamente da rapporti umani, nei quali l'identità, le motivazioni ed i sentimenti delle parti del rapporto sono elementi essenziali nella creazione e nel valore del bene. Il punto è che, seguendo il ragionando di L. BRUNI, *op. cit.*, 179, "se l'impegno per aumentare il reddito (assoluto o relativo) porta a effetti negativi sulle nostre relazioni, l'effetto complessivo di un aumento del reddito sulla felicità [...], a causa degli effetti negativi che indirettamente produce sulle relazioni, può essere negativo". L'attenzione sui beni relazionali ha condotto a prospettare addirittura un nuovo, benché sempre capitalistico, modello economico, la c.d. economia civile (v. il pensiero di L. BRUNI e S. ZAMAGNI, *L'economia civile. Un'altra idea di mercato*, Bologna 2015. Degli stessi Autori, *Economia civile. Efficienza, equità, felicità pubblica*, Bologna 2004. Cfr. A. SEN, *Etica ed economia*, Bari-Roma, 2015) e addirittura a considerare la decrescita come strumento per un positivo recupero del valore delle relazioni sociali e della felicità individuale, dalle prime spesso mediata. Su quest'ultimo aspetto, v. S. LATOUCHE, *Breve trattato sulla decrescita serena e come sopravvivere allo sviluppo*, Torino 2015.

⁶⁰ L. BECCHETTI, *Il denaro*, cit., 127 ss., dove rileva il rischio di una "deriva edonistica", che complica, quanto meno sul piano metodologico, le ricerche sul rapporto tra redditi e felicità.

differenziata: più generale, per l'intera collettività, che subisce le esternalità negative e la conseguente diminuzione, in termini di qualità dell'ambiente e talvolta della salute, del benessere collettivo; ma che, in pari tempo, beneficia di quelle positive: dalla diminuzione dei tassi di disoccupazione al progresso della tecnica. Più specifica, per gli *incumbents* del *target market*, aventi di regola egoisticamente interesse a proteggere le proprie imprese dai *newcomers*, giacché, come ovvio, operano nel mercato secondo logiche di massimizzazione del proprio profitto.

Questo obiettivo è però spesso raggiungibile solamente investendo capitali, con l'inevitabile assunzione dei rischi che ciò comporta, ed entrando in competizione: sviluppando e differenziando la propria offerta commerciale, oppure riducendone il prezzo, a tutto vantaggio dei consumatori oppure degli altri operatori, che ne abbisognino per i propri affari. La competizione imprenditoriale, sotto quest'ultimo profilo, risulta quindi di regola socialmente virtuosa: stimola l'incremento di quantità e qualità delle offerte commerciali ed efficientemente alloca il benessere collettivo.

Il rilievo delle attività economiche è comunque profondamente variabile: perché dipendente dal 'tipo' di attività. Ogni generalizzazione in proposito sconterebbe gravi limiti e trascurerebbe, almeno a livello nazionale, l'inflazione di discipline settoriali.

Ma, se una certa attività economica, singolarmente considerata - per il suo carattere, per le sue dimensioni e per il contesto in cui viene svolta - potrebbe perfino apparire irrilevante, altrettanto non può dirsi per la 'somma' di tutte quelle attività in un certo ambito geografico, di variabile ampiezza: le attività economiche, se valutate in ragione dei prodotti e dei servizi offerti, formano sempre dei mercati, un virtuale luogo d'incontro di domanda ed offerta, in continua evoluzione, le cui esternalità sono sì empiricamente evidenti e misurabili, con margini accettabili di approssimazione, secondo metodi statistici ed economici.

I mercati - e l'ingerenza pubblica in ciascuno di essi - se complessivamente considerati, contribuiscono a caratterizzare non solo un'economia nazionale, ma anche gli Stati stessi e le rispettive società, in ogni loro livello. Tutto questo appunto in ragione delle molteplici interferenze, cioè di una certa costante circolarità, incrementata dalla globalizzazione, tra società, economia, sviluppo e benessere collettivo. Il ruolo dei mercati è inoltre decisivo nei rapporti tra Stati, inducendoli a costituire organizzazioni internazionali o comunque ad accordarsi⁶¹ per regolare gli scambi commerciali e

⁶¹ Prescindendo, per le sue peculiarità dall'Unione europea, si pensi al *General agreement on tariffs and trade*, G.a.t.t., e il *General agreement on trade in services*, G.a.t.s., entrambi nell'ambito della *World trade organization*, w.t.o. Oppure, in ambito locale, si pensi al Mercosur, *Mercado Común del Sur*, l'organizzazione internazionale che si occupa dei mercati dell'America latina; agli accordi nell'ambito del sistema Nafta, *North American Free Trade Agreement*. Sul w.t.o. la lettera è davvero ampia. Tra i tanti, v. G. VENTURINI (a cura di) *L'Organizzazione mondiale del commercio*, Milano 2015; G. DELLA CANANEA, *Legittimazione e accountability nell'organizzazione mondiale del commercio*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2003, 731 ss.; P. PICONE e A. LIGUSTRO, *Diritto dell'Organizzazione mondiale del commercio*, Padova, 2002; A. PARENTI, *Il WTO*, Bologna, 2002. Su come questi accordi internazionali, globali o più locali, in materia di libero commercio, vincolino i diritti nazionali, v. G. VESPERINI, *Il vincolo europeo sui diritti amministrativi nazionali*, Milano 2011, 160-172.

determinare le tariffe doganali, da applicare per l'entrata e l'uscita delle merci da un certo territorio.

2. *Seconda premessa. Processi economici tra 'giusta' politica e diritto non solo nazionale.*

Se la democrazia⁶² ha un senso, la politica⁶³, ieri come oggi, cogliendo ed interpretando le più diverse istanze sociali⁶⁴, deve affrontare i temi finora cennati sugli effetti sociali, negativi e positivi, delle attività economiche: tramite il diritto⁶⁵, in cui si traducono le scelte politiche di massimizzazione del benessere collettivo in un certo momento storico; e con cui, frattanto, in funzione irenica, si risolvono i conflitti tra i tanti interessi espressi dalla società. Anche tramite il diritto europeo, nonostante il noto *deficit* di democraticità⁶⁶ delle Istituzioni europee, che da sempre, quasi come loro 'vizio originario', sono parzialmente sconnesse dal circuito democratico; come pure tramite quello (con *deficit* analoghi, se non maggiori, di democraticità) globale⁶⁷, perché le politiche pubbliche seguono la globalizzazione dei processi economici, svolgendosi oltre

⁶² Sulla tensione tra democrazia ideale e democrazia reale, v. l'ultima ristampa di N. BOBBIO, *Il futuro della democrazia*, Torino 2014.

⁶³ Sulle qualità (passione, senso di responsabilità e lungimiranza) che dovrebbe avere l'uomo politico, v. M. WEBER, *La scienza come professione. La politica come professione*. Torino 2004.

⁶⁴ Rileva L. GIANI, *Attività amministrativa*, cit., 91: "Le esigenze manifestate in un determinato periodo storico dal sistema sociale, attraverso questo circuito interferenziale [il circuito che collega i sottosistemi di cui si compone la società multisistemica], non possono non riflettersi sul sistema giuridico che viene sollecitato ad individuare una strumentazione adeguata per il raggiungimento degli obiettivi invocati dal sistema sociale". La scelta sul tipo di norma per governare i processi economici è infatti (p. 91) "una scelta che si pone anch'essa come il frutto di una integrazione tra sistemi, e più in particolare di quello sociale e di quello politico, che recepisce e traduce in scelte di indirizzo politico, le istanze provenienti dal polo sociale". Più esattamente, secondo l'Autrice (p. 100): "il sistema politico coglie le sollecitazioni provenienti dal polo extragiuridico e le trasforma, attraverso l'intermediazione del (sotto)sistema giuridico, in norme che a loro volta esplicheranno i propri effetti sul (sotto)sistema extragiuridico richiamato". La politica sembra quindi svolgere un indispensabile ruolo di mediatrice tra sottosistema giuridico ed economico-sociale.

⁶⁵ Come rileva N. IRTI, *L'ordine giuridico del mercato*, Roma-Bari, 2004, 39, proprio nel parlare di decisioni di politica economica, "politicità e giuridicità sono profili dello stesso fenomeno: la fondazione della regola esige norme; e il contenuto delle norme è determinato dalla scelta politica". Sul pensiero dell'Autore si rinvia *infra*, § 3 ss.

⁶⁶ Cfr., per esempio, E. CANNIZZARO, *Democrazie e sovranità nei rapporti tra Stati membri e Unione europea*, in *Dir. Un. eur.*, 2000, 241 ss.; L. PALADIN, *Il deficit democratico nell'ordinamento comunitario*, in *Le Regioni*, 1996, 1031 ss. Affronta da ultimo il tema M.P. CHITI, *La legittimazione per risultati dell'unione europea quale 'comunità di diritto amministrativo'*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2016, 397 ss., che muove da questa idea (p. 397-398) "occorre integrare la tradizionale visione della legittimazione dell'UE, quale legittimazione democratica da partecipazione e rappresentanza, con la diversa forma di legittimazione detta da output/risultati". Quest'ultima, più esattamente, basata "sull'effettività (utilità/satisfattività) delle decisioni assunte e realizzate; ovvero, dai risultati positivi dei processi decisionali".

⁶⁷ S. CASSESE, *Il diritto globale. Giustizia e democrazia oltre lo Stato*, Torino 2009. Da ultimo, L. CASINI, *Potere globale. Regole e decisioni oltre gli Stati*, Bologna 2018. Il tema è affrontato anche dalla letteratura straniera: per esempio, J.B. AUBY, *La globalisation, le droit e l'état*, Paris 2003. Con riguardo all'economia, v. M. D'ALBERTI, *Poteri pubblici, mercati e globalizzazione*, Bologna 2008, spec. 110 ss.

il territorio nazionale, in uno spazio giuridico globale, con le organizzazioni internazionali ed innovativi modelli di *governance*, che affiancano o sostituiscono quelli più tradizionali e statuali.

Qui, per quanto possa essere suggestivo, non si discute di ideali: del più ‘giusto’ modo di intercettare, a livello nazionale, europeo e globale, le attuali istanze sociali, di affrontare i problemi relativi agli effetti negativi dello sviluppo economico e di meglio generare, per poi più equamente distribuire⁶⁸, eventualmente valendosi di metodi perequativi, la ricchezza⁶⁹, misurandola in termini reddituali; sull’accettato assunto che il benessere individuale da esse, almeno in parte, dipenda.

Né qui s’intende trattare di come in passato - con ‘quali’ scelte e (non) prese da ‘chi’⁷⁰ - si sarebbe potuto evitare, pensando maggiormente alle generazioni future, le esternalità negative, globali ed ambientali, conseguenti a certi (e ormai riconosciuti come insostenibili) modelli di sviluppo economico, da cui le generazioni future sono indotte a discostarsi. Oppure di come, sulla scia della globalizzazione, si sarebbe potuto aumentare le esternalità positive ed il novero dei loro beneficiari, soprattutto in tutte le aree sottosviluppate.

Dai successivi paragrafi, si centerà la discussione sul ruolo del diritto, come sintesi di scelte politiche, nell’ordinare - esemplificando ora nel modo più elementare possibile: in termini dirigistici o liberali o, ancora, cercando un compromesso tra i due poli - i processi economici, così da conformare i mercati e le condotte di tutti i loro attori, imprese e pubblici poteri.

Il campo d’indagine potrebbe comunque essere vastissimo. Nel tentativo di rendere più puntuale la ricerca, dopo avere svolto alcune premesse di teoria generale sull’ordine giuridico del mercato (§ 3), premettendo i principali poli del dibattito sul rapporto tra diritto ed economia, la si delimiterà, senza pretese di esaustività, alla scelta economica di sistema compiuta dalla Costituzione italiana, soprattutto con l’art. 41, e a quella assunta dai Trattati europei (§ 4-6) dopo la loro revisione di Lisbona.

Dalla scelta compiuta dei Trattati europei non può prescindersi: perché il ruolo del diritto europeo in materia economica è da tempo fondamentale, giungendo a limitare anche le politiche finanziarie nazionali. In particolare, l’ordinamento europeo, nella sua

⁶⁸ M. FRANZINI e M. RAITANO (a cura di), *Il mercato rende diseguali? La distribuzione dei redditi in Italia*, Bologna 2018, spec. i contributi, ricchi di dati e grafici, pubblicati da p. 15 a 94. In una prospettiva globale e con particolare riferimento agli Stati Uniti, J.E. STIGLITZ, *Il prezzo della disuguaglianza*, Torino 2013.

⁶⁹ Così da cercare di risolvere anche il problema della povertà. Su questa come questione sociale e sui metodi per definire e ‘contare’ i poveri, v. E. MORLICCHIO, *Sociologia della povertà*, Bologna 2012. Anche la letteratura giuridica si è occupata del tema: cfr. M. DE BENEDETTO, *Povertà, mobilità sociale e regole del gioco*, in *Dir. soc.*, 2015, 551 ss.; B.G. MATTARELLA, *Il problema della povertà nel diritto amministrativo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2012, 359 ss.; meno di recente, V. CERULLI IRELLI, *La lotta alla povertà come politica pubblica*, in *Dem. dir.*, 2005, 57 ss.; F. FRACCHIA, *Combattere la povertà ed esclusione: ruolo, strategie e strumenti per i soggetti pubblici*, in *Dir. econ.*, 2004, 41 ss.

⁷⁰ Sono davvero in proposito stimolanti gli interrogativi globali, che comunque sottendono una crisi della sovranità più tradizionale e statale, posti da S. CASSESE, *Chi governa il mondo?*, Bologna 2013. Cfr., meno recentemente, gli interrogativi posti, sempre sul presupposto della crisi della sovranità statale, S. STRANGE, *Chi governa l’economia mondiale?*, Bologna 1998, spec. 60 ss.

attuale evoluzione, da un lato, ‘priva’ gli Stati membri, aderenti all’Unione economica monetaria⁷¹, della propria sovranità monetaria⁷², riservando le politiche monetarie alla Banca centrale europea. Intanto, per effetto delle numerose competenze in materia economica attribuite dagli stati all’Unione, erode sempre più la loro più complessiva sovranità economica: con stringenti vincoli di finanza pubblica⁷³, anche per assicurare la stabilità della moneta unica europea, e - aspetto che qui più interessa - limitando l’autonomia regolatoria⁷⁴ nazionale, in funzione dello sviluppo del mercato unico. Il rilievo, economico e giuridico, del diritto europeo è comunque legato alla sua effettività, che è assicurata dalla sua primazia⁷⁵ sui diritti nazionali.

Alle scelte politiche di sistema sull’ordine del mercato, cui si dedicherà i prossimi paragrafi, ne seguono altre, di livello politico più basso, sia nazionale, sia europeo: come, per esempio, per restare nei limiti della presente ricerca, quelle relative alla regolazione pubblica dell’accesso al mercato, in termini di controlli burocratici e di requisiti da

⁷¹ Anche per una ricostruzione storica del tema, v. le voci enciclopediche di G. CONTALDI, voce *Politica economica e monetaria (diritto dell’Unione europea)*, in *Enc. dir., Ann. VII*, Milano 2014, 811 ss.; meno di recente cfr. G.L. TOSATO e R. BASSO, voce *Unione economica e monetaria*, in *Enc. dir., Agg. V*, Milano 2001.

⁷² Si allude naturalmente alla moneta unica, all’euro, e al suo governo per opera della Banca centrale europea. Secondo l’art. 3, § 4, TUE, “l’Unione istituisce un’unione economica e monetaria la cui moneta è l’euro”. Ai sensi dell’art. 3, § 1, lett. c), TFUE, l’Unione ha competenza esclusiva in tema di “politica monetaria per gli Stati membri la cui moneta è l’euro”. Alla politica monetaria è dedicato il Capo 2 del Titolo VIII del TFUE: art. 127 ss. Sulla storia meno recente dell’euro v. T. PADOA-SCHIOPPA, *La lunga via per l’euro*, Bologna 2004. Sugli effetti dell’attuale crisi economica sull’euro, S. FABBRINI, *La crisi dell’euro e le sue conseguenze*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2016, 651 ss.

⁷³ Sugli strumenti di cui dispone l’Unione europea per coordinare le politiche finanziarie e di bilancio degli Stati membri, v., tra i tanti, S. DEL GATTO, *Il metodo aperto di coordinamento. Amministrazioni nazionali e amministrazione europea*, Napoli 2012, spec. 35-107; R. PEREZ, *Il nuovo Patto di stabilità e crescita*, in *Gior. dir. amm.*, 2005, 777 ss. Meno di recente v. G. DELLA CANANEA, *Indirizzo e controllo della finanza pubblica. Un tema al centro del dibattito istituzionale: la finanza pubblica italiana e l’Unione economica e monetaria*, Bologna, 1996. Per i vincoli finanziari più recenti che hanno condotto, tra l’altro, alla costituzionalizzazione del principio del pareggio di bilancio si rinvia *infra*, al § 7.

⁷⁴ G. VESPERINI, *Il vincolo europeo*, cit., *passim*.

⁷⁵ Questa si manifesta, per esempio, con l’automatica disapplicazione del diritto interno in contrasto con quello europeo. In proposito v. la fondamentale sentenza della Corte giust. CE, 9 marzo 1978, C-106/77, *Simmenthal*, in *www.curia.europa.eu*: Per una sintesi del tema, v. G. CONTALDI, voce *Effetto diretto e primato del diritto comunitario*, in (a cura di S. CASSESE) *Diz. dir. pubbl.*, vol. III, Milano, 2006, 2124 ss. e la bibliografia ivi indicata. Si manifesta, inoltre con l’obbligo, per giudici e amministrazioni nazionali, di interpretare il diritto nazionale conformemente al diritto europeo, nel caso in cui questo sia sfornito di efficacia diretta (su questo tema, v. A. BERNARDI (a cura di), *L’interpretazione conforme al diritto dell’Unione europea. Profili e limiti di un vincolo problematico*, Napoli 2015), e con l’ulteriore obbligo di interpretare il diritto europeo, tra i tanti modi possibili (anche perché spesso formulato tramite disposizioni di principio), nel senso che abbia un effetto utile (v. I. INGRAVALLO, *L’effetto utile nell’interpretazione del diritto dell’Unione europea*, Bari 2017). La primazia del diritto europeo è poi così forte da superare una sentenza passata in giudicato del giudice nazionale, in deroga al principio di sua intangibilità, sancito, nell’ordinamento nazionale, dall’art. 2909 c.c. Su quest’ultimo aspetto, v. la sentenza Corte giust. CE, 18 luglio 2007, C-119/05, *Lucchini s.p.a.*, che è stata commentata da C. CONSOLO, *Il primato del diritto comunitario può spingersi fino ad intaccare la ‘ferrea’ forza del giudicato sostanziale?*, in *Corr. giur.*, 2007, 1187 ss.; ID., *La sentenza Lucchini della Corte di giustizia: quale possibile adattamento degli ordinamenti interni e in specie del nostro?*, in *Riv. dir. proc.*, 2008, 595 ss. Sul tema dell’atto amministrativo (inoppugnabile) contrario al diritto europeo, cfr. G. GARDINI, *Rinvio pregiudiziale, disapplicazione, interpretazione conforme: i deboli anticorpi europei e la “forza sovrana” dell’atto amministrativo inoppugnabile*, in *Dir. amm.*, 2014, 217 ss.

osservare per l'avvio dell'attività. Scelte queste che evidentemente risentono di quella di politica economica generale: di sistema e di più alto livello.

3. Il dibattito sul primato del diritto sull'economia. La risposta della politica ai processi economici: l'ordine giuridico del mercato ed il suo grado di libertà. Poteri burocratici come suo precipitato.

Si prosegue ora, con l'aggiunta di alcuni elementi, il ragionamento soltanto finora avviato sul nesso tra politica, diritto e mercati, volutamente mantenendolo per lo più su un piano di teoria generale.

Occorre anzitutto premettere l'ampiezza del dibattito⁷⁶ sui rapporti tra diritto ed economia, che non potrà essere certamente esaurito nei prossimi paragrafi, in quanto da tempo affrontato dalla scienza giuridica, da quella sociologica⁷⁷ ed economica, anche interrogandosi nell'assegnare il primato, o quanto meno il ruolo di guida, al diritto o all'economia.

Secondo una certa prospettiva⁷⁸, che valorizza le capacità razionali dell'*homo oeconomicus*, l'economia e, perciò, i mercati, tanto più se globalizzati, avrebbero la capacità di esprimere i propri valori e le proprie regole autonomamente, senza necessità dell'intervento (regolatore del mercato) di matrice legislativa o delle autorità amministrative. Anzi, sarebbe l'economia ad imporre valori e regole alla politica, che si limiterebbe a recepirli, traducendoli in diritto: di qui il suo primato. Talvolta il diritto, per la sua incapacità di adeguarsi alle costanti evoluzioni dell'economia, giunge a costituire un ostacolo⁷⁹ al suo naturale sviluppo e alla sua tendenza ad allocare efficientemente il benessere, con effetti negativi per la collettività. Si delinea, insomma, una concezione naturalistica del mercato, che assurge addirittura a "*realtà pregiuridica*"⁸⁰. Quanto prima illustrato con riguardo alle esternalità negative dovute allo sviluppo è tuttavia un indice dei limiti della razionalità economica, che segue logiche egoistiche, di massimizzazione del profitto, trascurando i suoi 'costi sociali'.

⁷⁶ Ne offrono un'efficace sintesi B. LIBONATI, *Ordine giuridico e legge economica del mercato*, in *Riv. soc.*, 1998, 1540 ss. Più di recente, F. FERRO LUZZI, *Regole del mercato, regole nel mercato (prolegomeni in tema di)*, Roma 2009. Cfr. F. CAPRIGLIONE, *Globalizzazione, crisi finanziaria e mercati: una realtà su cui riflettere*, in *Conc. merc.*, 2012, § 5; ID., *Ordine giuridico e processo economico nell'analisi di law and economics*, in AA.VV., *Elementi di diritto pubblico dell'economia*, Padova, 2012, p. 25 ss.

⁷⁷ G. TEUBNER, *Il diritto come sistema autopoietico*, Milano 1996.

⁷⁸ Ben riassunta, sia pure con diverse sfumature, ma sempre con numerosi riferimenti alla letteratura economica, tra i tanti contributi, da V. POCAR e N. VELICOGNA (a cura di), *Ragioni del diritto e ragioni dell'economia*, Milano 1996; M. MAZZAMUTO, *La riduzione della sfera pubblica*, Torino 2000, 131-136, che riprende anche le teorie di von Hayek, sulla dicotomia *cosmos* e *taxis*; I.M. MARINO, *Diritto, amministrazione, globalizzazione*, in *Dir. econ.*, 2005, 38 ss.; F. MERUSI, *Diritto contro economia. Resistenze istituzionali all'innovazione economica*, Torino 2006.

⁷⁹ Su questo specifico problema, v. F. MERUSI, *Diritto contro economia*, cit., *passim*.

⁸⁰ B. LIBONATI, *Ordine giuridico e legge economica*, cit., 1544.

Secondo una preferibile e diversa prospettiva, se non antitetica, il mercato integra un luogo artificiale⁸¹, conformato da regole giuridiche, che rendono, per molti aspetti, prevedibili le azioni dei soggetti, privati e pubblici, che in esso operano. È quindi la variabile volontà politica, servendosi del diritto e nei diversi livelli in cui essa si manifesta, anche in quello costituzionale, a cogliere il rilievo sociale delle iniziative economiche private e a disciplinarne i processi.

Si tratta, sempre seguendo questa prospettiva, di scelte di politica economica funzionali al benessere collettivo, che, da secoli⁸², con forme più o meno evolute, sono presenti nell'azione dei pubblici poteri.

Come ha rilevato Natalino Irti⁸³, rifiutando con forza il naturalismo economico, “il mercato è la legge, che lo governa e lo costituisce; e prende forma dalla decisione politica e dalle scelte normative”⁸⁴. Del resto, dall’“artificialità” del mercato, “fatto con l’arte del legiferare”, non può automaticamente inferirsi una scarsa libertà economica, perché tale artificialità “nulla ha che vedere con il maggiore o minore grado di libertà,

⁸¹ N. IRTI, *L'ordine*, cit., *passim*.

⁸² In proposito, v. le pagine di M. D'ALBERTI, *Poteri pubblici*, cit., 15-40. L'Autore così chiosa il percorso storico proposto (p. 38): “la rapida analisi storica mostra una grande continuità nell'azione dei pubblici poteri in campo economico, dagli ordinamenti politici antichi fino ai tempi presenti. Non mancano mutamenti significativi, quanto alla portata che è venuta ad assumere la regolazione pubblica, ma la sua persistenza resta ferma”. Cfr., in termini analoghi, M.S. GIANNINI, *Diritto pubblico dell'economia*, Bologna 1995, 20-31. Nella letteratura economica, sul fatto l'intervento pubblico in economia, abbia rappresentato una costante, v. di J.A. SCHUMPETER, *Storia dell'analisi economica*, Torino 1990.

⁸³ ID., *L'ordine*, cit., 10-12. L'Autore è tornato più recentemente sul tema, proponendone una sintesi, in ID., *Diritto e mercato*, in (a cura di C. RABITTI BEDOGNI e P. BARUCCI) *20 anni di antitrust. L'evoluzione dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato*, vol. I, Torino 2010, 37-42.

⁸⁴ N. IRTI, *L'ordine*, cit., 11, dove aggiunge: “cadono così i caratteri di naturalità ed a-politicità, che si sogliono invocare a protezione di un dato mercato o in conflitto e rifiuto di altro tipo di mercato. Locus artificialis, e locus naturalis, e non ordine trovato nell'originaria natura degli uomini. [...] Tutto dimostra che il mercato può assumere una o altra forma, e svolgersi in una od altra struttura, e, dunque, che esso è disegnato artificialmente, fatto con l'arte del legiferare”. L'Autore premette chiaramente la tesi sviluppata nell'introduzione al proprio studio: (p. V) “l'economia di mercato, al pari di altri e diversi assetti (collettivistico, misto ecc.), è locus artificialis e non locus naturalis. [...] Codesta artificialità deriva da una tecnica del diritto, la quale in dipendenza di decisioni politiche, conferisce forma all'economia, e la fa, di tempo in tempo, mercantile o collettivistica o mista”, così esprimendo un netto rifiuto di qualsiasi “naturalismo economico”, sempre sull'assunto che (p. IX) “l'elementare presupposto di tutti gli assetti [è] la volontà politica, tradotta in situazioni giuridiche [come la libertà economica]” e che (p. XII) “il discorso, o che muova dal diritto verso l'economica o che risalga da questa a quello, sempre si riannoda alla decisione politica, alla presa di posizione sugli interessi in gioco. La scelta dell'interesse meritevole di protezione, e degli interessi destinati al sacrificio, non si affida a criteri oggettivi o a leggi naturalistiche, ma al volere umano”. Questa riflessione rende attuale il pensiero di chi per primo, almeno nella dottrina pubblicistica italiana, ha trattato in modo sistematico (e con numerosi richiami alla dottrina tedesca) il tema del diritto pubblico dell'economia. Si allude a V. SPAGNUOLO VIGORITA, *L'iniziativa economica privata nel diritto pubblico*, Napoli 1959, 13: “il diritto determina la forma dell'economia, ne costituisce il fattore caratteristico e la condizione costitutiva essenziale; delimita l'ambito di movimento concesso al singolo operatore; costruisce e tutela la costituzione economica che, scelta in sede politica, solo mediante gli strumenti dell'ordinamento giuridico viene realizzata e assicurata, con la posizione di norme a quella scelta corrispondenti”. Più di recente, M. CLARICH, *Profili giuridici della “sicurezza economica” nell'età della crisi*, in *Giur. comm.*, 2012, 346 ss., sembra seguire il pensiero di Natalino Irti, rilevando che (347-348) “il mercato è un ordine giuridico caratterizzato dalla regolarità e dalla prevedibilità dell'agire”; e che “la prevedibilità del potere della pubblica amministrazione appare elemento essenziale di un'economia che si regge sul calcolo razionale.”

*lasciato ai soggetti dello scambio: non c'è una misura naturale di libertà, ma la misura storicamente definita dallo statuto del mercato*⁸⁵, cioè quella scelta dalla politica. Di qui i caratteri dell'artificialità, della politicità e, come loro ultima sintesi, della giuridicità del mercato.

Parimenti all'intervento pubblico nell'economia, l'assenza di tale intervento, con la conseguente espansione della libertà economica, non è uno stato naturale o una decisione soltanto tecnica (o neutrale⁸⁶), ma è sempre di politica economica: *“una presa di posizione rispetto all'economia; e la volontà di strutturarla in un modo”*⁸⁷.

Ora si sta ragionando secondo astratti schemi di teoria generale e poco conta il minore o il maggiore grado di un'altra libertà: quella con cui la volontà politica può esprimersi in campo economico, a causa dei vincoli costituzionali interni e dei vincoli discendenti dall'adesione ai Trattati europei. Del loro contenuto, del fatto che anch'essi sono scelte politiche, sia pure di principio, e del loro non facile rapporto si parlerà diffusamente nei prossimi paragrafi.

Intanto, privilegiando una certa visione del rapporto tra economia e diritto, sembra possibile fissare un punto fermo: la volontà politica, con il diritto, dà ordine giuridico al mercato, ossia gli conferisce un certo tangibile assetto, determinando il complessivo grado di libertà degli operatori economici negli affari. Per esemplificare: può limitarsi a porre rimedio, soprattutto tramite le autorità amministrative indipendenti⁸⁸, alle sue meno (politicamente) desiderabili derive 'naturali', dovute al fatto che gli imprenditori operano secondo logiche di massima convenienza individuale: esternalità negative, cartelli, monopoli di fatto, pubblicità ingannevoli ed asimmetrie informative tra operatori economici e consumatori. Può diversamente intervenire⁸⁹ nel mercato, guidandolo, programmandolo, svolgendo attività economiche o addirittura riservandole ai pubblici

⁸⁵ N. IRTI, *L'ordine*, cit., 11. Tanto che (p. 74) *“la rozza invocazione di un mercato libero, come ‘mercato senza norme’ (statali o comunitarie che siano), nasconde, sotto le sproposito logico, l'interesse all'abolizione di date norme: interesse politico, poiché politico è sempre il conflitto intorno al contenuto delle norme”*. Cfr. anche p. 89-91, dove l'Autore difende le proprie tesi dall'accusa di *“pangiuridicismo”*, rilevando che se esso (89-90) *“significa che il conflitto politico, e l'esito della disputa sui problemi del convivere, sono destinati a tradursi in contenuti de nome, allora esso si limita a registrare una costante della storia umana. Dove la soluzione, capace di trascendere il singolo caso e di durare nel tempo come garanzia di ordine, è sempre una soluzione normativa”*; e che le leggi di natura, su cui viene fondato il primato dell'economia sul diritto, (p. 90) *“hanno bisogno di altre leggi, queste decise dalla volontà umana, per tradursi in ordinamenti della vita sociale”*.

⁸⁶ Si è parlato anche, con riguardo ai poteri di regolazione antitrust, A. POLICE, *Tutela della concorrenza e pubblici poteri*, Torino 2007, 245 ss., di *“mito della neutralità”* (così 250-251). Da ultimo, sull'argomento dei poteri amministrativi neutrali M.T.P. CAPUTI JAMBRENGHI, *La funzione amministrativa neutrale*, Bari 2017.

⁸⁷ N. IRTI, *L'ordine*, cit., 74.

⁸⁸ F. MERUSI, *Democrazia e autorità indipendenti*, cit., *passim*, spec. 18 ss. Cfr. A. POLICE, *Tutela della concorrenza*, cit., spec. 4 ss. e 24 ss. S.A. FREGO LUPPI, *L'amministrazione regolatrice*, cit.; L. GIANI, *Attività amministrativa*, cit., 110 ss.; V. CAIANIELLO, *Le autorità indipendenti tra potere politico e società civile*, in *Foro amm.*, 1997, 341 ss. Con particolare attenzione alla crisi economica globale, di cui si dirà infra, al § 6, v. N. LONGOBARDI, *Le autorità di regolazione dei mercati nel “tempo della crisi”*, in *Dir. e proc. amm.*, 2012, 41 ss.

⁸⁹ Per una sintesi sul tema, v. R. CARANTA, voce *Intervento pubblico nell'economia*, in *Dig. disc. pubbl.*, Agg., Torino 2000, 371 ss.

poteri, secondo gli schemi del c.d. Stato imprenditore. L'una o l'altra opzione dipende per molti aspetti dai vincoli, prima cennati, alla libertà politica in campo economico.

L'ordine giuridico del mercato ed il suo grado di libertà non condiziona soltanto l'autonomia privata⁹⁰, cioè i rapporti contrattuali tra imprese e tra queste ed i consumatori, ma anche i poteri pubblici e, perciò, i rapporti tra pubbliche amministrazioni ed imprese.

Come generalmente accade, la volontà politica delinea i poteri burocratici che interferiscono sui processi economici, come quelli di controllo sull'accesso al mercato e sul regolare svolgimento dell'attività. Con ciò, intanto, seleziona gli interessi generali inerenti ciascuna attività economica, bilanciandoli o privilegiando la cura di alcuni a discapito di altri. Gli interessi sono quindi tradotti e sintetizzati in regole di diritto pubblico, che conformano lo svolgimento delle attività. Sono sempre degli interessi generali, selezionati dalla politica, a giustificare i poteri burocratici.

Questi ultimi sono allocati nei vari livelli di governo, da quello statale a quello comunale, secondo il principio di sussidiarietà verticale⁹¹, sancito dall'art. 118 Cost.; oppure sono assegnati ad autorità centrali, anche indipendenti⁹² dal circuito politico, istituite *ad hoc* e munite di speciale *expertise* tecnica, di cui generalmente gli apparati burocratici non dispongono.

L'operazione, svolta in sede politica, di selezione e bilanciamento degli interessi per risolverne il conflitto, che si manifesta diversamente per ciascuna attività economica, è condizionata dal generale ordine giuridico del mercato, cioè dai principi che esso esprime. Più esattamente: i poteri di controllo burocratico delineati dal legislatore, al pari dei requisiti dallo stesso fissati per accedere al mercato, pena l'incoerenza del sistema, saranno precipitato o comunque risentono dell'ordine giuridico del mercato politicamente prescelto e del suo grado di libertà. Anzi: essi risultano indispensabili per contribuire alla sua effettiva realizzazione.

I controlli burocratici sono dunque, in pari tempo, 'effetto' e 'causa' dell'ordine giuridico del mercato e della sua libertà. 'Effetto' perché nel contenuto (o forse, addirittura, nella loro stessa presenza) e nelle forme di loro svolgimento da questo

⁹⁰ Cfr. A. ZOPPINI, *Autonomia contrattuale, regolazione del mercato, diritto alla concorrenza (il rapporto tra autonomia contrattuale e diritto della concorrenza)*, in *20 anni*, cit., vol. II, 1095 ss.; N. IRTI, *L'ordine*, cit., *passim*.

⁹¹ Sul ruolo della sussidiarietà verticale nell'organizzazione amministrativa, v. l'efficace e recente sintesi di G. SCIULLO, *L'organizzazione amministrativa. Principi*, Torino 2013, 52-56 e la bibliografia ivi citata.

⁹² Si pensi alla loro più recente diffusione nell'ordinamento italiano: l'Autorità di vigilanza e regolazione del mercato dei trasporti, istituita con l'art. 37, d.l. n. 201/2011; Autorità garante della concorrenza e del mercato, istituita con la l. n. 287/1990; l'Autorità di regolazione per energia, reti e ambiente, A.r.e.r.a. (ex Autorità per l'energia elettrica, il gas ed il sistema idrico e, prima ancora, Autorità per l'energia elettrica e il gas), istituita con l. n. 481/1995; Autorità per la garanzia nelle telecomunicazioni, istituita con l. n. 249/1997, ecc. La letteratura sul tema delle autorità amministrative indipendenti e sulla relativa attività di regolazione dei mercati è vastissima. Si segnalano soltanto alcuni contributi meno recenti e che trattano il tema in termini generali, ma ancora fondamentali: M. D'ALBERTI, voce *Autorità indipendenti (dir. amm.)*, in *Enc. giur.*, vol. IV, Roma 1995; A. PREDIERI, *L'erompere delle autorità amministrative indipendenti*, Firenze, 1997; S.A. FREGO LUPPI, *L'amministrazione regolatrice*, Torino 1999; F. MERUSI, *Democrazia e autorità indipendenti*, Bologna, 2000; L. GIANI, *Attività amministrativa e regolazione di sistema*, Torino 2002; P. LAZZARA, *Autorità indipendenti e discrezionalità*, Padova 2002; N. LONGOBARDI, *Autorità amministrative indipendenti e sistema giuridico-istituzionale*, Torino 2004.

dipendono. 'Causa' per la loro indispensabile funzione⁹³: perché, in loro assenza, l'ordine giuridico del mercato non potrebbe tradursi in decisioni amministrative concrete e tangibili; tali da allineare, secondo il circuito politica-amministrazione attiva, i processi economici ad un certo ordine di interessi scelto in sede politica.

3.1. (Segue) *Un elemento di complessità: modelli di controllo burocratico sull'accesso al mercato e relativo diverso grado di restrizione della libertà economica. Variabilità del rapporto autorità-libertà.*

A quanto appena detto bisogna aggiungere un elemento di complessità e relativo ai poteri burocratici, di cui finora si è parlato in termini davvero generali. Un elemento che sposta per ora la discussione, sia pure gradualmente, dalla teoria generale al diritto positivo.

Sono diversi i modelli⁹⁴ - consolidati sul piano dogmatico e sul piano positivo, nazionale ed europeo - di controllo burocratico dell'attività economiche, di cui la volontà politica può disporre: preventivi all'accesso al mercato, secondo il più tradizionale modello autorizzatorio, che si realizza con un procedimento ad istanza di parte⁹⁵, secondo le forme e le garanzie partecipative delineate dalla l. n. 241/1990. Oppure successivi al medesimo, secondo il modello, più volte novellato⁹⁶, della, in origine, denuncia, poi dichiarazione ed ora segnalazione certificata di inizio attività, s.c.i.a., avente nell'art. 19, l. n. 241/1990 la propria più generale base normativa interna. Rispettivamente, modelli più o meno restrittivi⁹⁷ della libertà economica: nel primo caso, l'accesso al mercato dipende da un atto di consenso dell'amministrazione, che potrebbe anche godere di una certa discrezionalità, spesso tecnica, nel rilasciarlo; nel secondo caso, la legittimazione a svolgere l'attività è originaria e si fonda su un atto, da presentare all'amministrazione, con cui il privato attesta, assumendosene la responsabilità, di possedere i requisiti previsti dalla legge.

La volontà politica potrebbe addirittura scegliere l'opzione zero: una scelta radicale, che affranca certe attività economiche da ogni controllo burocratico sul loro avvio e da ogni regime amministrativo, espandendo l'ambito di operatività della libertà economica, che potrebbe così risultare assoluto in certi mercati.

⁹³ Si utilizza qui il termine secondo l'insegnamento di teoria generale di M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, vol. II, Milano 1993, 7: "... è possibile che - oltre agli atti - anche un'attività nel suo complesso possa avere rilevanza giuridica. Sono le attività a cui si addice il nome di funzioni, le quali possono ricevere qualificazione giuridica in ordine al modo in cui sono svolte, nella loro globalità".

⁹⁴ L'estrema superficialità nella descrizione dei diversi modelli di controllo è giustificata dal fatto che a ciò, *infra*, nel capitolo III, si dedicherà ampio spazio, analizzando il dato positivo interno ed europeo.

⁹⁵ Per un approfondito sguardo d'insieme sul tema, con riferimento al diritto europeo, v. P. LAZZARA, *I procedimenti amministrativi ad istanza di parte. Dalla disciplina generale sul procedimento (l. 241/90) alla direttiva 'servizi' (2006/123/CE)*, Napoli 2008.

⁹⁶ *Infra*, capitolo III, spec. § 9 ss.

⁹⁷ Secondo la Corte di giustizia (*ex multis*, sentenza 1° giugno 2010, C 570/07 e C 571/07, *Blanco Pérez e Chao Gómez*, § 54) una disciplina nazionale che prevede un regime autorizzatorio è di per sé restrittiva del diritto di stabilimento previsto dall'art. 49 TFUE.

L'elemento di complessità in esame può essere visto anche dalla prospettiva della dialettica autorità-libertà⁹⁸: dalla nascita dello Stato pluriclasse⁹⁹ è noto - se non fisiologico - il conflitto tra la libertà imprenditoriale¹⁰⁰ e l'autorità, deputata a tutelare un numero sempre crescente di interessi pubblici (come salute, ambiente, sicurezza nei luoghi di lavoro ecc.) inerenti alle attività economiche, così da includerli nella sfera pubblica¹⁰¹ e conseguentemente moltiplicare le proprie funzioni amministrative.

Questo conflitto si verifica pure nell'evoluzione europea della libertà economiche: la libertà di circolazione nel mercato unico, per definizione transfrontaliera ed attribuite direttamente¹⁰² dai Trattati europei ai singoli, che sono legittimati a pretenderne la tutela dai giudici nazionali. In questa evoluzione, secondo l'insegnamento della Corte di giustizia, i molteplici interessi pubblici, che potrebbero giustificare una restrizione (per opere del diritto interno) alla libertà di circolazione europea prendono generalmente il nome di 'motivi imperativi d'interesse generale'¹⁰³. Ma la dialettica autorità-libertà rimane, anche se con una dimensione transfrontaliera propria del mercato unico europeo.

Ciascun modello di controllo risolve il conflitto tra i due poli¹⁰⁴, delineando un diverso assetto di interessi. Tanto che diversamente gestisce il rischio di lesione degli

⁹⁸ Cfr. B.G. MATTARELLA, *Il rapporto autorità-libertà e il diritto amministrativo europeo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2006, 909 ss.; M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, cit., 219 ss.

⁹⁹ M.S. GIANNINI, *Diritto pubblico dell'economia*, cit., 31-33, secondo cui nello Stato pluriclasse, in ragione del suffragio universale, vige il (p. 32) "principio per cui ogni classe sociale diviene altresì classe politica". Il che, evidentemente, influisce sulla pluralità degli interessi sintetizzati in norme e poteri pubblici. Cfr., più diffusamente, ID., *Diritto amministrativo*, vol. I, Milano 1993, 48-66: (p. 49-50) "con l'avvento dello Stato pluriclasse, l'amministrazione pubblica [...] scoppiò. [...] Nel giro di pochi anni accadde che quasi ogni attività umana tra una corrispondenza in una qualche pubblica amministrazione: interessi scientifici religiosi o culturali, così come interessi economici, produttivi o professionali, finiscono coll'avere un punto d'appoggio in qualche pubblico potere legalmente riconosciuto"; ID., *I pubblici poteri negli Stati pluriclasse*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1979, 389 ss.; nonché ID., *Diritto amministrativo*, in *Enc. giur.*, vol. XII, Milano 1964, spec. 863-864. Il tema dello Stato pluriclasse è stato poi ampiamente sviluppato da M. MAZZAMUTO, *La riduzione*, cit., spec. 77-102.

¹⁰⁰ Si è parlato in proposito, L. TORCHIA, *Introduzione. Il sistema amministrativo e le attività produttive: le barriere, gli ostacoli, i nodi. Studi di caso per uscire dal labirinto*, in (a cura di ID.) *I nodi della pubblica amministrazione*, Napoli 2016, anche di (p. 16) conflitto tra "interessi di produzione" e "esigenze di protezione".

¹⁰¹ M. MAZZAMUTO, *La riduzione*, cit., 78.

¹⁰² Si tratta della c.d. efficacia diretta del diritto europeo. Fondamentale in proposito la sentenza Corte giust. CE, 5 febbraio 1963, C-26/62, *van Gend & Loos*, in www.curia.europa.eu, secondo cui "il diritto comunitario, indipendentemente dalle norme emanate dagli stati membri, nello stesso modo in cui impone ai singoli degli obblighi, attribuisce loro dei diritti soggettivi [...], che i giudici nazionali sono tenuti a tutelare".

¹⁰³ Sul tema, M. LOTTINI, *Il mercato europeo. Profili pubblicistici*, Napoli 2010, spec. 173-206, che efficacemente illustra l'origine e l'attuale significato dell'espressione; nonché illustra l'interpretazione - talvolta espansiva, talaltra restrittiva - data dalla Corte di giustizia agli interessi che secondo i Trattati europei giustificano restrizioni alla libertà di circolazione. La formula 'motivi imperativi d'interesse generale' è comunque entrata pure nel vocabolario del legislatore nazionale (art. 8, c. 1, lett. h), d.lgs. n. 59/2010, di recepimento della direttiva 2006/123/CE, c.d. Bolkestein) e, di conseguenza, del giudice amministrativo.

¹⁰⁴ Secondo F. CAPRIGLIONE, *Globalizzazione, crisi finanziaria e mercati*, cit., § 4.1, il "binomio libertà dell'iniziativa economica - utilità sociale trova, poi, nel 'controllo' il suo momento di sintesi, in quanto spetta a quest'ultimo presidiare il confine che deve essere rispettato in ossequio ai precetti costituzionali".

interessi pubblici - e degli interessi dei terzi controinteressati¹⁰⁵ - da parte dell'avvio di attività economiche. Rischio che può perfino essere accettato dall'ordinamento, specialmente laddove il controllo burocratico sia successivo all'avvio dell'attività, la quale dunque, a differenza del modello autorizzatorio, potrà essere intrapresa nelle more dello svolgimento del controllo burocratico. In questo caso è il privato ad assumersi un rischio: che l'attività, già avviata, sia vietata all'esito del procedimento di controllo.

Ricapitolando: quando il legislatore non sceglie l'opzione zero, dove addirittura radicalmente manca il potere di controllo, il rapporto tra questo e la libertà economica può senz'altro dirsi a geometria variabile, ancorché stilizzato in certi, ormai consolidati, modelli di controllo burocratico sull'accesso al mercato. Possono variare gli interessi pubblici antagonisti alla libertà economica e fondanti il potere di controllo (e la conseguente restrizione della libertà economica, anche europea), ma l'assetto di interessi determinato da ciascun modello sembra restare pressoché il medesimo.

3.2. (Segue) *Pluralità di norme e pluralità di mercati. Teoria generale dell'ordine giuridico del mercato e singoli mercati.*

L'elemento di complessità, appena sommariamente rilevato, ha forse una spiegazione più intuitiva ed empirica: la grande varietà di attività economiche ed il loro diverso rilievo sociale, cioè le diverse esternalità negative ed intanto i benefici conseguenti al loro svolgimento. La soluzione del conflitto di interessi generato da ciascuna attività richiede norme specifiche.

Finora si è usato il concetto di ordine giuridico del mercato per spiegare il più generale rapporto tra diritto ed economia e l'indispensabile ruolo del primo nell'ordinare i processi della seconda, stabilendo il grado di libertà nello svolgimento degli affari. Il che è evidentemente un ragionamento di teoria generale: pienamente valido quando si parla di potere burocratico in generale; oppure quando, come nei prossimi paragrafi, si parlerà di Costituzione e di Trattati europei, che appunto contengono norme di principio, di per sé inidonee ad esprimere discipline giuridiche e ad ordinare tangibilmente i processi economici.

Quando si sposta il ragionamento ad un livello normativo inferiore, come quello delle politiche pubbliche sui controlli burocratici sull'avvio delle più diverse attività economiche, occorre ricordare, sempre seguendo il pensiero di Natalino Irti, che *“le norme [...] non ordinano il mercato, ma una pluralità di mercati. [...] Tanti mercati,*

¹⁰⁵ F. TRIMARCHI BANFI, *Il “terzo” nel diritto amministrativo: a proposito di semplificazioni*, in *Dir. proc. amm.*, 2014, 25 ss. Con riguardo all'eventuale ‘sacrificio’ dell'interesse materiale del terzo controinteressato è emblematico il caso della segnalazione certificata di inizio attività e dei mezzi di tutela nella disponibilità del terzo, ai sensi del comma 6-ter dell'art. 19, l. n. 241/1990. Cfr. A. TRAVI, *La tutela nei confronti della d.i.a. tra modelli positivi e modelli culturali*, in *Dir. pubbl.*, 2014, 17 ss.; ID., *La tutela del terzo nei confronti della d.i.a. (o della s.c.i.a.). Il codice del processo amministrativo e la quadratura del cerchio*, in *Foro it.*, 2011, III, 517, ss.; L. BERTONAZZI, *Natura giuridica della s.c.i.a. e tecnica di tutela del terzo nella sentenza dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato n. 15/2011 e nell'art. 19, comma 6-ter della legge n. 241/90*, in *Dir. proc. amm.*, 215 ss.

*insomma, quanti sono i nuclei di norme*¹⁰⁶, ciascuno dei quali meglio definisce la libertà economica in quel mercato, in ragione degli altri interessi in gioco.

La libertà economica, in altri termini, non si svolge sempre allo stesso modo ed incontra ostacoli, in termini di interessi ad essa antagonisti, sempre diversi. Proprio di questo conflitto si occupano i nuclei di norme ordinanti i corrispondenti mercati, onde trovare un equilibrio socialmente accettabile tra libertà e tali interessi.

Ogni attività economica giunge quindi ad avere un proprio nucleo di norme di diritto pubblico¹⁰⁷: un proprio e specifico regime amministrativo, che ne individua il modello di controllo burocratico e, in modo più o meno dettagliato, i requisiti da osservare per l'avvio.

Ma questa complessità/pluralità di mercati, giuridica ed economica, con l'inevitabile inflazione normativa che determina, non pare tale da vanificare il ruolo dei principi sul più generale ordine giuridico del mercato politicamente scelto. Questi principi, infatti, agiscono come tali, avendo la funzione di modellare una pluralità di norme di generalità decrescente¹⁰⁸: quelle settoriali e relative alle singole attività economiche.

Per esemplificare: tanto più sarà elevato, in via di principio, il grado di libertà dell'ordine giuridico del mercato, meno restrittive della libertà economica, in termini di modello di controllo burocratico e di requisiti da possedere, dovrebbero essere le discipline dei singoli mercati; e tendenzialmente maggiore sarà l'ambito di operatività dell'opzione zero.

Ma, evidentemente, non deve meravigliare un mercato il cui accesso, sia pure nell'ambito di un ordine concorrenziale dei processi economici, è soggetto ad un controllo pubblico davvero stringente: le riflessioni di teoria generale sull'ordine giuridico del mercato non possono annullare la grande variabilità delle attività economica e delle relative esternalità negative, così come l'alto valore dato, in sede politica, a certi interessi antagonisti alla libertà ed inerenti alcune attività.

Altrimenti si tornerebbe in Castalia, rinunciando alla complessità dei fenomeni economici e giuridici; e la disciplina giuridica dei mercati sarebbe un astratto 'giuoco

¹⁰⁶ N. IRTI, *L'ordine*, cit., 34 e 91-93.

¹⁰⁷ Gli esempi potrebbero essere tantissimi e spesso la disciplina statale deve essere integrata con quella regionale, in ragione del riparto di potestà legislativa previsto dall'art. 117 Cost., che attribuisce alle regioni la potestà legislativa residuale in materia di commercio ed artigianato. Si pensi, stando alla legislazione statale ed alle attività economiche per le quali non sono previsti contingenti, cioè limiti numerici per l'ingresso nel relativo mercato, alla disciplina del commercio (al dettaglio, all'ingrosso e su aree pubbliche), ai sensi del d.lgs. n. 114/1998 e degli artt. 65-71-*bis*, d.lgs. n. 59/2010; alla disciplina dell'attività di somministrazione di alimenti e bevande, ai sensi dell'art. 64, d.lgs. n. 59/2010; a quella delle attività di agente e rappresentante di commercio, di mediatore marittimo, di spedizioniere, di acconciatore, di estetista, di tinto-lavanderia ecc. (artt. 74 ss., d.lgs. n. 59/2010, da integrare con le discipline settoriali di volta in volta richiamati). Ciascuna di queste norme prevede un diverso modello di controllo burocratico, preventivo o successivo, e dei diversi requisiti da possedere per svolgere l'attività. Lo stesso potrebbe dirsi per le attività edilizie, che - in ragione del loro impatto sul territorio e della loro idoneità, a prescindere dalla materiale trasformazione del territorio, ad aumentare il c.d. carico urbanistico di zona - il d.P.R. n. 380/2001, t.u. edilizia, sottopone ad un diverso regime: dalla libertà assoluta (attività edilizie libere, ai sensi dell'art. 6, d.P.R. cit.) al permesso di costruire (attività edilizie elencate all'art. 10, d.P.R. cit.). Per una efficace sintesi, dopo le più recenti riforme, v. E. BOSCOLO, *I decreti attuativi della legge madia: liberalizzazioni e ridisegno del sistema dei titoli edilizi*, in *Riv. giur. ed.*, 2016, 601 ss.

¹⁰⁸ N. IRTI, *L'ordine*, cit., 35.

delle perle di vetro', forse più esatto e semplice, ma piuttosto lontano dai quotidiani conflitti del mondo reale e dalla loro variabile risoluzione legislativa in sede politica.

Con queste precisazioni, si può proseguire il discorso in termini di principio.

4. Vincoli costituzionali e vincoli europei alla libertà politica in campo economico. Decisione economica di sistema (interna ed europea) e sua funzione di direttiva politica.

Nel dare ordine giuridico ai mercati, nel senso prima chiarito¹⁰⁹, la volontà politica, che si esprime nelle forme tipiche della legge e degli atti aventi forza di legge, non è sempre libera. La sua autonomia è limitata: da rispettare vi sono, anzitutto, i vincoli costituzionali interni, che, nel loro insieme, formano la Costituzione economica¹¹⁰, dettando la c.d. “*decisione di sistema*”¹¹¹: la più generale ed alta direttiva politica

¹⁰⁹ *Supra*, § 3.

¹¹⁰ La letteratura sulla nozione di costituzione economica europea e nazionale è vastissima. Ci si limita, per ora, a segnalare alcuni contributi, che affrontano anche il tema della libertà d'impresa nella Costituzione italiana: S. CASSESE, in (a cura di ID.) *La nuova Costituzione economica*, 2012 Roma-Bari, *Introduzione*, p. 3 ss.; *La “vecchia” costituzione economica: i rapporti tra Stato ed economia dall'Unità ad oggi*, 7 ss.; *La nuova costituzione economica*, 319 ss.; G.C. SPATTINI, *Poteri pubblici dopo la privatizzazione. Saggio di diritto amministrativo dell'economia*, Torino 2006, 29-112; ID., *Ascesa e declino (eventuale) della nozione di “Costituzione economica” (nell'ordinamento italiano e in quello comunitario)*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2005, 1579 ss.; G. DI GASPARRE, *Diritto dell'economia e dinamiche istituzionali*, Padova 2003, spec. 45 ss.; G. AMATO, *La nuova Costituzione economica*, (a cura di G. DELLA CANANEA e G. NAPOLITANO) *Per una nuova Costituzione economica*, Bologna 1998, 11 ss.; L. CASSETTI, *La cultura del mercato tra interpretazioni della Costituzione e principi comunitari*, Torino 1997; P. BILANCIA, *Modello economico e quadro costituzionale*, Torino 1996; G. BOGNETTI, *La Costituzione economica italiana*, Milano 1995; M. LUCIANI, voce *Economia nel diritto costituzionale*, in *Dig. disc. pubbl.*, vol. V, Torino 1993, 373 ss.; ID., *La produzione economica privata nel sistema costituzionale*, Milano 1983; F. COCOZZA, *Riflessioni sulla nozione di ‘Costituzione economica’*, in *Dir. econ.*, 1992, 90 ss.; P. CAVALIERI, *Iniziativa economica privata e Costituzione vivente*, Padova 1978; i contributi presenti in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia* (diretto da F. GALGANO), *La Costituzione economica*, vol. I, Padova 1977; U. POTOTSCHNIG, *I pubblici servizi*, 70-135. Cfr. sulla costituzione economica europea S. CASSESE, *La Costituzione economica europea*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2001, 906 ss.; M.P. CHITI, *Il Trattato sull'Unione europea e la sua influenza sulla Costituzione italiana*, *ibidem*, 1993, 556 ss.

¹¹¹ N. IRTI, *L'ordine cit.*, 15, che ivi usa anche la formula tedesca, propria della scuola economica ordoliberalista di Friburgo, “*systementscheidung*”. Secondo questa scuola, infatti, “*la Costituzione economica va intesa come una decisione politica di carattere generale su come strutturare la vita economica della nazione*” (così W. EUCKEN, F. BOHM e H. GROSSMAN-DOERTH, *The Ordo Manifesto of 1936*, in A. PEACOCK e H. WILLGERODT, *Germany's social market economy: Origins and evolution*, Springer 1989, 23-24). Per un approfondimento sul pensiero di questa scuola, cui si vede la concezione ordoliberalista dell'economia mutuata dall'Unione europea, soprattutto col Trattato di Lisbona v. *infra* nota 131. Si ricorda che Natalino Irti contrappone la decisione di sistema costituzionale interna, fondata sull'art. 41 Cost., a quella europea, data dai Trattati. Più esattamente, secondo l'Autore, nella Costituzione italiana, (p. 17-18), “*se decisione di sistema c'è, essa si ritrova nell'ultimo comma dell'art. 41. [...] La decisione di sistema è. Insieme, dualistica e totalitaria. Dualistica poiché contempla, con pari dignità e senza delimitazioni di ambiti, imprese private e imprese pubbliche. Totalitaria, poiché affida alla legge [...] il disegno globale dell'economia: il dovere di indirizzarla e coordinarla a fini sociali*”. Aggiunge lo stesso Autore che l'art. 41 Cost. “*riesce ad una visione imperativa e totalitaria dell'economia: come di un tutto organico, che sia indirizzabile verso fini sociali. [...] Si tratta di una visione teleologica, o, appunto, di dirigismo, volto a raggiungere fini sociali, prescelti dal legislatore ordinario*”. L'Autore parla di “*antitesi*” (p. 20) o di “*secca antinomia*” (p. 22) tra la decisione di sistema interna e quella europea. *Contra* G.C. SPATTINI, *Poteri pubblici*, cit., spec. 95 ss., secondo cui la visione di un'insanabile contraddizione tra la

nazionale in merito all'ordine giuridico del mercato, al suo grado di libertà ed agli schemi d'azione di cui dispongono i pubblici poteri per governare i processi economici.

Vi sono poi da rispettare i vincoli europei. Pure essi dettano una propria, talora divergente, decisione economica di sistema, la cui 'forza' ed effettività è assicurata dalla primazia dell'ordinamento europeo su quelli domestici. Tanto che, come poi si vedrà, la decisione economica di sistema europea sembra addirittura idonea a superare - o comunque a rendere quiescente, fintantoché lo Stato italiano non decidesse di recedere¹¹² dai Trattati istitutivi dell'Unione europea - quella costituzionale nazionale, nella parte in cui questa, per l'interventismo pubblico nell'economia ed il dirigismo che ammette con gli artt. 41 e 43 Cost., non fosse allineata alla decisione economica di sistema europea.

Si tratta di vincoli di diritto internazionale: discendenti dall'adesione dello Stato italiano ai Trattati europei, che istituiscono un mercato unico¹¹³, cioè ultrastatale, con l'obiettivo di *"eliminare ogni intralcio per gli scambi intracomunitari al fine di fondere i mercati nazionali in un mercato unico il più possibile simile ad un vero e proprio mercato interno"*¹¹⁴. Il mercato unico è quindi l'esito della fusione di tutti i mercati domestici, con l'eliminazione delle barriere doganali interne e dei relativi dazi e l'applicazione di una tariffa doganale comune; e rappresenta la principale forma di integrazione - politica tramite l'economia¹¹⁵ - tra gli Stati aderenti. Tanto da essere qualificato come *"valore fondante"*¹¹⁶ dell'intera restante costruzione europea.

normativa comunitaria e quella costituzionale interna non sarebbe corretta: (p. 108) *"in conclusione appare ragionevole concludere che, non solo, come ovvio, il 'principio fondamentale' della libertà di iniziativa economica dell'art. 41 Cost. è in piena sintonia con la Costituzione europea quale risulta dai Trattati vigenti, ma che anche il II e il III comma, che nei confronti del primo sono sostanzialmente ancillari (nel significato che in quanto limiti e condizioni di esercizio della libertà economica non possono essere esorbitanti rispetto a quelli che siano previsti o concepibili per altre libertà, e che perciò in quanto tale non possono assurgere al rango di autonomi 'principi supremi'), non contrastano radicalmente con essa"*.

¹¹² Diritto di cui naturalmente gode ciascun Stato attualmente aderente all'Unione, da esercitare nelle forme previste dall'art. 50 TUE, che disciplina un apposito procedimento; diritto finora esercitato solamente dal Regno Unito, in ragione dell'esito del referendum del 23 giugno 2016, donde il neologismo 'brexit'. Sul tema, per un approfondimento, v. F. BUONOMENNA, *Teorie a confronto ex art. 50 TFUE: pre e post Brexit*, in *Riv. coop. giur. int.*, 2017, 28 ss. Sulle conseguenze della 'brexit', G. SACERDOTI, *Il regime degli scambi del regno unito con l'Unione europea e i paesi terzi dopo la brexit: opzioni e vincoli internazionali*, in *Riv. dir. int.*, 2018, 685 ss.

¹¹³ Art. 3, § 3, TUE e art. 26 TFUE. La letteratura in proposito sarà citata nei § 12 ss. del capitolo III, quando si tratterà, in modo approfondito, il tema dei modelli di controllo burocratico sull'accesso al mercato secondo il diritto europeo derivato.

¹¹⁴ Corte di giustizia CE, 5 maggio 1982, C-15/81, *Schul*, in www.curia.europa.eu.

¹¹⁵ Così S. CASSESE, *La Costituzione economica europea*, cit., 909, secondo cui, in sostanza, il mercato unico fu istituito, dopo le due guerre mondiali, per *"aggirare" gli Stati, facendo prevalere la ragione economica su quella politica. Questa 'astuzia' storica ha fatto credere a lungo che la Comunità esaurisse i suoi scopi nell'economia e che essa fosse un potere pubblico liberista. In realtà, gli scopi della costruzione europea sono stati, fin dall'inizio, politici, essendo orientati verso l'istituzione di un potere politico generale*". Tanto che la funzione assegnata al mercato è di (p. 909) *"decostruzione" delle barriere statali*".

¹¹⁶ Così S. CASSESE, *La Costituzione economica europea*, cit., 911-912.

Più esattamente, i Trattati europei realizzano uno spazio commerciale ultrastatale, tendenzialmente libero e senza frontiere interne: senza dazi, senza restrizioni¹¹⁷ quantitative o misure di effetto equivalente¹¹⁸ e senza ingiustificati ostacoli tecnici¹¹⁹ all'importazione e all'esportazione di merci, con inoltre il divieto di imposizioni fiscali nazionali con finalità protezionistiche, cioè volte a tutelare gli operatori già insediati nel territorio statale¹²⁰ dalle pressioni concorrenziali provenienti da altri Stati. Un mercato dove è spesso accettato il rischio di *dumping*¹²¹ sociale e salariale; e dove le imprese possono operare senza discriminazioni fondate sulla propria nazionalità, oppure sulla sede del proprio stabilimento. Lo permettono soprattutto le libertà economiche europee¹²², sancite direttamente dai Trattati europei: dalla libera circolazione delle merci¹²³ alla libera circolazione di lavoratori¹²⁴, servizi¹²⁵ e capitali¹²⁶, al diritto di stabilimento¹²⁷, primario e secondario, tramite l'apertura di agenzie e succursali.

¹¹⁷ Art. 34 e 35 TFUE. In dottrina, tra i tanti, v. F. FERRARO, *Restrizioni quantitative e territoriali nel diritto dell'Unione: dalla libera circolazione delle merci al diritto di stabilimento*, in *Dir. Un. Eur.*, 2011, 693 ss.

¹¹⁸ Cfr., con riguardo alle misure d'effetto equivalente ad una restrizione quantitativa all'importazione, la celebre sentenza della Corte giust. CE, 11 luglio 1974, C-8/74, *Dassonville*, in www.curia.europa.eu, secondo cui costituisce una tale misura "ogni normativa commerciale degli Stati membri che possa ostacolare, direttamente o indirettamente, in atto o in potenza, gli scambi intracomunitari".

¹¹⁹ Sulle norme tecniche relative alle merci, sulle condizioni che possono giustificarle e sul loro mutuo riconoscimento, v. la sentenza della Corte giust. CE, 20 febbraio 1979, C-120/78, *Rewe-Zentral*, caso *Cassis de Dijon*, *ibidem*. Sulle norme tecniche relative alla modalità di vendita delle merci, in grado di determinare un effetto restrittivo sulle importazioni, v. Corte giust. CE, 24 novembre 1993, C-267/91 e C-268/91, *Keck*, *ibidem*.

¹²⁰ Art. 29 e 30 TFUE. Precisa l'art. 110 TFUE: "nessuno Stato membro applica direttamente o indirettamente ai prodotti degli altri Stati membri imposizioni interne, di qualsivoglia natura, superiori a quelle applicate direttamente o indirettamente ai prodotti nazionali simili. Inoltre, nessuno Stato membro applica ai prodotti degli altri Stati membri imposizioni interne intese a proteggere indirettamente altre produzioni".

¹²¹ Si pensi alla suggestiva ed euroscettica immagine, enfatizzata dai *mass-media* francesi ed addirittura definita 'sindrome', dell'idraulico polacco; immagine nata in occasione del referendum francese (del 29 maggio 2005) sulla ratifica del "Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa". Com'è noto, vinse il 'no'; e, anche per questo, l'ambizioso progetto della Costituzione europea fallì e non fu più riproposto.

¹²² Cfr. artt. 26-66 TFUE. Per uno sguardo agevole e critico su ciascuna libertà economica, anche con riferimenti alla giurisprudenza, v. L. DANIELE, *Diritto del mercato unico europeo*, Milano 2012, spec. 45-227; G. TESAURO, *Diritto dell'Unione europea*, Padova, 2012, 365 ss.

¹²³ Artt. 28 ss. TFUE.

¹²⁴ Artt. 45-48 TFUE.

¹²⁵ Art. 56-62 TFUE. Secondo la Corte di giustizia UE, sez. IV, 12 settembre 2013, C-475/11, in www.curia.europa.eu, l'art. 56 TFUE "impone non solo l'eliminazione di qualsiasi discriminazione nei confronti del prestatore di servizi in base alla sua cittadinanza o al fatto che questi è stabilito in un altro Stato membro diverso da quello in cui la prestazione deve essere effettuata, ma anche la soppressione di qualsiasi restrizione, anche qualora essa si applichi indistintamente ai prestatori nazionali e a quelli degli altri Stati membri, quando sia tale da vietare, ostacolare o rendere meno attraenti le attività del prestatore stabilito in un altro Stato membro, ove fornisce legittimamente servizi analoghi". Più di recente, v. Corte giust. UE, sez. IV, 17 dicembre 2015, C-342/14, *ibidem*.

¹²⁶ Artt. 63-66 TFUE.

¹²⁷ Nella giurisprudenza della Corte di giustizia, è frequente leggere questa massima, che bene esprime la portata del diritto/libertà di stabilimento: "la libertà di stabilimento, che l'art. 43 CE [attuale art. 49 TFUE] attribuisce ai cittadini comunitari e che implica per essi l'accesso alle attività non subordinate ed il loro esercizio, nonché la costituzione e la gestione di imprese, alle stesse condizioni previste dalle leggi

Si tornerà in un secondo momento sui vincoli europei e, segnatamente, sulla decisione economica di sistema che essi esprimono. Si anticipa soltanto un elemento arcinoto: che essa è sì concorrenziale, ma senza alcun fondamentalismo¹²⁸ liberale.

Anche i vincoli costituzionali e quelli europei, discendenti dai Trattati, sono comunque frutto di scelte politiche¹²⁹ economiche: di principio e di generalissima selezione e bilanciamento degli interessi, nonché di indicazione al legislatore degli schemi di governo dei processi economici.

Ma queste scelte non sono evidentemente sufficienti a delineare tangibilmente l'ordine giuridico del mercato ed il suo grado di libertà. Sono appunto delle generalissime direttive politiche in campo economico: perché il mercato sia davvero giuridicamente ordinato, esse devono essere sviluppate dalla volontà politica di più basso livello e di più puntuale contenuto: in sede legislativa; e devono poi essere attuate dagli apparati burocratici, nei vari livelli di governo in cui essi si articolano, anche tramite i poteri di controllo ad essi attribuiti.

È infatti la quotidiana azione amministrativa, come l'istruzione e la conclusione di procedimenti autorizzatori e la verifica delle segnalazioni certificate di inizio attività, a garantire l'effettività dell'ordine giuridico del mercato scelto in sede politica, ancorché esso sia scomponibile in più mercati, in ragione dei tanti nuclei di norme, ciascuno relativo a una diversa attività economica. Proprio per questo prima si diceva che i controlli burocratici, che possono svolgersi secondo vari modelli, sono anche 'causa' di un certo ordine giuridico del mercato.

5. L'art. 41 della Costituzione italiana e la sua 'apertura' al libero mercato malgrado il dirigismo e la pianificazione.

I vincoli costituzionali interni con riguardo alle politiche economiche sono dati anzitutto dall'art. 41 Cost. e mostrano, come si spiegherà, una certa 'elasticità'.

dello Stato membro di stabilimento per i propri cittadini, comprende, ai sensi dell'art. 48 CE [attuale art. 54 TFUE], per le società costituite a norma delle leggi di uno Stato membro e che abbiano la sede sociale, l'amministrazione centrale o la sede principale nel territorio della Comunità europea, il diritto di svolgere la loro attività nello Stato membro di cui trattasi mediante una controllata, una succursale o un'agenzia". Così sez. III, 11 marzo 2010, C-384/08; Grande sez., 13 marzo 2007, C-524/04; 21 settembre 1999, C-307/97, in www.curia.europa.eu.

¹²⁸ L'estremizzazione del liberismo, di matrice statunitense, viene talvolta compendiata nella suggestiva formula 'anarco-liberismo': cfr. M.N. ROTHBARD, *L'etica della libertà*, Macerata, 1996.

¹²⁹ Sul fatto che anche la decisione di sistema europea sia frutto di una scelta politica (e non tecnica e nemmeno neutrale), v. N. IRTI, *L'ordine*, cit., spec. 29-30: "apoliticità, neutralità e tecnicismo [...] confluiscono nella mitologia europea come in una sorta di patria universale, liberatrice dalle asprezze e visioni della politica. Poco o nulla occorre per disvelare che questa mitologia è, essa stessa, di intensa e piena politicità. [...] La scelta del mercato aperto e della libera concorrenza è, al pari di qualsiasi altra, decisione di politica economica, è perciò non neutrale e non oggettivamente tecnica". Cfr., in una diversa prospettiva, S. CASSESE, *La Costituzione economica europea*, cit., 909.

Ripercorrere il dibattito dottrinario¹³⁰, trasversale al diritto pubblico e privato, su questo articolo e sulla possibilità¹³¹ di fondare sullo stesso il principio di concorrenza, anche prescindendo dal diritto europeo, richiederebbe amplissimo spazio ed esulerebbe dagli obiettivi della presente ricerca. Ci si limiterà, perciò, ad alcune considerazioni, focalizzandosi su un punto fermo: sul fatto che l'art. 41 Cost., nonostante preveda un'economia dirigitica, rappresenta una norma 'aperta', in grado di accogliere le decisioni (concorrenziali) di politica economica europea.

L'art. 41, al comma 1, sancisce la libertà d'impresa: "*l'iniziativa economica privata è libera*". Ai commi 2 e 3¹³², ne ammette la sottoposizione a controlli, limiti e perfino a programmi. Con ciò ammettendo l'esistenza (e la possibile prevalenza) di interessi generali antagonisti al libero mercato, in grado di limitare la libertà sancita al primo comma; ma senza fornire indicazioni precise sulla forma giuridica di limiti e controlli burocratici; e senza inoltre fornire criteri sul bilanciamento tra egoismo imprenditoriale e principi sociali propri del *welfare state*¹³³, così da ricercare un loro equilibrio e rendere socialmente accettabili le attività economiche. Tale difficile ricerca è infatti tutta lasciata alla volontà politica del momento storico, cui spetta cogliere le istanze sociali, dirimendone i conflitti, per poi tradurle in azioni pubbliche.

Come è stato giustamente a suo tempo osservato in dottrina, l'art. 41, se complessivamente letto, è una norma "*indeterminata nel suo nucleo politico centrale*"¹³⁴: una norma che consente un costante adeguamento dell'ordinamento alle evoluzioni sociali e politiche e che ben si presta a svilupparsi in direzioni opposte: liberistiche, come oggi generalmente avviene, viepiù per effetto dei vincoli europei e per l'enfatizzazione

¹³⁰ Questo dibattito, con articolati e critici riferimenti bibliografici e giurisprudenziali è stato riassunto, tra i tanti, dal contributo monografico di A. ARGENTATI, *Il principio di concorrenza e la regolazione amministrativa dei mercati*, Torino 2008, spec. 133-213.

¹³¹ In tempi meno recenti ha affrontato analiticamente il problema M. GIAMPIERETTI, *Il principio costituzionale di libera concorrenza: fondamenti, interpretazioni, applicazioni*, in *Dir. soc.*, 2003, 439 ss.; cfr., nella letteratura privatistica, G. OPPO, *L'iniziativa economica*, in *Riv. dir. civ.*, 1988, 309 ss.

¹³² In dottrina, G.C. SPATTINI, *Poteri pubblici*, cit., 103, si è parlato di "*funzione ancillare*" di questi commi rispetto al primo, unico a dettare un principio supremo, proponendo una loro (109) "*interpretazione 'adeguatrice' alla luce di un ripristino del corretto rapporto tra Stato e mercato nell'ambito di una comune 'economia sociale di mercato'*".

¹³³ Di recente, sul difficile rapporto tra *welfare state* e libertà economica, v. F. CORTESE, *Social welfare: la difficoltà di liberalizzare e di semplificare*, in *Dir. econ.*, 2014, 457 ss.

¹³⁴ L'efficace espressione è di E. CHELI, *Libertà e limiti dell'iniziativa economica privata nella giurisprudenza della Corte costituzionale e nella dottrina*, in *Rass. dir. pubbl.*, 1960, 303-304, che, oltretutto, definisce la norma "*anfibia*" e "*che rispecchia, forse più di ogni altra, i termini della dialettica politica entro cui si svolge la realtà economica degli ordinamenti occidentali contemporanei*". L'espressione è fatta più di recente propria anche da M. RAMAJOLI, *La regolazione amministrativa dell'economia e la pianificazione economica nell'interpretazione dell'art. 41 Cost.*, in *Dir. amm.*, 2008, 122, aggiungendo che (p. 123), "*a causa della sua formulazione e della materia di cui si occupa, questa disposizione è sempre stata particolarmente esposta alla critica e all'ideologia*". A. BALDASSARRE, voce *Iniziativa economica privata*, in *Enc. dir.*, vol. XXI, Milano 1971, § 9, con riguardo al limite dell'"*utilità sociale*", ha parlato di sua "*irriducibile poliedricità*". Dello stesso avviso G. MORBIDELLI, voce *Iniziativa economica privata*, in *Enc. giur.*, vol. XIX, Roma 1990, 3: "*non v'è dubbio che i commi 2 e 3 dell'art. 41 consentono interventi amplissimi, poiché nozioni come utilità sociale o fini sociali sono talmente omnicomprensivi da ospitare qualunque contingente finalità pubblica*"; M. LUCIANI, *La produzione economica*, cit., 82 ss. Cfr. F. GALGANO, *Commento art. 41*, in (a cura di G. BRANCA) *Commentario della Costituzione*, vol. II, Bologna 1982, 1 ss.

dello sviluppo economico nel recente dibattito politico, anche in ragione della negativa congiuntura economica. O, come avvenuto in passato, profondamente dirigistiche, anche limitando la libertà economica, sull'assunto che il mercato non sarebbe autonomamente in grado di assicurare il pieno affermarsi dei valori costituzionali. Tanto che "il 'principio sociale' si è caratterizzato per l'assolutizzazione del principio interventista a fini sociali, rimessi quanto alla loro determinazione alla discrezione dei poteri pubblici, con conseguente necessaria prevalenza del momento autoritativo sulle scelte degli operatori economici"¹³⁵.

L'interventismo pubblico¹³⁶ nell'economia ha trovato la propria salda base nel comma 3 dell'art. 41, dove si parla anche di "attività economica pubblica", avente pari dignità di quella privata; e può essere efficacemente riassunto nella fortunata formula 'Stato imprenditore'¹³⁷, come in quella, altrettanto emblematica, 'Stato-banchiere'¹³⁸, per l'intervento statale nel mercato creditizio.

La prima formula è stata più che mai economicamente tangibile, almeno fino alla metà degli anni '90: periodo questo di intense privatizzazioni¹³⁹: di numerosi enti pubblici

¹³⁵ Così N. LONGOBARDI, *Liberalizzazioni e libertà d'impresa*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2013, 630, secondo cui, per giunta, "il sostrato ideologico di [questa, ormai superata, visione dell'economia] presenta un elevato grado di persistenza nella legislazione ed ancor più nella dottrina amministrativistica". Sui valori sociali nelle norme costituzionali in materia economica v. M. LUCIANI, *Economia*, cit., § 3, secondo cui essi possono determinare un "ineguale bilanciamento fra le ragioni del calcolo economico e quelle (connesse ma come detto talora confliggenti) dello sviluppo sociale".

¹³⁶ V. la sintesi di S. CASSESE, *La "vecchia" costituzione economica*, cit., spec. 16-24; G.C. SPATTINI, voce *Economia (intervento pubblico nell')*, in (a cura di S. CASSESE) *Diz. dir. pubbl.*, vol. III, Milano 2006, 284 ss.; R. CARANTA, voce *Intervento pubblico nell'economia*, in *Dig. disc. pubbl.*, Agg., Torino 2000, 371 ss. In passato, V. SPAGNUOLO VIGORITA, *L'iniziativa economica*, cit., *passim*. Sul tema dell'impresa pubblica, v., meno di recente, M. CARABBA, voce *Impresa pubblica*, in *Dig. disc. pubbl.*, vol. VIII, Torino 1993, 175 ss.; M.T. CIRENEL, *Le imprese pubbliche*, Milano, 1983; M. BERTOLISSI, voce *Impresa pubblica*, *Enc. giur.*, vol. XVIII, Roma; S. VALENTINI, *L'impresa pubblica*, Milano 1980; V. OTTAVIANO, voce *Impresa pubblica*, *Enc. dir.*, vol. XX, Milano 1970; S. CASSESE, *Partecipazioni pubbliche ed enti di gestione*, Milano 1962.

¹³⁷ Gli esempi di 'Stato imprenditore' sono tantissimi. Tra i più eclatanti e che hanno segnato la storia economica nazionale, si segnala l'Istituto ricostruzione industriale, I.r.i., un c.d. ente di gestione, cioè un ente avente come principale compito quello di gestire partecipazione azionarie, istituito nel 1933 (con il r.d.l. n. 5/1933), trasformato in s.p.a. nel 1992 (d.l. n. 333/1992, conv. in l. 359/1992) e messo in liquidazione nel 2000; l'Ente nazionale idrocarburi, E.n.i., trasformato in s.p.a. nel 1992 col medesimo d.l.; l'Ente nazionale energia elettrica, E.n.e.l., anch'esso trasformato in s.p.a. nel 1992; Ferrovie dello Stato, dal 1945 al 1986 azienda autonoma, poi ente pubblico economico e dal 2000 trasformato in s.p.a. Sulle interessanti vicende che hanno condotto alla creazione dell'I.r.i., onde principalmente acquisire il controllo delle partecipazioni industriali detenute dalla Banca commerciale italiana, del Credito italiano e del Banco di Roma, allora in grave sofferenza dopo la crisi finanziaria conseguente al c.d. 'Big crash' del '29, v. E. CIANCI, *Nascita dello Stato imprenditore in Italia*, Milano 1977. Cfr. F. CALABRIA, *Istituto per la ricostruzione industriale (I.r.i.)*, in *Enc. dir.*, vol. XXIII, Milano 1973, 38 ss.

¹³⁸ Il primo passo verso la privatizzazione delle banche pubbliche fu la l. n. 218/1990, c.d. 'legge Amato', seguita dal d.lgs. n. 356/1990. Cfr. S. AMOROSINO (a cura di), *La ristrutturazione delle banche pubbliche. L'attuazione della legge n. 218/90*, Milano 1991.

¹³⁹ Occorre in proposito distinguere tra privatizzazione 'fredde' e 'calde': "la privatizzazione può essere intesa come un semplice mutamento della forma giuridica, attraverso la trasformazione dell'ente pubblico economico o dell'azienda autonoma (o speciale) in società per azioni con l'attribuzione della titolarità dell'intero pacchetto azionario allo Stato o ad altro soggetto pubblico (c.d. privatizzazione fredda). Questo tipo di trasformazione lascia invariato l'assetto proprietario dell'impresa, che resta in mano pubblica, e non può essere pertanto considerato una privatizzazione da un punto di vista economico.

economici, con la loro trasformazione in società di diritto privato; e - nei pochi casi in cui le privatizzazioni furono davvero fin da principio sostanziali, c.d. ‘calde’, con il collocamento sul mercato delle azioni - di reale arretramento dello Stato dall’economia.

Peraltro, allo Stato, tramite il Ministero dell’economia e delle finanze, sono stati riservati alcuni privilegi, in deroga al diritto societario comune: dei poteri speciali, c.d. *golden share*, da esercitare “*tenuto conto degli obiettivi nazionali di politica economica e industriale*”¹⁴⁰ e preordinati a garantire allo stesso una certa influenza nelle società operanti nei settori strategici, come la difesa, le telecomunicazioni, i trasporti e l’energia.

Oppure si pensi - e si tratta di strumenti dirigistici, previsti dal comma 3 dell’art. 41 - alla pianificazione¹⁴¹ economica, di carattere generale¹⁴² e, soprattutto, settoriale, dedicata

Per altro verso, la privatizzazione può essere intesa come una vera e propria cessione dell’impresa pubblica a privati, attuata principalmente attraverso la vendita a un numero ampio (anche attraverso il collocamento sul mercato borsistico) o ristretto di privati del pacchetto azionario di controllo della società per azioni in mano pubblica. In questo caso di privatizzazione si può parlare anche da un punto di vista economico” (le chiare parole sono di M. CLARICH, voce *Privatizzazioni*, in *Dig. disc. pubbl.*, vol. XI, Torino 1996, 568-569). Cfr. G.C. SPATTINI, *Poteri pubblici*, cit., spec. 113 ss.; S. AMOROSINO, *Le privatizzazioni in Italia: mito e realtà*, in *Foro amm.*, 1999, 1367 ss.; F. BONELLI, *La privatizzazione delle imprese pubbliche*, Milano, 1996; S. CASSESE, *Le privatizzazioni: arretramento o riorganizzazione dello Stato*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1996, 579 ss.; E. MOAVERO MILANESI, voce *Privatizzazioni. III) Diritto comunitario*, in *Enc. giur.*, Roma 1995. Sulla privatizzazione dell’I.r.i., R. ARTONI (a cura di) *Storia dell’IRI. Crisi e privatizzazione*, Bari-Roma, 2014.

¹⁴⁰ Art. 2, c. 1, d.l. n. 332/1994. In generale, sul tema, v. G.C. SPATTINI, *Poteri pubblici*, 113 ss.; sulla compatibilità dei poteri di *golden share* col diritto europeo e con numerosi riferimenti alla giurisprudenza della Corte di giustizia, ID., *La ‘golden share’ ‘all’italiana’ finalmente ‘presa sul serio’ dalla Corte di giustizia? La nuova (e forse perplessa) condanna della ‘Grundnorm’ delle privatizzazioni ‘sostanziali’*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2009, 1599. La disciplina dell’art. 2, d.l. cit., è stata sostituita da quella contenuta nel d.l. n. 21/2012. Sul tema, A. COMINO, *Golden powers per dimenticare la golden share: le nuove forme di intervento pubblico sugli assetti societari nei settori della difesa, della sicurezza nazionale, dell’energia, dei trasporti e delle comunicazioni*, *ibidem*, 2014, 1019 ss.

¹⁴¹ Sul tema, più recentemente, v. N. RANGONE, *Le programmazioni economiche. L’intervento pubblico in economia tra piani e regolazioni*, Bologna 2007. In passato, E. PICOZZA, *Vicende e procedure delle programmazioni economiche*, in *Trattato di diritto commerciale*, cit., 263 ss.; V. BACHELET, *Leggi e attività amministrativa nella programmazione economica*, Milano 1975; V. SPAGNUOLO VIGORITA, *L’iniziativa economica*, cit., spec. 268 ss.; A. PREDIERI, *Pianificazione e Costituzione*, Milano 1963; G. MIELE, *Problemi costituzionali e amministrativi della pianificazione economica*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1954, 782 ss. Cfr. la sintesi di M.S. GIANNINI, *Diritto pubblico dell’economia*, cit., 283 ss.

¹⁴² Si pensi alla l. n. 685/1967, recante “*approvazione del programma economico nazionale per il quinquennio 1966-1970*”. Nell’art. 1 del Programma allegato alla legge erano individuate le finalità di questa fin troppo ambiziosa programmazione: esse “*si riassumono nel superamento degli squilibri settoriali, territoriali e sociali che caratterizzano tuttora lo sviluppo economico italiano, mediante una politica costantemente rivolta alla piena occupazione e alla più alta ed umana valorizzazione delle forze di lavoro, che costituisce impegno permanente della programmazione. In particolare, la programmazione si propone: a) l’eliminazione delle lacune tuttora esistenti in dotazioni e servizi di primario interesse sociale: scuola, abitazione, sanità, sicurezza sociale, ricerca scientifica, formazione professionale, trasporti, assetto urbanistico, difesa del suolo; b) il raggiungimento di una sostanziale parità fra la remunerazione del lavoro in agricoltura e nelle attività extra-agricole; c) l’eliminazione del divario tra zone arretrate, con particolare riguardo al Mezzogiorno, e zone avanzate*”. Sul tema, v. A. PREDIERI, *Il programma economico 1966-1970. Aspetti giuridici*, Milano 1967; E. PICOZZA, *Vicende e procedure*, cit., 274-295. Il piano nazionale non ha trovato nella sostanza attuazione e non ci furono successive pianificazioni generali. Ben diverso successo ebbe in Francia la pianificazione generale, con piani quinquennali, dal dopoguerra agli anni ‘80: sul dirigismo in Francia, v. V. WRIGHT, *La fine del dirigismo? La Francia degli anni novanta*, in *Stato merc.*, 1998, 351 ss. Si ricorda che, secondo l’art. 34, penultimo comma, della Costituzione francese, “*leggi di programma determinano gli obiettivi dell’azione economica e sociale dello Stato*”.

a specifiche attività economiche, come, per esempio, il commercio al dettaglio¹⁴³; ed al fatto che l'art. 43 Cost. consente addirittura alla legge di prevedere riserve economiche pubbliche e forme di collettivizzazione¹⁴⁴ di imprese private di interesse generale. Così che, come rimedio al monopolio privato, è, proprio a livello costituzionale, ammesso il suo integrale e forzato passaggio alla mano pubblica: il monopolio pubblico.

Certamente l'art. 41 Cost., se complessivamente letto, presuppone una tensione¹⁴⁵ tra libertà d'impresa ed autorità; ed intanto qualifica la prima funzionale o comunque da indirizzare, anche con strumenti dirigistici, verso l'utilità sociale: concetto giuridico davvero indeterminato¹⁴⁶, in continua evoluzione, che spetta alle forze politiche dominanti meglio modulare; che, ciononostante, si ritiene comunque di potere identificare, ritenendo ancora valide delle riflessioni risalenti e non limitate all'esegesi dello stesso art. 41, "*col benessere economico collettivo, col progresso materiale di tutti in condizioni di eguaglianza*"¹⁴⁷.

Tuttavia la norma, quantunque preveda¹⁴⁸ il dirigismo e l'intervento pubblico nell'economia, i quali pertanto potevano - oggi non più, in ragione della decisione di

¹⁴³ Sono emblematici in proposito i c.d. piani del commercio ("*piano di sviluppo e di adeguamento della rete di vendita*"), in passato previsti dalla l. n. 426/1971. In dottrina, per una sintetica e critica analisi dello sviluppo della disciplina in tema di commercio, v. D.M. TRAINA, *Disciplina del commercio, programmazione e urbanistica*, in *Riv. giur. ed.*, 2011, 119 ss.; O. ROSELLI, voce *Commercio (profili amm.)*, in *Enc. dir.*, *Ann. III*, Milano 2010, spec. 170-173.

¹⁴⁴ A. PREDIERI, voce *Collettivizzazione*, in *Enc. dir.*, vol. VII, Milano 1960. V. SPAGNUOLO VIGORITA, *L'iniziativa economica*, cit., 290 ss. Sul tema si segnalano due fondamentali sentenze della Corte costituzionale, aventi ad oggetto casi in cui il legislatore fece applicazione dell'art. 43 Cost.: la sentenza n. 11/1960 in materia di centrali del latte e di (legittimità del) potere comunale di istituirle, riservando ad esse la vendita del latte; e la sentenza n. 14/1964, in materia di nazionalizzazione dell'industria elettrica, tramite la costituzione dell'Ente nazionale energia elettrica, E.n.e.l. Svolge un chiaro riepilogo delle principali collettivizzazioni avvenute prima e dopo l'entrata in vigore della Costituzione, M. CARABBA, voce *Impresa pubblica*, cit., spec. § 3.1.1. Anche nella Costituzione tedesca è presente un articolo analogo all'art. 43. Si tratta dell'art. 15, secondo cui "*il suolo, le ricchezze naturali e i mezzi di produzione possono, ai fini della socializzazione, essere trasferiti in proprietà collettiva o in altre forme di economia collettiva, con una legge che determina il modo e la misura dell'indennizzo*". Mentre l'art. 34 della Costituzione francese prevede che "*... la legge stabilisce anche le norme concernenti: ... la nazionalizzazione di imprese ed i trasferimenti di proprietà delle imprese dal settore pubblico al settore privato*".

¹⁴⁵ Secondo M. RAMAJOLI, *La regolazione*, cit., 123-124, "*lo schema fatto proprio dall'art. 41 Cost. è quello consueto della relazione-contrapposizione tra libertà e autorità: mentre garantisce una posizione giuridica individuale, ammette che ad essa possono venire apportate limitazioni*". L'Autrice richiama in nota l'ancora attuale pensiero di Massimo Severo Giannini, secondo cui le norme della Costituzione, dall'art. 41 all'art. 47, tutte relative ai "*rapporti economici*", "*sono costantemente strutturate con l'affermazione di una regola garantistica del privato e l'affermazione di una regola di disciplina pubblica della materia. [...] è costante il ricorrere di enunciati normativi in antitesi. [...] testi normativi così strutturati aprono subito un problema di interpretazione: vi è un ordine, una sopraordinazione, fra gli enunciati apparentemente in antitesi? [...] è inutile dire che la relazione di taluni è nel senso che questa è ambigua*" (le citazioni sono di M.S. GIANNINI, *Diritto pubblico dell'economia*, cit., 131-132).

¹⁴⁶ Per una sintesi critica del dibattito sulla nozione, con precisi riferimenti alla giurisprudenza costituzionale, v. A. ARGENTATI, *Il principio di concorrenza*, cit., 159-165. Cfr. M. BIANCHINI, *La contrattazione d'impresa tra autonomia contrattuale e libertà di iniziativa economica (profili ricostruttivi)*, Torino 2013, spec. 51-90, che qualifica l'utilità sociale come limite esterno alla libertà d'impresa. Meno di recente, nella letteratura privatistica, cfr. M. NUZZO, *Utilità sociale e autonomia privata*, Milano 1975.

¹⁴⁷ SPAGNUOLO VIGORITA, *L'iniziativa economica*, cit., 243.

¹⁴⁸ Secondo un certo autorevole pensiero, oltre a prevedere, opta nettamente, come decisione di sistema, per il dirigismo: N. IRTI, *L'ordine*, cit., 17-18, 20 e 22. Cfr. *supra* nota 92.

sistema economica europea - caratterizzare l'ordine giuridico del mercato nazionale, non sembra sempre imporre l'impiego per allentare questa tensione.

Né inoltre il dirigismo, con la compressione della libertà economica che determina, sembra essere l'unico metodo disponibile perché essa privata possa adeguatamente svolgere una funzione sociale ed essere compatibili coi principi sociali: perché contribuisca al benessere economico collettivo e, per usare le parole dell'art. 3, c. 2,¹⁴⁹ Cost., al “*pieno sviluppo della persona umana*”. Come infatti si vedrà nel prossimo paragrafo, è ben altra l'opzione generale europea, che prevede il metodo concorrenziale.

6. La decisione economica di sistema europea secondo l'art. 3 TUE. La concorrenza come virtuosa e dinamica competizione tra imprese in funzione del benessere economico collettivo.

La decisione economica europea¹⁵⁰ di sistema è più chiara; ed è ben compendiata principalmente nell'art. 3 TUE, § 3, secondo cui l'Unione europea “*si adopera per lo sviluppo sostenibile dell'Europa, basato su una crescita economica equilibrata e sulla stabilità dei prezzi, su un'economia sociale di mercato fortemente competitiva, che mira alla piena occupazione e al progresso sociale, e su un elevato livello di tutela e di miglioramento della qualità dell'ambiente*”¹⁵¹.

¹⁴⁹ Sarebbe proprio questa disposizione, secondo M. LUCIANI, *Economia*, cit., § 7, ad assicurare il collegamento tra disciplina costituzionale dell'economia e Costituzione nel suo complesso. Tanto che lo stesso Autore (§ 3) la descrive come “*vero e proprio token caratterizzante della nostra Carta fondamentale*”.

¹⁵⁰ Secondo N. IRTI, *L'ordine*, cit., 22 “*i Trattati europei esprimono un'energica decisione di sistema: non lasciano l'ordine alla libertà degli affari, ma stabiliscono un ordine di libertà per il compimento degli affari*”. [...] *La scelta del mercato aperto e della libera concorrenza nasce da una decisione politica, che non rinuncia a stabilire l'ordine dell'economia, ma la costruisce in base a criteri diversi dal dirigismo costituzionale*”. Aggiunge inoltre l'Autore, coerentemente al proprio più generale pensiero sull'ordine giuridico del mercato, (p. 135): “*il metodo competitivo non è in rerum natura. Il diritto non registra, né descrive lotte sterne, ma sceglie e costituisce un metodo di lotto. La concorrenza è un istituto giuridico. [...] Lo statuto della concorrenza proviene sempre da una decisione politica economica, e non dalla ricezione di modelli naturali*”.

¹⁵¹ Aggiunge lo stesso § 3 dell'art. 3 TUE: “*promuove il progresso scientifico e tecnologico*”. Secondo l'art. 120 TFUE, “*gli Stati membri attuano la loro politica economica allo scopo di contribuire alla realizzazione degli obiettivi dell'Unione definiti all'articolo 3 del trattato sull'Unione europea [...]. Gli Stati membri e l'Unione agiscono nel rispetto dei principi di un'economia di mercato aperta e in libera concorrenza, favorendo un'efficace allocazione delle risorse, conformemente ai principi di cui all'articolo 119*”. Secondo l'art. 119 TFUE, § 1, “*l'azione degli Stati membri e dell'Unione comprende [...] l'adozione di una politica economica [...] condotta conformemente al principio di un'economia di mercato aperta e in libera concorrenza*”. Secondo il Protocollo n. 27 allegato al TUE, il quale, ai sensi dell'art. 51 TUE, come tutti i Protocolli, è parte integrante dei Trattati, “*il mercato interno ai sensi dell'articolo 3 del trattato sull'Unione europea comprende un sistema che assicura che la concorrenza non sia falsata*”. Non sembra invece possibile fondare la decisione di sistema europea sull'art. 16 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, c.d. Carta di Nizza, (avente, ai sensi dell'art. 6, § 1, TUE, lo stesso valore dei Trattati) secondo cui “*è riconosciuta la libertà d'impresa, conformemente al diritto dell'Unione e alle legislazioni e prassi nazionali*”.

L'elasticità del dato costituzionale interno, addirittura definito come “*contenitore adatto per la stessa cultura del mercato*”¹⁵², e l'“apertura” a quest'ultimo dell'art. 41 Cost., che si è cercato di illustrare nel precedente paragrafo, consentono all'ordinamento interno di allinearsi alla decisione di sistema europea, così rinunciando a certe opzioni dirigitriche di politica economica.

La loro quiescenza è indispensabile per la realizzazione del mercato unico, istituito dai Trattati europei, e comunque palesa una limitazione della sovranità¹⁵³ economica statale per effetto dell'integrazione europea: le politiche economiche pubbliche nella disponibilità del legislatore interno si riducono: sono solamente quelle compatibili con l'ordinamento europeo e la sua più generale politica (concorrenziale) economica. Anzi, nelle materie in cui i Trattati attribuiscono all'Unione una competenza esclusiva¹⁵⁴ o quando essa esercita una propria competenza concorrente¹⁵⁵, l'autonomia regolatoria economica nazionale è annullata o assai ridotta.

Con la formula “*un'economia sociale di mercato fortemente competitiva*”, l'Unione europea sceglie una visione dell'economia alternativa al dirigismo, assai lontana dal

¹⁵² Secondo G. AMATO, *Il mercato nella Costituzione*, in *Quad. cost.*, 1992, 17, in termini generali e non soltanto con riguardo all'art. 41, la Costituzione italiana si è rivelata un “*contenitore adatto per la stessa cultura del mercato, capace oggi di entrarvi e di dare alle sue norme significati sicuramente diversi da quelli a cui pensarono i suoi autori*”. In proposito, è da segnalare anche il pensiero di R. BIFULCO, *Costituzioni pluralistiche e modelli economici*, in (a cura di V. ATRIPALDI, G. GAROFALO, C. GNESUITA e P.F. LOTITO) *Governi ed economia*, Padova 1998, 505 ss., secondo cui una Costituzione pluralista, che ha quale (p. 514) “*unico valore assoluto e intoccabile [...] oltre al principio democratico, il mantenimento del pluralismo dei valori*”, impedisce di formalizzare al suo interno uno specifico e rigido modello economico. Tanto che la materia economica, sempre nell'ambito delle Costituzioni pluraliste, è da collocare tra i c.d. settori controversi, da lasciare al (p. 519) “*libero confronto tra gli interessi presenti nella società*”, un confronto “*comunque disciplinato da regole formali, di natura procedurale, volte cioè alla regolazione del confronto*” tra forze politiche e più generalmente tra i soggetti portatori di interessi e valori differenti che caratterizzano la società pluralista. Chiosa l'Autore (p. 523): “*questa impostazione [...] permette e favorisce il mutamento della disciplina giuridica, anche di grado costituzionale, della materia economica a seconda delle esigenze storiche e della prevalenza degli interessi individuali, ma soprattutto collettivi, presenti nella società*”.

¹⁵³ Scrive in proposito N. GULLO, *Indirizzo politico ed interesse pubblico economico*, in (a cura di A. CONTIERI, F. FRANCIOSI, M. IMMORDINO e A. ZITO), *L'interesse pubblico tra politica e amministrazione*, Napoli 2010, 503: “*l'integrazione giuridica europea, che indubbiamente comporta un ridimensionamento della 'sovranità economica', può essere letta anche come un processo di (accettazione di una) limitazione dell'indirizzo politico a livello nazionale attraverso la predisposizione di un quadro giuridico più complesso da cui emergono dei vincoli più sostanziali e rilevanti rispetto a quelli che si potrebbero dedurre dalle disposizioni costituzionali*”. Cfr. N. LONGOBARDI, *Indirizzo politico e regolazione economica*, in *Dir. e proc. amm.*, 2007, 881 ss.

¹⁵⁴ Art. 3 TFUE, dove si elencano i settori in cui l'Unione ha una competenza esclusiva. Per esempio: “*a) unione doganale; b) definizione delle regole di concorrenza necessarie al funzionamento del mercato interno; [...] e) politica commerciale comune*”.

¹⁵⁵ Art. 4 TFUE, dove si elencano i settori in cui l'Unione ha una competenza concorrente, il cui esercizio, però, limita o perfino esclude quella nazionale in tali settori. Per esempio: “*a) mercato interno; d) agricoltura e pesca; f) protezione dei consumatori; i) energia*”. La politica agricola comune, p.a.c., e quella, altrettanto comune della pesca, p.c.p., integrano alcuni tra i settori in cui l'esercizio delle competenze dell'Unione ha pressoché annullato l'autonomia regolatoria nazionale, che quasi sempre applica direttamente i regolamenti europei. Si tratta di casi in cui (G. FALCON, *Ordinamento europeo e pubblica amministrazione: introduzione generale*, in (a cura di d. G. SCIULLO), *Ordinamento europeo e pubblica amministrazione*, Bologna 2009, spec. 16-16) gli apparati burocratici nazionali “*amministrano regole comunitarie*”, dandone diretta attuazione.

socialismo e di matrice ordoliberal¹⁵⁶: l'ordine giuridico del mercato è sì concorrenziale, ma col rifiuto di ogni fondamentalismo liberista ed in funzione del benessere collettivo. Ambo questi aspetti richiedono qualche precisazione.

Nell'ordinamento europeo (e nazionale) l'utilizzo del termine concorrenza è ricorrente, soprattutto in disposizioni di principio, ma ne manca una definizione¹⁵⁷. La nozione di concorrenza ha una lunga storia¹⁵⁸, che non è solo giuridica: essa si fonda sulla trasposizione politico-giuridica di categorie¹⁵⁹ inesatte, per certi aspetti indeterminate, e proprie della teoria economica, che riconduce i processi economici in semplificati modelli astratti. Del resto si tratta di categorie senza il cui ausilio la fenomenologia dei mercati non potrebbe decifrarsi¹⁶⁰ e tradursi in termini giuridici.

La concorrenza non si riduce nella libertà economica del singolo, in termini di accesso al mercato e di sua piena autonomia nello svolgimento dell'attività; come pure non si riduce nella sua facoltà di scegliere il tipo di attività da intraprendere, la forma commerciale (impresa individuale, società di persone o di capitali ecc.) oppure il luogo in cui svolgerla. Ma è un modello di funzionamento dei mercati, che principalmente si manifesta con la competizione¹⁶¹ tra imprenditori nel mercato di riferimento, onde conquistare e fidelizzare¹⁶² i consumatori¹⁶³, con conseguente variabilità e spesso

¹⁵⁶ Sul significato di questo aggettivo, che sintetizza il pensiero della scuola economica di Friburgo, e per una sintesi della sua 'storia', v. l'efficace sintesi di M. LIBERTINI, voce *Concorrenza*, in *Enc. dir., Ann.*, vol. III, 2010 Milano, spec. 214-220. Per un approfondimento sulla scuola di Friburgo e sulla sua originaria concezione dell'economia, v. M. VATIERO, *The Ordoliberal notion of market power: an institutionalist reassessment*, in *European competition Journal*, 2010, p. 689 ss.; L. DI NELLA, *La scuola di Friburgo o dell'ordoliberalismo*, in *Diritto ed economia, problemi e orientamenti teorici*, Padova 1999, 171 ss.; R. MICCÙ, *Economia e Costituzione: una lettura della cultura giuspubblicistica tedesca*, in *Quaderni del pluralismo*, 1996, 243 ss.; R. SALLY, *Ordoliberalism and the social market. Classical political economy for Germany*, in *New political economy*, 1996, 8 ss. (trad. it. in www.brunoleoni.it, 2012), secondo cui (p. 2 trad. cit.) "il neoliberalismo è una concezione olistica dell'economia che supera in qualche modo la mera logica economica del mercato. Una sua sfaccettatura è esplicitamente normativa in quanto considera il meccanismo del mercato uno strumento in grado di assicurare la libertà nel lungo periodo. L'ordoliberalismo non vede il mercato esclusivamente come uno strumento utilitaristico orientato all'efficienza o come un fine in sé; lo vede piuttosto come un mezzo per garantire effetti liberali". Sull'economia sociale di mercato, M. LIBERTINI, *A "highly competitive social market economy" as a founding element of the european economic constitution*, in *Conc. merc.*, 2011, 491 ss.; ID., *Economia sociale di mercato e responsabilità*, cit., spec. § 7-8; F. FELICE, *L'economia sociale di mercato*, Soveria Mannelli, 2008.

¹⁵⁷ M. LIBERTINI, voce *Concorrenza*, cit., spec. 197-198.

¹⁵⁸ M. LIBERTINI, voce *Concorrenza*, cit., spec. 198-237.

¹⁵⁹ V. la più recente riflessione di teoria economica di A. CUCINOTTA, *Coase, Hayek e la concezione classica della concorrenza*, in *Merc. conc. reg.*, 2017, 37 ss. Compendia criticamente le numerose teorie economiche sulla concorrenza A. ARGENTATI, *Il principio di concorrenza*, cit., 33 ss.

¹⁶⁰ La generale e risalente riflessione di A. BALDASSARRE, *Iniziativa*, cit., è tuttora valida: "l'attività economica, lungi dal rientrare fra gli oggetti che si danno all'immediata percezione dell'interprete, richiede invece, ai fini della sua identificazione, un certo numero di mediazioni i cui termini sono radicati in realtà ed in scienze diverse dal diritto. [...] Di qui deriva la necessità della ricerca di un difficile equilibrio tra le istanze, egualmente irrinunciabili, dell'autonomia categoriale del diritto e del reperimento di contenuti economici rintracciabili soltanto in scienze extragiuridiche", tra tutte, evidentemente, quella economica.

¹⁶¹ N. IRTI, *L'ordine*, cit., 134, parla perfino di "concorrenza come accettazione giuridica della lotta".

¹⁶² Tanto che si è viepiù sviluppata un'apposita scienza economica, il *marketing*, dedicata allo studio dei metodi per il migliore e più profittevole collocamento nel mercato dei prodotti, attraverso l'analisi dei bisogni dei consumatori. Tra i tanti manuali in proposito, v. G. FERRERO (a cura di), *Marketing e creazione del valore*, Torino 2018.

riduzione dei prezzi, diversificazione dell'offerta di merci e servizi e tendenziale aumento delle loro qualità e dei livelli di loro distribuzione. Tutti questi effetti sono favorevoli per i consumatori, soprattutto se adeguatamente informati, così che le asimmetrie informative siano ridotte ed essi possano prendere scelte economiche più consapevoli e razionali. Le scelte dei consumatori sono infatti fondamentali quando il mercato è realmente concorrenziale: determinano l'esito della competizione tra le imprese già presenti nel mercato, con l'inevitabile sconfitta/uscita¹⁶⁴ di alcune dal mercato ed eventualmente l'ingresso di nuove.

Semmai, le libertà imprenditoriali, cui prima si cennava, sono alcuni corollari giuridici della scelta politica di principio, indispensabili perché il mercato sia realmente concorrenziale: perché vi sia la competizione, che caratterizza ed alimenta il modello economico politicamente scelto.

La concorrenza, ragionando in questi termini, realizza una competizione imprenditoriale socialmente virtuosa e dinamica¹⁶⁵: in continua evoluzione e tale da richiedere alle imprese una costante innovazione¹⁶⁶, mediata da nuovi investimenti, con l'assunzione dei relativi rischi, e sviluppi tecnologici.

Ad una tale competizione, tuttavia, il mercato, a causa dei suoi fallimenti, spesso non tende spontaneamente¹⁶⁷: essa va perciò, artificialmente, con mezzi giuridici, sostenuta e protetta, vietando, ai sensi degli artt. 101 e 102 TFUE, le condotte delle imprese falsanti¹⁶⁸ la concorrenza, come i cartelli e gli abusi di posizione dominante; come pure

¹⁶³ La categoria del consumatore è ormai da tempo oggetto di studio anche da parte della dottrina amministrativistica. Si segnala in proposito i contributi monografici di R. FERRARA, *Contributo allo studio della tutela del consumatore. Profili pubblicistici*, Milano 1983; A. ZITO, *Attività amministrativa e rilevanza dell'interesse del consumatore nella disciplina antitrust*, Torino 1998.

¹⁶⁴ “La lotta conosce vincitori e vinti, i quali ultimi lasciano il campo, in cui furono battuti dal giudizio dei consumatori?”. Così, icasticamente, N. IRTI, *L'ordine*, cit., 141, che, per giunta, parla di mercato come (p. 142) “tribunale degli imprenditori”.

¹⁶⁵ M. LIBERTINI, voce *Concorrenza*, cit., 233-237, dove si spiega la prevalenza della teoria della “concorrenza come processo dinamico” e si individuano tre suoi connotati (p. 235): “1) l'innovazione tecnologica, che una volta raggiunto un certo ritmo (anche per le protezioni legali derivanti dal sistema dei diritti di proprietà industriale), dà luogo ad un processo continuativo, in grado di autoalimentarsi; 2) la capacità delle imprese di individuare nuovi bisogni dei consumatori e di proporre nuovi beni atti a soddisfarli [...]; 3) la ricerca, da parte delle imprese, di risorse esclusive atte ad assicurare un vantaggio competitivo”.

¹⁶⁶ J.A. SCHUMPETER, *Capitalismo, socialismo e democrazia*, Milano 2001, *passim*, ha qualificato tali processi di costante evoluzione, propri di un sistema concorrenziale, come “distruzione creatrice”, perché essi determinano sì innovazioni, ma, al contempo, eliminano dal mercato gli attori incapaci di innovarsi e seguire l'evoluzione di altri.

¹⁶⁷ M. LIBERTINI, voce *Concorrenza*, cit., 237 ss.

¹⁶⁸ Per una sintesi della disciplina *antitrust* contenuta nei Trattati europei, v. F. MUNARI, voce *Diritto della concorrenza nell'Unione europea*, in *Dig. disc. pubbl.*, Agg. IV, Torino 2010, 93 ss. Si tornerà, seppure in modo sommario, sui poteri *antitrust infra*, nell'ultimo paragrafo del prossimo capitolo.

vietando le loro pratiche commerciali sleali (ingannevoli o aggressive¹⁶⁹) nei confronti dei consumatori e la pubblicità ingannevole¹⁷⁰.

I processi economici, in altri termini, possono spontaneamente prendere pieghe indesiderate, che rendono necessaria una loro correzione pubblica. Si conferma così l'assunto che pure l'economia di mercato è un ordine giuridico, dalle cui regole dipende la libertà; e non un ordine spontaneo e senza regole.

Con questi presupposti, la concorrenza rappresenta una scelta politica: un certo metodo economico, cioè un certo modo, ordinato dal diritto, di funzionamento dei mercati, che, generando sviluppo economico ed allocando razionalmente i fattori produttivi, sembra realizzare, in modo più efficiente del dirigismo e della programmazione, il benessere sociale¹⁷¹.

Al contempo anche gli Stati sono destinatari di limiti e divieti discendenti direttamente dai Trattati europei, affinché il loro intervento nei processi economici non alteri l'ordine concorrenziale del mercato, favorendo alcuni operatori economici, come, per esempio, il tendenziale¹⁷² divieto, ai sensi dell'art. 107 TFUE, di erogare, sotto

¹⁶⁹ Cfr. le previsioni di matrice europea contenute negli artt. 20-27-*quater*, d.lgs. n. 206/2005, c.d. codice del consumo. Sono in particolari previsti degli elenchi di condotte che integrano “*in ogni caso*” pratiche commerciali ingannevoli (art. 23) ed aggressive (art. 26). Da ultimo, sul tema, cfr. G. BAROZZI REGGIANI, *Pratiche commerciali scorrette, regolazione e affidamento delle imprese*, in *Dir. amm.*, 2016, 683 ss.

¹⁷⁰ D.lgs. n. 145/2007, di matrice europea, che vieta la pubblicità ingannevole, assegnando all'A.g.c.m. i relativi poteri repressivi; ed intanto stabilisce a quali condizioni è ammessa quella comparativa. Secondo N. IRITI, *L'ordine*, cit., 140, nel rifiutare ogni tutela paternalistica del consumatore, “*la [sua] tutela va costruita come regime dell'informazione, la quale, avendo reso consapevoli i consumatori, dirige la decisione e così determina la responsabilità (o meglio, l'auto-responsabilità della scelta)*”.

¹⁷¹ Secondo A. POLICE, *Tutela della concorrenza e pubblici poteri*, Torino 2007, 10, non sembra potersi dubitare del rapporto tra concorrenza e sviluppo economico: “*la concorrenza svolge una funzione essenziale, che è quella di sostenere e incrementare la crescita economica, garantendo il miglioramento dell'efficienza del processo economico e assicurando nel lungo periodo una più razionale ripartizione dei fattori produttivi. Essa, in sostanza, stimola l'attività produttiva spingendola verso l'innovazione, il progresso e lo sviluppo tecnologico proprio perché mette in continua discussione le posizioni che sembrano acquisite. Ma tutto ciò fa sì che la concorrenza diventi uno dei capitoli più significativi della politica economica di ogni Paese*”. Anche la Corte costituzionale italiana sembra avere, almeno recentemente e seguendo un percorso non sempre lineare, fatto proprio questo ruolo della concorrenza: lo mette di recente in luce, passando criticamente in rassegna questo percorso, A. ARGENTATI, *Mercato e Costituzione. Il giudice delle leggi di fronte alla sfida delle riforme*, Torino 2017.

¹⁷² L'art. 107, infatti, individua delle categorie di aiuti *ex lege* compatibili (§ 2) con il mercato interno e delle categorie di aiuti (§ 3) la cui compatibilità deve essere, di volta in volta, preventivamente valutata dalla Commissione europea, ai sensi dell'art. 108, § 3 TFUE. Inoltre il Consiglio, all'unanimità, su richiesta di uno Stato membro può consentire, ai sensi del § 2 dell'art. 108 TFUE, l'erogazione di un aiuto in deroga ai limiti previsti dall'art. 107 TFUE. Per uno sguardo d'insieme sul tema degli aiuti di Stato, v., tra i tanti, C. SCHEPISI, *Aiuti di Stato e tutela giurisdizionale. Completezza e coerenza del sistema giurisdizionale dell'Unione europea ed effettività dei rimedi dinanzi al giudice nazionale*, Torino 2013; N. PESARESI, *Evoluzione della disciplina comunitaria in materia di aiuti di stato e ruolo delle autorità nazionali indipendenti*, in *Conc. merc.*, 2013, 833 ss.; M. LIBERTINI, *Gli aiuti pubblici alle imprese e l'ordinamento italiano*, *ibidem*, 2013, 825 ss. O. PORCHIA, voce *Aiuto di Stato*, in *Dig. disc. pubbl.*, Agg. IV, Torino 2010, 1 ss.; B. LUBRANO, *Le sovvenzioni nel diritto amministrativo. Profili teorici ed evoluzione storica nel contesto del diritto europeo*, Torino 2008; C. MALINCONICO, *Aiuti di Stato*, in M.P. CHITI e G. GRECO (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo europeo*, vol. I, Milano 2007, 65 ss.

qualsiasi forma¹⁷³, aiuti di Stato; e l'obbligo, ai sensi dell'art. 106 TFUE, di esonerare le imprese incaricate della gestione di servizi di interesse economico generale¹⁷⁴ dall'osservanza delle norme in tema di concorrenza previste dai Trattati nella misura in cui ciò sia strettamente indispensabile per lo svolgimento della loro missione di interesse collettivo.

Occorre soffermarsi, ora, su un altro elemento della formula dei Trattati europei, da cui è mosso e che compendia la decisione di sistema europea: la qualificazione “*sociale*” dell'economia di mercato fortemente competitiva. Donde il rifiuto di ogni fondamentalismo liberale. Tanto che la Corte di giustizia¹⁷⁵ ha da tempo precisato che “*la Comunità [ora Unione] non ha soltanto una finalità economica ma anche una finalità sociale*”. Il che è confermato non soltanto dal fatto che l'economia, qualificata come sociale, sia preordinata, ai sensi dell'art. 3 TUE, anche alla “*piena occupazione e al progresso sociale*”; ma pure dal ruolo attualmente riconosciuto dai Trattati europei ai diritti sociali, che giungono attualmente a fondare una specifica politica europea¹⁷⁶. Dimodoché la loro tutela ed effettività non è più soltanto, come sembrava originariamente avvenire nella vigenza del Trattato di Roma, un effetto indiretto delle politiche

¹⁷³ Sulla nozione di aiuto di Stato v. l'articolata comunicazione della Commissione europea C/2016/2946, in www.eur-lex.europa.eu, ed i riferimenti alla giurisprudenza della Corte di giustizia lì indicati.

¹⁷⁴ Sul tema la letteratura è davvero copiosa. Si segnalano alcuni contributi: A. DI GIOVANNI, *I servizi di interesse generale tra poteri di autorganizzazione e concessione di servizi*, Torino 2018; D. GALLO, *I servizi di interesse economico generale. Stato, mercato e welfare nel diritto dell'Unione europea*, Milano 2010; E. BRUTI LIBERATI e F. DONATI (a cura di), *La regolazione dei servizi di interesse economico generale*, Torino 2010; F. GIGLIONI, *L'accesso al mercato nei servizi di interesse generale. Una prospettiva per riconsiderare liberalizzazione e servizi pubblici*, Milano 2008.

¹⁷⁵ Sentenza 18 dicembre 2007, C-341/05, *Laval*, § 105, in www.curia.eu. Su questa premessa, la Corte stabilisce che “*i diritti che derivano dalle disposizioni del Trattato CE relative alla libera circolazione delle merci, delle persone, dei servizi e dei capitali devono essere bilanciati con gli obiettivi perseguiti dalla politica sociale, tra i quali figurano in particolare, come risulta dall'art. 136 CE, il miglioramento delle condizioni di vita e di lavoro, che consenta la loro parificazione nel progresso, una protezione sociale adeguata e il dialogo sociale*”. Sul tema, B. VENEZIANI e A. ANDREONI (a cura di), *Libertà economiche e diritti sociali nell'Unione europea: dopo le sentenze Laval, Viking, Ruffert e Lusseburgo*, Roma 2009. Cfr. A. DI PASCALE, *I diritti sociali nella giurisprudenza della Corte di Giustizia*, in *Riv. dir. int.*, 2014, 1148 ss.; E. TRIGGIANI, *La complessa vicenda dei diritti sociali fondamentali nell'Unione europea*, in *Studi int. eur.*, 2014, 9 ss.; D.U. GALETTA, *La tutela dei diritti fondamentali (in generale e dei diritti sociali in particolare) nel diritto UE dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2006, 1176 ss. In passato, G. GAJA, *Aspetti problematici della tutela dei diritti fondamentali nell'ordinamento comunitario*, in *Riv. dir. internaz.*, 1988, 574 ss. Sul fatto che la disciplina nazionale in tema di servizi sociali, direttamente funzionale a tutelare i diritti sociali, possa derogare a quella europea sulla concorrenza, v. G. GRECO, *Servizi sociali e disciplina della concorrenza: dalla esclusione alla (possibile) eccezione*, in *Dir. comm. int.*, 2015, 822 ss.

¹⁷⁶ Si tratta del Titolo X (artt. 151-161) della parte terza del TFUE, Titolo appunto denominato “*politiche sociali*”. Cfr. l'art. 9 TFUE, secondo cui “*nella definizione e nell'attuazione delle sue politiche e azioni, l'Unione tiene conto delle esigenze connesse con la promozione di un elevato livello di occupazione, la garanzia di un'adeguata protezione sociale, la lotta contro l'esclusione sociale e un elevato livello di istruzione, formazione e tutela della salute umana*”. Al Titolo XI della medesima parte è inoltre disciplinato il “*fondo sociale europeo*”, che (art. 162 TFUE) “*ha l'obiettivo di promuovere all'interno dell'Unione le possibilità di occupazione e la mobilità geografica e professionale dei lavoratori, nonché di facilitare l'adeguamento alle trasformazioni industriali e ai cambiamenti dei sistemi di produzione, in particolare attraverso la formazione e la riconversione professionale*”. Cfr., per una ricostruzione dell'interesse dell'Unione europea per i diritti sociali,

economiche europee¹⁷⁷, del buon funzionamento del mercato unico e dello sviluppo economico che essi avrebbero dovuto determinare: è oggetto di specifiche politiche europee, ancorché di competenza concorrente¹⁷⁸.

La tendenza dell'ordinamento europeo a viepiù considerare i diritti sociali si rinviene pure nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, c.d. Carta di Nizza¹⁷⁹, il cui titolo IV¹⁸⁰, denominato “*solidarietà*”, è appunto ad essi interamente dedicato.

L'aggettivo “*sociale*” risulta quindi davvero determinante nel contenuto della decisione economica di sistema europea e, al contempo, ben si attaglia al benessere economico collettivo di cui si prima parlava con riguardo all'art. 41 Cost., al pari del bilanciamento tra libertà economica individuali ed esigenze sociali generalmente proprio della Costituzione italiana. Anzi: l'utilizzo nei Trattati europei di formule come “*economia sociale*”, “*piena occupazione*” e “*progresso sociale*”, “*è sintomatico di una trasposizione a livello sopranazionali degli stessi problemi presenti negli ordinamenti interni*”¹⁸¹.

Sovvengono, in proposito, le recenti ed efficaci parole di Mario Libertini, secondo cui, nell'ambito dell'economia sociale di mercato, “*la tutela della concorrenza rappresenta uno dei compiti fondamentali dello Stato, ma in un quadro più ampio di funzioni, in cui lo Stato è chiamato anche a realizzare una serie di risultati (la stabilità economica, la tutela di categorie sociali strutturalmente deboli, la garanzia di accesso per tutti a beni e servizi pubblici, la tutela dell'ambiente) che i mercati, per quanto ben funzionanti, non sono in grado di realizzare da soli*”.

Questo perché “*mercati ben funzionanti consentono di produrre merci sempre migliori e a minor prezzo, ma non consentono di avere quei beni (dalla sicurezza all'aria pulita, ecc.) che non possono essere acquisiti con scambi individuali, e tanto meno favoriscono - lasciati a sé stessi - l'uguaglianza fra gli uomini*”¹⁸², sancita dall'art. 3 Cost.

¹⁷⁷ Cfr., per esempio, Corte di giustizia CE, 17 dicembre 1970, causa C-11/70, *Internationale handelsgesellschaft*, secondo cui la tutela dei diritti sociali avrebbe potuto essere garantita “*entro l'ambito della struttura e delle finalità della Comunità*”, che, allora, non poneva la loro tutela tra gli obiettivi diretti delle politiche europee, limitate alla creazione del mercato interno. Cfr. A. CIANCIO, *Alle origini dell'interesse dell'Unione europea per i diritti sociali*, 20 ss., in P. BILANCIA (a cura di) *I diritti sociali tra ordinamento statale ed europeo*, in www.federalismi.it, 2018; M. D'ALBERTI, *L'Unione europea e i diritti*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2016, 761 ss.; con molti riferimenti alla tutela dei lavoratori, S. GIUBBONI, *Diritti e solidarietà in Europa*, Bologna 2012. Meno di recente, cfr. G. ZAGREBELSKY, *Diritti e Costituzione nell'U.E.*, Roma-Bari 2003.

¹⁷⁸ Art. 4, § 2, lett. b), TFUE.

¹⁷⁹ Un cui preambolo recita: “*l'Unione si fonda sui valori indivisibili e universali della dignità umana, della libertà, dell'uguaglianza e della solidarietà; essa si basa sul principio della democrazia e sul principio dello Stato di diritto. Pone la persona al centro della sua azione istituendo la cittadinanza dell'Unione e creando uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia*”.

¹⁸⁰ Artt. 27-38, dove si va dalla protezione dei lavoratori (per esempio, art. 31 “*condizioni di lavoro giuste ed eque*”; art. 32 “*divieto del lavoro minorile e protezione dei giovani sul luogo di lavoro*”) alla tutela della salute; dalla protezione dei consumatori a quella dell'ambiente (art. 37, “*tutela dell'ambiente*”). Per un commento a questi articoli, v. i contributi presenti in AA. VV., *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, Milano 2017.

¹⁸¹ Così M.S. GIANNINI, *Diritto pubblico dell'economia*, cit., 41, nota 15. L'Autore si riferiva alle analogie tra gli artt. 2 e 3 del Trattato istitutivo della CEE ed il comma 2 dell'art. 3 Cost.; ma siffatta analogia sembra ancora davvero attuale, nonostante la vigenza dei Trattati di Lisbona.

¹⁸² M. LIBERTINI, voce *Concorrenza*, cit., 238.

e per il cui raggiungimento, siccome i mercati trascendono i confini nazionali, risultano necessarie azioni positive, anche europee e globali.

Lo stesso Autore, poi, focalizzandosi sugli effetti della concorrenza sui consumatori, soggetti sicuramente muniti di un 'potere economico', le cui scelte determinano l'esito della competizione tra imprese, utilizza l'efficace formula "*competition on the merits*"¹⁸³: concorrenza ancora una volta come gioco virtuoso, in cui "*le imprese fanno a gara per offrire ai consumatori prestazioni sempre migliori, anziché perseguire il profitto mediante ostacoli all'azione altrui*"¹⁸⁴.

In definitiva, se l'ordine giuridico del mercato europeo, conseguente alla decisione, sempre europea e di sistema, è concorrenziale, la concorrenza, intesa nel senso ordoliberal e virtuoso appena descritto, assurge a uno dei "*parametri di legittimità*"¹⁸⁵ della gran parte delle politiche pubbliche economiche, europee e nazionali. Tantoché essa viene addirittura enfaticamente qualificata come "*superprincipio*"¹⁸⁶; come pure viene declinata nei termini di "*responsabilità istituzionale diffusa*"¹⁸⁷, perché ogni livello politico di governo, da quello comunale a quello centrale, laddove titolare di poteri (burocratici, normativi o di pianificazione) in grado di condizionare, anche indirettamente, l'accesso e la permanenza nel mercato degli operatori, dovrebbe allinearsi e concorrere a realizzare l'ordine concorrenziale del mercato.

¹⁸³ M. LIBERTINI, voce *Concorrenza*, cit., 240. Formula che compendia due capisaldi del carattere virtuoso del processo economico conseguente alla competizione tra imprese: "*1) lo strumento principale di concorrenza dev'essere costituito da miglioramenti dell'offerta rivolta dalle imprese ai consumatori; 2) il successo dell'offerta di beni o servizi da parte delle imprese deve sempre dipendere dal giudizio finale dei consumatori, i quali devono essere in grado di esprimere una consapevole libertà di scelta*".

¹⁸⁴ M. LIBERTINI, voce *Concorrenza*, cit., 240-241, che usa anche la formula tedesca *leistungswettbewerb*: concorrenza di prestazione.

¹⁸⁵ M. D'ALBERTI, *Poteri pubblici*, cit., 78, nel parlare di diritto della concorrenza come parametro della regolazione economica, chiosa: "*il diritto della concorrenza è divenuto anche un criterio che condiziona - e talora plasma - ogni altro intervento pubblico nell'economia. Esso è oggi, in sostanza, un parametro di legittimità e di appropriatezza di tutte la regolazione pubblica in materia economica*". L'autore riprende questa tesi nell'occuparsi delle principali trasformazioni della disciplina pubblica dell'economia, specialmente (p. 105-110) rilevando di primato della concorrenza sulla regolazione settoriale. Analogamente, secondo A. ARGENTATI, *Il principio di concorrenza*, cit., 3, il "*vincolo concorrenziale*" è "*il più penetrante limite e fattore di condizionamento della regolazione*"; (p. 16) "*in materia di disciplina delle attività economiche, l'intervento amministrativo viene ad assumere una prospettiva necessariamente competition-oriented*". Meno di recente, cfr. M. D'ALBERTI, *Libera concorrenza e diritto amministrativo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2004, spec. 347-348.

¹⁸⁶ F. TRIMARCHI BANFI, *Il "principio di concorrenza": proprietà e fondamento*, in *Dir. amm.*, 2013, 15 ss., secondo cui (p. 19-20) "*il principio di concorrenza presenta una peculiarità che gli deriva dal valore che viene attribuito alla concorrenza quale strumento di efficiente allocazione delle risorse e, per questa via, quale mezzo principe per la promozione della crescita economica. In virtù di questa qualità l'ordine della concorrenza non si presenta come un mezzo tra altri, pure ipotizzabili, per promuovere il benessere economico e si identifica, piuttosto, con quest'ultimo. L'attitudine del mezzo a raggiungere il fine ne fa tutt'uno con il fine*"; "*da 'leva' della politica economica (mezzo) la concorrenza trascende il proprio particolare orizzonte e viene identificata con la politica economica di sviluppo (scopo)*".

¹⁸⁷ L'efficace espressione si deve a F. PIZZOLATO e C. BUZZACCHI, *L'oggettivazione della concorrenza nella giurisprudenza 2013 della Corte costituzionale*, in *Dir. econ.*, 2013, 813.

Essa inoltre, sia pure per scelta tutta interna¹⁸⁸, giunge a giustificare un'eccezionale ipotesi di giurisdizione di diritto oggettivo del giudice amministrativo, in ragione della legittimazione processuale straordinaria conferita, proprio per la tutela della concorrenza, all'A.g.c.m., che può chiedere l'annullamento di qualsiasi provvedimento o regolamento¹⁸⁹ anti-concorrenziale, in qualsiasi settore esso sia stato assunto.

A tutto ciò, comunque, come si vedrà, non corrisponde un'immobile gerarchia di interessi con al vertice, quasi fossero delle entità numinose, la concorrenza ed il libero mercato. Il che, del resto, sarebbe incoerente anche con la visione ordoliberal dei mercati propria della decisione economica di sistema europea. Si avverte, però, che, per rendere più completa la ricerca, sembra opportuno interrogarsi sul ruolo e il 'valore' della concorrenza nella disciplina generale dei controlli sull'accesso al mercato. Su questo aspetto ci si soffermerà in più occasioni nel prossimo capitolo: dedicato al ruolo del libero mercato - ed al suo bilanciamento con altri interessi, allo stesso antagonisti - nelle politiche pubbliche relative ai controlli sull'accesso al mercato.

7. Ancora sulla realtà dei processi economici. Cenni sul rapporto tra politiche pro-concorrenziali, debito pubblico nazionale e costituzionalizzazione del principio del pareggio di bilancio, crisi economica globale, moneta unica europea.

Ci sono inoltre alcuni specifici elementi da considerare, che, almeno in questo momento storico, sembrano enfatizzare il ruolo centrale e virtuoso della concorrenza, in funzione dello sviluppo economico almeno nazionale.

Sembra utile quanto meno cennarli, riprendendo le riflessioni svolte nel primo paragrafo del presente capitolo, in cui si sottolineava - richiamando il 'Gioco delle perle

¹⁸⁸ Ai sensi dell'art. 21-bis, l. n. 287/1990 (introdotto dall'art. 25, d.l. n. 201/2011), "l'Autorità garante della concorrenza e del mercato è legittimata ad agire in giudizio contro gli atti amministrativi generali, i regolamenti ed i provvedimenti di qualsiasi amministrazione pubblica che violino le norme a tutela della concorrenza e del mercato". In tema, v. A. ROMEO, *Contestare le liberalizzazioni: profili processuali*, in *Dir. proc. amm.*, 2015, 171 ss.; S. LUCATTINI, *Garante della concorrenza e certezza economica: alla ricerca delle giustizie per i mercati*, in *Dir. amm.*, 2013, 509 ss. La Corte costituzionale ha dichiarato inammissibile la questione di legittimità costituzionale dell'art. 21-bis (questione sollevata in via diretta dalla regione Veneto), con sentenza 14 febbraio 2013, n. 20, in *Dir. proc. amm.*, 2013, 471 ss., con nota di F. GOISIS, *Il potere di iniziativa dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato ex art. 2-bis l. 287 del 1990: profili sostanziali e processuali*. Anche l'Autorità di regolazione dei trasporti è munita di legittimazione processuale straordinaria: può impugnare gli atti di Regioni e Comuni in materia di servizio taxi. Secondo l'art. 36, lett. n), d.l. n. 1/2012, "con riferimento alla disciplina di cui alla lettera m), l'Autorità può ricorrere al tribunale amministrativo regionale del Lazio". In questa lettera m) sono dettati i principi che comuni e regioni devono seguire nel dettare una nuova disciplina, più concorrenziale, del servizio taxi. Una straordinaria legittimazione processuale è stata anche conferita all'Autorità nazionale anticorruzione, A.n.a.c., al comma 1-bis dell'art. 211, d.lgs. n. 50/2016 (comma introdotto col primo correttivo al nuovo codice dei contratti pubblici), secondo cui "L'Anac è legittimata ad agire in giudizio per l'impugnazione dei bandi, degli altri atti generali e dei provvedimenti relativi a contratti di rilevante impatto, emessi da qualsiasi stazione appaltante, qualora ritenga che essi violino le norme in materia di contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture".

¹⁸⁹ T.a.r. Lazio, Roma, sez. I-ter, 13 giugno 2016, n. 6755, in *www.giustizia-amministrativa*, sentenza di annullamento del regolamento approvato dalla regione Lazio, con riguardo alla disciplina delle strutture ricettive extra-alberghiere, cioè case e appartamenti per vacanze e *bed & breakfast*.

di vetro' e la sua perfezione, come massima espressione dell'astratto isolamento di Castalia - una certa esigenza di 'concretezza', a costo di molte semplificazioni ed approssimazioni, per meglio comprendere i temi trattati. Anche in ragione di quella inevitabile interferenza, circolare¹⁹⁰ e costante, tra sottosistema giuridico ed economico; soprattutto a fronte della globalizzazione dei mercati e del conseguente sempre loro maggiore potere.

Si tratta, anzitutto, dei rigidi vincoli finanziari¹⁹¹, di matrice europea e comunque sovranazionale, che hanno condotto, da ultimo, alla costituzionalizzazione¹⁹², all'art. 81 Cost., del principio del pareggio di bilancio. Il che, quando il debito pubblico¹⁹³ supera ampiamente¹⁹⁴ il prodotto interno lordo, p.i.l., sembra tendenzialmente impedire l'utilizzo, secondo gli schemi keynesiani¹⁹⁵, della spesa pubblica come stimolo della domanda aggregata e dell'economia nel suo complesso. In altri termini, la presenza di tali vincoli finanziari, inibisce numerosi interventi pubblici¹⁹⁶, ancorché prevedibilmente forieri di risvolti economici positivi a medio o lungo termine.

¹⁹⁰ L. GIANI, *Attività amministrativa*, cit., spec. 90-91; G. DI GASPARE, *Diritto dell'economia*, cit., 9.

¹⁹¹ Si consideri, anzitutto, il "Trattato sulla stabilità, coordinamento e governance nell'unione economica e monetaria", c.d. *Fiscal compact*, sottoscritto in data 2 marzo 2012 da tutti gli Stati dell'Unione europea, ad eccezione di Regno Unito, Repubblica Ceca e Croazia, e ratificato dall'Italia con l. n. 114/2012. Si consideri, inoltre, il *Six-pack* (cinque regolamenti e una direttiva, tutti di 'sorveglianza' e di 'correzione' del bilancio degli Stati membri e di riforma del Patto di stabilità e crescita, sottoscritto nel 1997 dagli Stati aderenti al Sistema monetario europeo e poi modificato nel 2005) del 2011 ed il *Two-pack* del 2013. Queste riforme non hanno determinato modifiche ai Trattati, nei quali restano in proposito fondamentali gli artt. 119, 121, 125 e 126 TFUE. Di recente, sul tema, M. TRIMARCHI, *Premesse per uno studio su amministrazione e vincoli finanziari: il quadro costituzionale*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2017, 623 ss., il cui contributo ripercorre agevolmente la 'storia' dei vincoli finanziari sui bilanci degli Stati membri. Cfr. R. PEREZ, *La crisi del debito pubblico*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2016, 669 ss.; G. DI GASPARE, *Il nuovo art. 81 della Costituzione: dallo Stato finanziatore allo Stato scommettitore*, in www.amministrazioneincammino.it, 2015; L. DE LUCIA, 'Pastorato' e 'disciplinamento' nella governance economica europea. *Diritto e razionalità economica a seguito della crisi*, in *Dir. pubbl.*, 2015, 867 ss.; G. PESCE, *La sostenibilità del debito pubblico della pubblica amministrazione nella nuova costituzione finanziaria dello Stato*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2015, 531 ss.; R. DICKMANN, *Governance economica europea e misure nazionali per l'equilibrio dei bilanci pubblici*, Napoli 2013; AA. VV., *Dalla crisi economica al pareggio di bilancio: prospettive, percorsi e responsabilità*, Milano 2013; S. DEL GATTO, *Il metodo aperto*, cit., 35 ss.

¹⁹² Alla ratifica del *Fiscal compact* è seguita la modifica (per opera della legge costituzionale 20 aprile 2012, n. 1) dell'art. 81 Cost., con appunto l'introduzione del principio del pareggio di bilancio ("lo Stato assicura l'equilibrio tra le entrate e le spese del proprio bilancio"), dell'art. 97 Cost: "le pubbliche amministrazioni, in coerenza con l'ordinamento dell'Unione europea, assicurano l'equilibrio dei bilanci e la sostenibilità del debito pubblico" e dell'art. 119 Cost. (Comuni, Province, Città metropolitane e Regioni hanno autonomia finanziaria "nel rispetto dell'equilibrio dei relativi bilanci, e concorrono ad assicurare l'osservanza dei vincoli economici e finanziari derivanti dell'ordinamento dell'Unione europea").

¹⁹³ Per una riflessione generale e sul ruolo dell'Unione europea, v. R. PEREZ, *La crisi*, cit., 669 ss.

¹⁹⁴ Cfr. il report "notifica dell'indebitamento netto e del debito delle amministrazioni pubbliche secondo il trattato di Maastricht", pubblicato il 23 aprile 2018 e relativo al triennio 2014-2017, in www.istat.it, secondo cui "a fine 2017 il debito pubblico, misurato al lordo delle passività connesse con gli interventi di sostegno finanziario in favore di Stati Membri della UEM, era pari a 2.263.056 milioni di euro (131,8% del Pil). Rispetto al 2016 il rapporto tra il debito delle AP e il Pil è diminuito di 0,2 punti percentuali".

¹⁹⁵ J.M. KEYNES, *Teoria generale dell'occupazione, dell'interesse e della moneta*, Torino 2013.

¹⁹⁶ Si pensi, per rendere più concreto il ragionamento proposto, alla realizzazione di certe opere pubbliche ed infrastrutture, che, ancorché tramite il ricorso a procedure ad evidenza pubblica per la scelta del contraente, creerebbe una non trascurabile domanda; oppure alla possibilità di riforme strutturali dell'organizzazione, al fine di migliorarne l'efficienza e la tempestività degli apparati che si occupano delle

Allora, per porre a ciò rimedio e sempre in funzione dello sviluppo economico, diventano viepiù indispensabili le politiche concorrenziali (a costo erariale tendenzialmente ‘zero’) di revisione della disciplina sull’accesso al mercato, anche con strumenti di semplificazione ed accelerazione procedimentale, così da favorire l’avvio di nuove attività e da rendere attraente, per gli investitori stranieri, il sistema economico-giuridico nazionale. Oppure quelle di vendita degli *asset* pubblici (beni e partecipazioni societarie, spesso detenute, a livello statale, dal Ministero dell’economica, tramite la Cassa depositi e prestiti¹⁹⁷), determinanti, nel breve periodo, importanti voci di bilancio attive ed agevolmente liquidabili dal punto di vista contabile.

Anzi: con la crisi economica le politiche di liberalizzazione sono diventate addirittura un “*assillo legislativo*”¹⁹⁸. Lo testimoniano, per esempio e nonostante il loro pratico insuccesso, la ‘catena’ di disorganiche e generali¹⁹⁹, perché in minima parte rivolte alle singole leggi settoriali, liberalizzazioni, che hanno caratterizzato la decretazione d’urgenza del Governo Monti nel biennio 2011-2012, proprio quando lo *spread*²⁰⁰ tra i titoli di Stato italiani²⁰¹ e quelli tedeschi, era divenuto allarmante, superando i 500 punti. Il loro obiettivo, nell’enfatizzare la libertà d’impresa, proclamandola libera da vincoli burocratici, era di rilanciare nell’immediato l’economia, eliminando restrizioni e limitazioni all’accesso al mercato, ma senza alcuna spesa erariale.

In un’analoga direzione²⁰² si pongono - seppure in termini più ampi ed effettivi e di ambiziosa complessiva riforma della pubblica amministrazione²⁰³ - la l. n. 124/2015, c.d.

gestione di procedimenti amministrativi per l’avvio di attività economiche; oppure, ancora, alla più completa ed efficiente digitalizzazione di questi ultimi procedimenti. In termini ben più generali, secondo M. TRIMARCHI, *Premesse per uno studio*, cit., § 5, i vincoli di origine europea sulla finanza pubblica nazionale potrebbero condurre ad un “*processo di riorganizzazione dei rapporti tra amministrazione e società*” e, in particolare, oltre ad una ridefinizione concettuale dei diritti sociali, ad una “*ridefinizione dei limiti esterni dell’amministrazione in rapporto alla società*”. Secondo l’Autore, i vincoli finanziari si tradurrebbero “*in una necessaria riduzione della sfera pubblica, tanto sotto l’aspetto organizzatorio, quanto sotto l’aspetto funzionale, con la conseguente rimessione alla società di alcuni dei compiti tradizionalmente affidati ai pubblici poteri*”.

¹⁹⁷ Trasformata in s.p.a. con l’art. 5, d.l. n. 269/2003. Sulla Cassa depositi e prestiti come *holding* di partecipazione pubbliche, v. A. AVERARDI, *Potere pubblico e politiche industriali*, Napoli 2018, spec. 183-200.

¹⁹⁸ Così F. MERUSI, *Metamorfosi nell’intervento pubblico nell’economia. Dall’autorizzazione alla riserva di provvedimento inibitorio*, in *Dir. amm.*, 2015, 583. Secondo l’Autore, però, vi erano rimedi migliori alla crisi economica: (spec. p. 579-579) “*uno spazio di intervento macroeconomico nell’economia italiana probabilmente esisteva: intervenire sul nostro debito pubblico del tutto anomalo*”.

¹⁹⁹ Di queste e della loro ineffettività si parlerà, seppure incidentalmente, *infra*, nel prossimo capitolo, come pure in quelli successivi, per cui ora si soprassiede dall’indicare con precisione il contenuto.

²⁰⁰ G. DI GASPARE, *Anamorfosi dello “spread” (Globalizzazione finanziaria, guerre valutarie e tassi di interesse dei debiti sovrani)*, in www.forumcostituzionale.it, 2013 ed i relativi grafici. Da ultimo, ID., *Anamorfosi dello spread 2018*, in www.amministrazioneincammino.it, 2018.

²⁰¹ Si tratta principalmente dei b.t.p. Buoni del Tesoro poliennali, e dei b.o.t., Buoni ordinati del Tesoro; entrambi quotati in mercati regolamentati. Il loro andamento attuale e storico è consultabile in www.borsaitaliana.it.

²⁰² Secondo G. TROPEA, *La discrezionalità amministrativa tra semplificazioni e liberalizzazioni, anche alla luce della legge n. 124/2015*, in *Dir. amm.*, 2016, 118-119, che sviluppa il pensiero di Fabio Merusi: “*le molteplici misure di semplificazione e liberalizzazione che [...] il nostro legislazione ha messo in campo, con intensità crescente a far data dall’insorgere della crisi economica sino alla recente legge n. 124/2015 (c.d. legge Madia), discendono da un’idea di fondo: a fronte di un’indisponibilità di manovra con*

riforma Madia, ed i relativi decreti attuativi, sulle cui misure di *competition advocacy* si tornerà più avanti²⁰⁴.

Altri due elementi - uno tutto economico, cui si è appena cennato, ed uno monetario - inducono a concentrare l'attenzione sul ruolo delle politiche concorrenziali nell'attuale momento storico.

Si allude, rispettivamente, alla presenza di un globale ciclo economico depressivo, di origine finanziaria²⁰⁵, che tuttora perdura, malgrado i timidi²⁰⁶ e più recenti segnali di ripresa nazionali. Ed alla centralizzazione, per effetto dell'Unione economica e monetaria, della politica monetaria in capo alla Banca centrale europea²⁰⁷, avente “*il diritto esclusivo di autorizzare l'emissione di banconote in euro all'interno dell'Unione*”²⁰⁸ e di stabilire i tassi di interesse²⁰⁹, ossia il costo del danaro, una delle variabili macro-economiche fondamentali. Per tale via, per esempio, agli Stati ad essa aderenti, soprattutto se esportatori di merci o materie prime, è impedito l'uso, come avveniva in passato, di una propria autonoma leva monetaria, che avrebbe potuto condurre alla svalutazione della propria moneta, così appunto da incentivare l'*export* e, con ciò, gli affari degli operatori nazionali.

interventi macroeconomici, il rilancio del sistema-paese si fonda sull'alleggerimento degli oneri derivanti dalla pesantezza delle relazioni procedurali con l'amministrazione ...”.

²⁰³ B.G. MATTARELLA, *Burocrazia e riforme. L'innovazione nella pubblica amministrazione*, Bologna 2017.

²⁰⁴ Spec. *infra*, cap. II, § 4.1. e 4.2.

²⁰⁵ Le principali cause della crisi economica globale sono illustrate, tra l'altro, da F. COLOMBINI e A. CALABRÒ, *Crisi finanziarie. Banche e Stati. L'insostenibilità del rischio di credito*, Torino 2011. Cfr. G. DI GASPARE, *Teoria e critica della globalizzazione finanziaria: dinamiche del potere finanziario e crisi sistemiche*, Padova 2011.

²⁰⁶ Si legge nella relazione sull'attività svolta dall'A.g.c.m. nel 2016, nel capitolo I, “*la politica di concorrenza nell'economia italiana. Profili evolutivi e linee di intervento*”, in www.agcm.it, p. 10: “*a partire dal 2015, l'economia italiana ha ricominciato a crescere, ma lentamente, restando lontana dai livelli precedenti la crisi e sottoposta alle stesse incertezze che zavorrano e rendono fragile la crescita dell'economia globale. Fra le varie grandezze economiche che misurano lo stato di salute della nostra economia, anche in una visione prospettica, ci sono gli investimenti, i quali risultano ancora molto al di sotto dei valori fatti registrare prima della crisi, a causa soprattutto della contrazione dei prestiti alle imprese da parte del sistema finanziario, dell'incertezza dello scenario economico e della parziale riallocazione delle risorse private dai settori ad alto investimento di capitale (come quelli industriali) a quelli a più bassa intensità di capitali*”. Cfr. il dossier dell'Istat “*Le prospettive per l'economia italiana nel 2018*”, pubblicato in data 22 maggio 2018, in www.istat.it.

²⁰⁷ S. ANTONIAZZI, *La Banca centrale europea tra politica monetaria e vigilanza bancaria*, Torino 2013. Cfr. i contributi presenti in C. BUZZACCHI (a cura di), *La Banca centrale europea. Il custode della Costituzione economica*, Milano 2017, e la sintesi di G. CONTALDI, voce *Politica economica e monetaria*, cit., 811 ss. Sulla tendenza alla neutralità della regolazione del mercato bancario, v. D. SICLARI, *La regolazione bancaria e dei mercati finanziari: dalla 'neutralizzazione' dell'indirizzo politico sul mercato all'unificazione europea*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2016, 189 ss.

²⁰⁸ Art. 128, § 1, TFUE.

²⁰⁹ Le decisioni in proposito sono consultabili nel sito istituzionale www.ecb.europa.eu. Al momento, il tasso relativo alle operazioni di rifinanziamento principali (uno di quelli da applicare quando le banche dell'eurozona prendono a prestito denaro dalla B.c.e., così da avere la liquidità necessaria per lo svolgimento della propria attività creditizia) è fissato allo 0,00% e testimonia un'economia europea ancora in sofferenza e da stimolare.

Sicché, a livello nazionale, le risposte²¹⁰ politiche alla (ancora non completamente superata) crisi economica non possono essere monetarie²¹¹ o con interventi pubblici in *deficit spending*, ma devono essere principalmente altre; e, appunto, la regolazione proconcorrenziale dei mercati, così da favorire l'accesso agli stessi in funzione dello sviluppo economico, sembrerebbe essere proprio una di queste, in una con la riduzione del debito pubblico. Sempre, evidentemente, sul presupposto che lo sviluppo economico, mediato da un virtuoso funzionamento concorrenziale dei mercati, aumenti il benessere collettivo, allocandolo più efficacemente.

²¹⁰ Cfr. le riflessioni di F. MERUSI, *Il sogno di Diocleziano. Il diritto nelle crisi economiche*, Torino 2013, spec. il primo capitolo (p. 7-26), dedicato al ruolo del diritto pubblico nelle crisi economiche.

²¹¹ Queste, infatti, sono riservate alla B.c.e., che comunque, per fronteggiare la crisi economica, ha assunto notevoli misure, anche 'non convenzionali', come l'*asset purchase programme*, c.d. *quantitative easing*, per l'acquisto di titoli pubblici. Dell'acquisto beneficiano direttamente gli Stati membri: determina una diminuzione del rendimento dei propri titoli e, con ciò, del tasso di interesse che gli Stati membri pagano sul proprio debito. Cfr. M. CARDI, *Quantitative easing e ruolo istituzionale operativo della BCE alla luce delle recenti deliberazioni del Consiglio direttivo*, in *www.federalismi.it*, 2015. In generale, sul finanziamento del debito pubblico, v. F. MATTASSOGLIO, *Dalla Banca d'Italia alla Banca centrale europea: come sono cambiate le modalità di finanziamento del debito pubblico*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2016, 1145 ss.

CAPITOLO II

LIBERO MERCATO ED INTERESSI PUBBLICI ANTAGONISTI NELLE POLITICHE SULL'ACCESSO AL MERCATO: UN LORO BILANCIAMENTO POLITICO

SOMMARIO. 1. Il ruolo e il 'valore' del libero mercato nel momento politico della scelta e della definizione dei controlli burocratici sull'avvio alle attività economiche. – 1.1. (*Segue*) Una precisazione. Politica, amministrazione ed ordine degli interessi: libero mercato in sede politica ed in sede amministrativa. – 2. Sviluppo sostenibile ed interessi pubblici antagonisti al libero mercato da tutelare necessariamente. Variabilità del 'valore' del libero mercato: un 'valore' da bilanciare in sede politica. – 3. Esempificazioni di diritto positivo sul rilievo dell'interesse generale al libero mercato. Recenti misure di *competition advocacy* europee – 3.1. (*Segue*) ... ed interne (nella l. n. 241/1990 riformata dalla l. n. 124/2015). – 3.2. (*Segue*) ... ed interne (nei decreti attuativi della l. n. 124/2015). – 4. Il problema della 'pigrizia' del legislatore italiano: la mancata completa revisione dei procedimenti burocratici per l'avvio di ciascuna attività economica privata: *rinvio* al capitolo V. – 5. Ancora sul 'valore' dell'interesse generale al libero mercato e sul suo bilanciamento politico con gli altri interessi. L'errore di ritenerlo automaticamente prevalente. – 6. Il vero problema: non l'*an*, ma il *quomodo* del controllo burocratico. Il sindacato giurisprudenziale sulle scelte nazionali come rimedio *reactive* (*rinvio* al capitolo IV). L'analisi di impatto della regolazione come rimedio *proactive*. – 7. Ricapitolazione. Rapporto tra libertà economica e potere pubblico nella singola vicenda amministrativa e complessivo ordine giuridico concorrenziale dei processi economici. Valenza 'di sistema' della libertà economica. – 7.1. (*Segue*) Riflessi sulle situazioni giuridiche soggettive. – 8. Il ruolo della concorrenza nella recente giurisprudenza della Corte costituzionale: il nesso tra 'riduzione e rimodulazione' del potere pubblico e tutela della concorrenza. – 9. Cenni sulla necessità di limitare lo 'strapotere' economico privato per garantire l'ordine giuridico concorrenziale del mercato politicamente scelto. Concorrenza come limite alla libertà economica.

1. Il ruolo e il 'valore' del libero mercato nel momento politico della scelta e della definizione dei controlli burocratici sull'avvio alle attività economiche.

Per la ricerca in corso, trattare della decisione economica di sistema europea e nazionale, non basta: tali decisioni sono, per loro natura, giustamente generiche, perché collocate ad un livello di scelta politica ancora troppo alto. Anzi: quello più alto possibile e di direttiva generale.

Occorre quindi scendere più in basso: in quel livello, sempre politico, deputato a rendere più effettivo l'ordine giuridico del mercato, così da chiedersi in che termini, nella più recente fase storica, il libero mercato rilevi nella disciplina dei controlli burocratici sull'accesso al mercato. S'intende quindi interrogarsi sul 'valore' del libero mercato nel più basso momento politico relativo, da un lato, alla scelta del modello di controllo burocratico

cui sottoporre ciascuna attività economica privata e alla fissazione dei requisiti da possedere per il suo svolgimento; dall'altro, relativo alla esatta definizione delle caratteristiche strutturali di ciascun modello di controllo.

Si tratta comunque di un momento tutto politico - e da cui gli apparati burocratici dovrebbero rimanere alieni - di apprezzamento degli interessi in gioco antagonisti al libero mercato, definiti dal diritto europeo motivi imperativi d'interesse generale, ed empiricamente inerenti all'avvio di un'attività economica privata.

La risposta a quesiti di così ampio respiro non potrà essere evidentemente esatta - e sarebbe forse tanto ambizioso, quanto erroneo, considerarla tale - ma sembra possibile tracciare almeno delle tendenze, per quanto possibile depurate da prospettive ideologiche, ricorrendo a significative esemplificazioni di diritto positivo, alcune di matrice europea e altre interne.

Nel rispondere al quesito si prescindere dai poteri *antitrust*¹. Si tratta di poteri direttamente funzionali a tutelare la concorrenza e a garantire l'effettività dell'ordine concorrenziale del mercato, di cui, sul piano nazionale², dispone un'autorità amministrativa indipendente, l'Autorità garante della concorrenza e del mercato, A.g.c.m., ai sensi della l. n. 287/1990. Ma essi non possono essere assimilati ai controlli burocratici sull'accesso al mercato: si tratta di poteri che presuppongono dei “*divieti generali*”³, perché validi per ogni mercato, posti direttamente dagli artt. 101 e 102 TFUE⁴, e rivolti a tutte le imprese già operanti nel mercato.

Sono dunque dei poteri volti a sanzionare le imprese quando non osservano questi divieti, tenendo condotte sensibilmente falsanti la concorrenza. Sicché la loro trattazione, come pure il dibattito sul loro carattere realmente ‘neutrale’⁵, non pare aiutare per rispondere agli interrogativi posti all'inizio di questo paragrafo. Semmai la loro attribuzione all'A.g.c.m. prova il carattere giuridico e artificiale dell'ordine concorrenziale del mercato, che, se non regolato e abbandonato a sé stesso, potrebbe degenerare in cartelli o in monopoli di fatto; il che a danno dei consumatori e, più in generale, del benessere economico collettivo.

Come pure si prescindere, da un lato, dalla densissima stratificazione di regole c.d. asimmetriche⁶, principalmente di matrice europea, tese a consentire l'accesso

¹ Si tratta, principalmente, dei poteri in materia di intese restrittive della concorrenza e di abuso di posizione dominante; oppure dei poteri in materia di operazioni di concentrazione di imprese. Sul tema v. A. POLICE, *Tutela della concorrenza*, cit., 159 ss., che passa criticamente in esame tutti i poteri di cui dispone l'A.g.c.m. in forza della l. n. 287/2000. Cfr AA. VV., *L'Autorità garante: le procedure e i poteri*, in *20 anni*, cit., 325 ss.

² Sul raccordo tra le autorità, nazionali ed europee, munite di poteri *antitrust*, v. S. DEL GATTO, *La rete europea per la concorrenza: una rete a maglie troppo larghe?*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2016, 1265 ss.

³ M. D'ALBERTI, *Poteri pubblici*, cit., 72.

⁴ Il primo articolo sul divieto di intese restrittive della concorrenza; il secondo sul divieto di abuso di posizione dominante. Le disposizioni di ciascun articolo illustrate criticamente, sia pure in modo sintetico, da F. MUNARI, voce *Diritto della concorrenza*, cit., § 8 ss.

⁵ Cfr. A. POLICE, *Tutela della concorrenza*, cit., 245 ss., secondo cui (250-251) il “*mito della neutralità*” del potere *antitrust* sembra ormai superato.

⁶ La regolazione è ‘asimmetrica’, perché disciplina differentemente i soggetti dotati di un significativo potere di mercato (si tratta di regola degli ex monopolisti) rispetto ai *new comers*. Siffatte misure pubbliche di regolazione settoriali, che non potrebbero provenire dagli operatori, perché contrarie al loro interesse di

indiscriminato degli operatori economici alle reti e alle infrastrutture non duplicabili ed intanto essenziali per lo svolgimento di certe attività economiche, come la fornitura di energia elettrica e gas naturale⁷.

Dall'altro, dalle regole sull'affidamento dei servizi pubblici locali di rilevanza economica tese a realizzare, quando non risulta oggettivamente possibile superare il monopolio, la concorrenza 'per il mercato'⁸; fermi restando, per il privato divenuto affidatario, gli obblighi di universalità⁹ del servizio da erogare, così da prevenire (per gli utenti pericolose) operazioni di *cream skimming*, secondo logiche di massimizzazione dei profitti.

Anche in quest'ultime politiche pubbliche, settoriali, sembra chiaro un preciso rilievo della concorrenza: agevolare l'ingresso di operatori privati in mercati altrimenti riservati agli ex monopolisti pubblici o alle poche imprese dominanti; sul presupposto che le dinamiche concorrenziali siano virtuose e foriere di benefici collettivi, soprattutto per gli utenti, in termini di qualità e quantità delle offerte.

Con riguardo alla generale regolazione pubblica sull'accesso al mercato, il rilievo della concorrenza sembra invece più sfumato. Tanto più se si prescinde dagli *slogan* propri del dibattito politico e recentemente tradotti, coi decreti legge degli anni 2011-2012, in caotici e ridondanti dati di diritto positivo¹⁰, che enfatizzano la libertà economica e la soppressione

massimizzazione del profitto e di esclusione di altri operatori dal mercato, "sono essenziali per consentire il concreto avvio delle liberalizzazioni [del mercato di riferimento]. Restano importanti per supportarne il graduale sviluppo". La citazione è di M. D'ALBERTI, *Poteri pubblici*, cit., 87, che affronta il tema della regolazione asimmetrica nel verificare se sia effettivamente ridotta (e comunque in che termini persista) la disciplina pubblica dell'economia: p. 85 ss. Cfr. M. RAMAJOLI, *Liberalizzazioni: una lettura giuridica*, in *Dir. econ.*, 2012, spec. 508-512, con riguardo alla liberalizzazione dei servizi a rete, secondo cui (p. 510) i fini di questa politica (cioè "il pieno dispiegarsi della libertà economica privata, nonché il benessere dei consumatori-utenti") "non sono affidati alla liberalizzazione stessa, ma alla regolazione, cioè a un insieme di disposizione di diritto pubblico aventi quale scopo proprio la tutela di soggetti come i new comers o gli utenti, che altrimenti sarebbero privi di protezione adeguata".

⁷ In proposito, v. E. BRUTI LIBERATI, *La regolazione pro-concorrenziale dei servizi pubblici a rete. Il caso dell'energia elettrica e del gas naturale*, Milano 2006; F. VETRÒ, *Il servizio pubblico a rete. Il caso paradigmatico dell'energia elettrica*, Torino 2005; N. AICARDI, *Energia*, in (a cura di G. GRECO e M.P. CHITI) *Trattato di diritto amministrativo europeo. Parte speciale*, vol. II, Milano 2007, 1007 ss.

⁸ Dottrina e giurisprudenza utilizzano questa formula per descrivere le situazioni in cui, per ragioni tecniche e di equilibrio economico-finanziario della gestione, il servizio pubblico può essere efficientemente svolto da un unico soggetto gestore. La concessione del servizio, che determina un diritto di esclusiva, un vero e proprio monopolio, avviene a seguito di una procedura ad evidenza pubblica, a cui possono partecipare tutti gli operatori economici interessati. La concorrenza, dunque, si risolve nella modalità di scelta del concessionario del servizio. In proposito, v. F. TRIMARCHI BANFI, *Procedure concorrenziali e regole di concorrenza nel diritto dell'Unione e nella Costituzione (all'indomani della dichiarazione di illegittimità delle norme sulla gestione dei servizi pubblici economici)*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2012, 723 ss.; F. CINTIOLI, *Concorrenza, istituzioni e servizio pubblico*, Milano 2010. Occorre tuttavia sottolineare che esistono alternative, ammesse pure dall'ordinamento europeo, alla concorrenza 'per il mercato', come l'affidamento in *house providing* del servizio pubblico. Dalla nozione di concorrenza 'per il mercato', si distingue quella di concorrenza 'nel mercato', che si verifica quando un certo servizio può essere svolto tra più operatori in competizione, come accade, per esempio, nell'ambito delle comunicazioni elettroniche.

⁹ Sul tema, tra i tanti contributi, è ancora attuale quello di G. CARTEI, *Il servizio universale*, Milano 2002.

¹⁰ Si allude all'art. 3, d.l. n. 138/2011, conv. con mod. in l. n. 148/2011 ("Comuni, Province, Regioni e Stato, entro il 30 settembre 2012, adeguano i rispettivi ordinamenti al principio secondo cui l'iniziativa e l'attività economica privata sono libere ed è permesso tutto ciò che non è espressamente vietato dalla legge

nei soli casi di: a) vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali; b) contrasto con i principi fondamentali della Costituzione; c) danno alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana e contrasto con l'utilità sociale; d) disposizioni indispensabili per la protezione della salute umana, la conservazione delle specie animali e vegetali, dell'ambiente, del paesaggio e del patrimonio culturale; e) disposizioni relative alle attività di raccolta di giochi pubblici ovvero che comunque comportano effetti sulla finanza pubblica. 2. Il comma 1 costituisce principio fondamentale per lo sviluppo economico e attua la piena tutela della concorrenza tra le imprese". Il comma 3 è stato dichiarato costituzionalmente illegittimo dalla Corte costituzionale, sentenza 20 luglio 2012, n. 200 e su ciò si tornerà *infra* al § 12; mentre si legge al comma 7: "le disposizioni vigenti che regolano l'accesso e l'esercizio delle attività economiche devono garantire il principio di libertà di impresa e di garanzia della concorrenza. Le disposizioni relative all'introduzione di restrizioni all'accesso e all'esercizio delle attività economiche devono essere oggetto di interpretazione restrittiva, fermo in ogni caso quanto previsto al comma 1 del presente articolo"; al comma 9 è presente un lungo elenco di "restrizioni" vietate); agli artt. 31 e 34, d.l. n. 201/2011 (c.d. "salva Italia"), conv. con mod. in l. n. 214/2011 (si deve segnalare che al comma 2 dell'art. 31, sono state aggiunti degli incisi: prima con l'art. 30, c. 5-ter, d.l. 69/2013, conv. con mod. in l. n. 98/2013 e poi con l'art. 22-ter, d.l. n. 91/2014, conv. con mod. in l. n. 116/2014. Il comma 2 dell'art. 31 ora vigente così recita: "secondo la disciplina dell'Unione Europea e nazionale in materia di concorrenza, libertà di stabilimento e libera prestazione di servizi, costituisce principio generale dell'ordinamento nazionale la libertà di apertura di nuovi esercizi commerciali sul territorio senza contingenti, limiti territoriali o altri vincoli di qualsiasi altra natura, esclusi quelli connessi alla tutela della salute, dei lavoratori, dell'ambiente, ivi incluso l'ambiente urbano, e dei beni culturali. Le Regioni e gli enti locali adeguano i propri ordinamenti alle prescrizioni del presente comma entro il 30 settembre 2012, potendo prevedere al riguardo, senza discriminazioni tra gli operatori, anche aree interdette agli esercizi commerciali, ovvero limitazioni ad aree dove possano insediarsi attività produttive e commerciali solo qualora vi sia la necessità di garantire la tutela della salute, dei lavoratori, dell'ambiente, ivi incluso l'ambiente urbano, e dei beni culturali". L'art. 34 prevede che "La disciplina delle attività economiche è improntata al principio di libertà di accesso, di organizzazione e di svolgimento, fatte salve le esigenze imperative di interesse generale, costituzionalmente rilevanti e compatibili con l'ordinamento comunitario, che possono giustificare l'introduzione di previ atti amministrativi di assenso o autorizzazione o di controllo, nel rispetto del principio di proporzionalità" e che "L'introduzione di un regime amministrativo volto a sottoporre a previa autorizzazione l'esercizio di un'attività economica deve essere giustificato sulla base dell'esistenza di un interesse generale, costituzionalmente rilevante e compatibile con l'ordinamento comunitario, nel rispetto del principio di proporzionalità"); all'art. 1, d.l. n. 1/2012 (c.d. "cresci Italia"), conv. con mod. in l. n. 27/2012 (prevede il comma 1 che "... 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, dalla data di entrata in vigore dei decreti di cui al comma 3 del presente articolo e secondo le previsioni del presente articolo: 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; b) le 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 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". Aggiunge il comma 2 che "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 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

di vincoli e di limitazioni con riguardo all'avvio di attività economiche private, in funzione dello sviluppo economico.

Il loro contenuto, come rilevato in dottrina¹¹, è talvolta privo di una reale effettività giuridica. Resta il fatto che alcune di previsioni sono state in alcune occasioni valorizzate:

della Repubblica”); all'art. 12, d.l. n. 5/2012, conv. con mod. in l. n. 35/2012 (esso prevedeva che “nel rispetto del principio costituzionale di libertà dell'iniziativa economica privata in condizioni di piena concorrenza e pari opportunità tra tutti i soggetti, che 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, il Governo adotta uno o più regolamenti ai sensi dell'articolo 17, comma 2, della legge 23 agosto 1988, n. 400, al fine di semplificare i procedimenti amministrativi concernenti l'attività di impresa, compresa quella agricola, secondo i seguenti principi e criteri direttivi...”. Tale previsione è stata abrogata dall'art. 2, d.lgs. n. 10/2016). In dottrina, tra i tanti che hanno commentato queste previsioni, v. F. D'ANGELO, *Considerazioni in tema di liberalizzazione delle attività produttive e potere amministrativo*, in *Dir. amm.*, 2014, 807 ss.; E. FREDIANI, *Liberalizzazione e incertezza delle regole: la vicenda delle zone a burocrazia zero*, in *Dir. soc.*, 2014, 653 ss.; M. ANDREIS, *L'accesso alle attività economiche private tra liberalizzazione e semplificazione*, in *Dir. econ.*, 2013, 256 ss.; N. LONGOBARDI, *Liberalizzazioni e attività d'impresa*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2013, 603 ss.; M. CONTICELLI, *Liberalizzazioni e attività economiche private*, in (a cura di F. MANGANARO, A. ROMANO TASSANO, F. SAIITA), *Liberalizzare o regolamentare: il diritto amministrativo di fronte alla crisi*, Milano 2013, 121 ss.; A. NEGRELLI, *Economia di mercato e liberalizzazioni: le (principali) ricadute sul sistema amministrativo italiano*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2013, 679 ss.; ID, *Accesso al mercato e autorizzazioni amministrative nazionali*, Milano 2016, spec. 163-196; M. CLARICH e B.G. MATTARELLA, *Un nuovo sistema regolatorio per lo sviluppo economico*, in *Analisi giur. econ.*, 2013, 363 ss.; E. BOSCOLO, *La liberalizzazione delle attività economiche e la riduzione dei compliance cost: la difficile strada verso la giusta misura delle procedure di controllo*, in *Urb. app.*, 2012, 506 ss.; W. GIULIETTI, *Crisi economica e liberalizzazioni*, in *Dir. econ.*, 2012, 113 ss.; G. FONDERICO, *La libertà economica e i controlli amministrativi*, in *Giorn. dir. amm.*, 2012, 18 ss.; M. RAMAJOLI, *Liberalizzazioni*, cit., 507 ss.; M. DE BENEDETTO, *Il decreto 'Salva Italia'*, *ibidem*, 229 ss.; L. SALTARI, *il decreto 'Cresci Italia'*, *ibidem*, 579 ss.; C.E. GALLO, *Leggi di liberalizzazione e potere della pubblica amministrazione*, in *www.giustamm*, 2012; A. ARGENTATI, *La storia infinita della liberalizzazione dei servizi in Italia*, in *Merc. conc. reg.*, 2012, 337 ss.

¹¹ Secondo N. LONGOBARDI, *Liberalizzazioni*, cit., 622, “la normativa esaminata [l'Autore allude proprio ai d.l. di liberalizzazione delle attività economiche degli anni 2011-2012], con riguardo all'affermazione della libertà di impresa, ai suoi limiti ed alla abrogazione delle restrizioni ad essa, non avvalorava la radicale svolta 'liberista' del nostro ordinamento che viene diffusamente paventata; mette in evidenza piuttosto un legislatore incerto ed oscillante anche nel dettare disposizioni di principio a favore del mercato, nonostante l'enfasi declamatoria posta sulla libertà di impresa”. Altrettanto critica è M. RAMAJOLI, *Liberalizzazioni*, cit., 507 ss., che parla efficacemente di “liberalizzazioni-manifesto” (p. 521-522): “le caratteristiche che più colpiscono della produzione legislativa recente in tema di liberalizzazioni, sono, da un lato, la reiterazione/riproposizione dello stesso disegno liberalizzatore in testi normativi che si susseguono l'uno all'altro a cadenze ravvicinate; dall'altro, la formulazione programmatica ed enfatica delle disposizioni normative, che assumono quasi valenza di un 'manifesto' di filosofia della liberalizzazione”. E aggiunge: “queste norme generali, enfaticamente reiterate si rilevano un'indicazione vuota” (p. 523); “si ha l'impressione che il più vistoso denominatore comune delle diverse politiche di liberalizzazione sia il deficit di effettività o comunque la difficoltà di realizzare gli obiettivi che il legislatore si è prefisso” (p. 525). Nella stessa direzione, E. FREDIANI, *Liberalizzazione*, cit., p. 674 “volatilità' delle norme in tema di liberalizzazione e semplificazione, [sia] in relazione al profilo (qualitativo) della eccessiva genericità dei testi normativi che in vario modo hanno provato a “liberare” le attività economiche dai vincoli amministrativi (volatilità come espressione di ‘inconsistenza’ sul piano precettivo); ma anche, e soprattutto, avendo riguardo al dato quantitativo rappresentato da una produzione normativa ‘instabile’ e soggetta a continue e ravvicinate revisioni e correzioni”. L'effettività giuridica di queste previsioni è messa in dubbio anche da M. CLARICH e B.G. MATTARELLA, *Un nuovo sistema*, cit., tanto che le definiscono addirittura una operazione di (p. 368) “marketing politico”. Altri Autori rilevano anche i possibili effetti negativi di queste disposizioni: F. BASSANINI, *Prefazione*, in (a cura di B.G. MATTARELLA e A. NATALINI) *La regolazione intelligente. Un bilancio critico delle liberalizzazioni italiane*, Firenze 2013, 12: “l'adozione di disposizione di principio

dalla Corte costituzionale¹², che, dopo averle ricondotte¹³ alla potestà legislativa statale in materia di “*tutela della concorrenza*”, ai sensi dell’art. 117, c. 2, lett. e), Cost., le ha utilizzate come parametro interposto di legittimità costituzionale per sindacare le scelte legislative regionali in materia commercio; dal giudice amministrativo¹⁴ per sindacare le previsioni urbanistiche comunali sull’insediamento di attività economiche. Anche i Comuni, infatti, dispongono di relevantissimi poteri in grado di incidere, se non di conformare, i processi economici, come, per esempio, quello di pianificazione urbanistica, deputato, tra l’altro, a determinare gli usi ammessi in ciascuna zona del territorio comunale, e i poteri funzionali a limitare o addirittura vietare¹⁵ il commercio al dettaglio in zone di particolare pregio storico o paesaggistico.

Si è comunque dell’opinione che sarebbe un’inammissibile scorciatoia argomentativa, se non perfino una petizione di principio, rispondere ai quesiti posti all’inizio di questo

general-generiche in materia di libertà economiche può, nella migliore delle ipotesi, lasciare il tempo che trova, nella peggiore, generare incertezza delle regole (che nuoce alla iniziativa economica e agli investimenti non meno delle regole inutilmente costrittive) o addirittura interpretazioni controproducenti”.

¹² Corte cost., sentenza 5 ottobre 2016, n. 239; sentenza 11 giugno 2014, n. 165; sentenza 14 aprile 2014, n. 104; sentenza 11 marzo 2013, n. 28, tutte in www.cortecostituzionale.it.

¹³ Corte cost., sentenza 20 luglio 2012, n. 200; sentenza 11 dicembre 2012, n. 299, *ibidem*.

¹⁴ Per esempio, T.a.r. Lombardia, Milano, sez. I, 10 ottobre 2013, n. 2271. Si rinvia *infra* al capitolo IV, § 3 ss., dove si affronta, sia pure considerando soprattutto la giurisprudenza della Corte di giustizia UE, il tema delle restrizioni territoriali all’insediamento di grandi esercizi commerciali.

¹⁵ Si allude all’art. 1, c. 4, d.lgs. n. 222/2016, secondo cui “*per le finalità indicate dall’articolo 52 del Codice dei beni culturali e del paesaggio, di cui al decreto legislativo 22 gennaio 2004, n. 42, il comune, d’intesa con la regione, sentito il competente soprintendente del Ministero dei beni e delle attività culturali e del turismo, può adottare deliberazioni volte a delimitare, sentite le associazioni di categoria, zone o aree aventi particolare valore archeologico, storico, artistico e paesaggistico in cui è vietato o subordinato ad autorizzazione rilasciata ai sensi dell’articolo 15 del decreto legislativo 26 marzo 2010, n. 59, l’esercizio di una o più attività di cui al presente decreto, individuate con riferimento al tipo o alla categoria merceologica, in quanto non compatibile con le esigenze di tutela e valorizzazione del patrimonio culturale*”; nonché all’art. 52, c. 1, d.lgs. n. 42/2004, secondo cui i Comuni, da un lato, “*con le deliberazioni previste dalla normativa in materia di riforma della disciplina relativa al settore del commercio [...], sentito il soprintendente, individuano le aree pubbliche aventi valore archeologico, storico, artistico e paesaggistico nelle quali vietare o sottoporre a condizioni particolari l’esercizio del commercio*”. Mentre secondo il comma 1-ter dello stesso art. 52 il Ministero dei beni culturali “*al fine di assicurare il decoro dei complessi monumentali e degli altri immobili del demanio culturale interessati da flussi turistici particolarmente rilevanti, nonché delle aree a essi contermini [...], d’intesa con la regione e i Comuni, adottano apposite determinazioni volte a vietare gli usi da ritenere non compatibili con le specifiche esigenze di tutela e di valorizzazione, comprese le forme di uso pubblico non soggette a concessione di uso individuale, quali le attività ambulanti senza posteggio, nonché, ove se ne riscontri la necessità, l’uso individuale delle aree pubbliche di pregio a seguito del rilascio di concessioni di posteggio o di occupazione di suolo pubblico. In particolare, i competenti uffici territoriali del Ministero, la regione e i Comuni avviano, d’intesa, procedimenti di riesame, ai sensi dell’articolo 21-quinquies della legge 7 agosto 1990, n. 241, delle autorizzazioni e delle concessioni di suolo pubblico, anche a rotazione, che risultino non più compatibili con le esigenze di cui al presente comma, anche in deroga a eventuali disposizioni regionali adottate in base all’articolo 28, commi 12, 13 e 14, del decreto legislativo 31 marzo 1998, n. 114, e successive modificazioni, nonché in deroga ai criteri per il rilascio e il rinnovo della concessione dei posteggi per l’esercizio del commercio su aree pubbliche e alle disposizioni transitorie stabilite nell’intesa in sede di Conferenza unificata, ai sensi dell’articolo 8, comma 6, della legge 5 giugno 2003, n. 131, prevista dall’articolo 70, comma 5, del decreto legislativo 26 marzo 2010, n. 59 recante attuazione della direttiva 2006/123/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 12 dicembre 2006 relativa ai servizi nel mercato interno*”. In proposito v. C.P. SANTACROCE, *Le limitazioni all’esercizio del commercio nelle aree di interesse culturale*, in *Riv. giur. urb.*, 2016, 97 ss., ed i numerosi riferimenti giurisprudenziali ivi contenuti; P. TONNARA, *Liberalizzazioni e tutela di concorrenti interessi pubblici: il caso delle limitazioni al commercio nel centro storico di Roma capitale*, in *Urb. app.*, 2016, 1203 ss.

paragrafo invocando la dimensione assiologica, se non ideologica, della concorrenza nell'ordinamento europeo - e, per effetto della sua primazia - in quello interno, che al primo deve allinearsi. Lo sarebbe forse altrettanto se ci si limitasse a richiamare gli *slogan* liberistici¹⁶ e le disposizioni di principio, propri della decretazione d'urgenza degli anni 2011-2012.

Occorre quindi seguire un diverso approccio, meno superficiale: e considerare anzitutto la 'frammentazione'¹⁷ della libertà economica per effetto del diritto europeo, conseguente all'integrazione tra ordinamento interno ed europeo, che determina una disciplina multilivello della regolazione sull'accesso al mercato. Multilivello perché esito di due livelli di disciplina: uno europeo, che, proprio per la sua primazia, vincola¹⁸ quello interno ed è funzionale a garantire l'esercizio delle libertà economiche nel mercato unico istituito dai Trattati europei, anche armonizzando i diritti nazionali. Uno tutto interno (a sua volta solitamente articolato in più livelli di disciplina: generale e settoriale, statale, regionale e locale), che, quando 'libero', potrebbe anche seguire logiche proprie e differenti da quello europeo, anche maggiormente a favore del libero mercato.

Per ora si può soprassedere al più esatto contenuto, sul piano del diritto positivo, di ciascun livello di disciplina, perché se ne parlerà nel prossimo capitolo, nel tentativo di analizzare sincronicamente la disciplina dei modelli burocratici di controllo sull'accesso. Ci si può intanto limitare a registrare un rilevante aspetto: che la presenza di un livello di disciplina europeo potrebbe di per sé essere un chiaro indice del rilievo del libero mercato nella disciplina (anche nazionale) dei controlli burocratici sull'accesso al mercato.

L'ordinamento europeo, infatti, ha un proprio ordine di interessi generali e comunque ha dei propri criteri per ordinarli. Quello al libero mercato, coerentemente alla decisione economica di sistema europea, ha un ruolo fondamentale; ed in questa direzione risulta vincolato l'ordinamento nazionale.

Per tale via l'iniziale interrogativo riceverebbe risposta positiva, ma il ragionamento proposto difetterebbe forse troppo di concretezza: si fonderebbe sulla generale presenza di un livello di matrice europea nella disciplina interna dei controlli burocratici sull'accesso al mercato. Livello, come detto, preordinato al più completo e - senza alcuna discriminazione - esercizio delle libertà economiche europee e che, proprio per la sua primazia, limita l'autonomia regolatoria nazionale, assurgendo a parametro di legittimità (europea e concorrenziale) delle politiche nazionali.

Il ragionamento avrebbe forse un altro difetto: trascurerebbe eccessivamente il fatto che anche le politiche nazionali potrebbero considerare autonomamente, come sembra

¹⁶ Per esempio: "*l'iniziativa e l'attività economica privata sono libere ed è permesso tutto ciò che non è espressamente vietato dalla legge*" (art. 3, d.l. n. 138/2011); oppure: "*costituisce principio generale dell'ordinamento nazionale la libertà di apertura di nuovi esercizi commerciali sul territorio senza contingenti, limiti territoriali o altri vincoli di qualsiasi altra natura*" (art. 31, c. 2, d.l. n. 201/2011).

¹⁷ S. VALAGUZZA, *La frammentazione della fattispecie nel diritto amministrativo a conformazione europea*, Milano 2008, spec. 281 ss. Si tornerà diffusamente in proposito *infra*, nel capitolo III, spec. § 4 ss.

¹⁸ In generale, sul tema v. G. VESPERINI, *Il vincolo europeo sui diritti amministrativi nazionali*, Milano 2011.

avvenuto con la l. n. 124/2015 ed i relativi decreti attuativi, l'interesse generale al libero mercato, cioè con previsioni non imposte o stimolate dall'ordinamento europeo.

Perciò sovengono le esemplificazioni - prima europee, poi interne - svolte nel prosieguo: esse sembrano capaci di dimostrare, in modo più tangibile e con maggiore esattezza sotto il profilo del diritto positivo, che il libero mercato sembra attualmente essere una forte componente di tutte le più recenti politiche pubbliche circa i controlli burocratici sull'accesso al mercato ed il regime amministrativo delle attività economiche. Più esattamente, il libero mercato sembra essere uno specifico interesse¹⁹ generale²⁰ perseguito tramite l'individuazione dell'ambito operativo materiale di ciascun modello di controllo burocratico, cui sottoporre le attività economiche; tramite la definizione delle generali caratteristiche strutturali degli stessi modelli; tramite, infine, la fissazione dei requisiti da possedere per lo svolgimento di ciascuna attività.

Prima di illustrare le annunciate esemplificazioni, occorre svolgere una precisazione su quanto appena detto, per poi soffermarsi sul 'valore' di questo interesse generale, anche per prevenire il rischio di una sua assolutizzazione, che sarebbe anzitutto contraria alla visione ordoliberalista dell'economia propria della decisione di sistema europea.

1.1. (Segue) Una precisazione. Politica, amministrazione e ordine degli interessi: libero mercato in sede politica ed in sede amministrativa.

S'intende precisare un aspetto: l'interesse generale al libero mercato, di cui si sta ora trattando, non è un interesse in concreto 'ponderato' dalla pubblica amministrazione in seno al procedimento, quando essa esercita i propri poteri di controllo sull'accesso al mercato. Non è, insomma, l'interesse pubblico amministrativo, vale a dire "l'interesse dell'amministrazione oggettivo nella sua funzione e nel suo ordinamento"²¹.

Questo non tanto per la struttura dei poteri di controllo: perché questi spesso sono vincolati²² e, quindi, mancherebbe, per l'amministrazione, ogni spazio giuridico per la ponderazione degli interessi in gioco, così da prendere, all'esito del procedimento, la decisione in concreto più opportuna²³. Questo perché l'interesse generale al libero mercato

¹⁹ Rileva N. IRTI, *Ordine giuridico*, cit., 128: "i Trattati europei, assumendo il metodo della concorrenza al centro della costituzione economica, permettono di definire l'interesse pubblico come interesse all'introduzione e alla garanzia del libero competere delle imprese".

²⁰ Di recente, in dottrina, sulla distinzione tra interesse pubblico (amministrativo) e interesse generale, v. A. CIOFFI, *L'interesse pubblico nell'azione amministrativa*, in *Dir. amm.*, 2015, 797 ss., per cui il secondo (§ 9) "è il riflesso di una valutazione politica, è opera della legge, s'identifica con la volontà generale".

²¹ A. CIOFFI, *L'interesse pubblico*, cit., § 9.

²² Resta il fatto che la natura vincolata del potere potrebbe essere di per sé indice della conformità al diritto europeo della disciplina nazionale sull'accesso al mercato, giacché il primo generalmente richiede la prevedibilità dell'esito del procedimento di controllo. Prevedibilità che si appunto si realizza restringendo, se non annullando i margini di scelta dell'autorità, com'è proprio del potere vincolato. Sul tema, cfr. S. TORRICELLI, *Libertà economiche europee e regime del provvedimento amministrativo nazionale*, Rimini 2013, 19-54.

²³ Cfr. M. BOMBARDELLI, *Decisioni e pubblica amministrazione, La determinazione procedimentale dell'interesse pubblico*, Torino 1996. Mentre, sulla nozione di merito, per una sintesi, v. R. VILLATA e M.

è un interesse considerato ‘a monte’, in sede politica: quando la legge detta la disciplina e definisce l’ambito di operatività dei modelli di controllo burocratico, come pure fissa, spesso in modo preciso, i singoli requisiti da possedere per accedere al mercato e svolgere ciascuna attività economica privata.

Un esempio può forse aiutare a comprendere il ragionamento appena proposto. L’amministrazione, quando riceve una s.c.i.a. per l’apertura di una struttura per l’esercizio del commercio al dettaglio e tempestivamente²⁴ verifica, ai sensi del comma 3 dell’art. 19, l. n. 241/1990, la sussistenza dei requisiti da possedere per lo svolgimento di tale attività economica, non esercita alcun potere preordinato al libero mercato, né, più di tutto, bilancia questo interesse con altri interessi pubblici.

Sembra essere direttamente la legge, con la scelta di sottoporre quella specifica attività economica ad un controllo successivo sul suo avvio - in luogo di un controllo preventivo, secondo il modello autorizzatorio - e nel dettare dettagliatamente i requisiti²⁵ da possedere per il suo svolgimento, a considerare il ‘peso’ del libero mercato come interesse generale e a bilanciarlo con tutti gli altri interessi a questo antagonisti e generalmente inerenti l’esercizio di attività commerciali al dettaglio.

Evidentemente, meno requisiti sono fissati e più questi sono ‘facili’ da possedere e dimostrare all’amministrazione preposta al controllo, maggiore sarà il ‘valore’ del libero mercato in sede politica. Più discipline settoriali prevedranno requisiti chiaramente predeterminati, proporzionati al fine perseguito e ‘facili’ da possedere, maggiore sarà l’effettivo grado di libertà del mercato.

Il che non deve comunque condurre ad assolutizzazioni. Infatti, nell’ordinamento non mancano dei casi²⁶ dove la legge demanda all’amministrazione la ‘ponderazione’ dell’interesse al libero mercato con altri interessi pubblici, così riservando all’amministrazione di stabilire il loro più ottimale ordine nel caso concreto²⁷. Al pari non mancano dei casi dove la tutela della concorrenza è la vera e diretta ‘causa’ del potere amministrativo; dimodoché spetta all’amministrazione prendere la decisione in concreto più opportuna per garantire l’ordine concorrenziale del mercato ed il suo ottimale equilibrio.

RAMAJOLI, *Il provvedimento*, cit., 211 ss.; per un approfondimento, v. B. GILIBERTI, *Il merito amministrativo*, Padova 2013.

²⁴ Il ragionamento proposto nel testo riguarda il tempestivo esercizio del potere inibitorio, nel termine di sessanta giorni previsto dal comma 3 dell’art. 19. Quando invece il potere viene tardivamente esercitato, il difetto di un requisito non sarà sufficiente ad inibire l’attività segnalata: il potere inibitorio, come risulta dal rinvio, per opera del comma 4 dell’art. 19, all’art. 21-*nonies*, l. n. 241/1990, muta nei suoi presupposti e diviene discrezionale; sicché l’amministrazione dovrà bilanciare l’interesse pubblico antagonista al libero mercato e garantito dal possesso dei requisiti di legge con la posizione (*rectius*, il legittimo affidamento, se non la libertà economica) del segnalante. Si tornerà su questo profilo nel capitolo III, spec. § 8 ss., quando si affronterà il tema dei poteri inibitori attivati dalla presentazione della s.c.i.a.

²⁵ Nella legislazione statale, i requisiti sono ora dettati dall’art. 71, d.lgs. 59/2010; articolo appunto rubricato “*requisiti di accesso e di esercizio delle attività commerciali*”. Dei requisiti ulteriori sono previsti per lo svolgimento di attività commerciali al dettaglio relative al settore merceologico alimentare.

²⁶ Si prescinde dai poteri di autotutela e, in particolare, da quello di annullare d’ufficio un’autorizzazione e di inibire tardivamente (alle condizioni dell’autotutela) la s.c.i.a., ai sensi del comma 4 dell’art. 19, che rinvia alla disciplina dell’annullamento d’ufficio.

²⁷ Su questa costruzione della discrezionalità, è d’obbligo il rinvio a M.S. GIANNINI, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione*, Milano 1939.

Quanto alla prima ipotesi, si pensi al potere dell'A.g.c.m. di autorizzare²⁸, ai sensi dell'art. 4²⁹, l. n. 287/1990, intese altrimenti vietate - e, sul piano privatistico, nulle³⁰ *ex lege* - perché restrittive della concorrenza. Spetta all'A.g.c.m. valutare se, nel caso concreto, i benefici - in termini di miglioramento della produzione e di promozione del progresso tecnico ed economico - della deroga al divieto di intese siano, per i consumatori e per il mercato in generale, maggiori di quelli derivanti dalla rigida osservanza dello stesso divieto di intese.

Oppure si pensi ad alcuni procedimenti ambientali; soprattutto alla valutazione d'impatto ambientale, v.i.a.³¹, dove spetta all'autorità procedente "*valutare in concreto [...] il sacrificio imposto all'ambiente rispetto all'utilità socioeconomica perseguita*"³², tramite

²⁸ Il provvedimento in questione è qualificato come dispensa, cioè come provvedimento con cui le amministrazioni esonerano il destinatario dall'adempimento di un obbligo, ovvero dall'osservanza di una prescrizione, da A. POLICE, *Tutela della concorrenza*, cit., 199. Si ricordi che il reg. 1/2003 del Consiglio, "*concernente l'applicazione delle regole di concorrenza di cui agli articoli 81 e 82 del trattato*", ha previsto un regime di eccezione legale, in luogo dell'autorizzazione, delle intese in questione: "*Gli accordi, le decisioni e le pratiche concordate di cui all'articolo 81, paragrafo 1 [ora art. 101, § 1, TFUE], del trattato che soddisfano le condizioni di cui all'articolo 81, paragrafo 3, [ora art. 101, § 3, TFUE] del trattato non sono vietati senza che occorra una previa decisione in tal senso*" (art. 1, § 2). Di recente, su quest'ultimo profilo, v. P. LAZZARA, *Funzione antitrust e potestà sanzionatoria. Alla ricerca di un modello nel diritto dell'economia*, in *Dir. amm.*, 2015, spec. § 8. Precisa comunque il regolamento, all'art. 2, che in sede di procedimento sanzionatorio antitrust "*Incombe [...] all'impresa o associazione di imprese che invoca l'applicazione dell'articolo 81, paragrafo 3, [ora art. 101, § 3, TFUE] del trattato l'onere di provare che le condizioni in esso enunciate sono soddisfatte*".

²⁹ Tale articolo, che attua l'art. 101, § 3, TFUE, stabilisce che "*L'Autorità può autorizzare, con proprio provvedimento, per un periodo limitato, intese o categorie di intese vietate ai sensi dell'articolo 2 [si tratta di quelle vietate dall'art. 101, § 1, TFUE], che diano luogo a miglioramenti nelle condizioni di offerta sul mercato i quali abbiano effetti tali da comportare un sostanziale beneficio per i consumatori e che siano individuati anche tenendo conto della necessità di assicurare alle imprese la necessaria concorrenzialità sul piano internazionale e connessi in particolare con l'aumento della produzione, o con il miglioramento qualitativo della produzione stessa o della distribuzione ovvero con il progresso tecnico o tecnologico*". Sul tema, cfr. L. TOFFOLETTI, *Progresso tecnico e bilanciamento di interessi nell'applicazione dei divieti antitrust*, Milano 2009. Si ricorda in proposito che sono numerosi i regolamenti di esenzione settoriali (per esempio, il regolamento 316/2014 sugli accordi relativi al trasferimento di tecnologia, oppure il regolamento 1218/2010 sugli accordi di specializzazione) e anche generali, come, per esempio, il regolamento 330/2010 sull'esenzione delle intese verticali. Su quest'ultimo, v. B. CARUSO, *Il nuovo regolamento di esenzione delle intese verticali: l'analisi economica e le modifiche mancate*, in *Conc. merc.*, 2011, 765 ss.

³⁰ Secondo l'art. 101, § 2, TFUE, "*gli accordi o decisioni, vietati in virtù del presente articolo, sono nulli di pieno diritto*". Previsione ribadita del comma 3 dell'art. 2, l. n. 287/1990, secondo cui "*le intese vietate sono nulle ad ogni effetto*".

³¹ Per uno sguardo complessivo sul procedimento di v.i.a., v. A. MILONE, *Le valutazioni ambientali*, in (diretto da R. FERRARA e M.A. SANDULLI) *Trattato di diritto dell'ambiente*, vol. II (a cura di S. GRASSI e M.A. SANDULLI) *Procedimenti amministrativi per la tutela dell'ambiente*, Milano 2014, 135-166; A. POLICE, *La valutazione di impatto ambientale*, in (diretto da P. DELL'ANNO e E. PICOZZA) *Trattato di diritto dell'ambiente - Discipline ambientali di settore*, vol. II, Padova 2013, 527-560; M. CAFAGNO, *Principi e strumenti di tutela dell'ambiente*, Torino 2007, 340-378.

³² Così Cons. Stato, sez. IV, 28 febbraio 2018, n. 1240, § 12.1, in www.giustizia-amministrativa.it, tanto che "*l'amministrazione esercita una amplissima discrezionalità che non si esaurisce in un mero giudizio tecnico, in quanto tale suscettibile di verifica tout court sulla base di oggettivi criteri di misurazione, ma presenta al contempo profili particolarmente intensi di discrezionalità amministrativa e istituzionale in relazione all'apprezzamento degli interessi pubblici e privati coinvolti; la natura schiettamente discrezionale della decisione finale risente dunque dei suoi presupposti sia sul versante tecnico che amministrativo*". In dottrina, v. R. FERRARA, *La valutazione di impatto ambientale fra discrezionalità dell'amministrazione e sindacato del giudice amministrativo*, in *Foro amm. - T.a.r.*, 2010, 3179 ss.

la realizzazione del progetto proposto e avente impatti ambientali significativi. Oppure, analogamente, si pensi alla disciplina del procedimento di valutazione d'incidenza ambientale, v.inc.a.³³, che espressamente contempla l'ipotesi in cui, nonostante l'esito negativo della stessa, *“il piano o l'intervento debba essere realizzato per motivi imperativi di rilevante interesse pubblico, inclusi motivi di natura sociale ed economica”*³⁴, che possono rendere recessivo quello alla tutela dell'ambiente.

Oppure, ancora, si pensi al potere di pianificazione urbanistica, che, per ragioni di *“razionale gestione del territorio e di protezione dell'ambiente”*³⁵, può dettare restrizione all'insediamento di grandi strutture di vendita e di centri commerciali nel territorio comunale, con ciò bilanciando la libertà economica - e, se si analizza il tema in una prospettiva europea, il diritto di stabilimento, garantito dall'art. 49 TFUE - con i suddetti motivi imperativi d'interesse generale.

Quanto alla seconda ipotesi, si pensi ai poteri sanzionatori attribuiti all'A.g.c.m., ai sensi dalla l. n. 287/1990, nel caso in cui le imprese violino i divieti di intese restrittive della concorrenza o abusino della loro posizione dominante. Poteri della cui 'neutralità' giustamente si è dubitato in dottrina, in quanto il loro esercizio comporta una *“scelta tutta politica su quale sia il mercato rilevante ottimale e, all'interno di quel mercato, quale sia l'equilibrio ottimale tra domanda e offerta”*³⁶: una decisione discrezionale³⁷ sull'equilibrio

³³ D.P.R. n. 357/1997, recante *“Regolamento recante attuazione della direttiva 92/43/CEE relativa alla conservazione degli habitat naturali e seminaturali, nonché della flora e della fauna selvatiche”*.

³⁴ Art. 5, c. 9, d.P.R. n. 357/1997, che tuttavia in questo caso prevede che *“le amministrazioni competenti adottano ogni misura compensativa necessaria per garantire la coerenza globale della rete “Natura 2000”*”.

³⁵ Cfr. Corte di giustizia, sez. II, 24 marzo 2011, C-400/08, *Commissione vs Regno di Spagna*, § 80. Si rinvia *infra* al cap. IV, spec. § 3 ss.

³⁶ A. POLICE, *Tutela della concorrenza*, cit., 246. In tal modo, aggiunge l'Autore (246-247), *“si richiede [all'A.g.c.m.] l'assunzione di una deliberazione, una scelta, sull'equilibrato assetto degli interessi in gioco. Siamo in presenza di una funzione amministrativa vera e propria, esercitata attraverso una sequenza concatenata di scelte discrezionali”*. Cfr., sul carattere 'neutrale' dei poteri antitrust, le riflessioni svolte dallo stesso Autore da p. 127 a 137. Mentre N. IRTI, *L'ordine*, cit., 38, con riferimento alle autorità amministrative indipendenti, parla di *“politicità irresponsabile”*, perché *“non sottoposta a controllo né dei poteri dello stato né del giudizio elettorale: il sistema democratico [...] avrebbe generato nel proprio seno territori insindacabili, dove la decisione politica - sotto schermo di tecnicismo economico o di naturalistica oggettività - si svolgerebbe con assoluto arbitrio”*

³⁷ A. POLICE, *Tutela della concorrenza*, cit., 246-247: *“Siamo in presenza di una funzione amministrativa vera e propria, esercitata attraverso una sequenza concatenata di scelte discrezionali. [...] “La definizione dell'equilibrio ottimale del mercato si fonda sempre su una valutazione di merito che sceglie di privilegiare alcuni interessi rispetto ad altri. [...] Gli interessi degli imprenditori concorrenti sul medesimo mercato, gli interessi dei consumatori e degli utenti, gli interessi del progresso scientifico e tecnologico, gli interessi di sviluppo e rafforzamento della impresa nazionale, gli interessi sociali connessi al mantenimento ed alla crescita dei livelli occupazionali, sono solo alcuni (e solo i più evidenti) interessi primari e secondari coinvolti dall'esercizio della funzione antitrust ed è indubbio che ogni scelta di regolazione - sia essa assunta con provvedimenti di autorizzazione, di sanzione, di clemenza, di indirizzo, di imposizione di condizioni od oneri - incide favorendo o sacrificando alcuni interessi rispetto ad altri. La definizione dell'equilibrio ottimale del mercato è frutto di tale ponderazione di interessi, così come frutto di tale ponderazione sono le scelte attinenti ai mezzi più idonei ad assicurarne la conservazione o il raggiungimento”*. Sul tema cfr. F. CINTIOLI, *Giudice amministrativo, tecnica e mercato. Poteri tecnici e 'giurisdizionalizzazione'*, Milano, 2005 spec. 107 ss.; G. ROSSI, *Il conflitto di obiettivi nell'esperienza decisionale delle Autorità*, in AA. VV., *Regolazione e garanzia del pluralismo. Le autorità amministrative indipendenti*, Milano 1997, 36 ss. Da ultimo, affronta in termini generali l'argomento dei poteri amministrativi neutrali M.T.P. CAPUTI JAMBRENGHI, *La funzione amministrativa neutrale*, Bari 2017.

ottimale del mercato e sul provvedimento da assumere per garantirlo. Ed il procedimento *antitrust*, con tutte le sue garanzie, è naturalmente la sede di questa decisione discrezionale: la sua istruttoria è il luogo di emersione di tutti gli interessi in gioco.

Ad ogni modo, in tutti gli esempi appena svolti, diversamente dal tema principale della presente ricerca, il libero mercato è un interesse perseguito o ‘ponderato’ dalla pubblica amministrazione nel procedimento, affinché la decisione in concreto assunta sia la più opportuna: è la pubblica amministrazione ad ordinare gli interessi in gioco; ed è il giudice amministrativo a poterne sindacare il cattivo ordine, coi noti limiti che incontra, nella sua giurisdizione di legittimità, il sindacato³⁸ sull’esercizio dei poteri discrezionali.

2. Sviluppo sostenibile e interessi pubblici antagonisti al libero mercato da tutelare necessariamente. Variabilità del ‘valore’ del libero mercato: un ‘valore’ da bilanciare in sede politica.

Stabilire, *a priori* ed in via generale, il ‘valore’ dell’interesse generale al libero mercato e la sua conseguente automatica - oppure eventuale - prevalenza rispetto a tutti gli altri interessi pubblici in gioco e ad esso antagonisti (per usare il lessico europeo, i motivi imperativi d’interesse generale³⁹), non sembra oggettivamente possibile. Anche sotto questo profilo sono da escludere ragionamenti di generale esattezza.

Ciò, anzitutto, per l’eterogeneità delle attività economiche (e delle relative, altrettanto eterogenee, esternalità negative) e dei mercati che esse, se complessivamente considerate, realizzano. Ogni mercato ha un proprio nucleo di norme che lo costituisce e regola⁴⁰.

In secondo luogo, perché sono tanti gli interessi antagonisti al libero mercato, che meritano di ricevere una tutela adeguata e differenziata: lo impone la loro rilevanza costituzionale, oppure la loro rilevanza secondo il diritto europeo, anche primario, che menziona, per esempio, la tutela dell’ambiente e lo sviluppo sostenibile all’art. 3, § 3, TUE, proprio nel dettare la decisione economica di sistema europea.

Il ‘valore’ dell’interesse generale al libero mercato è pertanto variabile: da bilanciare in sede politica, secondo il principio di proporzionalità, con gli altri interessi pubblici inerenti, sia pure in modo differenziato, ciascuna categoria di attività economiche. Da bilanciare, ragionando in termini davvero generali ed a costo di qualche semplificazione, con il principio dello sviluppo sostenibile⁴¹, che, insieme a quello di precauzione⁴², dovrebbe ispirare la gestione degli effetti negativi e propri di ogni attività economica.

³⁸ Di recente e in generale sul tema, v. F. FOLLIERI, *Logica del sindacato di legittimità sul provvedimento amministrativo. Ragionamento giuridico e modalità di sindacato*, Padova 2017; in passato, v. N. PAOLANTONIO, *Il sindacato di legittimità sul provvedimento amministrativo*, Padova 2000.

³⁹ Cfr. le definizioni date dall’art. 8, c. 1, lett. h), d.lgs. n. 59/2010, che fotocopia la definizione di motivo d’interesse generale offerta dall’art. 4, § 1, n. 8, direttiva n. 2006/123/CE.

⁴⁰ *Supra*, cap. I, § 3.2.

⁴¹ Tale principio, nel diritto interno, è attualmente definito dall’art. 3-*quater*, d.lgs. n. 152/2006, appunto rubricato “*principio dello sviluppo sostenibile*”. Si legge al comma 2: “*Anche l’attività della pubblica amministrazione deve essere finalizzata a consentire la migliore attuazione possibile del principio dello sviluppo sostenibile, per cui nell’ambito della scelta comparativa di interessi pubblici e privati connotata da*

Di tale gestione può occuparsi direttamente la legge, per esempio fissando dei precisi requisiti da possedere per intraprendere l'attività: il rispetto dei requisiti fissati, secondo un astratto giudizio legale, assicura la concreta compatibilità dell'attività con gli interessi pubblici ad essa inerenti e antagonisti al libero mercato. Se il pregiudizio patito dall'interesse pubblico per l'avvio dell'attività in carenza di uno di questi requisiti fosse reputato inaccettabile, allora il controllo sarà preventivo all'avvio, secondo il modello autorizzatorio.

Se un tale giudizio legale di compatibilità, per la complessità delle esternalità negative derivanti da certe attività, non è possibile, il procedimento di controllo (che sarà evidentemente autorizzatorio) dovrebbe essere politicamente plasmato perché la gestione delle esternalità negative possa avvenire per opera della pubblica amministrazione, prima dell'accesso al mercato: il procedimento diviene allora luogo di gestione in concreto del rischio (di negativo ed intollerabile impatto sull'ambiente e sulla salute dell'attività da intraprendere) in astratto associato dalla legge a quella categoria di attività economiche. Il che anche tramite l'apposizione di puntuali e variabili prescrizioni al provvedimento, aventi un effetto conformativo dell'attività, come avviene solitamente nelle autorizzazioni ambientali, soprattutto in quella integrata ambientale.

Tanto è percepita la variabilità del 'valore' dell'interesse generale al libero mercato che, in dottrina, in contrapposizione all'imperativo economico, ossia al dogma del libero mercato, si parla perfino di "*imperativo ecologico*" e di possibile "*prevalenza dell'interesse*

discrezionalità gli interessi alla tutela dell'ambiente e del patrimonio culturale devono essere oggetto di prioritaria considerazione". Mentre al comma 3 si precisa: "*il principio dello sviluppo sostenibile deve consentire di individuare un equilibrato rapporto, nell'ambito delle risorse ereditate, tra quelle da risparmiare e quelle da trasmettere, affinché nell'ambito delle dinamiche della produzione e del consumo si inserisca altresì il principio di solidarietà per salvaguardare e per migliorare la qualità dell'ambiente anche futuro*". Il principio è comunque di matrice europea e sovranazionale: cfr., oltre all'art. 3 TUE, gli artt. 11 e 191 TFUE. In dottrina: C. VIDETTA, *Lo sviluppo sostenibile. Dal diritto internazionale al diritto interno*, in (a cura di R. FERRARA e M.A. SANDULLI) *Trattato di diritto dell'ambiente*, vol. I, cit., 221 ss., spec. 254 con riguardo allo sviluppo sostenibile in Italia; F. FRACCHIA, *Principi di diritto ambientale e sviluppo sostenibile*, in (diretto da P. DELL'ANNO e E. PICOZZA) *Trattato di diritto dell'ambiente*, vol. I, cit., 559 ss.; ID, *Lo sviluppo*, cit., passim; ID, *Sulla configurazione giuridica unitaria dell'ambiente: art. 2 Cost. e doveri di solidarietà ambientale*, in *Dir. econ.*, 2002, 251 ss.; P. FOIS (a cura di), *Il principio dello sviluppo sostenibile nel diritto internazionale ed europeo dell'ambiente*, Napoli 2007. Anche in ambito paesaggistico si parla di sviluppo sostenibile: artt. 133, c. 2, e 143, c. 1, lett. h), d.lgs. n. 42/2004. In giurisprudenza, cfr., T.a.r. Molise, 15 gennaio 2018, n. 15, in www.giustizia-amministrativa.it, secondo cui lo sviluppo sostenibile "*designa quel modello di evoluzione che non assegna incondizionato valore al progresso scientifico, economico e sociale, ma si sforza di temperare questi obiettivi con la tutela dell'ambiente, nella consapevolezza, oramai acquisita anche nella legislazione degli ultimi decenni, che lo sviluppo non è un valore assoluto e che può essere anche limitato allorché ponga a rischio il primario valore della salute che, anche da un punto di vista logico, non può non avere prevalenza sulla promozione del benessere in quanto la conservazione dell'ecosistema costituisce un presupposto necessario di quest'ultimo*".

⁴² Sul tema è ancora attuale lo studio di F. DE LEONARDIS, *Il principio di precauzione nell'amministrazione del rischio*, Milano 2005. Più di recente, per una sintesi, v. ID., *Il principio di precauzione*, in (a cura di M. RENNA e F. SAITTA) *Studi sui principi del diritto amministrativo*, Milano 2012, 413 ss. Anche questo principio è di matrice europea (art. 191 TFUE e art. 3-ter, d.lgs. n. 152/2006) e ad esso è dedicato l'art. 301, d.lgs. cit., secondo cui "*in caso di pericoli, anche solo potenziali, per la salute umana e per l'ambiente, deve essere assicurato un alto livello di protezione*". Il rischio che giustifica l'applicazione del principio deve "*comunque essere individuato a seguito di una preliminare valutazione scientifica obiettiva*".

*ecologico su quello individuale/economico*⁴³. Sempre in dottrina, è stato inoltre recentemente analizzato - valorizzando alcuni dati europei, soprattutto di *soft law* - il sempre maggiore rilievo giuridico dell'*“economia circolare”*⁴⁴, cioè di un modello economico che riconosce l'esistenza di limiti naturali invalicabili; un modello i cui processi dovrebbero imitare gli ecosistemi naturali, *“in cui tutto si riutilizza e nulla si perde”*⁴⁵. Intanto la comunità scientifica⁴⁶ discute dei costi da sostenere e, prima ancora, della concreta possibilità di realizzare una società *zero-carbon*, dove l'energia sarà interamente prodotta da fonti rinnovabili⁴⁷, che sostituiranno i combustibili fossili.

Il 'valore' del libero accesso al mercato è inoltre così variabile che, secondo gli stessi Trattati europei⁴⁸, l'ordine economico concorrenziale può perfino risultare totalmente

⁴³ R. LOMBARDI, *Ambiente e mercato: una nuova prospettiva d'indagine sui beni comuni*, in *Dir. econ.*, 2014, 215.

⁴⁴ Di recente, il diritto europeo si sta concentrando sul tema: poco più di un mese fa, l'Unione europea ha approvato il c.d. pacchetto economia circolare, che era stato annunciato dalla Commissione ancora nel 2014, con il comunicato 2014/0398, denominato *“verso un'economia circolare: programma per un'Europa a zero rifiuti”*. Si tratta di quattro direttive sui rifiuti (2018/849-852), tutte del 30 maggio: sugli imballaggi, sui rifiuti in generale, sulle discariche e su alcune specifiche categorie di rifiuti, come quelli derivanti dagli apparecchi elettronici e ai veicoli da rottamare. Sono previste numerose azioni per incrementare il riciclaggio ed il riutilizzo dei rifiuti, anche con piani (e sussidi) che mirano a realizzare il massimo uso di tutte le materie prime, i prodotti ed i rifiuti. In particolare, sono introdotti due obiettivi per gli Stati membri. Il primo è il riciclo di almeno il 55% dei rifiuti urbani entro il 2025. Questa quota è destinata a salire al 60% entro il 2030 e al 65% entro il 2035. Il secondo obiettivo è il riciclo del 65% dei rifiuti di imballaggi entro il 2025 (70% entro il 2030) con obiettivi diversificati per materiale. Le nuove regole riguardano anche le discariche e prevedono un obiettivo vincolante di riduzione dello smaltimento in discarica. Inoltre, entro il 2035, al massimo il 10% del totale dei rifiuti urbani potrà essere smaltito in discarica. Infatti, con lo smaltimento in discarica si perdono tutte le materie prime e i prodotti, i quali potrebbero invece produrre ulteriore valore, laddove riutilizzate/riciclate, per poi essere nuovamente immesse nel ciclo economico. In dottrina, v. F. DE LEONARDIS, *Economia circolare: saggio sui suoi tre diversi aspetti giuridici. Verso uno Stato circolare?*, in *Dir. amm.*, 2017, 163 ss., che indaga il tema dell'economia circolare secondo tre prospettive: *“la prima è quella che la mette in relazione con l'ordine di priorità con il quale devono essere gestiti i rifiuti (economia circolare come sovrapposizione alla cd. gerarchia dei rifiuti); la seconda è la prospettiva che parte dalla fine, dal fine vita del prodotto, dalla sua tomba e che guarda alle materie prime di risulta (economia circolare come nuovo modo di approvvigionamento di materie prime); la terza è quella che parte dall'inizio della vita dei prodotti, dalla loro origine che è quella, forse più innovativa e meno conosciuta, della bioeconomia (economia circolare come progettazione ecocompatibile e biobased di prodotti compostabili)”*.

⁴⁵ L'icastica espressione è di F. DE LEONARDIS, *Economia circolare*, cit., 169.

⁴⁶ I problemi e il dibattito in corso sull'energia sono bene illustrati da A. CLÒ, *Energia e clima. L'altra faccia della medaglia*, Bologna 2017.

⁴⁷ Secondo la direttiva 2003/54/CE e secondo l'art. 2, c.1, lett. a), d.lgs. n. 28/2011, per *“energia da fonti rinnovabili”* si intende *“energia proveniente da fonti rinnovabili non fossili, vale a dire energia eolica, solare, aerotermica, geotermica, idrotermica e oceanica, idraulica, biomassa, gas di discarica, gas residuati dai processi di depurazione e biogas”*.

⁴⁸ Si pensi, in proposito, alle deroghe alla concorrenza previste dagli stessi Trattati europei: ai s.i.e.g., cioè alle *“imprese incaricate della gestione di servizi di interesse economico generale o aventi carattere di monopolio fiscale”*. Esse, secondo l'art. 106 TFUE, *“sono sottoposte alle norme dei trattati, e in particolare alle regole di concorrenza, nei limiti in cui l'applicazione di tali norme non osti all'adempimento, in linea di diritto e di fatto, della specifica missione loro affidata”*. Questo anche al fine di garantire l'universalità e l'economicità del servizio pubblico erogato. In dottrina, sul tema dei s.i.e.g., tra i tantissimi contributi, v. F. FRACCHIA, *I servizi pubblici e la retorica della concorrenza*, in *Foro it.*, 2011, 106 ss.; D. GALLO, *I servizi di interesse economico generale. Stato, mercato e welfare nel diritto dell'Unione europea*, Milano 2010; F. MERUSI, *Lo schema della regolazione dei servizi di interesse economico generale*, in *Dir. amm.*, 2010, 313 ss.; G.F. CARTEL, *I servizi di interesse economico generale tra riflusso dogmatico e regole di mercato*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2005, 1219 ss. Si pensi, inoltre, all'esenzione dal divieto di intese restrittive della

recessivo, laddove il benessere collettivo possa essere altrimenti meglio raggiunto: anche in modo completamente ‘anti-concorrenziale’, derogando appunto alla disciplina sulla concorrenza.

Sull’errore (giuridico e non solamente ideologico) di considerare sempre prevalente l’interesse generale al libero mercato, si tornerà diffusamente nel prosieguo⁴⁹, illustrando come non si possa inferire la scarsa concorrenzialità di un sistema dal carattere residuale della radicale assenza di controlli burocratici sull’accesso al mercato, nonché come questo aspetto, invece, risulti coerente con la decisione economica di sistema costituzionale ed europea.

Si possono intanto brevemente ricapitolare i principali ragionamenti fin qui proposti, così da fissare alcuni punti.

Il libero mercato è un interesse generale che, attualmente, le politiche pubbliche di regolazione dell’accesso al mercato, soprattutto per effetto del diritto europeo e di come esso ordina gli interessi in gioco, sono vincolate a perseguire.

Definire, in via generale, l’esatto ‘valore’ di questo interesse è tuttavia un’operazione non percorribile in termini generali, se non addirittura vana: ci sono altri interessi generali e antagonisti al libero mercato - e spesso costituzionalmente sanciti - da perseguire e da bilanciare: la regolazione sull’accesso al mercato è così sempre l’esito di un bilanciamento politico. Inoltre il rilievo di questi interessi è differente per ciascuna attività economica.

concorrenza, ai sensi dell’art. 101 TFUE e dell’art. 4, l. n. 287/1990; argomento di cui si è parlato nel precedente paragrafo.

Con riguardo alla possibilità di erogare aiuti di Stato, cfr. l’art. 107 TFUE, che, al § 2, individua gli aiuti concessi dagli Stati “compatibili con il mercato interno”, cioè “a) gli aiuti a carattere sociale concessi ai singoli consumatori, a condizione che siano accordati senza discriminazioni determinate dall’origine dei prodotti; b) gli aiuti destinati a ovviare ai danni arrecati dalle calamità naturali oppure da altri eventi eccezionali...”; e, al § 3, gli aiuti che “possono considerarsi compatibili con il mercato interno”, cioè “a) gli aiuti destinati a favorire lo sviluppo economico delle regioni ove il tenore di vita sia anormalmente basso, oppure si abbia una grave forma di sottoccupazione, nonché quello delle regioni di cui all’articolo 349 [si tratta delle c.d. regioni ultraperiferiche], tenuto conto della loro situazione strutturale, economica e sociale; b) gli aiuti destinati a promuovere la realizzazione di un importante progetto di comune interesse europeo oppure a porre rimedio a un grave turbamento dell’economia di uno Stato membro; c) gli aiuti destinati ad agevolare lo sviluppo di talune attività o di talune regioni economiche, sempre che non alterino le condizioni degli scambi in misura contraria al comune interesse; d) gli aiuti destinati a promuovere la cultura e la conservazione del patrimonio, quando non alterino le condizioni degli scambi e della concorrenza nell’Unione in misura contraria all’interesse comune...”. Sul tema della compatibilità con il diritto europeo delle sovvenzioni, v. B. LUBRANO, *Le sovvenzioni nel diritto amministrativo. Profili teorici ed evoluzione storica nel contesto del diritto europeo*, Torino 2008. Si consideri, infine, l’art. 108, § 2, TFUE, secondo cui “A richiesta di uno Stato membro, il Consiglio, deliberando all’unanimità, può decidere che un aiuto, istituito o da istituirsi da parte di questo Stato, deve considerarsi compatibile con il mercato interno, in deroga alle disposizioni dell’articolo 107 o ai regolamenti di cui all’articolo 109, quando circostanze eccezionali giustificano tale decisione”. Per uno sguardo d’insieme sul tema degli aiuti di Stato, C. MALINCONICO, *Aiuti di Stato*, in (a cura di) M.P. CHITI, G. GRECO, *Trattato*, vol. I, cit., 65 ss. Sul piano interno, la Corte costituzionale ha ritenuto il diritto fondamentale alla tutela del lavoro prevalente sulla disciplina comunitaria della concorrenza, così da consentire la fusione di Alitalia con Air One. Si tratta della c.d. sentenza Alitalia, n. 270/2010, commentata da M. LIBERTINI, *I fini sociali come limite eccezionale alla tutela della concorrenza: il caso Alitalia*, in *Giur. cost.*, 2010, 3296 ss. L’ordinanza del T.a.r. Lazio, sez. I, 27 maggio 2009, n. 683, che ha sollevato la questione di legittimità costituzionale, poi dichiarata infondata dalla Corte costituzionale, è stata commentata da S. SPUNTARELLI, *Poteri pubblici e costituzione dell’economia nel ‘singolare’ caso Alitalia*, in *Foro amm. - T.a.r.*, 2009, 1444 ss.

⁴⁹ *Infra*, § 7.

Che le politiche pubbliche nazionali perseguano l'interesse al libero mercato sembra comunque garantito dalla frammentazione della libertà economica per effetto del diritto europeo. La presenza di un livello di disciplina europeo, cui l'ordinamento interno deve allinearsi, è di per sé indice del rilievo del libero mercato nella disciplina (anche) nazionale dei controlli sull'accesso al mercato.

Questo ragionamento ha tuttavia dei *deficit*: manca di concretezza e trascura il fatto che anche le politiche nazionale possono autonomamente considerare il libero mercato nella disciplina dell'accesso e della permanenza sul mercato degli operatori economici. A tale *deficit* sembra possibile rimediare con le esemplificazioni di diritto positivo, europee e interne, che subito si illustreranno. Con esse - si spera - si cercherà di rendere più tangibile il rilievo dell'interesse generale al libero mercato.

3. Esemplicazioni di diritto positivo sul rilievo dell'interesse generale al libero mercato nella disciplina dei controlli sull'accesso al mercato. Recenti misure di competition advocacy europee.

I vincoli di diritto europeo derivato condizionano, in numerosi mercati, i regimi autorizzatori delle attività economiche, imponendo agli Stati una loro complessiva revisione, secondo certi criteri. Questo permette anzitutto di individuare, con un discreto agio e precisione, gli ambiti, appunto corrispondenti a certi mercati, in cui, per scelta europea, l'interesse generale al libero mercato, al momento dell'ingresso dell'operatore nel mercato, deve necessariamente essere considerato e reso effettivo dalla volontà politica nazionale.

Sembra in particolare possibile registrare, in questi ambiti, le più puntuali regole di apprezzamento, generalmente secondo il principio di proporzionalità e di non discriminazione, degli interessi pubblici in gioco e antagonisti al libero mercato. Regole da seguire nella scelta del modello di controllo burocratico e nella fissazione dei requisiti da possedere per l'avvio di ciascuna attività: per il legittimo accesso al mercato.

Tutto ciò si verifica nei tanti settori dove l'Unione europea esercita le proprie competenze per lo sviluppo del mercato unico europeo. Emblematicamente si verifica nel settore dei servizi⁵⁰, ove il diritto europeo derivato, con la direttiva n. 2006/123/CE⁵¹,

⁵⁰ Secondo il diritto europeo la nozione di servizi è assai ampia. Precisa l'art. 57 TFUE che "ai sensi dei trattati, sono considerate come servizi le prestazioni fornite normalmente dietro retribuzione, in quanto non siano regolate dalle disposizioni relative alla libera circolazione delle merci, dei capitali e delle persone. I servizi comprendono in particolare: a) attività di carattere industriale; b) attività di carattere commerciale; c) attività artigiane; d) attività delle libere professioni". La direttiva Bolkestein ha senz'altro carattere generale; nondimeno essa esclude espressamente alcuni servizi dal proprio ambito di operatività: v. art. 2, § 2, e art. 16.

⁵¹ La direttiva è stata formalmente recepita col d.lgs. n. 59/2010, recante "attuazione della direttiva 2006/123/CE relativa ai servizi nel mercato interno". Con riguardo al recepimento della direttiva, v. V. PARISIO, *Direttiva 'Bolkestein', silenzio-assenso, d.i.a., 'liberalizzazioni temperate', dopo la sentenza del Consiglio di Stato, Ad. plen. 29 luglio 2011 n. 15*, in *Foro amm. - T.a.r.*, 2011, 2978 ss.; E.L. CAMILLI, *Il recepimento della direttiva servizi in Italia*, in *Giorn. dir. amm.*, 2010, 1239 ss.; E. TANZARELLA, *La direttiva sui servizi e la libertà d'impresa*, in *Foro amm.-T.a.r.*, 2010, 1904 ss. Per uno sguardo d'insieme sulla

services in the internal market, c.d. Bolkestein, considera di regola il regime autorizzatorio, ossia il controllo preventivo sull'accesso al mercato, viepiù se discrezionale, una barriera 'artificiale', tendenzialmente da abbattere e da sostituire con una diversa forma di controllo burocratico, meno restrittiva e di tipo successivo all'avvio dell'attività, così da agevolare l'ingresso nel mercato di nuovi operatori e di consentire loro di operare senza discriminazioni, secondo il principio del trattamento nazionale.

Come pure vieta, per esempio, ai diritti nazionali di subordinare l'avvio di un'attività economica a valutazioni di carattere economico⁵² e proprie di una visione dirigistica dei mercati, in cui è l'autorità a stabilire se vi sia bisogno, in un certo territorio ed in un certo momento storico, dell'offerta di un determinato bene o servizio o se, viceversa, l'offerta già presente sia adeguata a soddisfare la domanda. Oppure vieta, di regola⁵³, di fissare dei contingenti, cioè di stabilire il numero massimo di operatori che possono accedere ad un certo mercato. Oppure ancora vieta, laddove le autorizzazioni siano legittimamente contingentate (per via della scarsità delle risorse naturali indispensabili per l'esercizio di certe attività economiche), il loro rinnovo automatico, perché questo impedirebbe, senza alcuna giustificazione, il ricambio degli operatori presenti nel mercato, così di fatto annullando il diritto di stabilimento garantito dal Trattato.

Sono quindi davvero numerose le misure proconcorrenziali, di *competition advocacy*, presenti nella direttiva e molte di esse integrano proprio dei puntuali vincoli⁵⁴ sui regimi autorizzatori nazionali, nei quali pertanto 'entra', proprio per effetto del diritto europeo, l'interesse generale al libero mercato.

3.1. (Segue) ... ed interne (nella l. n. 241/1990 riformata dalla l. n. 124/2015).

Parallelamente, sul piano dell'ordinamento interno, si nota una sempre più accentuata considerazione, per opera politica, del libero mercato: con l'effetto di 'ridurre, rimodulare o accelerare' il potere burocratico, anche intervenendo, in via generale, sui regimi

direttiva, v. A. HEIMLER, *La direttiva Bolkestein*, in *Merc. conc. reg.*, 2006, 95 ss.; AA. VV., *The service directive consequences for the Welfare state and the european social model*, Copenhagen 2008; S. D'ACUNTO, *Direttiva servizi (2006/123/CE): genesi, obiettivi e contenuto*, Milano 2009; H. VILLAREJO GALENDE, *La directiva de servicios y su impacto sobre el comercio europeo*, Granada, 2009; B. NASCIBENE, *La direttiva 2006/123/CE sui servizi nel mercato interno*, in *Contr. impr. Eur.*, 2007, 861 ss.; N. LONGOBARDI, *Attività economiche e semplificazione amministrativa. La «direttiva Bolkestein» modello di semplificazione*, in *Diritto e proc. amm.*, 2009, 695 ss. Da ultimo, F.F. GUZZI, *La direttiva Bolkestein e la nuova disciplina dei servizi economici privati*, Milano 2016; F. TIRIO, *La regolamentazione dopo la direttiva servizi*, Torino 2017.

⁵² Questa regola si desume dall'art. 14, n. 5), direttiva n. 2006/123/CE. Si tratta delle c.d. autorizzazioni "con esame del bisogno", proprie di un assetto di mercato dirigistico. Categoria questa a suo tempo efficacemente illustrata da V. SPAGNUOLO VIGORITA, *Attività economica privata e potere amministrativo*, Napoli 1962, 160-191, spec. 164-165. Più di recente v. A. NEGRELLI, *Accesso al mercato*, cit., 265 ss.; F. TRIMARCHI BANFI, *Lezioni*, cit., 21 e 149 ss.

⁵³ Se, invece, "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" (art. 12, § 1, direttiva n. 2006/123/CE). In questo caso, insomma, le autorizzazioni devono essere rilasciate tramite una gara.

⁵⁴ Su di esse si tornerà più volte nel prosieguo, specialmente nel capitolo IV.

amministrativi delle attività economiche private, con misure per giunta non imposte dal diritto europeo.

Si pensi, anzitutto, alle numerose e più recenti riforme - soprattutto in virtù dei decreti attuativi⁵⁵ della l. n. 124/2015, c.d. legge Madia⁵⁶ - della l. n. 241/1990, dalla quale, sebbene soltanto in parte⁵⁷, si ricava il regime generale di alcuni modelli di controllo burocratico sull'avvio delle attività economiche, come quello autorizzatorio e quello successivo al loro avvio, incentrato sulla segnalazione certificata di inizio attività, s.c.i.a.

Più esattamente, con riguardo a quest'ultima, si registra l'(ennesima) riscrittura⁵⁸ dei poteri inibitori e conformativi, con una chiara scansione temporali dei primi e comunque il *favor* per i secondi. Disciplina questa su cui ora non ci si sofferma, perché sarà diffusamente trattata nel prossimo capitolo.

Si registrano inoltre, sempre nell'ambito di queste riforme della l. n. 241/1990, molte puntuali misure che limitano i poteri di 'riesame' del titolo che ha consentito l'accesso al mercato. Misure quindi tese alla sua stabilità⁵⁹, così da favorire la permanenza nel mercato degli operatori: l'abrogazione⁶⁰ del comma 2 dell'art. 21, che parificava, sul piano sanzionatorio, l'avvio di un'attività (segnalata formalmente o tacitamente autorizzata, per opera del silenzio assenso) in assenza di un requisito al suo esercizio abusivo, così da esporre il privato al rischio d'esercizio *sine die* di poteri repressivi (vincolati) con effetti inibitori dell'attività magari da anni intrapresa.

In secondo luogo, l'introduzione, all'art. 21-*nonies*, del limite temporale di diciotto mesi con riguardo al potere di annullare d'ufficio⁶¹ i "*provvedimenti di autorizzazione di*

⁵⁵ Specialmente il d.lgs. n. 126/2016, c.d. s.c.i.a. 1, recante "*attuazione della delega in materia di segnalazione certificata di inizio attività (SCIA), a norma dell'articolo 5 della legge 7 agosto 2015, n. 124*", e il d.lgs. n. 222/2016, c.d. s.c.i.a. 2, recante "*individuazione di procedimenti oggetto di autorizzazione, segnalazione certificata di inizio di attività (SCIA), silenzio assenso e comunicazione e di definizione dei regimi amministrativi applicabili a determinate attività e procedimenti, ai sensi dell'articolo 5 della legge 7 agosto 2015, n. 124*".

⁵⁶ Sul tema, v. M.A. SANDULLI, *Gli effetti diretti della L. 7 agosto 2015 n. 124 sulle attività economiche: le novità in tema di s.c.i.a., silenzio-assenso e autotutela*, in www.federalismi.it, 2015.

⁵⁷ *Infra* capitolo III, spec. § 2 ss.

⁵⁸ Commi 3 e 4 dell'art. 19, l. n. 241/1990, modificati, prima, dell'art. 6, l. n. 124/2015 e, poi, dall'art. 3, d.lgs. n. 126/2016, attuativo della prima.

⁵⁹ Rileva M.A. SANDULLI, *Gli effetti diretti*, cit., 13: "*la novella del 2015 spinge a un importante ripensamento sul potere di autotutela, che, da strumento ordinario e "naturale" di riesercizio del potere in funzione della massima tutela dell'interesse pubblico, si trasforma in termini sempre più netti in strumento eccezionale, che non può trascurare le esigenze di certezza e di stabilità che presiedono alla garanzia di effettività delle libertà economiche*". Sviluppa il tema M. TRIMARCHI, *Stabilità del provvedimento e certezze dei mercati*, in *Dir. amm.*, 2016, 321 ss.

⁶⁰ Per opera dell'art. 6, c. 1, lett. b), n. 2, l. n. 124/2015. Il comma 2 dell'art. 21 prevedeva che: "*le sanzioni attualmente previste in caso di svolgimento dell'attività in carenza dell'atto di assenso dell'amministrazione o in difformità di esso si applicano anche nei riguardi di coloro i quali diano inizio all'attività ai sensi degli articoli 19 o 20 in mancanza dei requisiti richiesti o, comunque, in contrasto con la normativa vigente*". In proposito, v. F. VOLPE, *L'annullamento del silenzio-assenso e della scia. Riflessioni di teoria generale a seguito dell'abrogazione dell'art. 21, comma 2, legge 7 agosto 1990*, in www.giustamm.it, 2015.

⁶¹ Art. 21-*nonies*, c. 1, l. n. 241/1990, secondo cui "*il provvedimento amministrativo illegittimo [...], può essere annullato d'ufficio, sussistendone le ragioni di interesse pubblico, entro un termine ragionevole, comunque non superiore a diciotto mesi dal momento dell'adozione dei provvedimenti di autorizzazione o di attribuzione di vantaggi economici, inclusi i casi in cui il provvedimento si sia formato ai sensi dell'articolo*

attribuzione di vantaggi economici”, disposizione che ha addirittura condotto la dottrina a mettere in dubbio il dogma dell’inesauribilità⁶² del potere amministrativo.

In terzo luogo, sempre con riguardo a queste due specifiche categorie di provvedimenti, era stato in precedenza posto, modificando l’art. 21-*quinquies*, il divieto assoluto di revocarli per *ius poenitendi*⁶³. A ciò era stato aggiunto il divieto⁶⁴ di revoca per mutamento della situazione di fatto, laddove esso fosse prevedibile al momento del rilascio del provvedimento; divieto questo generale, perché esteso ad ogni provvedimento ad effetti favorevoli.

In quarto luogo, è possibile poi individuare alcune misure che favoriscono, anche accelerandola, la concentrazione procedimentale. Si tratta di misure operanti allorché il privato debba munirsi di più titoli abilitativi per lo svolgimento della stessa attività economica: l’integrale riforma, per opera d.lgs. n. 127/2016, della conferenza di servizi, da convocare sempre “quando l’attività del privato sia subordinata a più atti di assenso, comunque denominati, da adottare a conclusione di distinti procedimenti, di competenza di diverse amministrazioni pubbliche”⁶⁵, conferenza che deve di regola svolgersi “in forma semplificata e in modalità asincrona”⁶⁶; l’introduzione nella legge generale sul procedimento, all’art. 19-*bis*, degli istituti dello sportello unico⁶⁷, della s.c.i.a. unica e della

20, e tenendo conto degli interessi dei destinatari e dei controinteressati”. Il limite temporale è derogabile soltanto ai sensi del comma 2-*bis* dello stesso articolo, allorché il provvedimento autorizzatorio sia stata rilasciato per effetto di dichiarazioni falsi e il reato di falso sia stato accertato con sentenza passata in giudicato. Su questi temi, tra i tanti contributi, si rinvia a M. ALLENA, *L’annullamento d’ufficio. Dall’autotutela alla tutela*, Napoli 2018; C.P. SANTACROCE, *Annullamento d’ufficio e tutela dell’affidamento dopo la legge n. 124 del 2015*, in *Dir. e proc. amm.*, 2017; S. D’ANCONA, *L’annullamento d’ufficio tra vincoli e discrezionalità*, Napoli 2015. Diciotto mesi è anche il termine massimo di sospensione del provvedimento: l’art. 6, c. 1, l. n. 124/2015, ha introdotto all’art. 21-*quater*, c. 1, l. n. 241/1990, il seguente periodo: “la sospensione non può comunque essere disposta o perdurare oltre i termini per l’esercizio del potere di annullamento di cui all’articolo 21-*nonies*”. Sulla nuova disciplina della sospensione, v. M. TRIMARCHI, *La sospensione del provvedimento dopo la legge 7 agosto 2015, n. 124*, in *www.federalismi.it*, 2016.

⁶² M. TRIMARCHI, *L’inesauribilità del potere amministrativo*, Milano 2018.

⁶³ Si tratta, più esattamente, della revoca per “nuova valutazione dell’interesse pubblico originario”, che ai sensi dell’art. 21-*quinquies*, c. 1, l. n. 241/1990, siccome novellato dall’art. 25, c. 1, lett. *b-ter*), l. n. 164/2014, è preclusa con riguardo alle autorizzazioni e ai provvedimenti attributivi di vantaggi economici. Su questa limitazione del potere di revoca e su quella di cui subito si dirà nel testo, v. G. LA ROSA, *Il nuovo volto dell’autotutela decisoria a seguito della l. 164/2014: il privato è davvero più tutelato dal pentimento dell’amministrazione?*, in *Dir. econ.*, 2015, 575 ss. Cfr. ID., *La revoca del provvedimento amministrativo. L’instabilità delle decisioni amministrative tra esigenze di funzionalizzazione e tutela degli interessi privati*, Milano 2013.

⁶⁴ Questo divieto, sempre posto dall’art. 21-*quinquies*, l. n. 241/1990, a differenza di quello relativo alla revoca per *ius poenitendi*, vale per tutti i provvedimenti, ma la sua portata si coglie soprattutto con riguardo ai provvedimenti ad effetti favorevoli, soprattutto in ambito economico.

⁶⁵ Art. 14, c. 2, l. n. 241/1990.

⁶⁶ Lo prevede l’art. 14-*bis*, c. 1, l. n. 241/1990. Come si diceva nel testo, l’intera disciplina della conferenza di servizi è stata riscritta dal d.lgs. n. 127/2016. Il suo svolgimento in forma semplificata e asincrona sembrerebbe essere proprio la regola; infatti la conferenza simultanea dovrebbe essere indetta soltanto, ai sensi del comma 7 dello stesso art. 14-*bis*, “in relazione alla particolare complessità della determinazione da assumere”. Sulla nuova disciplina della conferenza di servizi, v. M. BOMBARDELLI, *La nuova disciplina della conferenza di servizi* in *Giur. it.*, 2016, 2793 ss.; G. VESPERINI, *La nuova conferenza di servizi*, in *Giorn. dir. amm.*, 2016, 578 ss.

⁶⁷ L’istituto dello sportello unico era già previsto da alcune discipline settoriali di assoluta rilevanza pratica, come quella relativa all’edilizia (art. 5, d.P.R. n. 380/2001) e quella relativa all’insediamento delle attività produttive (d.P.R. n. 160/2010). Secondo l’art. 1, c. 1, lett. *m*), d.P.R. n. 160/2010 (come ha previsto

s.c.i.a. condizionata dall'acquisizione, percorrendo la via della conferenza di servizi, di uno o più atti di assenso necessari per lo svolgimento dell'attività.

Vi sono infine anche misure di semplificazione per l'amministrazione procedente, ma indirettamente foriere di 'benefici' per il privato istante: si allude all'introduzione, all'art. 17-bis, dell'istituto del silenzio assenso⁶⁸ tra pubbliche amministrazioni, operante, per quanto qui interessa, allorquando l'autorizzazione, per il cui rilascio il privato abbia presentato istanza, preveda un meccanismo di co-decisione⁶⁹ da parte di due amministrazioni.

3.2. (Segue) ... ed interne (nei decreti attuativi della l. n. 124/2015).

Sono inoltre interessanti alcune misure, dichiaratamente pro libero mercato, collocate all'esterno della l. n. 241/1990 e previste dai decreti attuativi della l. n. 124/2015.

Si pensi, anzitutto, al d.P.R. n. 164/2016⁷⁰, c.d. *fast-track procedures*, secondo cui gli enti territoriali possono individuare⁷¹ dei progetti riguardanti "rilevanti insediamenti

l'art. 38, c. 3, lett. a), d.l. n. 112/2008), lo sportello unico è "l'unico punto di accesso per il richiedente in relazione a tutte le vicende amministrative riguardanti la sua attività produttiva, che fornisce una risposta unica e tempestiva in luogo di tutte le pubbliche amministrazioni, comunque coinvolte nel procedimento". Esso è altresì previsto dall'art. 6, direttiva n. 2006/123/CE. Sul tema dello sportello unico si segnalano i contributi di M. D'ORSOGNA, *Lo sportello unico tra semplificazione e competitività*, in *Nuove aut.*, 2008, 669 ss.; S. TARULLO, *Sportello unico*, in *Enc. dir.*, Ann. I, 2007, 1083 ss.; ID, *Analisi giuridica dello sportello unico*, parte I e parte II, in *Nuove aut.*, 2006, rispettivamente 343 ss. e 735 ss.; G. PIPERATA, *Sportello unico*, in *Diz. dir. pubbl.* (a cura di S. CASSESE), 2006, 5687 ss.; ID, *Lo sportello unico*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2002, 41 ss.

⁶⁸ Art. 17-bis, l. n. 241/1990, ivi introdotto dall'art. 3, l. n. 124/2015: "1. Nei casi in cui è prevista l'acquisizione di assensi, concerti o nulla osta comunque denominati di amministrazioni pubbliche e di gestori di beni o servizi pubblici, per l'adozione di provvedimenti normativi e amministrativi di competenza di altre amministrazioni pubbliche, le amministrazioni o i gestori competenti comunicano il proprio assenso, concerto o nulla osta entro trenta giorni dal ricevimento dello schema di provvedimento, corredato della relativa documentazione, da parte dell'amministrazione procedente. [...] 2. Decorsi i termini di cui al comma 1 senza che sia stato comunicato l'assenso, il concerto o il nulla osta, lo stesso si intende acquisito. [...]. 3. Le disposizioni dei commi 1 e 2 si applicano anche ai casi in cui è prevista l'acquisizione di assensi, concerti o nulla osta comunque denominati di amministrazioni preposte alla tutela ambientale, paesaggistico-territoriale, dei beni culturali e della salute dei cittadini, per l'adozione di provvedimenti normativi e amministrativi di competenza di amministrazioni pubbliche". Sull'operatività di questo istituto nei procedimenti autorizzatori, v. P. MARZARO, *Silenzio assenso tra Amministrazioni: dimensioni e contenuti di una nuova figura di coordinamento 'orizzontale' all'interno della 'nuova amministrazione' disegnata dal Consiglio di Stato*, in www.federalismi.it, 2016.

⁶⁹ Se invece il rilascio dell'autorizzazione fosse subordinato all'acquisizione di più autorizzazione accessorie, ricorrerebbe il modello della conferenza di servizi. Sul tema v. P. MARZARO, *Silenzio assenso*, cit.

⁷⁰ "Regolamento recante norme per la semplificazione e l'accelerazione dei procedimenti amministrativi, a norma dell'articolo 4 della legge 7 agosto 2015, n. 124". Precisa l'art. 1, d.P.R. n. 194/2016 "Il presente regolamento, in applicazione dei principi e criteri direttivi contenuti nell'articolo 4 della legge 7 agosto 2015, n. 124, reca norme per la semplificazione e l'accelerazione di procedimenti amministrativi riguardanti rilevanti insediamenti produttivi, opere di rilevante impatto sul territorio o l'avvio di attività imprenditoriali suscettibili di avere positivi effetti sull'economia o sull'occupazione". Secondo l'art. 4, l. n. 124/2015 "Con regolamento da emanare, ai sensi dell'articolo 17, comma 2, della legge 23 agosto 1988, n. 400, e successive modificazioni, previa intesa in sede di Conferenza unificata di cui all'articolo 8 del decreto legislativo 28 agosto 1997, n. 281, entro centottanta giorni dalla data di entrata in vigore della presente legge, sono dettate norme di semplificazione e accelerazione dei procedimenti amministrativi, sulla base delle seguenti norme

produttivi, opere di rilevante impatto per il territorio o l'avvio di attività imprenditoriali suscettibili di produrre positivi effetti sull'economia o sull'occupazione", per i quali, con decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri, può essere ridotto⁷² fino al cinquanta per cento il termine di conclusione dei procedimenti. L'inosservanza del termine così abbreviato giustifica l'attivazione di un potere sostitutivo⁷³ del Presidente del Consiglio dei Ministri, che *"previa deliberazione del Consiglio dei ministri, può adottare i relativi atti"*.

Si pensi, poi, alla 'mappatura' dei procedimenti relativi alle attività economiche per opera della tabella A allegata al d.lgs. n. 222/2016⁷⁴. Sempreché questa operazione sia intesa come funzionale alla certezza giuridica e non come funzionale all'effettiva semplificazione amministrativa, poiché essa, come si vedrà⁷⁵, non opera alcuna reale revisione dei procedimenti per l'accesso a ciascuna attività economica 'mappata'.

Con riguardo alla presentazione di istanze e segnalazioni, cioè il primo momento di 'contatto' tra operatore economico e pubblica amministrazione, è prevista la predisposizione di *"moduli unificati e standardizzati che definiscono esaustivamente, per tipologia di procedimento, i contenuti tipici e la relativa organizzazione dei dati delle istanze, delle segnalazioni e delle comunicazioni"*. Moduli che l'amministrazione deve predisporre secondo il procedimento previsto dall'art. 2⁷⁶, d.lgs. n. 126/2016. Allo loro

*generali regolatrici della materia: a) individuazione dei tipi di procedimento amministrativo, relativi a rilevanti insediamenti produttivi, a opere di interesse generale o all'avvio di attività imprenditoriali, ai quali possono essere applicate le misure di cui alle lettere c) e seguenti; b) individuazione in concreto da parte del Presidente del Consiglio dei ministri, previa deliberazione del Consiglio dei ministri, nell'ambito dei tipi di procedimento indicati alla lettera a), dei singoli interventi con positivi effetti sull'economia o sull'occupazione per i quali adottare le misure di cui alle lettere c) e seguenti; c) previsione, per ciascun procedimento, dei relativi termini, ridotti in misura non superiore al 50 per cento rispetto a quelli applicabili ai sensi dell'articolo 2 della legge 7 agosto 1990, n. 241, e successive modificazioni; d) per i procedimenti di cui alla lettera b), attribuzione, previa delibera del Consiglio dei ministri, di poteri sostitutivi al Presidente del Consiglio dei ministri o a un suo delegato; e) previsione, per i procedimenti in cui siano coinvolte amministrazioni delle regioni e degli enti locali, di idonee forme di raccordo per la definizione dei poteri sostitutivi di cui alla lettera d) ...". Per un complessivo commento al d.P.R., v. A. POLICE, *Dai silenzi significativi ai poteri sostitutivi. Una nuova dimensione per il dovere di provvedere della p.a.*, in (a cura di A. RALLO e A. SCOGNAMIGLIO) *I rimedi contro la cattiva amministrazione. Procedimento amministrativo ed attività produttive e imprenditoriali*, Napoli 2016, 35-44; E. GIARDINO, *L'individuazione, la semplificazione e l'accelerazione dei procedimenti*, in *Giorn. dir. amm.*, 2017, 26; N. PAOLANTONIO, *L'amministrazione pubblica e la crescita economica: insediamenti produttivi, opere pubbliche e avvio delle attività imprenditoriali*, in www.giustamm.it, 2016; D. VESE, *Sull'efficienza amministrativa in senso giuridico*, Milano 2018, 141-145.*

⁷¹ Art. 2, d.P.R. n. 164/2016. Analogo potere spetta alla Presidenza del Consiglio, che può individuare *"progetti non inseriti nell'elenco di cui al comma 1 o in altro atto di programmazione, la cui realizzazione sia suscettibile di produrre positivi effetti sull'economia o sull'occupazione"*.

⁷² Art. 3, d.P.R. n. 164/2016. Il potere di riduzione è assai discrezionale: *"tale riduzione è consentita, tenendo conto della sostenibilità dei tempi sotto il profilo dell'organizzazione amministrativa, della natura degli interessi pubblici tutelati e della particolare complessità del procedimento"*.

⁷³ Art. 4, d.P.R. n. 164/2016.

⁷⁴ Si rinvia *infra* al capitolo V.

⁷⁵ Spec. *infra*, al cap. V.

⁷⁶ Il procedimento per giungere a questi moduli non è semplice e sono previsti dei poteri sostitutivi allorché gli enti locali non provvedano alla loro predisposizione: *"1. Le amministrazioni statali, con decreto del Ministro competente, di concerto con il Ministro delegato per la semplificazione e la pubblica amministrazione, sentita la Conferenza unificata di cui all'articolo 8 del decreto legislativo 28 agosto 1997, n. 281, adottano moduli unificati e standardizzati che definiscono esaustivamente, per tipologia di procedimento, i contenuti tipici e la relativa organizzazione dei dati delle istanze, delle segnalazioni e delle*

effettiva predisposizione sembra seguire una tendenziale limitazione dei poteri istruttori, giacché, in deroga al principio acquisitivo⁷⁷, con cui il responsabile del procedimento⁷⁸, ai sensi dell'art. 6, l. n. 241/1990, tendenzialmente accerta i fatti, è stato posto ai pubblici uffici il divieto di chiedere all'istante ulteriori documenti rispetto a quelli puntualmente elencati nei moduli⁷⁹.

Tutte le misure indicate in questo paragrafo e nel precedente, almeno nella loro astrattezza, sembrano favorire l'accesso al mercato o la permanenza in esso, in funzione

comunicazioni di cui ai decreti da adottare ai sensi dell'articolo 5 della legge n. 124 del 2015, nonché della documentazione da allegare [...]. Per la presentazione di istanze, segnalazioni o comunicazioni alle amministrazioni regionali o locali, con riferimento all'edilizia e all'avvio di attività produttive, i suddetti moduli sono adottati, in attuazione del principio di leale collaborazione, in sede di Conferenza unificata di cui all'articolo 8 del decreto legislativo n. 281 del 1997, con accordi ai sensi dell'articolo 9 dello stesso decreto legislativo o con intese ai sensi della legge 5 giugno 2003, n. 131, tenendo conto delle specifiche normative regionali.

2. [...] le pubbliche amministrazioni destinatarie delle istanze, segnalazioni e comunicazioni pubblicano sul proprio sito istituzionale i moduli di cui al comma 1. [...].

3. [...] qualora gli enti locali non provvedano alla pubblicazione dei documenti di cui al presente articolo, le regioni, anche su segnalazione del cittadino, assegnano agli enti interessati un congruo termine per provvedere, decorso inutilmente il quale adottano le misure sostitutive, nel rispetto della disciplina statale e regionale applicabile nella relativa materia. In caso di inadempienza della regione si provvede in via sostitutiva ai sensi dell'articolo 8 della legge n. 131 del 2003”.

In passato, v. l'art. 6, c. 2, lett. b), d.l. n. 70/2011, secondo cui “*le pubbliche amministrazioni devono pubblicare sul proprio sito istituzionale l'elenco degli atti e documenti necessari per ottenere provvedimenti amministrativi; altri atti o documenti possono essere richiesti solo se strettamente necessari e non possono costituire ragione di rigetto dell'istanza del privato*”. Tale previsione è stata abrogata dal d.lgs. n. 33/2013, recante “*riordino della disciplina riguardante il diritto di accesso civico e gli obblighi di pubblicità, trasparenza e diffusione di informazioni da parte delle pubbliche amministrazioni*” e, nella sostanza sostituita e sviluppata, dall'art. 35, c. 1, dello stesso d.lgs: “*le pubbliche amministrazioni pubblicano i dati relativi alle tipologie di procedimento di propria competenza. Per ciascuna tipologia di procedimento sono pubblicate le seguenti informazioni [...] d) per i procedimenti ad istanza di parte, gli atti e i documenti da allegare all'istanza e la modulistica necessaria, compresi i fac-simile per le autocertificazioni, anche se la produzione a corredo dell'istanza è prevista da norme di legge, regolamenti o atti pubblicati nella Gazzetta Ufficiale...*”. Al comma 2 si precisa che “*le pubbliche amministrazioni non possono richiedere l'uso di moduli e formulari che non siano stati pubblicati; in caso di omessa pubblicazione, i relativi procedimenti possono essere avviati anche in assenza dei suddetti moduli o formulari. L'amministrazione non può respingere l'istanza adducendo il mancato utilizzo dei moduli o formulari o la mancata produzione di tali atti o documenti, e deve invitare l'istante a integrare la documentazione in un termine congruo*”. Analoghe previsioni erano collocate nell'art. 57, d.lgs. n. 82/2005, codice dell'amministrazione digitale. Anch'esse sono state abrogate dal d.lgs. n. 33/2013. Su tale art. 57 e, più in generale, sulla presentazione dell'istanza mediante moduli disponibili on line, v. A. MASUCCI, *Procedimento amministrativo e nuove tecnologie. Il procedimento amministrativo elettronico ad istanza di parte*, Torino 2011, spec. 15 ss.

⁷⁷ E. CARLONI, *Le verità amministrative. L'attività conoscitiva pubblica tra procedimento e processo*, Milano 2011, spec. 141-198; P. LAZZARA, *I procedimenti amministrativi*, 67 ss. In passato, per un approfondimento, F. LEVI, *L'attività conoscitiva della pubblica Amministrazione*, Torino 1967.

⁷⁸ Sono ancora in buona parte attuali le riflessioni di M. RENNA, *Il responsabile del procedimento a (quasi) dieci anni dall'entrata in vigore della legge n. 241*, in *Dir. amm.*, 2000, 505 ss.

⁷⁹ Secondo l'art. 2, c. 4, d.lgs. n. 126/2016, “*l'amministrazione può chiedere all'interessato informazioni o documenti solo in caso di mancata corrispondenza del contenuto dell'istanza, segnalazione o comunicazione e dei relativi allegati a quanto indicato nel comma 2. È vietata ogni richiesta di informazioni o documenti ulteriori rispetto a quelli indicati ai sensi del comma 2, nonché di documenti in possesso di una pubblica amministrazione*”. Aggiunge il comma successivo, così da indurre i funzionari e non richiedere integrazioni istruttorie, che “*la richiesta di integrazioni documentali non corrispondenti alle informazioni e ai documenti pubblicati costituiscono illecito disciplinare punibile con la sospensione dal servizio con privazione della retribuzione da tre giorni a sei mesi*”.

dello sviluppo economico, così da ridefinire i rapporti tra autorità amministrativa e libertà economica, di regola in favore⁸⁰ della seconda e talora a scapito della più effettiva tutela degli interessi pubblici antagonisti al libero mercato.

Questi ultimi, infatti, potrebbero subire una dequotazione, soprattutto se gli apparati burocratici, in ragione dell'inefficienza che spesso li caratterizza, non riuscissero a gestire adeguatamente i procedimenti di controllo e la loro eventuale concentrazione. Sennonché un tale rischio di dequotazione degli interessi parrebbe accettato dal disegno politico di *competition advocacy*: in questo momento storico i benefici della concorrenza, intesa come strumento di benessere economico collettivo e di sua più efficiente distribuzione sociale, sono forse stimati maggiori di quelli conseguenti alla tutela di certi interessi.

4. *La 'pigrizia' del legislatore italiano: il problema della mancata revisione dei procedimenti burocratici per l'avvio di ciascuna attività economica privata: rinvio al capitolo V.*

S'intende fin da ora sollevare un fondamentale problema: le scelte interne sembrano, sotto uno specifico profilo, insufficienti per raggiungere il proprio dichiarato obiettivo di politica economica: è finora mancata - come dimostra, da ultimo, l'operazione di 'mappatura' dei procedimenti per opera della tabella A, allegata al d.lgs. n. 222/2016 - una reale e completa revisione dei procedimenti amministrativi previsti dalle leggi settoriali per

⁸⁰ Nell'evidenziare le profonde e recenti linee di trasformazione del diritto amministrativo, anche in risposta alla crisi economica, rileva M. DE BENEDETTO, *Diritto amministrativo e crescita economica*, in *Dir. econ.*, 2014, 193, che "è profondamente mutato il rapporto che intercorre tra autorità e libertà. Si consolida un approccio post-crociano all'idea di libertà dell'individuo nei riguardi del potere pubblico, una libertà che non può essere confinata nei limiti della libertà civile e politica ma che deve estendersi anche alla libertà economica: il dirigisme precedente mal si alloca ormai in un contesto di rule of law". Secondo M. CLARICH, *Autorizzazioni e concessioni: presidi dell'interesse pubblico o barriere all'accesso al mercato?*, in *Dir. econ.*, 2015, 20, "siamo di fronte a un cambiamento profondo nei rapporti, da un lato, tra stato e mercato e, da un altro, tra diritti di natura economica e cura dell'interesse pubblico. Si va affermando l'idea che il diritto d'impresa prevale come principio, in quanto la cura di alcuni interessi pubblici può avvenire, ma deve essere calibrata e commisurata secondo un criterio di rigida proporzionalità al diritto stesso, che diventa quasi prevalente in queste situazioni". Mentre P. MARZARO, *Silenzio assenso*, cit., 10, parla "di concezione di 'nuova amministrazione' - che non pare animata da quella pluralità di interessi pubblici e privati che caratterizza tipicamente l'azione della p.a.; essa si contraddistingue, invece, per una riduzione, semplificazione/contrapposizione tra diritti della persona e dell'impresa e dirigismo burocratico, necessità degli apparati, mera gestione delle funzione"; e rileva che "in un quadro del genere, nel quale risulta ridotta (semplificata) quella complessità sostanziale del sistema nel quale l'Amministrazione tipicamente agisce [...], ne viene dunque quasi giocoforza che l'interesse - pubblico - alla competitività, al funzionamento del mercato, come risultante del soddisfacimento degli interessi privati delle imprese, acquisti uno spessore particolare, al punto da assumere i tratti dell'interesse primario - e non più solo dell'interlocutore primario dell'Amministrazione - nell'assetto delineato a monte dal legislatore". Si condivide comunque il monito di M. D'ALBERTI, *Il diritto amministrativo tra imperativi economici e interessi pubblici*, in *Dir. amm.*, 2008, 51 ss., secondo cui - così l'Autore conclude il proprio saggio, assegnando uno specifico compito al diritto amministrativo - "il diritto amministrativo è chiamato a realizzare l'equilibrio fra imperativi economici e altri valori: con la legislazione, primaria e subordinata, con l'attività delle amministrazioni pubbliche specializzate, con l'opera dei giudici".

l'accesso a ciascuna attività economica, quantunque questa revisione, ancora nel 2006, fosse stata imposta dal diritto europeo derivato in tema di servizi⁸¹.

Il legislatore è stato ancora una volta pigro⁸². A suo credito si potrebbe forse sostenere che una revisione completa è di sicuro un'operazione assai laboriosa⁸³: perché essa presuppone un intervento sulle numerose e disorganiche discipline settoriali, tramite una nuova selezione e un nuovo bilanciamento di tutti gli interessi in gioco ed inerenti ciascuna attività economica.

Il risultato potrebbe essere una reale semplificazione amministrativa, tramite una regolazione di maggiore qualità, in termini di chiarezza e organicità⁸⁴, e tramite lo stralcio o la modifica di alcuni requisiti (superflui, ma ora e da tempo richiesti dalla legge) da possedere per l'accesso a ciascuna attività economica. Oppure tramite il passaggio a controlli successivi all'avvio dell'attività, secondo il modello della s.c.i.a., in luogo di quelli preventivi, fondati sul più tradizionale modello autorizzatorio; oppure, laddove operi quest'ultimo modello, prevedendo il silenzio assenso.

Ma questa 'pigrizia', per quanto rilevante e sulla quale si tornerà in più occasioni nel presente lavoro, specialmente nell'ultimo capitolo, dedicato all'operazione di mappatura dei procedimenti per opera della tabella A allegata al d.lgs. n. 222/2016, non sembra compromettere il più complessivo e attuale disegno di politica economica, spesso tutto interno, di 'riduzione, rimodulazione o accelerazione' del potere pubblico.

Semmai lo rende meno effettivo, proprio per la mancata reale semplificazione dei procedimenti amministrativi, sul piano del modello di controllo cui è sottoposta la singola attività economica e su quello dei requisiti da possedere per avviarla. Ma la colpa non è degli apparati burocratici: è principalmente della politica. I primi, però, la palesano: è con essi che gli operatori economici quotidianamente entrano in contatto e spesso in conflitto; sono infatti gli apparati ad applicare la disciplina sull'accesso al mercato, combinando leggi generali e settoriali oppure leggi statali e regionali.

5. Ancora sul 'valore' dell'interesse generale al libero mercato e sul suo bilanciamento politico con gli altri interessi. L'errore di ritenerlo automaticamente prevalente.

⁸¹ Secondo l'art. 5, § 1, direttiva n. 2006/123/CE, "gli Stati membri esaminano le procedure e le formalità relative all'accesso ad un'attività di servizi ed al suo esercizio. Laddove le procedure e formalità esaminate ai sensi del presente paragrafo non sono sufficientemente semplici, gli Stati membri le semplificano". Una revisione, benché soltanto parziale, è avvenuta per opera del d.lgs. n. 59/2010. Tant'è che la dottrina ha parlato di recepimento addirittura "finto": B.G. MATTARELLA, *La scia, ovvero dell'ostinazione del legislatore pigro*, in *Giorn. dir. amm.*, 2010, 1329. Altrettanto criticamente F. FRACCHIA, *L'amministrazione come ostacolo*, in *Dir. econ.*, 2013, 361, parla di "poco slancio" nel recepimento della direttiva; cfr. N. LONGOBARDI, *Liberalizzazioni*, cit., spec. 608 ss.

⁸² Si deve l'aggettivo a B.G. MATTARELLA, *La scia*, cit., 1330.

⁸³ Rilevano M. CLARICH e B.G. MATTARELLA, *Un nuovo sistema regolatorio*, cit., 370: "il rimedio principale al disordine normativo è il riordino, che può essere operato solo attraverso un paziente lavoro di codificazione sulla legislazione di settore", aggiungendo, anche sulla base dell'esempio francese: "è comunque un lavoro lungo e faticoso".

⁸⁴ Anche su questi specifici temi v. *infra* cap. V.

Resta comunque incerto se effettivamente tutte queste misure, dichiaratamente proconcorrenziali, nel momento della loro pratica applicazione per opera degli apparati burocratici, realizzino pienamente la propria finalità politico-economica: è una questione di loro effettività⁸⁵ e di loro idoneità a conformare, in senso concorrenziale, i processi economici.

I test di concorrenzialità e di adeguatezza al fine delle politiche pubbliche sono operazioni proprie dell'analisi economica del diritto pubblico, se non riservate alle scienze economiche; e comunque sono operazioni complesse e da svolgere, perché possano essere piuttosto attendibili sul piano dell'econometria, prendendo come riferimento un certo arco temporale di operatività delle norme in esame. Su tali test⁸⁶ si tornerà nel prossimo paragrafo.

Occorre intanto richiamare i risultati dell'analisi che si svolgerà - nell'ultimo capitolo della presente ricerca⁸⁷ e secondo logiche propriamente giuridiche - sulla 'mappatura', per opera della tabella A allegata al d.lgs. n. 222/2016, dei procedimenti relativi alle attività economiche private. I risultati dell'analisi potrebbero apparentemente essere sconcertanti, tanto da rendere superflui i test in questione: l'analisi consentirà infatti di affermare che -

⁸⁵ Cfr. le riflessioni di L. LORENZONI, *I controlli pubblici sull'attività dei privati e l'effettività della regolazione*, in *Dir. pubbl.*, 2017, 779 ss.

⁸⁶ Per compiere tali valutazioni, come si vedrà nel prossimo paragrafo, esistono pure strumenti istituzionali, ancorché generali e non riservati esclusivamente all'aspetto concorrenziale della legislazione, come l'"analisi dell'impatto della regolamentazione" (a.i.r.) e la "verifica dell'impatto della regolamentazione" (v.i.a.), istituiti previsti dall'art. 14, l. n. 246/2005. Occorre comunque ricordare che l'art. 6, l. n. 180/2011, ha inserito al comma 1 dell'art. 14, cit. il seguente periodo "nella individuazione e comparazione delle opzioni le amministrazioni competenti tengono conto della necessità di assicurare il corretto funzionamento concorrenziale del mercato e la tutela delle libertà individuali". L'art. 14 è stato da ultimo attuato col d.p.c.m., 15 settembre 2017, n. 169, recante "disciplina sull'analisi dell'impatto della regolamentazione, la verifica dell'impatto della regolamentazione e la consultazione". Sull'analisi di impatto della regolazione, *regulatory impact analysis*, r.i.a., con riguardo alle misure pubbliche di disciplina dell'economia e in termini globali, v. M. D'ALBERTI, *Poteri pubblici*, cit., 52-56 e 94-97. Si ricordi in proposito che è stato previsto anche un apposito istituto per, tra l'altro, rimuovere *ex post* le ingiustificate misure anticoncorrenziali: la "legge annuale per il mercato e la concorrenza", ai sensi dell'art. 47, l. n. 99/2009. Tale legge dovrebbe altresì rappresentare un mezzo per tradurre in misure concrete il ruolo di *advocacy* dell'A.g.c.m.. In particolare essa dovrebbe contenere "norme di immediata applicazione, al fine, anche in relazione ai pareri e alle segnalazioni dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato, espressi ai sensi degli articoli 21, 22 e 23 della legge 10 ottobre 1990, n. 287, nonché alle indicazioni contenute nelle relazioni annuali dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni e delle altre autorità amministrative indipendenti, di rimuovere gli ostacoli all'apertura dei mercati, di promuovere lo sviluppo della concorrenza, anche con riferimento alle funzioni pubbliche e ai costi regolatori condizionanti l'esercizio delle attività economiche private, nonché di garantire la tutela dei consumatori" (comma 2, lett. a); come pure dovrebbe contenere "disposizioni recanti i principi fondamentali nel rispetto dei quali le regioni e le province autonome esercitano le proprie competenze normative, quando vengano in rilievo profili attinenti alla tutela della concorrenza, ai sensi dell'articolo 117, secondo comma, lettera e), della Costituzione" (comma 2, lett. d). Sull'analisi e sulla valutazione di impatto della regolazione si possono acquisire moltissime informazioni nel sito www.osservatorioair.it, ove oltretutto è criticamente segnalata la giurisprudenza, anche straniera, sul tema. Si ricorda infine che l'art. 12, l. n. 229/2003, impone a tutte le autorità indipendenti l'obbligo di adottare forme di a.i.r. "per l'emanazione di atti di competenza e, in particolare, di atti amministrativi generali, di programmazione o pianificazione, e, comunque, di regolazione" e di trasmetterle al Parlamento.

⁸⁷ *Infra* capitolo V, spec. § 1-3.

attualmente e nell'ordinamento interno - la libertà (assoluta) dal potere burocratico di controllo sull'accesso al mercato, la c.d. opzione zero⁸⁸, con conseguente massima espansione della libertà economica, sembra essere un'eccezione, un fenomeno residuale, se non perfino un 'mito' giuridico. La presenza del potere burocratico di controllo, per converso, sembra essere la regola.

Ma valutare soltanto sulla base di questi dati, ancorché senz'altro giuridici, l'adeguatezza del rapporto tra libero mercato e le più recenti politiche nazionali di regolazione economica sull'accesso al mercato - e del sistema che esse, se coordinate, creano - sembrerebbe davvero semplicistico.

Anzi: si tratterebbe di una prospettiva originariamente falsata, che potrebbe condurre a ragionare secondo un'immobile gerarchia di interessi, con al suo vertice la concorrenza. Una prospettiva che, per giunta, si fonderebbe su una petizione di principio ideologico-liberista: sull'assunto che la semplice presenza di un controllo burocratico, anche se successivo all'avvio dell'attività, sarebbe intollerabile. Come a dire che, siccome le politiche pubbliche, coerentemente all'ordine concorrenziale del mercato, devono considerare e tutelare l'interesse generale al libero mercato, tutti gli altri interessi generali inerenti ad una stessa attività economica e antagonisti al mercato dovrebbero essere tendenzialmente recessivi. Un fenomeno, insomma, di loro generalizzato (e soltanto ideologico) disvalore, che condurrebbe a preferire l'opzione zero.

Questa prospettiva, più precisamente, è falsata per più ragioni.

Come si è visto, in termini davvero generali, la concorrenza presuppone una regolazione normativa: perché è una forma di ordine giuridico (e non naturale) dei mercati: un ordine politicamente scelto. E la presenza di controlli e limitazioni di diritto pubblico, aventi a oggetto le attività economiche, è diretto precipitato di siffatta regolazione complessiva del mercato. Sicché l'opzione zero sarebbe, per molti aspetti, una rinuncia ad ordinare giuridicamente il mercato, confidando intanto in un suo ordine (concorrenziale e) spontaneo.

In secondo luogo, la presenza di controlli burocratici appare indispensabile per tutelare quella molteplicità di interessi pubblici antagonisti al libero mercato - molti dei quali, come la tutela della salute, del patrimonio culturale e dell'ambiente o la sicurezza nei luoghi di lavoro, trovano sicuro ancoraggio costituzionale - che potrebbero essere lesi dall'esercizio (incontrollato) di attività economiche. Anche perché, se queste regole difettassero, sarebbe assai difficile 'internalizzare' le esternalità negative proprie di molte attività economiche. Tali esternalità sarebbero infatti ingiustamente scaricate sulla collettività, soprattutto sulle generazioni future: e alimenterebbero processi naturali irreversibili e comunque si risolverebbero in un rilevante costo sociale⁸⁹. Il principio dello sviluppo sostenibile

⁸⁸ Sul diverso fenomeno delle c.d. 'zone a burocrazia zero', v. il contributo di E. FREDIANI, *Liberalizzazione e incertezza delle regole: la vicenda delle zone a burocrazia zero*, in *Dir. soc.*, 2014, 653 ss.

⁸⁹ E spetterebbe sempre ai pubblici poteri (e alle casse erariali) attuare politiche per rimediare a questo fenomeno. E le risorse necessarie per queste politiche sono di regola recuperate tramite il sistema fiscale. Il che, soprattutto se l'imposizione non colpisce soltanto chi genera l'esternalità negativa, potrebbe essere contrario ai più basilari principi costituzionale, tra tutto quello solidaristico di cui all'art. 2 Cost. Principio su

perderebbe così ogni sua auspicabile effettività: e lo sviluppo economico sarebbe ‘insostenibile’⁹⁰.

A fronte di questi elementi, sembra evidente che il libero mercato non è quasi mai l’unico interesse generale in gioco: è un interesse generale con un attuale alto ‘valore’; ma è uno dei tanti interessi e da bilanciare in sede politica. Inoltre, secondo il recente insegnamento della Corte costituzionale⁹¹, non sembra comunque possibile individuare un interesse generale, sempre gerarchicamente superiore agli altri, nemmeno tra quelli costituzionalmente tutelati. Tutti gli interessi in gioco devono quindi essere bilanciati al momento politico della scelta del modello di controllo e non è detto che quello al libero mercato⁹² debba prevalere sugli altri e condurre all’opzione zero, alla radicale eliminazione/riduzione del controllo pubblico. Anzi, di regola questo non avviene.

In terzo luogo, sovengono dei dati di diritto positivo europeo: il diritto europeo derivato, che più di tutti è stato recentemente enfatizzato⁹³ come modello concorrenziale, cioè la direttiva n. 2006/123/CE, non impone ai diritti nazionali alcuna radicale immunità dal controllo pubblico delle attività economiche private. Questa direttiva ha quale proprio principale ‘bersaglio’ soltanto i regimi autorizzatori, cioè i controlli preventivi all’avvio dell’attività economica privata, che sono ammessi esclusivamente laddove l’attività inerisca a motivi imperativi d’interesse generali, e laddove questi non possano ricevere una tutela altrettanto efficace con un controllo successivo. Così che il problema è relativo alla scelta del modello di controllo burocratico da utilizzare, al *quomodo* del controllo, non alla sua presenza, al suo *an*.

cui la più accorta dottrina, tra l’altro, fonda non a caso il principio dello sviluppo sostenibile: F. FRACCHIA, *Lo sviluppo sostenibile*, cit. *passim*.

⁹⁰ E. GIOVANNINI, *L’utopia sostenibile*, cit., 3-26 e 76 ss.

⁹¹ Emblematica è in proposito la sentenza 9 maggio 2013, n. 85, in www.cortecostituzionale.it, sul caso Ilva di Taranto: “*tutti i diritti fondamentali tutelati dalla Costituzione si trovano in rapporto di integrazione reciproca e non è possibile pertanto individuare uno di essi che abbia la prevalenza assoluta sugli altri. La tutela deve essere sempre «sistemica e non frazionata in una serie di norme non coordinate ed in potenziale conflitto tra loro» (sentenza n. 264 del 2012). Se così non fosse, si verificherebbe l’illimitata espansione di uno dei diritti, che diverrebbe “tiranno” nei confronti delle altre situazioni giuridiche costituzionalmente riconosciute e protette, che costituiscono, nel loro insieme, espressione della dignità della persona*”. Precisa inoltre la Corte che “*la Costituzione italiana [...] 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*” (§ 9). Per un commento alla sentenza, V. ONIDA, *Un conflitto tra poteri sotto la veste di questione di costituzionalità: amministrazione e giurisdizione per la tutela dell’ambiente*, in www.rivistaaic.it, 2013.

⁹² Come visto nel precedente paragrafo, gli stessi Trattati europei ammettono deroghe alla disciplina sulla concorrenza, sul presupposto che il benessere collettivo possa essere raggiunto diversamente.

⁹³ Sono frequenti le formule “*anche sulla base dei principi del diritto dell’Unione europea relativi all’accesso alle attività di servizi*” (art. 1, c. 1, d.lgs. n. 222/2016) nei più recenti dati positivi di diritto interno che si occupano del regime amministrativo delle attività economiche private. Anche nella legge Madia: “*...dei principi del diritto dell’Unione europea relativi all’accesso alle attività di servizi*” (art. 5, c. 1).

Anche i Trattati europei, nel sancire le singole libertà economiche di circolazione, contemplano la tutela (e la prevalenza) di numerosi interessi pubblici antagonisti al libero mercato⁹⁴; interessi che dunque consentono agli Stati membri di derogare, nel rispetto del principio di proporzionalità, alle libertà di circolazione, purché ciò non si risolva in (vietate) misure protezionistiche, di tutela degli operatori nazionali dalle pressioni concorrenziali.

Talvolta la Corte di giustizia dell'Unione europea⁹⁵ ha ritenuto contrari al diritto europeo dei regimi amministrativi interni (non autorizzatori e fondati su dichiarazioni di inizio attività), perché ritenuti inidonei a tutelare certi interessi pubblici sensibili. Talora è lo stesso diritto europeo derivato⁹⁶, relativo a certi mercati armonizzati, a subordinare direttamente l'avvio dell'attività economica a regimi autorizzatori, così vincolando gli Stati membri ad introdurli o a mantenerli nei rispettivi diritti interni.

Non vi è quindi, neppure a livello europeo⁹⁷, alcun elemento che sembra essere davvero capace di giustificare l'assenza di ogni controllo burocratico sull'accesso al mercato, pure se successivo: se un'attività economica, secondo dati empirici ed oggettivi, incide sull'ambiente, sulla salute o comunque potrebbe essere altrice di pericoli per la collettività sul piano della sicurezza e dell'ordine pubblico, non sembra pensabile che ciò sia trascurato dalla volontà pubblica al momento della scelta del modello di controllo cui assoggettarla e della fissazione dei requisiti per svolgerla: lo sviluppo deve essere sostenibile e deve essere raggiunto un equilibrio socialmente accettabile tra libertà economica e interessi pubblici.

In una prospettiva più ampia, l'opzione zero, in teoria giuridicamente possibile, pare impedita - e questo elemento sembra in grado di assorbire tutti quelli finora cennati - dalla

⁹⁴ Art. 36 TFUE, con riguardo alle eccezioni alla libera circolazione delle merci: eccezioni giustificate da “*motivi di moralità pubblica, di ordine pubblico, di pubblica sicurezza, di tutela della salute e della vita delle persone e degli animali o di preservazione dei vegetali, di protezione del patrimonio artistico, storico o archeologico nazionale, o di tutela della proprietà industriale e commerciale*”; artt. 52 e 62 TFUE con riguardo alle eccezioni alla libertà di stabilimento e alla libera prestazioni di servizi: eccezioni giustificate da “*motivi di ordine pubblico, di pubblica sicurezza e di sanità pubblica*”. In proposito, M. LOTTINI, *Il mercato europeo. Profili pubblicistici*, Napoli 2010, 173 ss., che evidenzia come la giurisprudenza della Corte di giustizia, con riguardo agli interessi indicati dal Trattato - e in grado di giustificare la limitazione delle libertà economiche - sia caratterizzata e da tendenze restrittive (spec. p. 179-180), e da tendenze espansive (spec. 180 ss.); fenomeno quest'ultimo definito di *spill over*. Semmai, come si accennerà alla fine del paragrafo, il problema sta nel ‘come’ (non nell’*an*), cioè con quali forme e garanzie, lo Stato possa limitare le libertà economiche europee.

⁹⁵ Sez. II, 6 novembre 2008, C-381/07, in *www.curia.europa.eu*. Il caso riguarda l'attivazione di imprese che, tramite le loro acque reflue, potrebbero scaricare sostanze inquinanti nell'ambiente idrico. Il diritto francese, in violazione di quello europeo, non avere sempre sottoposto a regimi autorizzatori tale scarico.

⁹⁶ Si pensi alle direttive europea in tema di mercato creditizio e delle assicurazioni, in tema di immissione in commercio di medicinali (art. 40, direttiva n. 2001/83) e di organismi geneticamente modificati, o.g.m.

⁹⁷ Non sembra quindi affatto necessario ricorrere alla teoria dei c.d. ‘controlimiti’ al diritto europeo, perché già quest'ultimo sembra, in più occasioni, considerare altri valori (che si risolvono nei motivi imperativi d'interesse generali) prevalenti a quello del (totalmente) libero mercato. Sulla teoria dei c.d. ‘controlimiti’ v., tra le pronunce fondamentali, la sentenza della Corte costituzionale, 22 ottobre 2014, n. 238, con nota di M. BRANCA, *Il punto sui controlimiti*, in *Giur. cost.*, 2014, 3899 ss. Meno di recente v. M.G. PULVIRENTI, *Intangibilità del giudicato, primato del diritto comunitario e teoria dei controlimiti costituzionali*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2009, 341 ss.; S. VALAGUZZA, *La teoria dei controlimiti nella giurisprudenza del Consiglio di Stato: la primauté del diritto nazionale*, in *Dir. proc. amm.*, 2006, 816 ss. Meno di recente, cfr. M. CARTABIA, *Principi inviolabili e integrazione comunitaria*, Milano 1995.

decisione economica di sistema interna e europea: dai vincoli costituzionali interni e dai vincoli europei, anche al loro più alto livello: dall'art. 3, § 3, TUE, che, positivizzando il pensiero ordoliberal⁹⁸, qualifica come “*sociale*” l'economia di mercato e parla “*di tutela e di miglioramento della qualità dell'ambiente*” e di “*sviluppo sostenibile dell'Europa*”, rifiutando così ogni fondamentalismo liberista.

Quanto in precedenza sostenuto sul libero mercato come ‘valore’ sempre da bilanciare con altri interessi sembra trovare una conferma. All'attività d'impresa, per definizione egoistica, ineriscono molteplici interessi pubblici e sensibili: ciò giustifica i controlli pubblici e non può legittimamente essere trascurato dalle politiche pubbliche, malgrado l'ordine giuridico del mercato sia concorrenziale.

Libero accesso al mercato e sostenibilità dello sviluppo devono quindi raggiungere un equilibrio⁹⁹ socialmente accettabile e la presenza di appositi poteri di controllo burocratici, attribuiti agli apparati con scelte politiche, e di requisiti da possedere per lo svolgimento dell'attività dovrebbe giovare ad assicurarlo. Ma naturalmente spetta alla politica trovare questo equilibrio nel dettare la disciplina dei modelli di controllo, nel definirne l'ambito di operatività e nel dettare i requisiti da possedere per lo svolgimento di ciascuna attività economica.

6. Il vero problema: non l'an, ma il quomodo del controllo burocratico. Il sindacato giurisprudenziale sulle scelte nazionali come rimedio reactive (rinvio al capitolo IV). L'analisi di impatto della regolazione come rimedio proactive.

Semmai il vero problema - una volta appurato che il totale libero accesso al mercato è generalmente intollerabile ed incompatibile pure con la decisione di sistema europea - sembra stare, come testé accennato relativamente alla direttiva n. 2006/123/CE, nel

⁹⁸ Sul punto si rinvia al pensiero, più volte in precedenza ricordato in nota, di M. LIBERTINI, voce *Concorrenza*, cit., spec. 203 ss. È interessante notare che secondo F. DE LEONARDIS, *Economia circolare*, cit., 190, “*il tema dell'economia circolare sembra dare nuova linfa alla concezione di chi [l'Autore in nota allude in particolare al pensiero di Alberto Lucarelli] da tempo ha auspicato il passaggio dell'Unione Europea da una dimensione mercantile ad un'altra più ampia di carattere politico-sociale ma, appunto, non solo. Si tratta di prendere consapevolezza che il sistema europeo sta lentamente ma progressivamente virando da un diritto costruito esclusivamente a tutela dei mercati e della concorrenza ad un diritto che si occupa anche di diritti fondamentali, di correzione delle disuguaglianze (si pensi al principio di coesione politico territoriale di cui all'art. 36 Carta dei diritti fondamentali e nell'art. 14 TFUE) e, appunto, di tutela dell'ambiente*”.

⁹⁹ Comunque assai difficile da raggiungere: come rilevato in dottrina, M. RAMAJOLI, *Liberalizzazioni*, cit., parlando di liberalizzazioni, il rapporto tra utilità sociale/interessi pubblici potenzialmente lesi delle attività d'impresa e libertà economica/interessi privati si presenta come un “*dilemma*” (p. 518 e 526) oppure come un “*rebus*” (p. 529) o ancora come un “*conflitto irrisolvibile*” (p. 521). La Corte costituzionale, nella sentenza 270/2010, cit. § 8.2, ha rilevato, nel trattare del bilanciamento tra tutela della concorrenza e utilità sociale, che l'art. 41 Cost., “*stabilendo che l'iniziativa economica privata non può svolgersi in contrasto con l'utilità sociale ed in modo da recare danno alla sicurezza, alla libertà ed alla dignità umana, e prevedendo che l'attività economica pubblica e privata può essere indirizzata e coordinata a fini sociali*”, consente una regolazione strumentale a garantire la tutela anche di interessi diversi rispetto a quelli correlati all'assetto concorrenziale del mercato garantito”. Sul tema cfr. L. DELLI PRISCOLI, *Il limite dell'utilità sociale nelle liberalizzazioni*, in *Giur. comm.*, 2014, 352 ss.

quomodo del controllo¹⁰⁰: con ‘quali’ specifici procedimenti burocratici di controllo (preventivi oppure successivi all’avvio dell’attività economica) e garanzie per gli operatori economici, in termini di prevedibilità dell’esercizio del potere di controllo e di requisiti da possedere per l’avvio dell’attività, tutelare certi interessi pubblici antagonisti al libero mercato.

Altro problema, strettamente collegato al primo, sono i mezzi di effettiva giustiziabilità dell’inadeguatezza¹⁰¹ - soprattutto in termini di ingiustificata, perché non proporzionata al fine perseguito, limitazione della libertà economica - del modello di controllo burocratico e dei requisiti stabiliti dal diritto interno, con riguardo alle singole attività economiche. Inadeguatezza che potrebbe tradursi in una violazione del diritto europeo¹⁰², che, in particolare, ammette controlli preventivi all’accesso al mercato a rigorose condizioni e secondo il principio di proporzionalità: vietando controlli e discipline sostanziali dell’attività economica, che restringono la libertà economica oltre quanto strettamente necessario per tutelare uno e più interessi pubblici antagonisti al libero mercato.

Resta il fatto che l’intrinseca politicità della scelta nazionale, oltreché l’indeterminatezza e la costante evoluzione¹⁰³ dei motivi imperativi d’interesse generale, che consentono di limitare la libertà economica, potrebbe rendere difficile, o quantomeno imprevedibile¹⁰⁴, il sindacato¹⁰⁵ della Corte di giustizia¹⁰⁶ dell’Unione europea sulle scelte restrittive nazionali; tanto più se queste sono fondate su interessi ‘sensibili’, come la tutela della salute o dell’ordine pubblico, che giustificano una maggiore autonomia regolatoria nazionale. Non sembra immune da questi profili critici pure il sindacato della Corte

¹⁰⁰ S. TORRICELLI, *Libertà economiche europee e regime del provvedimento amministrativo nazionale*, Rimini 2013, 58, secondo cui “*il problema non è quello degli interessi tutelati e della loro astratta meritevolezza, ma di come quegli interessi sono perseguiti: nel modo più semplice e meno oneroso, per esempio, attraverso una mera dichiarazione*”.

¹⁰¹ Valutare siffatta inadeguatezza implica anzitutto chiedersi se, a fronte degli interessi pubblici in gioco, sarebbe stato davvero più adeguato, per la loro efficace tutela, un controllo di tipo successivo in luogo di un controllo autorizzatorio. Come pure qual è il livello di tutela che richiede il motivo imperativo d’interesse generale (o i motivi) inerente all’attività economica in questione; e comunque se risultati davvero inerente alle stesse attività un motivo imperativo d’interesse generale. La giustiziabilità in parola presuppone la possibilità, per il giudice, di rispondere a siffatti quesiti: il rischio è che sia il giudice, in luogo del legislatore, a stabilire la gerarchia degli interessi, con riguardo a ciascuna attività economica privata.

¹⁰² Si allude in particolare alla tendenziale riduzione dei regimi autorizzatori, secondo gli artt. 9 ss. della direttiva n. 2006/123/CE.

¹⁰³ Cfr. M. LOTTINI, *Il mercato europeo*, cit., 173 ss.

¹⁰⁴ Sul tema, in generale, v. i contributi raccolti in M.A. SANDULLI e F. FRANCIOSI (a cura di) *Principio di ragionevolezza delle decisioni giurisdizionali e diritto alla sicurezza giuridica*, Napoli 2018.

¹⁰⁵ In proposito sembra ottimista S. TORRICELLI, *Libertà economiche*, cit., 63, secondo cui la Corte di giustizia “*giudica pienamente non solo se la misura [la scelta interna di sottoporre una determinata attività a un regime autorizzatorio, n.d.r.] è ragionevolmente proporzionata, nel rispetto del merito della scelta dello Stato, ma, con l’assistenza della Commissione, individua senza limiti una serie di altri parametri per il confronto, su cui verificare l’esistenza o meno della prova della necessità del regime autorizzatorio*”. L’Autore muove dal presupposto (p. 62) che “*non è rimessa a una valutazione riservata del legislatore la scelta del sistema idoneo a proteggere l’interesse pubblico; occorre verificare in concreto se i due strumenti prefigurati dalla direttiva possano considerarsi equivalenti*”, seguendo gli orientamenti della Corte di giustizia.

¹⁰⁶ Adita di regola della Commissione europea (o ad uno Stato membro), tramite il ricorso per infrazione; oppure adita dai giudici nazionali, tramite il rinvio pregiudiziale, ai sensi dell’art. 267 TFUE.

costituzionale, quando, nei giudizi di legittimità costituzionale in via principale¹⁰⁷, essa valuta se, ai sensi dell'art. 117, c. 1, Cost., la potestà legislativa è stata esercitata nel rispetto “*dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario*”. Come pure ne risente il sindacato (diffuso) di conformità al diritto europeo del diritto interno svolto da ciascun giudice nazionale; sindacato che, in ragione del primato del diritto europeo, potrebbe condurre alla disapplicazione¹⁰⁸ di quello interno, ai fini della risoluzione del caso concreto.

Nella quarta parte del presente studio, cui si demanda, si cercherà di ordinare il materiale giurisprudenziale europeo, che si è occupato delle scelte nazionali in ordine ai controlli burocratici e alle restrizioni nazionali sull'accesso al mercato, così da valutare in che termini e con quali modalità la Corte di giustizia abbia reso effettivi i vincoli europei all'autonomia regolatoria nazionale e la gerarchia di interessi che tali vincoli sottende.

Occorre intanto sottolineare che la giurisprudenza europea o nazionale, laddove censura la disciplina sull'accesso al mercato, perché ingiustificatamente restrittiva della libertà economica ed in contrasto con l'ordinamento europeo, rappresenta un rimedio “*di tipo reactive, ex post*”¹⁰⁹, e di carattere asistematico e casuale.

Esistono, invece, degli appositi strumenti istituzionali per svolgere, in modo preventivo e sistematico, i test di concorrenzialità, di cui si diceva nel precedente paragrafo, con l'obiettivo di risolvere ‘a monte’, in seno al procedimento legislativo o regolamentare, eventuali criticità delle misure di regolazione dell'economia e, soprattutto, di tendere alla *better regulation* dei mercati.

Si tratta, dunque, di “*strumenti di tipo proactive*”¹¹⁰, che intervengono sistematicamente ed *ex ante*, prima che la misura pubblica venga adottata. Certo, essi forse aggravano o potrebbero addirittura rallentare l'*iter*, già complesso, di sua approvazione; ma i benefici attesi, in termini di ‘qualità’ della regolazione e, forse, di deflazione del

¹⁰⁷ Non sembra invece ipotizzabile, almeno di regola, una questione di legittimità in via incidentale per violazione del comma 1 dell'art. 117 Cost., secondo cui “*la potestà legislativa è esercitata dallo Stato e dalle Regioni nel rispetto [...] dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali*”, perché così la primazia del diritto europeo verrebbe meno; e sarebbe comunque differita al momento della pronuncia della Corte costituzionale. Invero, secondo la sua ormai consolidata giurisprudenza, una tale questione sarebbe ammissibile soltanto se il diritto europeo, invocato quale parametro interposto di legittimità costituzionale del diritto interno, non fosse immediatamente applicabile, sicché il giudice *a quo*, nel rimettere la questione alla Corte, ha un preciso onere motivazionale: “*deve espressamente indicare i motivi che osterebbero alla non applicazione del diritto interno in contrasto con il diritto dell'Unione europea, venendo altrimenti meno la sufficienza della motivazione in ordine alla rilevanza della questione*” (così ordinanza n. 298/2011; cfr. ordinanza n. 306/2011). Sul tema v. D. PARIS, *Il parametro negletto. Diritto dell'Unione europea e giudizio in via principale*, Torino 2018.

¹⁰⁸ V. due fondamentali decisioni: la sentenza *Simmenthal*, C-106/77, cit., e la sentenza *Granital*, n. 170/1984, cit.

¹⁰⁹ M. D'ALBERTI, *Poteri pubblici*, cit., 95.

¹¹⁰ M. D'ALBERTI, *Poteri pubblici*, cit., *ibidem*. L'Autore, in più occasioni, evidenzia il ruolo di questi strumenti nell'ambito dell'Ocse, Organizzazione per la cooperazione e lo sviluppo economico, in inglese *Organisation for economic co-operation and development, O.e.c.d.*, la quale li considera essenziali nei propri reports sulla *regulatory reform*. Cfr. OECD, *Regulatory impact analysis: best practices in Oecd Countries*, Parigi 1997.

contenzioso sulla sua applicazione, parrebbero giustificare un siffatto aggravio procedurale¹¹¹.

Il più rilevante di questi strumenti *proactive* sembra essere l'analisi di impatto sulla regolazione, a.i.r.¹¹², *regulatory impact analysis*, di matrice statunitense ed ormai largamente diffusa, anche a livello europeo¹¹³, che è stata suggestivamente definita dalla dottrina come “*forma di regolazione del potere di regolazione, che impone disciplina e autocontrollo al regolatore*”¹¹⁴, intendendo in questo caso per regolatore anche il legislatore statale e regionale.

Nell'ordinamento nazionale è prevista dall'art. 14, l. n. 246/2005 e, da ultimo, compiutamente disciplinata col d.P.C.M. 15 settembre 2017, n. 169¹¹⁵. Essa consiste, anche tramite consultazioni¹¹⁶ dei destinatari della misura di regolazione oggetto di analisi, “*nella valutazione preventiva degli effetti di ipotesi di intervento normativo ricadenti sulle attività*

¹¹¹ M. CLARICH e B.G. MATTARELLA, *Un nuovo sistema regolatorio*, cit., 374, con riguardo all'ordinamento statunitense dove l'a.i.r. è stata da tempo introdotta parlano di “*paralysis by analysis, cioè di eccesso di analisi di impatto, che determina una paralisi dell'attività stessa di regolazione*”; così che essa diviene una forma di complicazione.

¹¹² Di recente sul tema, F. GIGLIONI, *Regole migliori producono risultati migliori? La sfida della nuova 'agenda' europea sulla 'better regulation'*, in *Giorn. dir. amm.*, 2015, 597 ss.; M. CLARICH e B.G. MATTARELLA, *Un nuovo sistema regolatorio*, cit., 373-376; N. RANGONE, *Nuove frontiere per la competition advocacy. Il contributo dell'analisi di impatto della concorrenza ed il ruolo delle autorità antitrust*, in *Merc. conc. reg.*, 2012, 241 ss.; ID., *Regolatori indipendenti e analisi preventiva degli impatti delle regole. Prospettive, limiti e possibili sviluppi dell'air*, in *Conc. merc.*, 2012, 675 ss. In passato, A. GRECO, *L'analisi di impatto della regolamentazione: origini e tendenze recenti*, in *www.federalismi.it*, 2009; E. MIDENA, *Analisi di impatto della regolazione e analisi tecnico-normativa*, in *Giorn. dir. amm.*, 2001, 85 ss. Quanto alla letteratura sul tema - strettamente connesso - della semplificazione normativa si rinvia *infra* al capitolo V, spec. § 4.

¹¹³ A livello europeo, cfr. la comunicazione della Commissione europea (2015-215) del 19 maggio 2015, “*Legiferare meglio per ottenere risultati migliori - un'Agenda dell'UE*”. La Commissione ha poi adottato numerose *guidelines* con riguardo al contenuto e alle forme del processo di valutazione di impatto della regolazione. Ha inoltre istituito il Comitato per il controllo normativo, *Regulatory Scrutiny Board*, a supporto della qualità delle valutazioni.

¹¹⁴ Così M. CLARICH e B.G. MATTARELLA, *Un nuovo sistema regolatorio*, cit., 374. Secondo M. D'ALBERTI, *Diritto pubblico dei mercati e analisi economica*, in *Analisi economica*, cit., 47, l'a.i.r. è una “*dimostrazione chiara che il regolatore deve giustificare il suo intervento individuandone preliminarmente costi e benefici e come non sia più sufficiente il public interest generico a giustificare la regolazione. L'onere di provare la necessità e l'adeguatezza della regolazione sta sulle spalle del regolatore e richiede, necessariamente, l'impiego dell'analisi economica congiunta all'analisi istituzionale*”.

¹¹⁵ Per un commento, che F. CACCIATORE, *Cosa cambia nella normativa statale sulla better regulation*, in *Giorn. dir. amm.*, 2018, 581 ss.

¹¹⁶ Secondo l'art. 16, d.p.c.m., 15 settembre 2017, n. 169, recante “*disciplina sull'analisi dell'impatto della regolamentazione, la verifica dell'impatto della regolamentazione e la consultazione*”, “*Nel corso dell'AIR, salvo casi straordinari di necessità e urgenza ... l'Amministrazione competente all'iniziativa regolatoria consulta i destinatari dell'intervento. 2. L'obiettivo della consultazione è acquisire elementi che, nel caso dell'AIR, possono afferire agli aspetti critici della situazione attuale, alle opzioni di intervento, alla valutazione degli effetti attesi 3. La consultazione può essere aperta, se rivolta a chiunque abbia interesse a parteciparvi, o ristretta, se rivolta a soggetti predefiniti dall'Amministrazione sulla base degli interessi coinvolti. I contributi forniti dai soggetti consultati sono finalizzati ad arricchire le informazioni a disposizione dell'Amministrazione, senza obbligo di riscontro per l'Amministrazione, e non costituiscono vincolo per l'istruttoria*”. L'art. 17 specifica le modalità con cui viene reso operativo l'istituto della consultazione dell'ambito dell'a.i.r.

dei cittadini e delle imprese e sull'organizzazione e sul funzionamento delle pubbliche amministrazioni, mediante comparazione di opzioni alternative”¹¹⁷.

In questa operazione comparativa, “le amministrazioni competenti tengono conto della necessità di assicurare il corretto funzionamento concorrenziale del mercato e la tutela delle libertà individuali”¹¹⁸: un’analisi economica del diritto pubblico preventiva ed istituzionalizzata. Più esattamente, l’a.i.r. prevede una necessaria fase di “comparazione delle opzioni attuabili, valutandone e, ove possibile, quantificandone”¹¹⁹ i principali impatti di natura sociale, economica, ambientale e territoriale per le diverse categorie di destinatari; la valutazione tiene anche conto degli effetti sulle pmi [piccole e medie imprese, n.d.r.], degli oneri amministrativi, degli effetti sulla concorrenza e del rispetto dei livelli minimi di regolazione europea”¹²⁰.

Esiste, infine, uno strumento *reactive*, ma di carattere sistematico, che potrebbe fornire al regolatore assai utili elementi sui concreti effetti (davvero concorrenziali) delle misure di regolazione, ancorché esse non siano state previamente sottoposte ad a.i.r., oppure siano entrate in vigore precedentemente alla previsione, risalente al 2005, del sistema di a.i.r.

Si allude alla verifica sull’impatto della regolazione, v.i.r., anch’essa prevista dall’art. 14, l. n. 246/2005, e consistente “nella valutazione, anche periodica, del raggiungimento delle finalità e nella stima dei costi e degli effetti prodotti da atti normativi sulle attività dei

¹¹⁷ Precisa il comma 2 dell’art. 14, l. cit., che “l’AIR costituisce un supporto alle decisioni dell’organo politico di vertice dell’amministrazione in ordine all’opportunità dell’intervento normativo”. Precisa ulteriormente il d.p.c.m., cit., che “obiettivo dell’AIR è quello di offrire, nel corso dell’istruttoria normativa, attraverso un percorso trasparente di analisi, basato sull’evidenza empirica, un supporto informativo in merito all’opportunità e ai contenuti dell’intervento normativo. [...] 4. Nello svolgimento dell’AIR, le Amministrazioni procedono all’individuazione e alla comparazione di opzioni di regolamentazione alternative, inclusa quella di non intervento, valutandone la fattibilità e gli effetti previsti”.

¹¹⁸ Periodo inserito, nel primo comma dell’art. 14, dall’art. 6, l. n. 180/2011. Per un’analisi approfondita e globale con riguardo alla valutazione di impatto concorrenziale nell’ambito dell’a.i.r., v. N. RANGONE, *Nuove frontiere*, cit., spec. 254-257. Si ricordi che, secondo l’art. 34, c. 5, d.l. n. 201/2011, “l’Autorità garante della concorrenza e del mercato è tenuta a rendere parere obbligatorio, da rendere nel termine di trenta giorni decorrenti dalla ricezione del provvedimento, in merito al rispetto del principio di proporzionalità sui disegni di legge governativi e i regolamenti che introducono restrizioni all’accesso e all’esercizio di attività economiche”.

¹¹⁹ Ha rilevato in proposito il parere 24 agosto 2016, n. 1784, della Commissione speciale del Consiglio di Stato, in www.giustizia-amministrativa.it, relativo allo schema del decreto legislativo c.d. s.c.i.a 2 (d.lgs. n. 222/2016), siccome licenziato dalla Presidenza del Consiglio dei Ministri, che “per evitare che la qualità sostanziale resti solo ‘sulla carta’ è fondamentale misurare la ‘onerosità’ della situazione esistente e prevedere la sua riduzione ad opera dell’intervento normativo proposto. Occorre adottare, in altri termini, quello che le best practices internazionali definiscono un approccio ‘quantitativo’, sostenuto da dati concreti e rilevabili, che va preferito a quello ‘qualitativo’, espresso da intenti e propositi ma non suffragato da dati analitici e numerici” (§ 1.5.1). Il parere ha criticato la scheda a.i.r. di accompagnamento di tale schema perché “non fornisce alcuna indicazione quantitativa”; problema questo ritenuto superabile: “in considerazione del rilevante sforzo di ricognizione effettuato e dei ristretti tempi a disposizione, questo Consiglio di Stato ritiene che tale fondamentale analisi possa essere effettuata, nel caso di specie, anche in progress, raccomandando però alla referente amministrazione di svolgerla con le dovute forme di pubblicità e trasparenza e, se del caso, di utilizzarla per i successivi interventi integrativi e correttivi, in sede di monitoraggio” (§ 1.5.1). Sui problemi conseguenti al fatto che, nell’analisi costi-benefici, vantaggi e svantaggi siano ridotti ad una misura numerica v. G. NAPOLITANO e M. ABRESCIA, *Analisi economica*, cit., 272-274.

¹²⁰ Art. 8, c. 2, lett. f), d.p.c.m., cit.; articolo dedicato all’analitica disciplina delle fasi del procedimento di a.i.r.

cittadini e delle imprese e sull'organizzazione e sul funzionamento delle pubbliche amministrazioni"¹²¹.

L'obiettivo della v.i.r. è *“quello di fornire, attraverso un percorso trasparente di valutazione, un supporto informativo, basato sull'evidenza empirica, in merito alla perdurante utilità, all'efficacia e all'efficienza di norme vigenti di impatto significativo su cittadini, imprese e pubbliche amministrazioni, al fine di confermare o correggere le politiche adottate, proponendo*"¹²². A tale fine si effettua anche una *“comparazione della situazione sociale ed economica attuale con quella esistente all'epoca della formulazione delle norme*"¹²³.

La v.i.r. è un procedimento, condotto secondo dati statisticamente ordinati, di programmatico¹²⁴ *monitoring* dell'efficacia/efficienza¹²⁵ dell'opzione di regolazione scelta, anche al fine di un suo migliorativo emendamento o della sua abrogazione perché, per esempio, non più necessaria. La reale utilità di un tale procedimento presuppone un'analitica e complessa raccolta di dati, per una sua successiva elaborazione, secondo logiche econometriche: ciò implica specifiche competenze tecniche, nonché dei costi, che spesso gli apparati burocratici non possono permettersi, depotenziando così l'efficacia dell'istituto.

Affinché l'istruttoria sia maggiormente completa, potrebbe avere un ruolo fondamentale un'adeguata consultazione¹²⁶ dei destinatari delle misure di regolazione oggetto di v.i.r.; e, se queste ultime fossero settoriali, soprattutto delle relative associazioni di categoria e *lobbies*¹²⁷, purché ciò, naturalmente, non assurga a mezzo di 'cattura'¹²⁸ del

¹²¹ Art. 14, c. 4, l. n. 246/2005. In dottrina, N. RANGONE, *La valutazione successiva delle regole*, in *Giorn. dir. amm.*, 2010, 916 ss.

¹²² Art. 2, c. 5, d.p.c.m., cit.

¹²³ Art. 2, c. 5, d.p.c.m., cit. Sulla valutazione di impatto concorrenziale *ex post* di tutta la regolazione esistente oppure di una singola regolazione, v. N. RANGONE, *Nuove frontiere*, cit., spec. 257-259.

¹²⁴ Secondo l'art. 12, c. 1, d.p.c.m., cit., *“ogni Amministrazione predispose, sentito il DAGL [Dipartimento per gli affari giuridici e legislativi della Presidenza del Consiglio dei Ministri, n.d.r.] ... un Piano biennale per la valutazione e la revisione della regolamentazione relativo agli atti normativi di competenza in vigore su cui intende svolgere la VIR”*.

¹²⁵ Secondo l'art. 13, c. 1, d.p.c.m., cit., la v.i.r. prevede una fase di *“valutazione dell'intervento, applicando i seguenti criteri: 1) efficacia, verificando il grado di raggiungimento degli obiettivi e la misura in cui gli effetti osservati derivano dalla regolazione in esame o da ulteriori fattori che sono intervenuti nel tempo; 2) efficienza, in relazione alle risorse impiegate; 3) perdurante utilità della regolazione rispetto alle esigenze e agli obiettivi delle politiche attuali; 4) coerenza dell'insieme delle norme che disciplinano l'area di regolazione in esame, anche con riferimento ad eventuali lacune, inefficienze, sovrapposizioni, eccesso di costi di regolazione”*. Secondo il parere 24 agosto 2016, n. 1784, della Commissione speciale del Consiglio di Stato, cit., § 2.2., *“la VIR e in generale il monitoraggio sono indispensabili per due ragioni: - da un lato, per verificare se la riforma ha effettivamente raggiunto gli obiettivi attesi, ha davvero migliorato l'attività di cittadini e imprese (e quindi, come si è detto, se la riforma “annunciata” è stata anche ‘percepita’ e ‘rilevata’), - dall'altro, per predisporre su una base istruttoria seria e ‘quantitativamente informata’ i più efficaci interventi integrativi e correttivi”*.

¹²⁶ Cfr. artt. 16 e 18, d.p.c.m. cit. In particolare, secondo il comma 3 di quest'ultimo, *“l'Amministrazione responsabile della VIR ricorre alla consultazione aperta durante lo svolgimento della verifica di impatto, al fine di raccogliere opinioni, dati e valutazioni sull'efficacia degli atti sottoposti a verifica, sugli impatti prodotti sui destinatari e sui profili critici riscontrati”*.

¹²⁷ E. CARLONI, *Regolazione del lobbying e politiche anticorruzione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2017, 371 ss.

regolatore, così da indurlo ad emendare la regolazione a favore della categoria e sacrificando altri interessi in gioco.

Si può infine affermare che la reale efficacia dell'a.i.r. e della v.i.r., in termini di maggiore qualità della regolazione, non è astrattamente prevedibile: essa dipende quasi interamente dall'adeguatezza e dall'approfondimento delle singole istruttorie procedurali, che, per molti aspetti, è mediata dalla 'quantità' dei dati raccolti sull'impatto - previsto (nel caso dell'a.i.r.) ed effettivamente verificatosi (nel caso della v.i.r.) - delle misure di regolazione economica. E per raccogliere ed analizzare compiutamente i dati sono necessari tempi lunghi, spesso inconciliabili¹²⁹ con quelli della politica.

Di certo non esistono forme di giustiziabilità per l'omessa considerazione¹³⁰, nel testo normativo, dei loro esiti istruttori: l'unica responsabilità del legislatore è di tipo politico.

7. Ricapitolazione. Rapporto tra libertà economica e potere pubblico nella singola vicenda amministrativa e complessivo ordine giuridico concorrenziale dei processi economici. Valenza di sistema della libertà economica.

Si può concludere questa riflessione sul 'valore' dell'interesse generale al libero mercato nel momento (politico) di scelta e di definizione dei controlli sull'accesso al mercato con alcune considerazioni trasversali alle misure poste dal diritto europeo derivato in tema di servizi e a quello interno, a cui s'è fatto fin qui riferimento.

Si è visto che l'interesse generale al libero mercato non ha - nemmeno nell'ordinamento europeo - un 'valore' tale da giustificare una radicale eliminazione dei controlli burocratici sull'accesso al mercato, così da affrancare gli operatori economici da ogni 'contatto' con gli apparati burocratici al momento dell'avvio dell'attività. Regole e rapporti di diritto pubblico sono infatti indispensabile per tutelare gli interessi antagonisti al libero mercato, pur nell'ambito di un ordine economico concorrenziale del mercato.

Sembra comunque possibile identificare un tratto comune a molte delle più recenti politiche pubbliche circa la regolazione amministrativa delle attività economiche private: le molte norme, in cui esse si traducono, sembrano avere, nella singola vicenda amministrativa, l'immediato effetto di 'restringere' il potere pubblico, anche ponendo, come nel caso della s.c.i.a. e della riforma del potere di annullamento d'ufficio, dei precisi

¹²⁸ Il fenomeno è stato efficacemente riassunto da A. HEIMLER, voce *Cattura (teoria della)*, in *Dizionario di economia e finanza*, in www.treccani.it, 2012. Cfr. S. CASSESE, *Dalle regole del gioco al gioco con le regole*, in *Merc. conc. reg.*, 2002, 265 ss.

¹²⁹ N. RANGONE, *La valutazione*, cit., parla di "inconciliabilità tra i tempi della politica (informati all'urgenza del decidere) e quelli necessari all'uso non formale delle tecniche di analisi della regolazione".

¹³⁰ Secondo la Corte di giustizia UE, sentenza 8 luglio 2010, causa C-343/09, *Afton Chemical Limited*, in www.curia.europa.eu, § 29 ss., gli studi sulla valutazione di impatto compiuti dalla Commissione europea non vincolano né il Consiglio, né il Parlamento europeo, che, nell'ambito del procedimento legislativo, possono sempre apportare modifiche alle proposte legislative. Resta il fatto che le istituzioni dell'Unione, quando l'atto dalle stesse assunto è sottoposto al sindaco della Corte, devono provare di averlo approvato facendo buon uso del proprio potere discrezionale, anche tramite la valutazione dei dati raccolti tramite la valutazione di impatto.

limiti temporali al suo esercizio, così come di ridurre l'intensità dei poteri controllo, cercando, intanto, di renderne il più possibile prevedibile l'esercizio.

Nel far ciò, se valutate nella loro matrice politica, tali norme, lungi dell'essere neutrali e dal limitarsi a tradurre in diritto la realtà economica¹³¹, sembrano avere una precisa 'funzione economica': di complessiva conformazione¹³² concorrenziale dei processi economici. E tale loro funzione è coerente alla decisione economica di sistema anzitutto europea: esse mirano al libero mercato, favorendo la competizione tra operatori ed il loro più agevole ingresso e permanenza nel mercato. Ciò sul presupposto politico, ma confortato dalla scienza statistica ed econometrica, che il libero mercato, generando e distribuendo in modo diffuso ricchezza, garantisca la più ottimale allocazione del benessere economico collettivo, integrando perciò un metodo economico preferibile al dirigismo e alla pianificazione.

Il complessivo effetto, soprattutto nel medio o lungo termine, dell'attuazione burocratica di queste politiche è così propriamente economico. Come insegna la teoria generale sull'ordine giuridico del mercato¹³³, i processi economici sono ordinati dal diritto e perché questo avvenga l'azione amministrativa è indispensabile: è con essa che l'ordine giuridico del mercato risulta effettivo. Le norme, infatti, al momento della loro attuazione obiettiva, definiscono per ogni singola vicenda amministrativa il rapporto tra interessi pubblici antagonisti al libero mercato e spazio materiale di libertà assegnato dalla legge all'operatore economico. Per tale via è possibile cogliere il concreto grado di libertà dell'ordine giuridico del mercato.

A tutto questo sembra ben attagliarsi la "doppia valenza" della libertà economica nel diritto europeo: essa, particolarmente se intesa come libertà di accedere al mercato, oltre ad avere una "valenza individualistica", assume una forte "valenza di sistema", perché "è alla base del buon funzionamento del sistema mercato (in senso economico) e della creazione del mercato comune"¹³⁴: è un mezzo indispensabile perché il libero mercato europeo produca i benefici economici collettivi e la ricchezza sia ottimamente allocata. Questa seconda valenza, in grado di ordinare sistematicamente i fatti economici, sembra ora definitivamente recepita e sviluppata, anche in forme autonome¹³⁵, pure dal diritto interno.

¹³¹ In generale, sui rapporti tra norme giuridiche e fatto economico si è ampiamente soffermata L. GIANI, *Attività amministrativa*, cit., spec. 76 ss., evidenziando i poli estremi del dibattito, cioè le teorie secondo che postulano una sostanziale neutralità della norma giuridica rispetto al fatto economico e quelle secondo cui, al contrario, la prima condiziona i secondi.

¹³² Nota N. IRTI, *L'ordine*, cit., 33: "il diritto non è né cornice né quadro, ma struttura conformatrice, insieme di norme che conferisce ad un mercato (e non al mercato, in senso naturale e universale) la sua propria e storica fisionomia".

¹³³ N. IRTI, *L'ordine*, cit., *passim*.

¹³⁴ Le espressioni sono di M. LOTTINI, *Il mercato europeo*, cit., 136-137. L'Autrice, oltre alla doppia valenza della libertà d'impresa, individua due profili di quest'ultima (p. 136): "la possibilità di svolgere liberamente un'attività economica: ossia di accedere ad un determinato mercato; la libertà (una volta sul mercato) di gestire liberamente la propria attività". Sempre su questo tema cfr. ID., *La libertà di impresa come diritto fondamentale*, in *Foro amm.-T.a.r.*, 2004, 541 ss.

¹³⁵ Il diritto interno, in alcune occasioni, è andato ben oltre la disciplina di matrice europea. Si pensi ai limiti temporali con riguardo al potere di annullare d'ufficio i provvedimenti autorizzatori e a quello di inibire la s.c.i.a. decorsi sessanta giorni dalla sua presentazione. Si pensi inoltre a tutte le misure proconcorrenziali di matrice interna cui si è accennato *supra*, al § 4.3. Si pensi anche alla scelte interne in ambiti diverse dal

Benché queste notazioni di sintesi restino ad un livello più che generale e presentino una certa approssimazione, si ritiene che esse possano offrire delle coordinate utili per cogliere, nei loro tratti essenziali, alcune logiche, quelle (politiche) di *competition advocacy*, sottese ai modelli di controllo sull'accesso alle attività economiche, nel loro attuale assetto normativo.

7.1. (Segue) *Riflessi sulle situazioni giuridiche soggettive.*

Nel precedente paragrafo ci si è focalizzati sul rapporto tra 'riduzione e rimodulazione del potere pubblico' e complessiva conformazione dei processi economici in senso concorrenziale, cennando al fatto che la norma, al momento della sua attuazione per opera degli apparati burocratici, concretamente definisce il rapporto tra potere pubblico (preordinato alla cura di interessi pubblici antagonisti al libero mercato) e spazio materiale di libertà assegnato dalla legge al singolo operatore economico.

Quest'ultimo profilo merita un breve approfondimento. Il nesso tra semplificazione amministrativa, libero mercato e situazioni giuridiche soggettive è stato efficacemente messo in luce da Paolo Lazzara¹³⁶, secondo cui *“emerge evidente il collegamento posto dalla disciplina europea e nazionale (derivata) [egli allude alla direttiva 2006/123/CE ed al suo recepimento nell'ordinamento interno] tra le regole del procedimento amministrativo e le situazioni giuridiche soggettive rilevanti sul piano delle libertà economiche; queste ultime sono ormai rafforzate e sostenute, sul piano generale, dalla esigenza di competitività del sistema economico. [...] Ciò significa che la semplificazione collegandosi a specifiche situazioni giuridiche, ne accresce significativamente il valore (o peso) sostanziale nei confronti dell'interesse pubblico sia rispetto ai terzi”*. Chiosa l'Autore: *“in questa sistemica le regole del procedimento, da forma della funzione, finiscono per porsi alla stregua di limiti ai pubblici poteri, in funzione della tutela delle libertà economiche e della concorrenza”*¹³⁷.

Il che, naturalmente, è una scelta tutta politica europea, prima, e nazionale, poi, sul 'valore' e sul ruolo del libero mercato. Scelta che si riflette nell'attribuzione di un maggiore

generale regime sull'accesso al mercato: per esempio, alla disciplina dei servizi pubblici locali di rilevanza economica, ai sensi dell'art. 23-bis, d.l. n. 112/08, come modificato dall'art. 15, d.l. n. 135/09, che limitava il ricorso all'affidamento *in house* dei servizi pubblici locali di rilevanza economica; articolo abrogato in via referendaria, ma 'riproposto' dal legislatore con l'art. 4, d.l. n. 138/2011, il quale, proprio e stato poi dichiarato costituzionalmente illegittimo con la sentenza 20 luglio 2012, n. 199.

¹³⁶ Le citazioni che seguono nel testo sono di P. LAZZARA, *Il principio di semplificazione*, in (a cura di M. RENNA e F. SAIITA) *Studi sui principi del diritto amministrativo*, Milano 2012, 547, nonché di ID., *Principio di semplificazione e situazioni giuridico-soggettive*, in *Dir. amm.*, 201, 679 ss. Nella stessa direzione G. TROPEA, *La discrezionalità*, cit., 166, secondo cui si è verificato uno *“stravolgimento, che vede come 'punto logico di partenza' la libertà e l'autoresponsabilità del privato, con evidente incidenza sulla riconfigurazione anche delle situazioni giuridiche del cittadino, sempre più inquadrabili come diritti soggettivi”*,

¹³⁷ Aggiunge l'Autore, *Il principio di semplificazione*, cit., che si sta verificando (p. 548) un *“lento (ma inesorabile) processo unionista europeo nella direzione della mutazione delle regole procedurali in limiti del potere cui si accompagna il progressivo ampliamento delle situazioni giuridiche soggettive legate alle aspettative in campo economico”*.

spazio alla libertà economica, aumentando il complessivo grado di libertà dell'ordine giuridico del mercato.

8. *Il ruolo della concorrenza nella più recente giurisprudenza della Corte costituzionale: il nesso tra 'riduzione e rimodulazione' del potere pubblico e tutela della concorrenza.*

Quanto testé illustrato sul ruolo della concorrenza nelle politiche pubbliche, con riguardo alla più generale regolazione pubblica dell'accesso al mercato, sembra altresì coerente con la nozione di concorrenza elaborata dalla più recente e consolidata giurisprudenza della Corte costituzionale¹³⁸, che si è appunto occupata della materia, riservata allo Stato, “*tutela della concorrenza*” (art. 117, c. 2, lett. e), Cost.).

Secondo la Corte costituzionale, la nozione di concorrenza “*include [...] gli interventi regolatori che a titolo principale incidono sulla concorrenza, quali le misure legislative di tutela in senso proprio, che contrastano gli atti ed i comportamenti delle imprese pregiudizievoli per l'assetto concorrenziale dei mercati*”. Tale nozione inoltre include “*le misure di promozione, che mirano ad aprire un mercato o a consolidarne l'apertura, riducendo i vincoli alle modalità di esercizio delle attività economiche, in particolare le barriere all'entrata, e al libero esplicarsi della capacità imprenditoriale e della competizione tra imprese*”. Sono in altri termini ascrivibili alla materia tutela della concorrenza due grandi ed assai eterogenei gruppi di norme:

¹³⁸ Sentenze 15 dicembre 2016, n. 265; 104/2014; 38/2013, 299/2012; 270 e 45/2010; 160/2009; 430 e 401/2007. In particolare, nella sentenza della Corte costituzionale n. 325 del 2010, si legge: “*come affermato in numerose pronunce di questa Corte (sentenze n. 270, n. 232 e n. 45 del 2010; n. 314 del 2009 e n. 148 del 2009; n. 63 del 2008; n. 430 e n. 401 del 2007; n. 272 del 2004) - può essere tutelata mediante tipi diversi di interventi regolatori, quali: 1) misure legislative di tutela in senso proprio, che hanno ad oggetto gli atti ed i comportamenti delle imprese che influiscono negativamente sull'assetto concorrenziale dei mercati (misure antitrust); 2) misure legislative di promozione, che mirano ad aprire un mercato o a consolidarne l'apertura, eliminando barriere all'entrata, riducendo o eliminando vincoli al libero esplicarsi della capacità imprenditoriale e della competizione tra imprese (per lo più dirette a tutelare la concorrenza “nel” mercato); 3) misure legislative che perseguono il fine di assicurare procedure concorsuali di garanzia mediante la strutturazione di tali procedure in modo da realizzare la più ampia apertura del mercato a tutti gli operatori economici (dirette a tutelare la concorrenza “per” il mercato)*”. Anche la giurisprudenza amministrativa ha fatto propria la nozione di concorrenza elaborata dalla Corte costituzionale: di recente v. Cons. giust. Amm., sez. giur., 7 marzo 2018, n. 127, in www.giustizia-amministrativa.it. Da ultimo in dottrina, cfr. il contributo monografico di A. ARGENTATI, *Mercato e Costituzione*, cit., *passim*. Sempre di recente, v. G. AMATO, *Corte costituzionale e concorrenza*, in *Merc. conc. reg.*, 2017, 435 ss.; F. TRIMARCHI BANFI, *Ragionevolezza e bilanciamento nell'attuazione dei principi costituzionale. Il principio di concorrenza nei giudizi in via principale*, in *Dir. amm.*, 2014, 623 ss.; M. LIBERTINI, *La tutela della concorrenza nella Costituzione. Una rassegna critica della giurisprudenza costituzionale italiana dell'ultimo decennio*, in *Merc. conc. reg.*, 2014, 505 ss. Meno di recente, si segnalano solo alcuni dei tantissimi contributi, cfr. M. LIBERTINI, *La tutela della concorrenza nella Costituzione italiana*, in *Giur. cost.*, 2005, 1428 ss.; R. CARANTA, *La tutela della concorrenza, le competenze legislative e la difficile applicazione del titolo V della Costituzione*, in *Le Regioni*, 2004, 990 ss.; G. CORSO, *La tutela della concorrenza come limite della potestà legislativa (delle regioni e dello Stato)*, in *Dir. pubbl.*, 2002, 980 ss.

i) le norme c.d. *antitrust*, aventi quale prima base i divieti generali direttamente posti dagli artt. 101 e 102 TFUE, norme che la Corte definisce “*misure legislative di tutela in senso proprio*”;

ii) le politiche di *competition advocacy*: di promozione della concorrenza, come quelle di liberalizzazione dei mercati (si pensi¹³⁹ ai servizi pubblici locali oppure ai grandi servizi a rete, come il gas e l’energia elettrica) o comunque di semplificazione dei procedimenti amministrativi per l’accesso al mercato.

Questo anzitutto consente alla Corte costituzionale di definire gli ambiti materiali riservati allo Stato, onde assicurare il corretto riparto della potestà legislativa tra Stato e regioni.

Ma, per la ricerca in corso, non è questo l’aspetto che più interessa. Occorre concentrare l’attenzione sul fatto che le misure riconducibili al secondo tipo, secondo la giurisprudenza costituzionale, sono riferibili alla materia in questione secondo un criterio sicuramente teleologico: “*per la loro attitudine allo scopo*”. Tanto che la concorrenza, come rilevato in dottrina, “*da ‘leva’ della politica economica (mezzo) la concorrenza trascende il proprio particolare orizzonte e viene identificata con la politica economica di sviluppo (scopo)*”¹⁴⁰.

Questo dato, per un verso, mette di sicuro in luce un elemento critico, ma sul quale è ora possibile soprassedere: “*la pervasività della tutela della concorrenza nel suo aspetto materia-funzione*”¹⁴¹. Per altro verso - ed è l’aspetto che ora più interessa - dimostra come la Corte costituzionale rilevi la presenza, più o meno forte, della tutela della concorrenza tra gli interessi generali attualmente condensati dalla volontà politica nella disciplina dei modelli di controllo burocratico sull’accesso al mercato, sempreché questi - e le esemplificazioni in precedenza riportate parrebbero dimostrare che questa è la regola - favoriscano il libero mercato.

Con questo giudizio propriamente ‘politico’, perché relativo ai fini perseguiti dalla legge, la Corte sembra quindi rendere palese - proprio con riguardo alle misure nazionali sull’accesso al mercato e, più in generale, con riguardo al regime amministrativo delle attività economiche private - il nesso tra ‘riduzione o rimodulazione’¹⁴² del potere pubblico e tutela della concorrenza. Tant’è che la stessa Corte costituzionale¹⁴³ ha ritenuto la segnalazione certificata d’inizio attività, forse la principale forma di ‘rimodulazione’ del potere pubblico di controllo sull’accesso al mercato - forma per giunta preferita dal diritto europeo - proprio “*finalizzata ad agevolare l’iniziativa economica*”.

¹³⁹ V. in proposito ai due esempi di liberalizzazione indicati nel testo la sintesi di M. RAMAJOLI, *Liberalizzazioni*, cit., spec. 508-516.

¹⁴⁰ F. TRIMARCHI BANFI, *Il “principio di concorrenza”: proprietà e fondamento*, in *Dir. amm.*, 2013, 19.

¹⁴¹ F. TRIMARCHI BANFI, *Il “principio di concorrenza”*, cit., 19-20.

¹⁴² Si utilizza volutamente una formula così generica per cercare di compendiare in poche righe un fenomeno di particolare complessità. Le esemplificazioni potrebbero essere davvero molte. Si rinvia intanto a quelle in precedenza illustrate, *supra*, al § 6.

¹⁴³ Sentenza 27 giugno 2012, n. 164, § 8, e sentenza 9 maggio 2014, n. 121, entrambe in www.cortecostituzionale.it.

9. *Cenni sulla necessità di limitare lo ‘strapotere’ economico privato per garantire l’ordine giuridico concorrenziale del mercato politicamente scelto. Concorrenza come limite alla libertà economica.*

Finora, coerentemente ai limiti d’indagine della ricerca in corso, si è sempre focalizzata l’attenzione sul potere pubblico come possibile ‘nemico’ del libero accesso al mercato, come ostacolo, tendenzialmente da abbattere, al pieno svolgersi delle dinamiche concorrenziali e all’esercizio delle libertà di circolazione e di quella di stabilimento nel mercato unico. Ciò coerentemente all’ordine giuridico (concorrenziale) del mercato politicamente prescelto dall’ordinamento europeo. Ordine a cui l’ordinamento interno deve allinearsi, rinunciando ad opzioni dirigtistiche.

Questo dato è tuttavia assai parziale nel trattare di concorrenza¹⁴⁴; e, soprattutto, per quanto le politiche di *competition advocacy* siano efficaci, non è sufficiente a garantire la complessiva conformazione concorrenziale dei processi economici.

Onde avere una visione sicuramente sommaria, ma almeno più completa, del tema, sembra utile svolgere una breve digressione sui risvolti patologici del potere economico privato: sul fatto che pure il comportamento degli operatori economici, che già sono inseriti nel proprio mercato di riferimento¹⁴⁵ - e che dovrebbero potere gestire liberamente la propria attività - potrebbe talvolta integrare, per altri operatori economici, un ostacolo

¹⁴⁴ Il suo principale e globale (perché proprio, per esempio, dell’ordinamento statunitense, come di quello europeo) significato è infatti quello che, in modo davvero sommario, si affronterà, con qualche esemplificazione, in questo paragrafo. Scrive M. D’ALBERTI, *Poteri pubblici*, cit., 71, muovendo dallo *Sherman Act* statunitense: “il nucleo di fondo delle regole antitrust è comune nei diversi sistemi giuridici. Si tratta di norme rivolte alle imprese, che vietano alcune condotte od operazioni idonee ad alterare la concorrenza: le intese restrittive, i comportamenti di monopolizzazione o di abuso di posizione dominante, e alcune fusioni o acquisizioni di controllo”. Aggiunge l’Autore (p. 74) “le regole antitrust [che sono in genere divieti generali, la cui inosservanza è sanzionata] hanno un impatto nei confronti delle imprese e dei mercati differente rispetto a quello prodotto dalle regolazioni di settore; e rispondono a una finalità diversa. Non sottraggono facoltà o diritti agli imprenditori, ma vietano comportamenti e operazioni di alcune imprese che restringono l’autonomia degli altri operatori economici, poiché escludono o limitano la concorrenza”. Cfr. ID, voce *Concorrenza*, in (diretto da S. CASSESE) *Diz. dir. pubbl.*, vol. II, Milano 2006, 1140 ss.; G. AMATO, *Il potere e l’antitrust. I due dilemmi della democrazia liberale nella storia del mercato*, Bologna 1998 (traduzione italiana dello studio dello stesso Autore, *Antitrust and the bounds of power. Dilemma of liberal democracy in the history of the market*, Oxford 1997); R. NIRO, *Profili costituzionali della disciplina antitrust*, Milano, 1994.

¹⁴⁵ Soprattutto con riguardo all’abuso di posizione dominante, per le autorità antitrust, diviene pregiudiziale individuare il mercato rilevante, considerando il mercato geografico e quello dei prodotti, cioè il contesto in cui può svilupparsi e consolidarsi un potere di mercato. Si tratta infatti di un’operazione indispensabile per l’analisi concorrenziale di atti e comportamenti delle imprese. Secondo Cons. Stato, sez. VI, 12 ottobre 2017, n. 4733, in www.giustizia-amministrativa.it, nell’occuparsi di sanzioni, irrogate dall’A.g.c.m. per intese restrittive della concorrenza in occasione di una gara pubblica, “il mercato ‘rilevante’ si definisce con riferimento sia ai tipi di prodotto o servizio (che debbono essere intercambiabili o sostituibili dal consumatore, in ragione delle caratteristiche, dei prezzi e dell’uso finale), sia all’ambito geografico (inteso come area in cui le condizioni di concorrenza siano sufficientemente omogenee, a differenza di zone geografiche contigue). [...] la definizione del mercato rilevante implica un accertamento di fatto cui segue l’applicazione ai fatti accertati delle norme giuridiche in tema di mercato rilevante, come interpretate dalla giurisprudenza comunitaria e nazionale”. Cfr., meno di recente, la “Comunicazione della Commissione sulla definizione del mercato rilevante ai fini dell’applicazione del diritto comunitario in materia di concorrenza” del 1997 (97/C 372/03), in www.eur-lex.europa.eu.

insuperabile alla libertà¹⁴⁶ di accesso a quello stesso mercato, c.d. *relevant market*. Il loro comportamento potrebbe quindi sensibilmente falsare l'equilibrio concorrenziale e virtuoso del mercato.

Si pensi alle intese tra imprese (o tra associazioni di imprese) restrittive della concorrenza, alle operazioni di concentrazione¹⁴⁷ di imprese, oppure all'abuso di posizione dominante¹⁴⁸. Tutte condotte appunto idonee ad incidere negativamente sui processi competitivi e virtuosi propri dell'ordine concorrenziale; giacché possono, di fatto, precludere ad altri operatori economici l'accesso al mercato oppure possono perfino estrometterli. L'acquisito potere economico di alcuni può essere utilizzato per limitare, a proprio egoistico vantaggio, la libertà imprenditoriale di altri.

A fronte di queste, spontanee ma patologiche, derive del libero mercato, la concorrenza diventa un "*limite*"¹⁴⁹ alla totale libertà economica del singolo operatore, "*nel senso che [la concorrenza] si contrappone sull'interesse a escludere gli altri competitori vantato da chi su quel mercato è un incumbent*"¹⁵⁰. Un limite che giustifica dei divieti generali allo svolgimento della libertà economica, a vantaggio della collettività.

I poteri pubblici, in questo caso, anziché ostacolare o dirigere il libero mercato, diventano suoi 'alleati' o comunque dei garanti del suo funzionamento ed ottimale equilibrio; diventano perciò degli indispensabili presidi per la conservazione dell'ordine giuridico (concorrenziale) del mercato politicamente prescelto.

Altrimenti il mercato concorrenziale non svolgerebbe la propria funzione sociale, di promozione del benessere collettivo, e degenererebbe in cartelli o addirittura in monopoli di fatto, a tutto svantaggio della collettività, dell'appiattimento dello sviluppo - tecnologico e comunque qualitativo - e della differenziazione dell'offerta di beni e servizi.

Il problema, insomma, non è soltanto il potere pubblico, quale 'barriera' giuridica all'accesso al mercato: lo è pure l'eventuale 'strapotere' economico privato, che deve essere

¹⁴⁶ Efficacemente M. LOTTINI, *Il mercato europeo*, cit., 138, parla in proposito di "trade off tra libertà di accesso al mercato e libertà di gestione imprenditoriale". La seconda, infatti, se non arginata dai poteri pubblici, compromette la prima.

¹⁴⁷ Nella legislazione interna sono definite dall'art. 5, l. n. 287/1990. Cfr. il regolamento 139/2004 sulle operazioni di concentrazione di dimensione comunitaria, che si individuano considerando il fatturato delle imprese coinvolte ed il cui controllo spetta alla Commissione. Su questo regolamento v. E. NAVARRO, A. FONT, J. FOLGUERA, J. BRIONES, *Merger control in the european Union: law, economics and practice*, Oxford 2005.

¹⁴⁸ L'art. 102 TFUE contiene un elenco soltanto esemplificativo di condotte che integrano uno sfruttamento abusivo della posizione dominante. Per un ampio approfondimento v. C. OSTI, voce *Abuso di posizione dominante*, in *Ann. V, Enc. dir.*, 2012 Milano, 1 ss.

¹⁴⁹ Non a caso la Corte costituzionale, sentenza n. 94 del 23 maggio 2013, in www.cortecostituzionale.it, in un ambito estraneo alle intese restrittive della concorrenza e all'abuso di posizione dominante, ha ritenuto il 'bene giuridico concorrenza' idoneo a limitare l'iniziativa economica privata garantita dall'art. 41 Cost.: "*la libertà di iniziativa economica privata, come gode della tutela accordata dall'art. 41 Cost. alle imprese singolarmente considerate, così soggiace, quindi, ai limiti che lo stesso parametro costituzionale consente di stabilire a salvaguardia di valori di rilievo costituzionale, ivi compreso quello di un assetto competitivo dei mercati a tutela delle stesse imprese e dei consumatori*" (§ 7.1). La Corte comunque precisa (§ 7.3) che "*l'art. 41 Cost. è un parametro che garantisce non solo la libertà di iniziativa economica, ma anche l'assetto concorrenziale del mercato di volta in volta preso in considerazione*".

¹⁵⁰ Le parole tra virgolette nel testo sono di M. RAMAJOLI, *Liberalizzazioni*, cit., 511.

necessariamente limitato¹⁵¹ dal primo, perché sia nei fatti garantito l'equilibrio concorrenziale del mercato.

Il controllo pubblico sui risvolti patologici del potere economico privato non è comunque operazione agevole. Stabilire, per esempio, quando il *market power* veramente si risolve in un abuso di posizione dominante è un procedimento (amministrativo) complesso e di competenza dell'A.g.c.m.; procedimento in cui la discrezionalità tecnica¹⁵² si fonda su categorie economiche ed in cui devono essere assicurate speciali garanzie¹⁵³ alle imprese coinvolte, secondo *adversary procedures*.

Anche perché, quando un certo mercato costituisce una *facility* per l'accesso ad un altro, che così dal primo economicamente dipende, se si ritenesse abusiva ogni condotta escludente da parte di chi domina la *facility*, si disincentiverebbero nuovi investimenti e sviluppi da parte dei concorrenti esclusi. Il che a detrimento delle dinamiche concorrenziali e, da ultimo, dei consumatori, che beneficerebbero di un'offerta inferiore per qualità e quantità.

Tutto ciò forse esula dalla presente ricerca, ma, da un lato, descrive la delicatezza e (gli inevitabili margini di opinabilità) delle decisioni pubbliche in proposito. Dall'altro, evidenzia come l'autorità *antitrust* preposta ad irrogare la sanzione debba considerare, secondo un rigoroso giudizio di proporzionalità¹⁵⁴, anche i possibili effetti economici anti-concorrenziali, soprattutto a lungo termine¹⁵⁵, conseguenti alla sanzione stessa.

V'è il rischio, infatti, che si verifichi un paradosso: un potere amministrativo sanzionatorio, esercitato per tutelare la concorrenza, sortirebbe poi, sul piano pratico, l'effetto opposto e sarebbero i consumatori ad esserne danneggiati e con essi il benessere

¹⁵¹ Si tratta, evidentemente, delle misure legislative definite dalla Corte costituzionale di tutela della concorrenza "*in senso proprio*".

¹⁵² Sulla discrezionalità del potere esercitato v. P. LAZZARA, *Autorità indipendenti e discrezionalità*, cit., *passim*. Con specifico riguardo al problema del sindacato giurisdizionale, v. F. CINTIOLI, *Giudice amministrativo, tecnica e mercato. Poteri tecnici e 'giurisdizionalizzazione'*, Milano, 2005, e A. POLICE, *Tutela della concorrenza*, cit., 275 ss. Più di recente v. G. GRECO, *L'accertamento delle violazioni del diritto della concorrenza e il sindacato del giudice amministrativo*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2016, 999 ss.; A. PRETO - B. CAROTTI, *Il sindacato giurisdizionale sulle autorità indipendenti: il caso dell'Agcom*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2016, 123 ss.; B. GILIBERTI, *Sulla pienezza del sindacato giurisdizionale sugli atti amministrativi. Annotazioni a Corte di cassazione, Sezioni Unite, 20 gennaio 2014, n. 1013*, in *Dir. proc. amm.*, 2014, 1057 ss.

¹⁵³ Offrono un'ottima sintesi le pagine di A. POLICE, *Tutela della concorrenza*, cit., 220-244, dedicate al procedimento svolto dall'A.g.c.m.. Meno di recente cfr. l'approfondimento di M. RAMAJOLI, *Attività amministrativa e disciplina antitrust*, Milano 1998.

¹⁵⁴ Cfr. in proposito E. BUOSO, *Proporzionalità, efficienza e accordi nell'attività amministrativa*, Padova 2013, spec. 133-184, ove l'Autrice analizza criticamente il principio di proporzionalità nell'ordinamento comunitario e il suo utilizzo (spec. p. 147 ss.) da parte della Corte di giustizia dell'Unione europea. Offre un'efficace e critica sintesi del tema F. TRIMARCHI BANFI, *Canone di proporzione e test di proporzionalità nel diritto amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2016, 361 ss. Meno di recente, tra i tanti contributi monografici, v. S. COGNETTI, *Principio di proporzionalità. Profili di teoria generale e di analisi sistematica*, Torino 2011; S. VILLAMENA, *Contributo in tema di proporzionalità amministrativa. Ordinamento comunitario, italiano e inglese*, Milano 2008; A. SANDULLI, *La proporzionalità dell'azione amministrativa*, Padova 1998; D.U. GALETTA, *Principio di proporzionalità e sindacato giurisdizionale nel diritto amministrativo*, Padova 1998.

¹⁵⁵ In proposito sembra significativa la sentenza della Cort. giust. Ue, sentenza *Bronner*, 26 novembre 1998, C-7/97, in www.curia.europa.eu, e le relative conclusioni dell'avv. generale F. Jacobs del 28 maggio 1998, *ibidem*.

economico collettivo. Senza quella misura sanzionatoria, il mercato avrebbe naturalmente raggiunto un equilibrio migliore.

CAPITOLO III

MODELLI DI CONTROLLO BUROCRATICO SULL'ACCESSO AL MERCATO.

ANALISI SINCRONICA TRA DIRITTO INTERNO ED EUROPEO

SOMMARIO: 1. Premessa. Ragioni del presente capitolo e complessità normativa del regime amministrativo di ciascuna attività economica privata. – 2. I “regimi amministrativi” delle attività private previsti dall’art. 2, d.lgs. n. 222/2016. Pluralità di modelli di controllo burocratico sulle attività private: autorizzazione, silenzio assenso, segnalazione certificata di inizio attività (s.c.i.a.) e comunicazione di inizio attività (c.i.a.). – 2.1. (Segue) L’autorizzazione. – 2.2. (Segue) Il silenzio assenso. – 2.3. (Segue) La s.c.i.a. – 1.4. (Segue) La c.i.a. – 3. Le basi normative dei modelli di controllo burocratico sull’accesso al mercato. Premessa sulla frammentazione normativa della libertà economica per effetto del diritto europeo e conseguenze giuridiche: integrazione di discipline provenienti da ordinamenti diversi e situazioni giuridiche soggettive europeizzate. – 3.1. (Segue) Un ulteriore livello di disciplina nazionale: le discipline settoriali statali e regionali. – 4. Frammentazione normativa nel modello di controllo autorizzatorio. I principi di matrice europea posti dal d.lgs. n. 59/2010 ed il ruolo delle discipline settoriali. – 5. Frammentazione normativa e ruolo delle discipline settoriali nel modello di controllo incentrato sulla s.c.i.a. – 6. Ambito di operatività del silenzio assenso secondo l’art. 20, l. n. 241/1990. ‘Sensibilità’ degli interessi e tasso di discrezionalità del potere autorizzatorio. – 7. Ambito di operatività della s.c.i.a. secondo l’art. 19, l. n. 241/1990. – 8. Un ‘vizio’ comune al silenzio assenso ed alla s.c.i.a.: l’incertezza del relativo ambito di operatività. – 9. Poteri inibitori previsti dai commi 3 e 4 dell’art. 19, l. n. 241/1990. – 9.1. (Segue) Potere inibitorio tardivo e tutela del legittimo affidamento del segnalante. – 10. Poteri conformativi e di sospensione dell’attività previsti dal comma 3 dell’art. 19, l. n. 241/1990. – 10.1. (Segue) ... ed il loro rapporto con quelli inibitori. L’inibizione dell’attività come *extrema ratio*. – 11. C.i.a.: l’assenza di basi positive generali ed i malriusciti tentativi di sua generalizzazione. – 12. I modelli di controllo burocratico secondo il diritto europeo derivato in tema di servizi nel mercato interno: regime autorizzatorio e controllo a posteriori. – 12.1. (Segue) Condizioni di ammissibilità del regime autorizzatorio e di inoperatività del silenzio assenso. – 12.2. (Segue) Indiretta avocazione a livello europeo delle scelte nazionali sul ‘valore’ degli interessi. – 13. Convergenze e divergenze tra diritto europeo e diritto interno sull’ambito di operatività dei modelli di controllo. – 14. Pluralità di controlli burocratici sull’avvio di una medesima attività economica: le forme tipiche di loro raccordo ed il ‘pericolo’ di dequotazione dell’interesse pubblico a vantaggio dell’interesse generale al libero mercato.

1. Premessa. Complessità normativa del regime amministrativo di ciascuna attività economica privata. Ragioni del presente capitolo.

In questo capitolo si cercherà di affrontare il tema dell’esatta conformazione dei modelli di controllo burocratico sull’avvio delle attività economiche private: il suo ruolo, nell’economia della ricerca, è prevalentemente descrittivo e dedicato all’analisi del diritto

positivo. Tante volte, finora, si è parlato di modelli di controllo burocratico sull'accesso al mercato, del fatto che sono vari, del fatto che la loro scelta, in una con la fissazione dei requisiti da possedere per lo svolgimento di ciascuna attività economica, è un'operazione politica di bilanciamento degli interessi in gioco, che comunque risente delle più alte scelte, sempre politiche, in ordine all'ordine giuridico del mercato. Su un piano di teoria generale, i modelli sono l'esito di questa operazione politica. Si è anche detto¹ che, malgrado i ragionamenti di teoria generale, non esiste un unico mercato, ma che esistono più mercati: in ragione della varietà delle attività economiche, ciascuna delle quali vanta un proprio nucleo di norme di diritto pubblico.

Resta il fatto che, nonostante questa inevitabile varietà e complessità², economica e normativa, i modelli di controllo burocratico impiegati dal legislatore, per ciascun singolo mercato, sembrano restare i medesimi nei loro tratti essenziali e determinano un diverso equilibrio tra libertà economica ed interessi pubblici ad essa antagonisti. Della loro più precisa conformazione, secondo il diritto nazionale ed europeo, deve ancora dettagliatamente parlarsi: perciò il presente capitolo.

Trattare dell'evoluzione di diritto positivo, al pari di quella teorica, di ciascun istituto richiederebbe amplissimo spazio ed esulerebbe dai confini della presente ricerca. Così che, pure nella consapevolezza che ciò potrebbe integrare una lacuna, si è scelto un approccio prevalentemente sincronico, che, tuttavia, sembra - e si spera possa - avere un merito: contribuire a chiarire la presenza di una certa complessità normativa circa i controlli sull'accesso al mercato, che inevitabilmente si riflette, spesso in modo negativo, sull'azione amministrativa. Tutto questo, almeno in parte, pone le basi per meglio comprendere la più recente 'mappatura' dei procedimenti per opera del d.lgs. n. 222/2016 e le collegate difficoltà in ordine alla revisione dei procedimenti amministrativi; temi da tempo al centro del dibattito istituzionale e dottrinario e sui quali si tornerà soprattutto nell'ultimo capitolo della presente ricerca.

Si procederà ora con questo ordine. Si cercherà, anzitutto, di evidenziare per ciascun modello di controllo gli elementi essenziali e generalmente condivisi da dottrina e giurisprudenza, muovendo sempre dalla disciplina vigente. In secondo luogo, si considererà il policentrismo della produzione normativa³ che in generale caratterizza, come fattore inevitabile di complessità, l'attuale sistema delle fonti e che si manifesta particolarmente in ambito economico. Lo si farà Principalmente in due modi.

¹ Principalmente al capitolo I, § 3.2, dove si è anticipato il tema in rapporto alla teoria generale dell'ordine giuridico del mercato.

² Si è di recente ampiamente soffermato, in una prospettiva generale, sui problemi relativi agli "elementi di complicazione del sistema delle fonti" in rapporto al diritto amministrativo, M. BOMBARDELLI, *Semplificazione normativa e complessità del diritto amministrativo*, in *Dir. pubbl.*, 2015, 985 ss., spec., 993-1005. Per una sintesi sul tema della semplificazione normativa, v. A. CELOTTO e C. MEOLI, voce *Semplificazione normativa (dir. pubbl.)*, in *Dig. disc. pubbl.*, Agg. II, Torino 2008, 806 ss.

³ Fenomeno ben evidenziato da M. BOMBARDELLI, *Semplificazione normativa*, cit. spec. 1003 e 1020-1022. L'Autore tuttavia rileva (p. 1016) che, malgrado l'utilizzo degli strumenti di semplificazione, la pluralità dei centri di produzione normativa, insieme agli interessi che sono chiamate a regolare, sono tra le cause del fatto che "la deflazione normativa non può essere attuata oltre un certo limite".

Il primo: si vedrà che, per molti aspetti, la disciplina di ciascun modello di controllo burocratico è frammentata per effetto del diritto europeo⁴, la cui disciplina limita l'autonoma regolatoria nazionale e deve essere integrata col diritto interno⁵. Sulla disciplina europea ci si soffermerà al termine del presente capitolo, per alcuni rilievi critici, relativi, da un lato, al fatto che essa, sia pure indirettamente, tende ad allocare a livello europeo molte scelte in ordine al 'valore' degli interessi; dall'altro, che sembra possibile rilevare alcune convergenze tra disciplina nazionale ed europea in ordine all'ambito di operatività dei modelli di controllo.

Il secondo. Si muoverà dall'assunto che anche la - di per sé complessa - combinazione della disciplina interna con quella europea, quantunque generalmente conformi i singoli modelli di controllo e detti dei criteri sul loro ambito di operatività, non esaurisce il tema. Perché sussiste un ulteriore elemento di complessità, che non può essere trascurato: ogni attività economica vanta un proprio, più o meno articolato, nucleo di norme settoriali, che fissano, spesso in modo assai puntuale e tramite elenchi, i requisiti da possedere per il loro svolgimento ed intanto individuano il modello di controllo burocratico cui sono sottoposte.

Queste norme settoriali, sul cui contenuto non ci si soffermerà - perché l'obiettivo cui si mira è descrivere una costante complessità (e non analizzare delle discipline settoriali) - sono spesso a loro volta frammentate, in ragione riparto di potestà legislativa tra Stato e Regioni. Sicché, per determinare il più esatto il regime amministrativo di una singola attività economica, è frequente che la disciplina settoriale statale debba essere combinata con quella regionale e, addirittura, con previsioni regolamentati di livello comunale. Tanto che si è parlato perfino, in termini negativi, di *cocktail*⁶ di discipline.

2. *I "regimi amministrativi" delle attività private previsti dall'art. 2, d.lgs. n. 222/2016. Pluralità di modelli di controllo burocratico sulle attività private: autorizzazione, silenzio assenso, segnalazione certificata di inizio attività (s.c.i.a.) e comunicazione di inizio attività (c.i.a.).*

Secondo il diritto positivo nazionale ed europeo, i modelli⁷ sono infatti molteplici e a geometria variabile: a ciascuno corrisponde un diverso equilibrio tra la libertà economica e il potere pubblico. Resta il fatto che, se un controllo burocratico è previsto, l'attività

⁴ Si farà principalmente riferimento, nei paragrafi seguenti, della direttiva 2006/123/CE, relativa ai servizi nel mercato interno, recepita col d.lgs. n. 59/2010.

⁵ Soprattutto, a livello generale, dalla l. n. 241/1990 e dal d.lgs. n. 222/2016, attuativo della l. n. 124/2015.

⁶ B.G. MATTARELLA, *La scia*, cit., 1329.

⁷ Cfr. le riflessioni di G FALCON, *La regolazione delle attività private e l'art. 19 della legge n. 241 del 1990*, in *Dir. pubbl.*, 1997, 412 ss., che definisce i "modelli" di controllo delle attività private come diverse forme, coi rispettivi costi e le rispettive responsabilità, con cui le regole (di diritto pubblico) vengono amministrate; cfr. W. GIULIETTI, *Attività privata e potere amministrativo. Il modello della dichiarazione di inizio attività*, Torino 2008, 3-7.

oggetto dello stesso è stimata negativamente rilevante⁸ dalla legge con riguardo a uno o più interessi pubblici antagonisti al libero mercato, che esigono una tutela. Altrimenti la disciplina di diritto pubblico dell'attività non sarebbe affatto giustificata⁹; anzi sarebbe un'artificiale e inutile barriera all'accesso al mercato e sarebbe intanto incoerente con un ordine giuridico concorrenziale del mercato.

Prima di passare in rassegna questi modelli, prima nel diritto interno e poi in quello europeo, sembrano opportune alcune ulteriori premesse per delimitare l'ambito della ricerca: anzitutto non si prenderà in considerazione il modello concessorio¹⁰, perché, laddove previsto - e secondo gli schemi più tradizionali - esso ha ad oggetto delle attività¹¹ economiche 'riservate' dalla legge all'autorità o comunque delle attività il cui effettivo esercizio, secondo la nozione di servizio pubblico in senso oggettivo¹², è stimato doveroso dall'ordinamento, in ragione della loro indispensabilità, in un certo momento storico, per soddisfare interessi generali.

In questi casi, seguendo le impostazioni teoriche più tradizionali, l'amministrazione, esercitando il proprio potere concessorio, crea *ex novo* nei soggetti destinatari il diritto¹³ di esercitare l'attività in sua vece. Diritto cui tuttavia segue un obbligo di risultato: quello di svolgere l'attività in un certo modo e secondo le condizioni previste nel 'contratto'¹⁴ di concessione, nonché sotto la costanza vigilanza dell'ente concedente; proprio perché l'esercizio dell'attività è doveroso e di interesse generale.

Può altresì capitare che la concessione non abbia direttamente ad oggetto un'attività economica d'interesse generale, bensì il 'supporto materiale' necessario per esercitarla. Si allude alle numerose categorie di beni pubblici e infrastrutture - le prime per natura limitatamente disponibili e le seconde difficilmente duplicabili, in ragione dell'insostenibilità economica dell'investimento - che risultano essenziali per l'insediamento di un'attività imprenditoriale. Anche questo problema, per il momento,

⁸ Secondo M.S. GIANNINI, *Diritto pubblico dell'economia*, cit., 177 ss., è proprio l'"inerenza" di uno o più interessi pubblici all'impresa a consentire la soggezione al controllo pubblico dell'avvio di attività economiche private. Sul generale tema della giustificazione delle misure pubbliche di regolazione dei mercati, v. M. D'ALBERTI, *Poteri pubblici*, cit., 94 ss.

⁹ L'opera di revisione dei requisiti, cui si cennava nel precedente capitolo, avrebbe proprio questa finalità: capire, secondo un giudizio di proporzionalità, se i requisiti previsti sono davvero funzionali e necessari per tutelare gli interessi pubblici inerenti alla singola attività, così da giustificare il modello di controllo a cui è attualmente sottoposta.

¹⁰ Per una sintesi, F. FRACCHIA, voce *Concessione amministrativa*, in *Enc. dir.*, Ann. I, Milano 2007, 250 ss. Meno di recente M. D'ALBERTI, voce *Concessioni amministrative*, in *Enc. giur.*, vol. VII, Roma 1998, 2 ss.; con numerose critiche al carattere autoritativo del provvedimento concessorio, D. SORACE e C. MARZUOLI, voce *Concessioni Amministrative* in *Dig. disc. pubbl.*, vol. III, Torino, 1989, 285 ss.;

¹¹ Si pensi, ad esempio, al trasporto pubblico locale, a quello marittimo e a molte altre attività che costituiscono servizi pubblici locali, come quella di raccolta e gestione dei rifiuti, il servizio idrico integrato. Oppure alle concessioni di opere pubbliche, come le autostrade, o di servizi.

¹² In proposito è ancora fondamentale lo studio di U. POTOTSCHNIG, *I pubblici servizi*, Padova, 1964.

¹³ L'*incipit* di F. GULLO, *Contributo allo studio delle concessioni amministrative*, Padova 1959, 2-3, sembra ancora valido: "il concetto di concessione amministrativa, secondo la nozione generalmente tramandata in dottrina, si risolve in sostanza nella qualificazione di atto amministrativo che crea *ex novo* dei diritti nei soggetti destinatari". Il successivo studio sulle concessioni, ID., *Provvedimento e contratto nelle concessioni amministrative*, Padova 1965, 1, esordisce allo stesso modo.

¹⁴ Sul tema sono ancora attuali alcune delle riflessioni di M. D'ALBERTI, *Le concessioni amministrative. Aspetti della contrattualità delle pubbliche amministrazioni*, Napoli 1981.

verrà tenuto in disparte; esso verrà ripreso quando, nell'analizzare il sindacato della Corte di giustizia sulle restrizioni nazionali relative all'accesso al mercato, ci si soffermerà¹⁵ sulle autorizzazioni disponibili in numero limitato per via della scarsità delle risorse naturali e sul divieto di loro rinnovo tacito.

Tutti gli altri modelli di controllo sull'accesso al mercato, di cui invece ampiamente si tratterà in questo capitolo, riguardano attività economiche soggette ad un regime pubblicistico, ma non riservate all'amministrazione e non assunte dalla stessa o dalla legge come doverose per ragioni di interesse generale. Attività di cui il privato è già senz'altro titolare del 'diritto'¹⁶, in senso lato, di esercitarle.

In questo primo momento, ci si limiterà ad una sommaria descrizione dei modelli di controllo, focalizzandosi sui loro tratti principali, senza particolari indagini critiche, senza ricostruirne l'ambito di operatività e ricorrendo talvolta a qualche semplificazione. Sembra opportuno muovere dal più recente dato positivo in tema di modelli di controllo burocratico. Il d.lgs. n. 222/2016¹⁷, attuativo della l. n. 124/2015, c.d. legge Madia, che all'art. 2¹⁸, parla di "*regimi amministrativi delle attività private*" e ne individua, in buona

¹⁵ *Infra* cap. IV, spec. § 4.

¹⁶ Occorre ricordare che certa dottrina stimava alcune autorizzazioni, anche in ragione del potere discrezionale ad esse sotteso, addirittura costitutive del diritto d'impresa, così da dubitare della preesistenza dello stesso diritto all'esercizio del potere autorizzatorio. V. M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, vol. II, Milano 1993 621-629, quando si occupa delle "*autorizzazioni costitutive*" in generale e delle "*autorizzazioni costitutive di diritti d'impresa*". Siffatto orientamento si trova comunque anche nella dottrina più recente: M. D'ALBERTI, *Lezioni di diritto amministrativo*, 2017, 296, che, sulla scia di Giannini, fa il classico esempio dell'autorizzazione bancaria, costitutiva del diritto di svolgere attività creditizia. Certa dottrina, oltretutto lo stesso Marco D'Alberti, ritiene inoltre difficile distinguere tra autorizzazioni costitutive e concessioni: v., ad esempio, A. ORSI BATTAGLINI, voce *Autorizzazione amministrativa*, in *Dig. disc. pubbl.*, vol. II, Torino 1987, 74-76.

¹⁷ Questo decreto ha il dichiarato scopo di (art. 1, c. 1) "*provvede[re] alla precisa individuazione delle attività oggetto di procedimento, anche telematico, di comunicazione o segnalazione certificata di inizio di attività [...] o di silenzio assenso, nonché quelle per le quali è necessario il titolo espresso e introduce le conseguenti disposizioni normative di coordinamento*". Il che è avvenuto a mezzo di un'articolata tabella, denominata A, suddivisa in tre sezioni: attività commerciali e assimilabili; edilizia e ambiente, e "*facente parte integrante*" dello stesso decreto (art. 2, c. 1). L'art. 5 della legge di delega, l. n. 124/2015, stabiliva che "*il Governo è delegato ad adottare, entro dodici mesi dalla data di entrata in vigore della presente legge, uno o più decreti legislativi per la precisa individuazione dei procedimenti oggetto di segnalazione certificata di inizio attività o di silenzio assenso, ai sensi degli articoli 19 e 20 della legge 7 agosto 1990, n. 241, nonché di quelli per i quali è necessaria l'autorizzazione espressa e di quelli per i quali è sufficiente una comunicazione preventiva, sulla base dei principi e criteri direttivi desumibili dagli stessi articoli, dei principi del diritto dell'Unione europea relativi all'accesso alle attività di servizi e dei principi di ragionevolezza e proporzionalità*". In dottrina, cfr. E. GIARDINO, *L'individuazione, la semplificazione e l'accelerazione dei procedimenti*, in *Giorn. dir. amm.*, 2017, 26 ss., che analizza complessivamente i decreti legislativi attuativi della legge Madia inerenti alla semplificazione procedimentale; con riguardo alla materia edilizia, E. BOSCOLO, *I decreti attuativi della legge Madia: liberalizzazioni e ridisegno del sistema dei titoli edilizi*, in *Riv. giur. ed.*, 2016, 608

¹⁸ Si riportano, per comodità di lettura, i commi più rilevanti dell'art. 2: "*1. A ciascuna delle attività elencate nell'allegata tabella A, che forma parte integrante del presente decreto, si applica il regime amministrativo ivi indicato.*

2. Per lo svolgimento delle attività per le quali la tabella A indica la comunicazione, quest'ultima produce effetto con la presentazione all'amministrazione competente o allo Sportello unico. Ove per l'avvio, lo svolgimento o la cessazione dell'attività siano richieste altre comunicazioni o attestazioni, l'interessato può presentare un'unica comunicazione allo Sportello di cui all'articolo 19-bis della legge n. 241 del 1990. Alla

sostanza, tre: *i*) l'autorizzazione, anche tramite il del silenzio assenso, il quale semplifica la sola fase decisoria del procedimento autorizzatorio; *ii*) la segnalazione certificata di inizio attività, s.c.i.a.; *iii*) la comunicazione di inizio attività, c.i.a. Si tratta evidentemente di tre diversi modelli di controllo pubblico sull'avvio delle attività economiche private. L'art. 2, d.lgs. n. 222/2016, non ne detta la disciplina, ma si limita a dei frequenti¹⁹ rinvii alla legge generale sul procedimento, l. n. 241/1990.

Lo stesso articolo 2 individua ulteriori regimi amministrativi, come la s.c.i.a. unica e la s.c.i.a. condizionata, ambo previste dall'art. 19-*bis*, l. n. 241/1990. Questi istituti, parimenti alla conferenza di servizi decisoria, più che dei modelli di controllo, integrano delle forme tipiche di concentrazione procedimentale, nel caso in cui la stessa attività privata sia soggetta a più procedimenti di controllo, soprattutto se di competenza di diverse amministrazioni. Si tratta, quindi, di moduli procedimentali che presuppongono più controlli e li concentrano, con la capacità, però, come avviene con la conferenza di servizi, di alterare l'ordinario assetto di interessi dei poteri oggetto di concentrazione. Si tornerà, con qualche notazione, su tali moduli soltanto al termine dell'analisi dei modelli di controllo.

2.1. (Segue) *L'autorizzazione.*

Il modello di controllo autorizzatorio²⁰ è preventivo all'avvio dell'attività economica, *ex ante*, e si svolge su istanza²¹ di parte. L'istanza attiva un procedimento di controllo sulla

comunicazione sono allegare asseverazioni o certificazioni ove espressamente previste da disposizioni legislative o regolamentari.

3. *Per lo svolgimento delle attività per le quali la tabella A indica la Scia, si applica il regime di cui all'articolo 19 della legge n. 241 del 1990. Nei casi in cui la tabella indica il regime amministrativo della Scia unica, si applica quanto previsto dall'articolo 19-bis, comma 2, della stessa legge n. 241 del 1990. Nei casi in cui la tabella indica il regime amministrativo della Scia condizionata ad atti di assenso comunque denominati, si applica quanto previsto dall'articolo 19-bis, comma 3, della stessa legge n. 241 del 1990. Omissis.*

5. *Per lo svolgimento delle attività per le quali la tabella A indica l'autorizzazione, è necessario un provvedimento espresso, salva l'applicazione del silenzio-assenso, ai sensi dell'articolo 20 della legge n. 241 del 1990, ove indicato. Ove per lo svolgimento dell'attività sia necessaria l'acquisizione di ulteriori atti di assenso comunque denominati, si applicano le disposizioni di cui agli articoli 14 e seguenti della stessa legge n. 241 del 1990". Omissis.*

¹⁹ Se ne contano addirittura otto.

²⁰ Compendiare in una nota la letteratura giuridica sul potere autorizzatorio non è operazione semplice. Ci si limiterà a segnalare alcuni dei più importanti contributi, soprattutto monografici. Tra la letteratura meno recente v., oltre ai contributi di Oreste Ranalletti, citati nelle successive note, G. VIGNOCCHI, *La natura giuridica delle autorizzazioni amministrative*, Padova 1944; F. FRANCHINI, *Le autorizzazioni costitutive di rapporti giuridici tra l'amministrazione e i privati*, Milano 1957; U. FORTI, voce *Autorizzazioni (dir. amm.)*, in *Noviss. dig. it.*, Torino 1997, 1581 ss.; A.M. SANDULLI, *Notazioni in tema di provvedimenti autorizzativi*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1957, 784 ss.; P. GASPARRI, voce *Autorizzazione*, in *Enc. dir.*, vol. IV, Milano 1959; R. VILLATA, *Autorizzazioni amministrative ed iniziativa economica privata*, Milano 1974; A. ORSI BATTAGLINI, voce *Autorizzazione amministrativa*, cit., 64 ss.; P. DELL'ANNO, *Contributo allo studio dei procedimenti autorizzatori*, Padova 1989. Più di recente v. F. FRACCHIA, *Autorizzazioni amministrative e situazioni giuridiche soggettive*, Napoli 1996; A. NEGRELLI, *Accesso al mercato e autorizzazioni amministrative nazionali*, Milano 2016; F. VOLPE, *Ammissioni e autorizzazioni*, Torino 2018.

compatibilità dell'attività coi singoli interessi pubblici ad essa inerenti. Se l'esito di questo controllo sarà positivo, l'amministrazione rilascerà l'autorizzazione: un vero e proprio atto di consenso.

L'autorizzazione ha quindi la funzione di abilitare giuridicamente l'istante a svolgere l'attività economica: il suo legittimo²² esercizio dipende da un titolo dispensato dalla pubblica amministrazione. Se l'autorizzazione non viene rilasciata - guardando la vicenda da una prospettiva economica - al privato è precluso²³ l'accesso al mercato di riferimento e l'attività eventualmente svolta dallo stesso, anche nelle more della conclusione del procedimento, sarebbe da considerarsi abusiva, così da giustificare l'esercizio di poteri repressivi e sanzionatori.

Il potere autorizzatorio può essere discrezionale o vincolato, in ragione degli spazi di libertà concessi dalla legge all'amministrazione competente all'esame dell'istanza. Ma ciò risulta neutro con riguardo al congegno legale che caratterizza il modello di controllo autorizzatorio: ancorché il potere sia affatto vincolato e il privato istante possieda effettivamente tutti i requisiti fissati dalla legge per l'esercizio dell'attività da autorizzare, l'effetto giuridico abilitante dipende sempre (e soltanto) dal rilascio del provvedimento favorevole dispensato dall'amministrazione.

Occorre inoltre ricordare che il modello autorizzatorio ha solidissime e risalenti basi dogmatiche. Tanto che, nella dottrina italiana, la sua prima - e per certi aspetti ancora valida - elaborazione teorica risale alle fine dell'800²⁴. E sono forse queste così solide basi dogmatiche ad avere garantito la secolare 'resilienza'²⁵ dell'istituto; solide basi su cui tuttora si fonda il recepimento della disciplina di matrice europea del modello autorizzatorio, sulla quale poi ci si soffermerà.

²¹ Sul tema dell'istanza, v., da ultimo, di G.M. ESPOSITO, *Il diritto di iniziativa procedimentale*, Napoli 2012. Meno di recente, v. P. LAZZARA, *I procedimenti amministrativi*, cit., 183 ss.; A. SCOGNAMIGLIO, voce *Istanze alla pubblica amministrazione*, in (a cura di) S. CASSESE, *Diz. dir. pubbl.*, vol. IV, Milano 2006; G. PALEOLOGO, voce *Istanza*, in *Enc. giur.*, vol. XX, Roma 1990; A. MELONCELLI, *L'iniziativa amministrativa*, Milano 1976; G. BERGONZINI, *Attività del privato nel procedimento amministrativo*, Padova 1975, spec. 100-173.

²² Naturalmente, l'attività svolta in assenza di autorizzazione è da considerarsi abusiva, nonostante, seguendo la più tradizionale distinzione tra autorizzazioni e concessioni, il diritto a svolgerla già sussista nella sfera giuridica soggettiva dell'istante.

²³ F. TRIMARCHI BANFI, *Lezioni di diritto pubblico dell'economia*, Torino 2014, 21, ha infatti rilevato che, in caso di poteri autorizzatori, l'attività economica è sottoposta ad un "regime di divieto salvo permesso".

²⁴ O. RANELLETTI, *Teoria generale delle autorizzazioni e concessioni amministrative. Parte I: concetto e natura delle autorizzazioni e delle concessioni amministrative*, in *Giur. it.*, 1984, IV, 31 ss.; ID, *Teoria generale delle autorizzazioni e concessioni amministrative. Parte II: Capacità e volontà nelle autorizzazioni e nelle concessioni amministrative*, in *Riv. it. sc. giur.*, 1985, 315 ss.; ID, *Teoria generale delle autorizzazioni e concessioni amministrative. Parte III: Facoltà create dalle autorizzazioni e concessioni amministrative*, *ibidem*, 328 ss.

²⁵ In metallurgia, la resilienza è la capacità di un materiale di sopportare elasticamente urti e pressioni prima di giungere a rottura. Tale nozione ha comunque trasceso la propria originaria accezione metallurgica e viene utilizzata per indicare, nel caso della psicologia e della sociologia, la capacità di resistenza e di adattamento di un individuo ad eventi esterni. V. C. CAVALLOTTI, voce *Resilienza*, in *Enciclopedia della scienza e della tecnica*, Roma 2008.

2.2. (Segue) Il silenzio assenso.

Il silenzio assenso²⁶ è un istituto di semplificazione della fase decisoria del procedimento autorizzatorio ed ha quale base positiva generale l'art. 20, l. n. 241/1990. La semplificazione sta nel fatto che la legge, in caso di esito positivo del procedimento di controllo avviato con l'istanza presentata dal privato, esonera l'amministrazione dal compiere una specifica operazione: l'adozione del provvedimento favorevole. Il che, comunque, a tutto favore del privato istante: perché il silenzio dell'amministrazione, in caso di mancato rigetto dell'istanza entro il termine per la conclusione del procedimento, equivale a suo accoglimento²⁷. È questo dunque il valore, positivo per l'istante, che la legge assegna all'inazione amministrativa.

Anche in questo caso, tuttavia, l'abilitazione all'esercizio dell'attività dipende sempre dall'amministrazione, titolare di un potere autorizzatorio, nonostante l'eventuale - in caso di esito positivo del controllo - semplificazione della sola fase decisoria del procedimento. La posizione del privato istante, a fronte del potere del potere autorizzatorio, è anche in questo caso di interesse legittimo pretensivo. Si vedrà nel prossimo paragrafo che, nel caso dell's.c.i.a., la legittimazione è invece 'originaria'.

2.3. (Segue) La s.c.i.a.

L'istituto della segnalazione certificata di inizio attività, s.c.i.a.²⁸ - avente quale base positiva generale l'art. 19, l. n. 241/1990, e recentemente novellato, prima, dalla l. n.

²⁶ La letteratura in tema di silenzio assenso è davvero vasta. Si segnalano anzitutto i contributi monografici più rilevanti e le voci enciclopediche: F.G. COCCA, *Il silenzio della pubblica amministrazione*, Milano, 1971, 272 ss.; A. TRAVI, *Silenzio-assenso ed esercizio della funzione amministrativa*, Padova, 1985; V. PARISIO, *I silenzi della pubblica amministrazione: la rinuncia alla garanzia dell'atto scritto*, Milano, 1996; P.G. LIGNANI, voce *Silenzio (dir. amm.)*, in *Enc. Dir.*, Agg. III, Milano, 1999, 978 ss.; B. TONOLETTI, voce *Silenzio della pubblica amministrazione*, in *Dig. disc. pubbl.*, Torino, 1999, 179 ss. Da ultimo, tra i commenti all'art. 20, l. n. 241/1990, v. E. SCOTTI, *Silenzio-assenso*, in A. ROMANO (a cura di), *L'azione amministrativa*, Torino, 2017, 653 ss.; M. D'ORSOGNA - R. LOMBARDI, *Il silenzio-assenso*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, Milano, 2017, 965 ss.

²⁷ La regola è data dall'art. 20, l. n. 241/1990 (a cui rinvia il comma 5 dell'art. 2, d.lgs. n. 222/2016), secondo cui "nei procedimenti ad istanza di parte per il rilascio di provvedimenti amministrativi il silenzio dell'amministrazione competente equivale a provvedimento di accoglimento della domanda, senza necessità di ulteriori istanze o diffide, se la medesima amministrazione non comunica all'interessato, nel termine di cui all'articolo 2, commi 2 o 3, il provvedimento di diniego". Regola analoga è prevista dall'art. 5, c. 8, d.P.R. n. 160/2010, relativo allo sportello unico per le attività produttive, secondo cui "conformemente a quanto previsto dall'articolo 20 della legge 7 agosto 1990, n. 241, in caso di silenzio assenso, decorsi i termini di cui all'articolo 2 della medesima legge dalla presentazione dell'istanza, ovvero i diversi termini previsti dalle specifiche discipline regionali o speciali, il silenzio maturato a seguito del rilascio della ricevuta, emessa automaticamente con le medesime modalità del comma 4, equivale a provvedimento di accoglimento della domanda senza necessità di ulteriori istanze o diffide".

²⁸ Pure sul modello di controllo delle attività private previsto dall'art. 19 (recante in origine la disciplina della denuncia, poi della dichiarazione e ora della segnalazione certificata di inizio attività) la letteratura giuridica è davvero sterminata, anche perché trattasi di argomento affrontato dalla maggior parte degli studi, anche recenti, in tema di semplificazione e liberalizzazione dell'attività amministrativa. Si segnaleranno quindi, senza pretesa di esaustività, alcuni tra i contributi monografici e gli articoli più significativi. Quanto

124/2015 e, poi, dal d.lgs. n. 126/2016, attuativo della stessa - integra un modello di controllo profondamente alternativo²⁹ a quello autorizzatorio. Un controllo di tipo successivo, *ex post*, all'avvio dell'attività economica.

In questo caso la legittimazione all'esercizio dell'attività non dipende da un atto di consenso dispensato dall'amministrazione, come esito di un procedimento di controllo preventivo e conseguente ad un'istanza del privato. La legittimazione, al contrario, è 'originaria', cioè legale; e si manifesta, appunto, con la presentazione della segnalazione all'amministrazione.

Più esattamente, il privato non presenta alcuna istanza e, con un atto oggettivamente e soggettivamente privato, si limita a segnalare all'amministrazione la propria volontà di intraprendere una certa attività, (auto)attestando, sotto la propria responsabilità o con l'ausilio di tecnici abilitati, di avere tutti i requisiti predeterminati dalla legge per svolgerla³⁰.

alle monografie, v. L. FERRARA, *Diritti soggettivi ad accertamento amministrativo. Autorizzazione ricognitiva, denuncia sostitutiva e modi di produzione degli effetti*, Milano 1996; F. LIGUORI, *Attività liberalizzate e compiti della amministrazione*, Napoli 2000; G. ACQUARONE, *La denuncia di inizio attività. Profili teorici*, Milano 2000; E. BOSCOLO, *I diritti soggettivi a regimi amministrativo. L'art. 19 della legge 241/90 e altri modelli di liberalizzazione*, Milano 2001; P. DURET, *Sussidiarietà e autoamministrazione dei privati*, Padova 2004, 189 ss.; P. MARZARO, *La denuncia d'inizio di attività edilizia. Profili sistematici, sostanziali e processuali*, Milano 2005; W. GIULIETTI, *Attività private e potere amministrativo. Il modello della dichiarazione di inizio attività*, Torino 2008; F. MARTINES, *La segnalazione di certificata di inizio attività. Nuove prospettive del rapporto pubblico-privato*, Milano 2011. Quanto agli articoli, alle voci enciclopediche e ai contributi dedicati all'art. 19 e inseriti nei più recenti commentari alla l. n. 241 del 1990, v. M.P. CHITI, *Atti di consenso*, in *Dir. amm.*, 1996, 181 ss.; A. TRAVI, voce *Dichiarazione di inizio attività (dir. amm.)*, in *Enc. dir., Ann.*, vol. II, 2008, 343 ss.; B.G. MATTARELLA, *La scia, ovvero dell'ostinazione del legislatore pigro*, in *Giorn. dir. amm.*, 2010, 1328 ss.; F. LIGUORI, *Le incertezze, degli strumenti di semplificazione: lo strano caso della d.i.a. - s.c.i.a.*, in *Dir. proc. amm.*, 2015, 1223 ss.; ID., *L'accesso al mercato: dal controllo ex ante al controllo ex post*, in (a cura di ID - C. ACOCELLA) *Liberalizzazioni*, Napoli 2015, 19 ss.; E. SCOTTI, *La segnalazione di inizio attività*, in (a cura di A. ROMANO) *L'azione amministrativa*, Torino 2016, 583 ss.; N. PAOLANTONIO e W. GIULIETTI, *La segnalazione certificata di inizio attività*, in *Codice dell'azione*, cit., 902 ss.

²⁹ Sono in proposito davvero efficaci le parole di A. TRAVI, voce *Dichiarazione*, cit., 344-345: "la dichiarazione di inizio attività assume comunque un rilievo che trascende gli obiettivi di semplificazione amministrativa e di 'alleggerimento' degli adempimenti per l'amministrazione che ne avevano motivato l'introduzione nella l. n. 241, cit., sul procedimento amministrativo. Non può essere esaurita in alcuni processi generali di snellimento dell'attività amministrativa. [...] L'istituto oggi è divenuto uno dei pilastri di un modo di amministrare che appare nuovo (nonostante le origini remote) perché esprime un equilibrio diverso fra la libertà del cittadino e il "potere" dell'amministrazione. Il passaggio, infatti, da un'amministrazione che "permette" ciò che può essere ammesso e un'amministrazione che può soltanto "vietare" ciò che non va ammesso concerne due modelli realmente distinti. Riconoscere che il privato possa esercitare la sua attività senza la necessità di un provvedimento preventivo dell'amministrazione significa spostare il punto di equilibrio fra "libertà" del cittadino e "potere" dell'amministrazione".

³⁰ Prevede l'art. 19, c. 1, l. n. 241/1990, che "la segnalazione è corredata dalle dichiarazioni sostitutive di certificazioni e dell'atto di notorietà per quanto riguarda tutti gli stati, le qualità personali e i fatti previsti negli articoli 46 e 47 del testo unico di cui al d.P.R. 28 dicembre 2000, n. 445, nonché, ove espressamente previsto dalla normativa vigente, dalle attestazioni e asseverazioni di tecnici abilitati, ovvero dalle dichiarazioni di conformità da parte dell'Agenzia delle imprese di cui all'articolo 38, comma 4, del decreto-legge 25 giugno 2008, n. 112, convertito, con modificazioni, dalla legge 6 agosto 2008, n. 133, relative alla sussistenza dei requisiti e dei presupposti di cui al primo periodo; tali attestazioni e asseverazioni sono corredate dagli elaborati tecnici necessari per consentire le verifiche di competenza dell'amministrazione. Nei casi in cui la normativa vigente prevede l'acquisizione di atti o pareri di organi o enti appositi, ovvero l'esecuzione di verifiche preventive, essi sono comunque sostituiti dalle autocertificazioni, attestazioni e

Il procedimento amministrativo autorizzatorio è pertanto surrogato dall'assunzione di alcuni oneri in capo al privato segnalante, che così risulta sicuramente 'responsabilizzato' dal carattere originario della propria legittimazione a svolgere l'attività. Tanto che s'è addirittura parlato di s.c.i.a. come fenomeno di auto-amministrazione³¹. Il segnalante, infatti, come efficacemente rilevato in dottrina, deve svolgere un "(pre)procedimento privato in 'autoresponsabilità'"³², che surroga la tradizionale istruttoria dell'amministrazione, così da autonomamente verificare - per poi attestare - il possesso dei requisiti fissati dalla legge per l'esercizio dell'attività.

Questo diverso modo di amministrare l'avvio dell'attività private, se guardato secondo gli schemi dell'analisi economica del diritto, ha anche dei risvolti negativi: il (pre)procedimento privato è "un costo per il segnalante l'attività. E un costo sostitutivo di un servizio della p.a. costituisce una tassa, che possiamo definire di certazione"³³. Questo 'costo' è forse il prezzo della legittimazione originaria all'esercizio dell'attività.

L'attività segnalata potrà essere immediatamente³⁴ intrapresa, ma col rischio che essa venga vietata dall'amministrazione³⁵. Alla presentazione della segnalazione, infatti, sono correlati specifici poteri di controllo sull'effettiva sussistenza dei requisiti fissati dalla legge e, soprattutto, di divieto, se questi difettassero. Su come questi poteri sono modulati e sul

asseverazioni o certificazioni di cui al presente comma, salve le verifiche successive degli organi e delle amministrazioni competenti."

³¹ Sul tema v. E. BOSCOLO, *I diritti soggettivi*, cit., spec. 120 ss. e la bibliografia ivi indicata, che rielabora criticamente, ma con notazioni condivisibili e ancora attuali, il pensiero di Giorgio Pastori, osservando, tra l'altro, che "l'art. 19 non è teso a favorire l'assunzione da parte del privato di compiti ricompresi entro l'ambito dell'amministrazione in senso oggettivo, bensì a consentire una affrancazione del privato dal condizionamento amministrativo, senza che ciò determini il venire meno del controllo pubblico sull'attività privata" e che "nell'art. 19 il privato più che 'amministrare' in senso proprio delle regole, 'identifica' a priori le situazioni in cui tale norma risulta applicabile", svolgendo a tale riguardo "una attività intellettuale finalizzata a verificare autonomamente la sussistenza dei requisiti fissati dalla legge". Cfr. la diversa prospettiva di P. DURET, *Sussidiarietà e autoamministrazione*, cit., *passim*.

³² Così P. LAZZARA, *Il principio di semplificazione*, in (a cura di M. RENNA e F. SAITTA) *Studi sui principi del diritto amministrativo*, Milano 2012, 545.

³³ Le parole sono di F. MERUSI, *Metamorfosi*, cit., 593-594. Anche B.G. MATTARELLA, *La scia*, cit., 1331, parla di "nuova tassa", con riguardo agli oneri/costi di certazione scaricati dalla legge sul privato segnalante.

³⁴ Secondo il comma 2 dell'art. 19, l. n. 241/1990, "l'attività oggetto della segnalazione può essere iniziata [...] dalla data della presentazione della segnalazione all'amministrazione competente". L'ordinamento tuttavia attualmente conosce (e conosceva - si pensi, ad esempio, al comma 2 dell'originaria versione dell'art. 19, l. n. 241/1990, che demandava al regolamento l'individuazione delle attività a cui poteva darsi avvio immediatamente e quelle, invece, a cui potere darsi avvio decorso un certo termine) numerose ipotesi di s.c.i.a. a legittimazione differita, ovverosia di segnalazioni che abilitano il privato allo svolgimento dell'attività (non immediatamente ma) decorso un certo arco temporale dalla loro presentazione alla competente autorità. Come, ad esempio, la s.c.i.a. in alternativa al permesso di costruire (c.d. super s.c.i.a.), ai sensi dell'art. 23, c. 1, d.P.R. n. 380/2001; quella, sempre edilizia, per la realizzazione di interventi su immobili insistenti all'interno delle zone omogenee A, ai sensi dell'art. 23-bis, c. 4, d.P.R. n. 380/2001; la segnalazione per l'installazione di impianti radioelettrici, ai sensi dell'art. 87-bis, d.lgs. n. 259/2003 (codice delle comunicazioni elettroniche) e, infine, la dichiarazione (c.d. procedura abilitativa semplificata - p.a.s.) per l'attività di costruzione e di esercizio di impianti per la produzione di energia elettrica da fonti rinnovabili, ai sensi dell'art. 6, d.lgs. n. 28/2011, di attuazione della direttiva n. 2009/28/CE sulla promozione dell'uso dell'energia elettrica ricavata da tali fonti.

³⁵ Secondo la disciplina ora dettata dai commi 3 e 4 dell'art. 19, l. n. 241/1990.

fatto che sono previsti dall'art. 19, l. n. 241/1990, termini perentori per il loro esercizio, si tornerà nel prosieguo.

Mentre, se il controllo avesse esito positivo, l'amministrazione non è tenuta ad adottare alcun provvedimento di consenso ed il suo silenzio non assume alcun significato di legittimazione del segnalante all'esercizio dell'attività: perché questa, come detto, è 'originaria'.

2.4. (Segue) *La c.i.a.*

La comunicazione di inizio attività, c.i.a., è un modello di controllo burocratico sempre successivo all'avvio dell'attività, ma ben diverso dalla s.c.i.a. La comunicazione, infatti, non ha alcun valore legittimante l'attività e l'amministrazione che la riceve non è titolare di alcun specifico potere conformativo o di divieto. Altrimenti si tratterebbe soltanto di un diverso modo di chiamare un altro modello di controllo *ex post*: quello che si fonda sulla s.c.i.a. e che si è sommariamente illustrato nel precedente paragrafo.

La comunicazione, semmai, è "*strumentale allo svolgimento di una funzione di vigilanza*" della pubblica amministrazione. Tanto che, come rilevato da chi³⁶, in dottrina, ha cercato di sistematizzare questo modello di controllo, le conseguenze sanzionatorie derivanti dalla mancata comunicazione "*non incidono sullo svolgimento dell'iniziativa privata, legato soltanto al rispetto delle norme [di diritto pubblico] che ne dettano la disciplina, ma sono unicamente dirette a punire la violazione dell'obbligo di comunicazione*".

Si tratta comunque di un modello individuato dall'art. 2, c. 2, d.lgs. n. 222/2016, ma attualmente privo di una disciplina generale: esso è previsto solo da alcune leggi settoriali, come, per esempio, dalla disciplina edilizia³⁷. Si tornerà poi³⁸ su questo aspetto.

3. Le basi normative dei modelli di controllo burocratico sull'accesso al mercato. Premessa sulla frammentazione normativa della libertà economica per effetto del diritto europeo e conseguenze giuridiche: l'integrazione di discipline provenienti da ordinamenti diversi e situazioni giuridiche soggettive europeizzate.

L'art. 2, d.lgs. n. 222/2016, come appena visto, elenca i "*regimi amministrativi*" delle attività private, ma non ne definisce la disciplina, limitandosi a dei rinvii alla legge generale sul procedimento amministrativo, l. n. 241/1990.

Prima ancora di proseguire l'analisi di ciascun modello di controllo e del relativo ambito oggettivo di operatività, occorre chiedersi se le basi positive di ciascuno si trovino davvero (soltanto) nella legge generale sul procedimento e, se sì, in che termini. Si tratta di

³⁶ Le parole che seguiranno nel testo sono di W. GIULIETTI, *Attività privata*, cit., 6.

³⁷ V. l'art. 6-bis, d.P.R. n. 380/2001.

³⁸ *Infra* § 11.

una questione di ‘autosufficienza’ della legge sul procedimento³⁹ nella definizione dei modelli di controllo sull’accesso al mercato.

Una tale ‘autosufficienza’ sembra attualmente mancare, a causa dell’integrazione tra ordinamento interno ed europeo, che genera fattispecie caratterizzate da una “*frammentazione normativa*”. Con questo concetto, nell’ambito del diritto amministrativo a conformazione europea, cui è riconducibile quello della regolazione dell’accesso al mercato, si intende quel “*fenomeno per cui determinate situazioni soggettive nascono ora nell’ordinamento interno ora nell’ordinamento comunitario [...] e vengono poi disciplinate, totalmente o parzialmente, in un ordinamento diverso da quello della loro creazione, risultando appunto frammentate nella loro regolazione*”⁴⁰.

La libertà economica, soprattutto nella sua accezione di ‘diritto’ all’accesso al mercato, sembra essere proprio una fattispecie - sia quando è originata dal diritto interno, sia quando è originata da quello europeo - con tali caratteristiche, in quanto regolata da più norme concorrenti e appartenenti a sistemi giuridici diversi, ancorché integrati. Il che sembra avere dei riflessi sul piano delle situazioni giuridiche soggettive, che risentono della frammentazione normativa: in proposito è possibile parlare di “*situazioni soggettive europeizzate, cioè contemporaneamente rilevanti per i due sistemi, nazione ed europeo/comunitario, insieme [...] La particolarità di queste situazioni soggettive consiste nel fatto che esse incorporano interessi comunitari, cui gli Stati membri hanno dato rilievo*”. Occorre pertanto che “*l’azione amministrativa ad esse rivolta dia rilievo anche agli elementi comunitari o europei, immanenti alla sovranazionalità della situazione soggettiva considerata*”⁴¹.

Proseguendo, sempre in termini generali, questo ragionamento, sembra possibile definire due diversi modi⁴² di integrazione tra diritto interno ed europeo: uno in cui la situazione soggettiva (europeizzata) trova fondamento nel diritto interno ed è

³⁹ In dottrina, è stato recentemente assegnato uno speciale ruolo a questa legge relativamente alla disciplina dell’economia. Rileva G. NAPOLITANO, *Diritto amministrativo e processo economico*, in *Dir. amm.*, 2014, 695 ss., nel descrivere il difficile allineamento tra processo economico e diritto amministrativo, che tale legge (708-709) “*ha finito progressivamente per assumere un rilievo fondamentale anche nel fissare i modi delle interazioni tra potere pubblico e iniziativa economica privata*”, assurgendo così a “*strumento di un nuovo patto di ri-legittimazione del diritto amministrativo e del controllo pubblico delle attività economiche finalmente coerente con la costituzione economica del XXI secolo*”. Cfr. M. DE BENEDETTO, *Diritto amministrativo e crescita*, cit., 2014, 189 ss.

⁴⁰ S. VALAGUZZA, *La frammentazione*, cit., 283. L’autrice aggiunge (p. 284): “*la frammentazione descrive gli intrecci tra diversi sistemi giuridici e può ritrovarsi in qualsiasi tipo di intersezione normativa. [...] Le intersezioni che riguardano i rapporti tra ordinamento nazionale e ordinamento comunitario concernono soprattutto le libertà economiche, disciplinate, in parte, da disposizioni di fonte nazionale e, in altra parte, da disposizioni di fonte sovranazionale*”. Come pure chiosa (p. 286) il “*policentrismo normativo, derivante appunto dalla molteplicità dei modelli di governo che interferiscono su uno stesso piano ordinamentale, è ormai un dato di fatto ineliminabile al sistema*”. Su questi temi, in termini più generali, cfr. G. GRECO, *L’incidenza del diritto comunitario sul diritto amministrativo*, in (a cura di G. GRECO - M.P. CHITI) *Trattato di diritto amministrativo europeo. Parte generale*, Milano 2007, 933 ss.

⁴¹ S. VALAGUZZA, *La frammentazione*, cit., 316 ss.

⁴² S. VALAGUZZA, *La frammentazione*, cit., 319-321. La dicotomia sviluppata è quella propria dell’Autrice, il cui pensiero sarà diversamente sviluppato (con esempi diversi) relativamente al primo modo di interazione tra diritto interno e europeo. L’Autrice invece lo sviluppa occupandosi del diritto di proprietà e, segnatamente, del fenomeno dell’accessione invertita.

contemporaneamente oggetto di una disciplina di matrice europea, proprio per l'esistenza di disposizioni di diritto europeo derivato da integrare alla disciplina nazionale. Un altro modo in cui la situazione soggettiva (sempre europeizzata) trova fondamento nel diritto europeo e sia poi oggetto di disciplina nazionale integrativa.

Sembra appartenere al primo modo di integrazione il 'diritto' dell'operatore economico di accedere al mercato nello Stato di appartenenza. Sembrano appartenere al secondo modo di integrazione le libertà economiche europee, sancite direttamente dai Trattati, come, per esempio, quella di prestazione dei servizi ed il diritto di stabilimento. Si tratta, più esattamente, della pretesa, generata e protetta dal diritto europeo, di un operatore economico di prestare il proprio servizio oppure di stabilirsi permanentemente in uno Stato straniero, così da accedere ad un mercato (di regola omogeneo per oggetto) ma, sul piano geografico, proprio di uno Stato diverso da quello di appartenenza.

Nei paragrafi successivi, si concentrerà l'attenzione sul primo modo di integrazione tra ordinamento nazionale ed europeo, evidenziando come, quanto meno nell'ambito del mercato dei servizi, la disciplina (nazionale) dei controlli sull'accesso al mercato debba essere integrata con quella di matrice europea. Col risultato che essa, allo stato attuale, è da questa (e della gerarchia di interesse che la stessa sottende) profondamente modellata.

Questo sembra avvenire anche per una precisa scelta politica nazionale: perché, nel recepire la direttiva 2006/123/CE con il d.lgs. n. 59 /2010, i principi da questa dettati sono stati chiaramente estesi⁴³ ad ogni ad ogni attività imprenditoriale svolta nel territorio nazionale. Sicché tali principi valgono anche quando la situazione è puramente interna: anche quando l'operatore economico, che si relaziona con l'amministrazione per accedere al mercato, è nazionale e pertanto non invoca, a sua protezione, alcuna libertà economica europea, per definizione transfrontaliera.

In questo modo, nell'ordinamento nazionale, i due diversi modi di integrazione tra diritto nazionale ed europeo danno attualmente risultati omogenei: la disciplina sull'accesso al mercato è tendenzialmente⁴⁴ la medesima, sia quando è l'operazione nazionale a relazionarsi con l'amministrazione, sia quando è l'operatore straniero a farlo, valendosi delle libertà economiche europee. Muta l'ordinamento di origine della libertà economica, ma la disciplina (frammentata) che regola l'accesso al mercato è la medesima.

⁴³ Secondo l'art. 1, d.lgs. n. 59/2010, "*le disposizioni del presente decreto si applicano a qualunque attività economica, di carattere imprenditoriale o professionale, svolta senza vincolo di subordinazione, diretta allo scambio di beni o alla fornitura di altra prestazione anche a carattere intellettuale*". Precisa il comma 2 dello stesso articolo che "*Le disposizioni della Parte prima del presente decreto [artt. 1-44] sono adottate ai sensi dell'articolo 117, comma 2, lettere e) ed m), della Costituzione, al fine di garantire la libertà di concorrenza secondo condizioni di pari opportunità e il corretto ed uniforme funzionamento del mercato, nonché per assicurare ai consumatori finali un livello minimo e uniforme di condizioni di accessibilità ai servizi sul territorio nazionale*".

⁴⁴ Vi sono infatti nel d.lgs. n. 59/2010 previsioni riservate all'operatore straniero. Si pensi, per esempio, con riguardo alle condizioni per il rilascio dell'autorizzazione, al comma 2 dell'art. 15: "*I requisiti e i controlli equivalenti o sostanzialmente comparabili quanto a finalità, ai quali il prestatore sia già assoggettato in un altro Stato membro, sono da considerarsi idonei ai fini della verifica della sussistenza delle condizioni per il rilascio di un titolo autorizzatorio, sempre che il prestatore o le autorità competenti dell'altro Stato membro forniscano al riguardo le informazioni necessarie*".

Ricapitolando: la frammentazione normativa è data da un livello di disciplina generale e tutto interno e da un livello di disciplina di matrice europea, che limita l'autonomia regolatoria nazionale e dove l'interesse generale al libero mercato ha un alto 'valore', coerentemente all'ordine giuridico del mercato definito dal diritto europeo. Così questo interesse senz'altro 'entra' nella disciplina nazionale sull'accesso al mercato. Ci 'entra', come visto, anche quando le situazioni sono puramente interne.

3.1. (Segue) *Un ulteriore livello di disciplina nazionale: le discipline settoriali.*

La regolazione dei modelli di controllo sull'accesso al mercato, composta dai due livelli di disciplina appena descritti, ne contempra sempre un terzo: un livello interno e settoriale, quindi diverso per ciascuna attività economica. Si tratta di un livello di primaria rilevanza pratica, soprattutto perché esso fissa, spesso con lunghi elenchi, i requisiti da possedere per l'accesso al mercato; e perché esso - nonostante gli articoli 19 e 20, l. n. 241/1990, si occupino, rispettivamente, dell'ambito di operatività di s.c.i.a. e silenzio assenso - spesso risulta decisivo per concretamente individuare il modello di controllo, cui ciascuna attività economica è sottoposta.

Anche con riguardo a questo terzo livello di disciplina, si potrebbe parlare di frammentazione normativa, ma in modo assai diverso: come integrazione della disciplina generale (sintesi di quella statale ed europea) con un ulteriore e settoriale livello di disciplina, spesso variabile da regione a regione. In questo caso si potrebbe allora parlare di frammentazione normativa della fattispecie per effetto del diritto regionale. Ciò dipende dal riparto di potestà legislativa previsto dall'art. 117 Cost., che riserva alla potestà legislativa regionale materie come il commercio e l'artigianato, col limite del rispetto della disciplina nazionale volta a tutelare la concorrenza.

4. *Frammentazione normativa nel modello di controllo autorizzatorio. I principi di matrice europea posti dal d.lgs. n. 59/2010 ed il ruolo delle discipline settoriali.*

Con riguardo al modello autorizzatorio, manca, nella legge generale sul procedimento, un articolo *ad hoc*, che racchiuda l'intera sua disciplina. Essa pare nondimeno 'diluita' nelle regole (e nelle numerose garanzie⁴⁵) ivi previste e relative ai procedimenti amministrativi avviati su istanza di parte⁴⁶; nonché nelle regole relative all'esercizio dei poteri di autotutela

⁴⁵ Si pensi ai termini per la conclusione del procedimento (art. 2) e ai rimedi in caso d'inosservanza del dovere di concluderlo tempestivamente (art. 2, cc. 9-bis ss., art. 2-bis, artt. 31 e 117 c.p.a.); al responsabile del procedimento e ai relativi poteri istruttori e di soccorso (art. 6); agli istituti di partecipazione, come la comunicazione di avvio del procedimento (art. 7) e il preavviso di rigetto (art. 10-bis). La comunicazione di avvio può essere tuttavia sostituita da "una ricevuta, che attesta l'avvenuta presentazione dell'istanza", ai sensi dell'art. 18-bis.

⁴⁶ Sul tema v. lo studio di P. LAZZARA, *I procedimenti amministrativi ad istanza di parte*, cit., *passim*.

decisoria, le quali pongono dei precisi limiti, anche temporali, al suo esercizio proprio con riguardo ai “*provvedimenti di autorizzazione*”, assicurandone così una certa stabilità⁴⁷.

La disciplina contenuta nella legge sul procedimento non è affatto sufficiente a definire interamente il modello autorizzatorio: bisogna considerare i vincoli europei⁴⁸ sulla disciplina del modello autorizzatorio, soprattutto nel mercato dei servizi, e la conseguente frammentazione della fattispecie.

Gli artt. 10 ss., d.lgs. n. 59/2010, nel ‘ricopiare’ alcune previsioni della direttiva n. 123/2006/CE, stabiliscono, con riguardo ai “*regimi autorizzatori*”, alcuni principi, trascendenti il carattere transfrontaliero⁴⁹ dell’attività economica e validi pure a fronte di situazioni puramente interne, in cui dall’operatore economico non viene invocata alcuna libertà di circolazione europea. Si cercherà ora di compendiare i principi più significativi.

Anzitutto, i regimi autorizzatori sono ammessi⁵⁰ “*solo se giustificati da motivi imperativi di interesse generale*”⁵¹ e secondo il principio di proporzionalità. Altrimenti il controllo pubblico deve essere di tipo successivo all’avvio dell’attività economica, secondo il modello della s.c.i.a. Si tornerà su questi punti in un prossimo paragrafo⁵² del presente capitolo, quando si analizzeranno i modelli di controllo previsti dalla direttiva 2006/123/CE.

In secondo luogo, l’esito del procedimento autorizzatorio deve essere il più possibile prevedibile⁵³; il che implica la tendenziale limitazione, quando non l’azzeramento, della discrezionalità amministrativa, che genera incertezza sull’esito del procedimento.

⁴⁷ Si allude al divieto di revocare per *ius poenitendi* (art. 21-*quinquies*, c. 1) e al limite di diciotto mesi per l’esercizio di potere di (auto)annullamento (art. 21-*nonies*, c. 1). Sul rapporto tra stabilità del provvedimento e diritto europeo, soprattutto se il primo risulta in violazione del secondo, v. S. TORRICELLI, *Libertà economiche*, cit., 219 ss. Con particolare attenzione alle più recenti riforme dei poteri di autotutela previsti dalla l. n. 241/1990, v. M. TRIMARCHI, *Stabilità*, cit.

⁴⁸ G. VESPERINI, *Il vincolo europeo*, cit., spec. 1-28 e 53-66.

⁴⁹ Sul fenomeno dell’erosione delle situazioni puramente interne, in origine completamente sottratte dallo spazio di operatività del diritto europeo e dei relativi principi, cfr. S. TORRICELLI, *Libertà economiche*, cit., 257 ss.; S. VALAGUZZA, *La frammentazione*, cit., spec. 162 ss.; cfr. M. LOTTINI, *Mercato europeo*, cit., 308 ss.

⁵⁰ Art. 14, c. 1, d.lgs. n. 59/2010.

⁵¹ Sono motivi imperativi d’interesse generale le “*ragioni di pubblico interesse, tra i quali l’ordine pubblico, la sicurezza pubblica, l’incolumità pubblica, la sanità pubblica, la sicurezza stradale, la tutela dei lavoratori compresa la protezione sociale dei lavoratori, il mantenimento dell’equilibrio finanziario del sistema di sicurezza sociale, la tutela dei consumatori, dei destinatari di servizi e dei lavoratori, l’equità delle transazioni commerciali, la lotta alla frode, la tutela dell’ambiente, incluso l’ambiente urbano, la salute degli animali, la proprietà intellettuale, la conservazione del patrimonio nazionale storico e artistico, gli obiettivi di politica sociale e di politica culturale*”. Così l’art. 8, c. 1, lett. h), d.lgs. n. 59/2010, che fotocopie la definizione di motivo d’interesse generale offerta dall’art. 4, § 1, n. 8, direttiva n. 2006/123/CE. Tali motivi, prima di essere positivizzati nel diritto europeo derivato, furono elaborati dalla giurisprudenza della Corte di giustizia dell’Unione europea, a partire dalla sentenza *Cassis de Dijon*, 20 febbraio 1979, C-120/79. Analizza criticamente la giurisprudenza della Corte di giustizia M. LOTTINI, *Il mercato europeo*, cit., 173 ss.

⁵² *Infra* § 11 ss.

⁵³ Secondo l’art. 15, d.lgs. n. 59/2010, “*le condizioni alle quali è subordinato l’accesso e l’esercizio alle attività di servizi sono: a) non discriminatorie; b) giustificate da un motivo imperativo di interesse generale; c) commisurate all’obiettivo di interesse generale; d) chiare ed inequivocabili; e) oggettive; f) rese pubbliche preventivamente; g) trasparenti e accessibili*”. Cfr. art. 10, direttiva n. 123/2006/CE. Sul problema della presenza di poteri discrezionali, dall’esito imprevedibile, v. S. TORRICELLI, *Libertà economiche*, cit., 19 ss.

In terzo luogo, sono di regola vietati i contingenti⁵⁴. Le autorizzazioni possono essere rilasciate in numero limitato “*solo se sussiste un motivo imperativo di interesse generale o per ragioni correlate alla scarsità delle risorse naturali o delle capacità tecniche disponibili*”. In caso di contingenti, le autorizzazioni devono comunque essere assegnate tramite un procedimento ad evidenza pubblica⁵⁵ e la loro durata - di regola⁵⁶ illimitata - deve in questo caso essere limitata, così da consentire l'ingresso di nuovi operatori nel mercato. Tanto che, per evitare elusioni, sono espressamente vietati rinnovi automatici dell'autorizzazione o “*vantaggi al prestatore uscente*”⁵⁷.

In quarto luogo, ai fini del rilascio dell'autorizzazione, è assolutamente vietato valutare alcuni specifici requisiti⁵⁸, il cui mancato possesso non può dunque condizionare l'accesso

⁵⁴ Sul tema, v. M. DELSIGNORE, *Il contingentamento dell'iniziativa economica privata. Il caso non unico delle farmacie*. Milano 2011, spec. 42-62 e 173 ss.

⁵⁵ Secondo l'art. 16, c. 1, d.lgs. n. 59/2010, articolo rubricato “*selezione tra diversi candidati*”, “*nelle ipotesi in cui il numero di titoli autorizzatori disponibili per una determinata attività di servizi sia limitato per ragioni correlate alla scarsità delle risorse naturali o delle capacità tecniche disponibili, le autorità competenti applicano una procedura di selezione tra i candidati potenziali ed assicurano la predeterminazione e la pubblicazione, nelle forme previste dai propri ordinamenti, dei criteri e delle modalità atti ad assicurarne l'imparzialità, cui le stesse devono attenersi*”.

⁵⁶ All'efficacia temporale illimitata dell'autorizzazione sono ammesse deroghe, ai sensi dell'art. 19, d.lgs. n. 59/2010. Cfr. l'art. 11, direttiva n. 123/2006/CE.

⁵⁷ Art. 16, c. 4, d.lgs. n. 59/2010.

⁵⁸ Si legge all'art. 11, d.lgs. n. 59/2010 (di trasposizione dell'art. 14, direttiva 2006/123/CE), articolo rubricato “*requisiti vietati*”: “*L'accesso ad un'attività di servizi o il suo esercizio non possono essere subordinati al rispetto dei seguenti requisiti: a) requisiti discriminatori fondati direttamente o indirettamente sulla cittadinanza o, per quanto riguarda le società, sull'ubicazione della sede legale, in particolare: 1) il requisito della cittadinanza italiana per il prestatore, il suo personale, i detentori di capitale sociale o i membri degli organi di direzione e vigilanza; 2) il requisito della residenza in Italia per il prestatore, il suo personale, i detentori di capitale sociale o i membri degli organi di direzione e vigilanza; b) il divieto di avere stabilimenti in più di uno Stato membro o di essere iscritti nei registri o ruoli di organismi, ordini o associazioni professionali di altri Stati membri; c) restrizioni della libertà, per il prestatore, di scegliere tra essere stabilito a titolo principale o secondario, in particolare l'obbligo per il prestatore, di avere lo stabilimento principale in Italia o restrizioni alla libertà di scegliere tra essere stabilito in forma di rappresentanza, succursale o filiale; d) condizioni di reciprocità con lo Stato membro nel quale il prestatore ha già uno stabilimento, salvo quelle previste in atti comunitari riguardanti l'energia; e) l'applicazione caso per caso di una verifica di natura economica che subordina il rilascio del titolo autorizzatorio alla prova dell'esistenza di un bisogno economico o di una domanda di mercato, o alla valutazione degli effetti economici potenziali o effettivi dell'attività o alla valutazione dell'adeguatezza dell'attività rispetto agli obiettivi di programmazione economica stabiliti; tale divieto non concerne i requisiti di programmazione che non perseguono obiettivi economici, ma che sono dettati da motivi imperativi d'interesse generale; f) l'obbligo di presentare, individualmente o con altri, una garanzia finanziaria o di sottoscrivere un'assicurazione presso un prestatore o presso un organismo stabilito in Italia; g) l'obbligo di essere già stato iscritto per un determinato periodo nei registri italiani o di avere in precedenza esercitato l'attività in Italia per un determinato periodo*”. All'art. 12, d.lgs. 59/2010, è presente un altro lungo elenco di requisiti. Non si tratta di ulteriori requisiti sempre vietati, ma di requisiti a cui può essere condizionato l'avvio di un'attività soltanto se sussistono motivi imperativi d'interesse generale: “*Nei casi in cui sussistono motivi imperativi di interesse generale, l'accesso e l'esercizio di una attività di servizio possono, nel rispetto dei principi di proporzionalità e non discriminazione, essere subordinati al rispetto dei seguenti requisiti: a) restrizioni quantitative o territoriali sotto forma, in particolare, di restrizioni fissate in funzione della popolazione o di una distanza geografica minima tra prestatori; b) requisiti che impongono al prestatore di avere un determinato statuto giuridico; c) obblighi relativi alla detenzione del capitale di una società; d) requisiti diversi da quelli relativi alle questioni disciplinate dal decreto legislativo 9 novembre 2007, n. 206, o da quelli previsti in altre norme attuative di disposizioni comunitarie, che riservano l'accesso alle attività di servizi in questione a prestatori particolari a motivo della natura specifica dell'attività esercitata; e) il divieto*

al mercato. In particolare, le autorizzazioni non possono avere ‘causa economica’⁵⁹: il loro rilascio non può essere subordinato a valutazioni pubbliche, di stampo dirigitico, sull’adeguatezza della domanda e dell’offerta nel mercato di riferimento al momento della presentazione dell’istanza. Tali valutazioni sono riservate al mercato, al virtuoso e dinamico gioco della concorrenza.

Infine, nei procedimenti autorizzatori opera di regola⁶⁰ il silenzio assenso; tanto che il procedimento può concludersi con il rilascio di un’autorizzazione espressa soltanto⁶¹ se sussistono motivi imperativi d’interesse generale.

di disporre di più stabilimenti sul territorio nazionale; f) requisiti che stabiliscono un numero minimo di dipendenti; g) tariffe obbligatorie minime o massime che il prestatore deve rispettare; h) l'obbligo per il prestatore di fornire, insieme al suo servizio, altri servizi specifici”. Esiste nell’ordinamento un ulteriore elenco di requisiti tendenzialmente vietati. Si allude ai seguenti commi dall’art. 3, d.l. n. 138/2011: “8. Le restrizioni in materia di accesso ed esercizio delle attività economiche previste dall’ordinamento vigente sono abrogate quattro mesi dopo l’entrata in vigore del presente decreto [...]”.

9. Il termine “restrizione”, ai sensi del comma 8, comprende: a) la limitazione, in forza di una disposizione di legge, del numero di persone che sono titolate ad esercitare una attività economica in tutto il territorio dello Stato o in una certa area geografica attraverso la concessione di licenze o autorizzazioni amministrative per l’esercizio, senza che tale numero sia determinato, direttamente o indirettamente sulla base della popolazione o di altri criteri di fabbisogno; b) l’attribuzione di licenze o autorizzazioni all’esercizio di una attività economica solo dove ce ne sia bisogno secondo l’autorità amministrativa; si considera che questo avvenga quando l’offerta di servizi da parte di persone che hanno già licenze o autorizzazioni per l’esercizio di una attività economica non soddisfa la domanda da parte di tutta la società con riferimento all’intero territorio nazionale o ad una certa area geografica; c) il divieto di esercizio di una attività economica al di fuori di una certa area geografica e l’abilitazione a esercitarla solo all’interno di una determinata area; d) l’imposizione di distanze minime tra le localizzazioni delle sedi deputate all’esercizio di una attività economica; e) il divieto di esercizio di una attività economica in più sedi oppure in una o più aree geografiche; f) la limitazione dell’esercizio di una attività economica ad alcune categorie o divieto, nei confronti di alcune categorie, di commercializzazione di taluni prodotti; g) la limitazione dell’esercizio di una attività economica attraverso l’indicazione tassativa della forma giuridica richiesta all’operatore; h) l’imposizione di prezzi minimi o commissioni per la fornitura di beni o servizi, indipendentemente dalla determinazione, diretta o indiretta, mediante l’applicazione di un coefficiente di profitto o di altro calcolo su base percentuale; i) l’obbligo di fornitura di specifici servizi complementari all’attività svolta.

10. Le restrizioni diverse da quelle elencate nel comma 9 precedente possono essere revocate con regolamento da emanare ai sensi dell’articolo 17, comma 2, della legge 23 agosto 1988, n. 400, emanato su proposta del Ministro competente entro quattro mesi dall’entrata in vigore del presente decreto, fermo in ogni caso quanto previsto dal comma 1 del presente articolo.

11. Singole attività economiche possono essere escluse, in tutto o in parte, dall’abrogazione delle restrizioni disposta ai sensi del comma 8; in tal caso, la suddetta esclusione, riferita alle limitazioni previste dal comma 9, può essere concessa, con decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri, su proposta del Ministro competente di concerto con il Ministro dell’economia e delle finanze, sentita l’Autorità garante della concorrenza e del mercato, entro quattro mesi dalla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto, qualora: a) la limitazione sia funzionale a ragioni di interesse pubblico, tra cui in particolare quelle connesse alla tutela della salute umana; b) la restrizione rappresenti un mezzo idoneo, indispensabile e, dal punto di vista del grado di interferenza nella libertà economica, ragionevolmente proporzionato all’interesse pubblico cui è destinata; c) la restrizione non introduca una discriminazione diretta o indiretta basata sulla nazionalità o, nel caso di società, sulla sede legale dell’impresa.”

⁵⁹ V. la lettera e) nell’elenco di requisiti vietati dall’art. 11, d.lgs. n. 59/2010. Cfr. l’art. 3, c. 9, lett. b), d.l. n. 138/2011.

⁶⁰ Secondo l’art. 17, d.lgs. n. 59/2010, “Ai fini del rilascio del titolo autorizzatorio riguardante l’accesso e l’esercizio delle attività di servizi di cui al presente decreto si segue, ove non diversamente previsto, il procedimento di cui all’articolo 20 della legge 7 agosto 1990, n. 241”

⁶¹ Occorre osservare che, in proposito, la direttiva Bolkestein contempla un’ulteriore ipotesi di deroga al silenzio assenso: la presenza di “un interesse legittimo dei terzi” (art. 13, § 4); come a dire che anche il controllo sociale delle autorizzazioni, come pure una loro più agevole giustiziabilità, potrebbe giustificare

La disciplina del modello autorizzatorio è quindi chiaramente frammentata: multilivello. Sono stati intanto sinteticamente illustrati due livelli: un livello più generale e tutto interno, dato dalla legge sul procedimento amministrativo, l. n. 241/1990; un livello europeo, dato dalla disciplina di matrice europea in tema di servizi, trasfusa nel d.lgs. n. 59/2010. Sussiste inoltre, come si accennava in precedenza, un terzo livello di disciplina, dato dalle leggi settoriali (statali o regionali) di ciascuna attività economica, che predeterminano, anche con l'ausilio di fonti di rango secondario, i requisiti da valutare per il rilascio dell'autorizzazione. Tutti questi livelli di disciplina devono essere combinati tra loro per stabilire il concreto regime amministrativo di ogni singola attività economica privata sottoposta al modello di controllo autorizzatorio: operazione particolarmente complessa.

L'ultimo e settoriale livello è spesso fondamentale: perché lì si concentra l'attenzione degli apparati burocratici e lo 'scontro' tra questi e gli operatori economici. Soprattutto perché lì - tramite la precisa fissazione dei requisiti che l'amministrazione deve verificare per rilasciare l'autorizzazione richiesta dal privato - dovrebbero essere selezionati e bilanciati, in sede politica, gli interessi pubblici antagonisti al libero mercato e inerenti all'attività economica sottoposta a controllo preventivo.

Anche per questo in precedenza⁶² si sottolineava il problema della mancata, reale e completa, opera - imposta anche dall'art. 5, direttiva n. 2006/123/CE - di esame/revisione⁶³, oltre che del modello di controllo cui è assoggettata ogni singola attività, dei requisiti fissati dalle leggi settoriali per il suo svolgimento.

Naturalmente, in forza della primazia del diritto europeo, se le discipline settoriali prevedessero disposizioni contrarie a quella di matrice europea⁶⁴, tali disposizioni andrebbero disapplicate, non solo dal giudice, laddove oggetto di causa, ma anche da parte della stessa amministrazione titolare del potere autorizzatorio. Insegna infatti la Corte di giustizia che l'"*obbligo di disapplicare una normativa nazionale in contrasto con il diritto comunitario incombe non solo al giudice nazionale, ma anche a tutti gli organi dello Stato, comprese le autorità amministrative*"⁶⁵. Così si assicura la primazia e l'effettività del diritto

l'autorizzazione espressa. Inoltre, secondo il considerando n. 63 della stessa direttiva, i regimi autorizzatori "*potrebbero comprendere norme nazionali secondo cui, in mancanza di risposta da parte dell'autorità competente, la domanda si considera respinta; tale rifiuto è impugnabile di fronte alle giurisdizioni competenti*".

⁶² *Supra* cap. II, § 5.

⁶³ S. TORRICELLI, *Libertà economiche*, cit., 60: "*l'obbligo per gli Stati di procedere a una scansione di tutta la propria normativa comporta una verifica analitica tesa a rilevare se ogni singolo meccanismo autorizzatorio previsto resista o meno ai limiti posti dal diritto europeo, i cui esiti debbono poi essere comunicati alla Commissione*".

⁶⁴ Si pensi ai "*requisiti vietati*" elencati all'art. 11, d.lgs. n. 59/2010.

⁶⁵ Le parole sono della Corte di giustizia CE, sentenza 9 settembre 2003, C-198/01, *Consorzio industrie fiammiferi, C.i.f.*, § 49, che richiama in proposito anche la propria sentenza 2 giugno 1989, C-103/88, *Fratelli Costanzo*. La prima sentenza riguarda il dovere dell'A.g.c.m. di disapplicare la legislazione italiana che impone e favorisce, legittimandone e favorendone gli effetti, intese restrittive della concorrenza relative alla determinazione dei prezzi e alla ripartizione del mercato. Tuttavia, secondo la Corte (§ 59 e principio di diritto n. 1), il potere sanzionatorio dell'autorità nazionale antitrust incontra dei limiti: essa "*non può infliggere sanzioni alle imprese interessate per comportamenti pregressi qualora questi siano stati loro imposti dalla detta normativa nazionale*"; mentre essa "*può infliggere sanzioni alle imprese interessate per comportamenti*

europeo, che sarebbero depotenziate riservando il potere/dovere di disapplicazione ai giudici nazionali. O comunque, nei giudizi in via principale⁶⁶, in caso di discipline settoriali regionali contrarie al diritto europeo, potrebbe essere sollevata dal Governo⁶⁷ questione di loro legittimità costituzionale, ai sensi dell'art. 117, c. 1, Cost., secondo cui la potestà legislativa è esercitata nel rispetto “*dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario*”, anche utilizzando il d.lgs. n. 59/2010 (e la presupposta direttiva Bolkestein) come parametro interposto.

Non sembra invece, di regola, porsi alcun problema di (in)compatibilità tra la disciplina generale, contenuta nella legge sul procedimento, e quella di matrice europea. La prima sembra davvero ‘aperta’ e capace di integrarsi agevolmente con la seconda.

5. Frammentazione normativa e ruolo delle discipline settoriali nel modello di controllo incentrato sulla s.c.i.a.

Come prima si accennava, diversamente dal modello autorizzatorio, l'elaborazione teorica della s.c.i.a. è assai più recente. Infatti, quanto meno a livello generale⁶⁸, il modello di controllo, che su di essa si fonda, è stato introdotto nel 1990 con l'art. 19 della l. n. 241/1990, per poi subire una “*costante opera di manutenzione*”⁶⁹, se non di evoluzione. Ne è prova il cambio di nome dell'istituto: in origine denuncia, poi dichiarazione e, dal 2010⁷⁰ ad oggi, segnalazione certificata di inizio attività. Resta il fatto che, ieri come oggi, la disciplina del modello di controllo è ancora tutta concentrata nell'art. 19. L'opera di manutenzione dell'art. 19 è forse finalmente terminata sul piano sostanziale: con la più recente riscrittura dei poteri inibitori e conformativi, per opera della l. n. 124/2015 e del d.lgs. n. 126/2016, c.d. s.c.i.a. 1, attuativo della prima.

pregressi qualora questi siano stati semplicemente facilitati o incoraggiati da quella normativa nazionale, pur tenendo in debito conto le specificità del contesto normativo nel quale le imprese hanno agito”. Questa fondamentale sentenza è stata commentata da P. CASSINIS, *La sentenza della Corte nel caso del “Consorzio industrie fiammiferi” (CIF): prevalenza del diritto comunitario e tutela della concorrenza in contesti regolamentati*, in *Foro amm.-C.d.S.*, 2004, 291 ss.

⁶⁶ Non sembra ipotizzabile una questione di legittimità in via incidentale per violazione del comma 1 dell'art. 117 Cost., perché così la primazia del diritto europeo verrebbe meno e sarebbe differita al momento della pronuncia della Corte. Invero, secondo la Corte costituzionale, una tale questione sarebbe ammissibile soltanto se il diritto europeo non fosse immediatamente applicabile, sicché il giudice a quo “*deve espressamente indicare i motivi che osterebbero alla non applicazione del diritto interno in contrasto con il diritto dell'Unione europea, venendo altrimenti meno la sufficienza della motivazione in ordine alla rilevanza della questione*” (così ordinanza n. 298/2011; cfr. ordinanza n. 306/2011).

⁶⁷ Mentre la regione non potrebbe sollevare una tale questione, perché, ai sensi del comma 2 dell'art. 127 Cost., il suo diritto di azione è limitato a “*quando ritenga che una legge o un atto avente valore di legge dello Stato o di un'altra Regione leda la sua sfera di competenza*”.

⁶⁸ Sui modelli di controllo per alcuni aspetti analoghi alla s.c.i.a. e previsti in leggi settoriali ben prima del 1990, v. E. BOSCOLO, *Diritti soggettivi*, cit., 54-87.

⁶⁹ L'efficace espressione è di F. FRACCHIA, *L'amministrazione come ostacolo*, cit., 363, che la utilizza con riguardo agli istituti di semplificazione dell'azione amministrativa.

⁷⁰ Art. 49, d.l. n. 78/2010, convertito in l. n. 122/2010.

Intanto dottrina e giurisprudenza, seppure con sfumature diverse, sembrano avere da tempo raggiunto dei punti fermi sulla natura⁷¹ privata della segnalazione; sulla sua ontologica differenza rispetto all'istituto del silenzio assenso e sulla sua profonda alternatività al modello autorizzatorio. Così come sul fatto che l'attività economica, malgrado la sua sottoposizione s.c.i.a., resta soggetta a regole di diritto pubblico⁷², che fissano i requisiti da possedere per il suo avvio, per il cui controllo l'amministrazione dispone dei poteri conformativi ed inibitori previsti dal comma 3 dell'art. 19.

Inoltre la Corte costituzionale⁷³, nell'annoverare il principio di semplificazione tra i "principi fondamentali dell'azione amministrativa", ha perfino ricondotto la disciplina dalla s.c.i.a. ai livelli essenziali delle prestazioni, di cui all'art. 117, c. 2, lett. m), Cost., con ciò precludendo ai legislatori regionali di diversamente modulare l'istituto e l'assetto d'interessi che esso esprime.

Il dibattito è invece ancora molto acceso sul piano processuale; ed è tutto incentrato sulla tutela giurisdizionale cui può accedere il terzo⁷⁴ a fronte dell'omesso illegittimo esercizio del potere inibitorio previsto dal comma 3 dell'art. 19. Tutela che, laddove giungesse a riesumare *sine die* un potere inibitorio da cui l'amministrazione è *ope legis* decaduta, potrebbe alterare l'assetto di interessi⁷⁵ proprio della disciplina sostanziale del modello.

⁷¹ Cons. Stato, Ad. plen., n. 15/2011, cit., aveva qualificato la s.c.i.a. (§ 5.2 della motivazione) come "atto soggettivamente e oggettivamente privato", aggiungendo che "il denunciante è titolare di una posizione soggettiva originaria, che rinviene il suo fondamento diretto ed immediato nella legge". In precedenza, si era espresso il tal senso pure Cons. Stato, sez. VI, 9 febbraio 2009, n. 717, in *Dir. proc. amm.*, 2009, 1245 ss. (con nota di S. VALAGUZZA, *La d.i.a., l'inversione della nature degli interessi legittimi e l'azione di accertamento come strumento di tutela del terzo*), secondo cui (§ 7.3), "per effetto della previsione della d.i.a. la legittimazione del privato all'esercizio dell'attività non è più fondata sull'atto di consenso della p.a., secondo lo schema 'norma-fatto-effetto', ma è una legittimazione ex lege, secondo lo 'schema norma-fatto-effetto', in forza del quale il soggetto è abilitato allo svolgimento dell'attività direttamente dalla legge. [...] La d.i.a., in definitiva, è un atto privato". Il legislatore ha recepito questo orientamento con l'art. 6, c. 1, d.l. n. 138/2011, conv. in l. n. 148/2011, che ha introdotto il comma 6-ter all'art. 19, l. n. 241/1990. Il primo periodo di questo comma recita: "la segnalazione certificata di inizio attività, la denuncia e la dichiarazione di inizio attività non costituiscono provvedimenti taciti direttamente impugnabili".

⁷² Secondo A. TRAVI, voce *Dichiarazione*, cit., 345: la s.c.i.a. "non comporta mai una modifica delle condizioni sostanziali per l'esercizio dell'attività da parte del privato: le regole alle quali era assoggettata l'attività restano tutte ferme; di conseguenza la rilevanza pubblicistica dell'attività non viene meno".

⁷³ Sentenza 27 giugno 2012, n. 164, in www.cortecostituzionale.it, secondo cui (§ 8 del "considerato in diritto") "la disciplina della scia ben si presta ad essere ricondotta al parametro di cui all'art. 117, secondo comma, lettera m), Cost.". Mentre la l. n. 241/1990, siccome novellata dall'art. 10, l. n. 69/2009, all'art. 29, c. 2-ter, (auto)qualifica le previsioni relative alla s.c.i.a. come attinenti ai livelli essenziali delle prestazioni, di cui al comma 2, lett. m) dell'art. 117 Cost. Auto-qualificazione che comunque la suddetta sentenza ha ritenuto corretta. Più di recente, cfr. Corte cost., sentenza 9 maggio 2014, n. 121, *ibidem*.

⁷⁴ Il dibattito si fonda sul comma 6-ter dell'art. 19, secondo cui "gli interessati possono sollecitare l'esercizio delle verifiche spettanti all'amministrazione e, in caso di inerzia, esperire esclusivamente l'azione di cui all'articolo 31, commi 1, 2 e 3 del decreto legislativo 2 luglio 2010, n. 104"; cioè l'azione contro il silenzio inadempiuto.

⁷⁵ Si pensi al pericolo di lesione del legittimo affidamento del segnalante, in ragione della possibilità, per il terzo controinteressato sostanziale, di attivare *sine die* l'esercizio del potere inibitorio vincolato, malgrado la sua decadenza legale. In proposito, v. T.a.r. Toscana, sez. III, ordinanza 11 maggio 2017, n. 667, in www.giustizia-amministrativa.it, che ha ritenuto "rilevante e non manifestamente infondata - per contrasto con gli artt. 3, 11, 97, 117, comma 1 Cost., in relazione all'art. 1 del Protocollo addizionale n. 1 alla CEDU ed all'art. 6, paragrafo 3, del Trattato UE, e 117 comma 2 lett. m) Cost. - la questione di legittimità

I ragionamenti prima svolti, con riguardo alla frammentazione normativa del modello autorizzatorio, sembrano potersi parzialmente replicare circa il modello di controllo *ex post*, incentrato sulla s.c.i.a. Come si diceva, questa ha nella legge sul procedimento una base positiva e generale, tutta concentrata in un articolo: nell'art. 19, che definisce inoltre l'ambito materiale di operatività dell'istituto, precisando a quali condizioni il potere autorizzatorio è sostituito dalla stessa s.c.i.a.

Su quest'ultimo aspetto sembra focalizzarsi pure il livello di disciplina di matrice europea: essa non si occupa dei poteri inibitori e conformativi dell'amministrazione, dei termini per il loro esercizio o dei documenti/dichiarazioni che il privato deve allegare alla s.c.i.a. La disciplina europea, coerentemente al proprio scopo: abbattere le barriere artificiali all'accesso al mercato, si occupa dell'ambito di operatività del controllo pubblico successivo in luogo di quello preventivo⁷⁶; e stabilisce che il secondo è giustificato soltanto a fronte di motivi imperativi d'interessi generali che non possono essere tutelati, altrettanto efficacemente, tramite un controllo successivo all'avvio dell'attività. Se vi sia convergenza, almeno tendenziale, tra l'ambito di operatività dell'istituto secondo il diritto interno e secondo il diritto europeo sarà affrontato in un secondo momento⁷⁷.

Anche con riguardo alla s.c.i.a., è fondamentale il livello di disciplina settoriale di ciascuna attività economica. In esso, parimenti a quanto avviene nel modello di controllo autorizzatorio, sono analiticamente fissati i requisiti da possedere (e da autocertificare) per l'avvio dell'attività.

Si torna ora su un problema, prima cennato, che accomuna il silenzio assenso e la s.c.i.a. Il livello di disciplina settoriale risulta assai spesso decisivo - nonostante le indicazioni fornite dall'art. 19, l. n. 241/1990 e dalla disciplina di matrice europea - per stabilire quando un'attività è concretamente sottoposta a s.c.i.a.: è tale livello di disciplina che di regola qualifica espressamente l'attività come sottoposta a s.c.i.a.

Questo, da un lato, dimostra l'attuale (ma cronico) insuccesso dell'art. 19 nel definire l'esatto suo ambito di operatività, con l'effetto di generare incertezza e di demandare agli apparati burocratici difficili valutazioni in ordine all'utilizzo della s.c.i.a. quando la disciplina settoriale, pur prevedendo il modello autorizzatorio, sembrerebbe soddisfare le condizioni previste dallo stesso art. 19 per la sua operatività. Dall'altro, in parte spiega la recente, come pure la più risalente⁷⁸, esigenza di 'mappare' i procedimenti relativi alle

costituzionale dell'art. 19, comma 6 ter, l. 7 agosto 1990, n. 241, nella parte in cui non prevede un termine per la sollecitazione, da parte del terzo, delle verifiche sulla scia". Sulla questione di legittimità costituzionale sollevata dall'ordinanza e, più in generale, sul tema della tutela del terzo, sia consentito il rinvio a R. BERTOLI, *S.c.i.a. e tutela del terzo: decadenza del potere inibitorio e pretesa al suo esercizio*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2017, 1381 ss. ed ai riferimenti bibliografici lì citati.

⁷⁶ In proposito v. l'art. 9, § 1, direttiva 123/2006/CE.

⁷⁷ *Infra*, spec. § 12.

⁷⁸ Disponeva l'originaria versione dell'art. 19, al comma 1: "*Con regolamento adottato ai sensi del comma 2 dell'articolo 17 della legge 23 agosto 1988, n. 400, da emanarsi entro novanta giorni dalla data di entrata in vigore della presente legge e previo parere delle competenti Commissioni parlamentari, sono determinati i casi in cui l'esercizio di un'attività privata, subordinato ad autorizzazione, licenza, abilitazione, nulla osta, permesso o altro atto di consenso comunque denominato, può essere intrapreso su denuncia di inizio dell'attività stessa da parte dell'interessato*". Aggiungeva il comma 2: "*Con il regolamento di cui al comma 1 vengono indicati i casi in cui all'attività può darsi inizio immediatamente dopo la presentazione*

attività economiche private sottoposti a s.c.i.a. Nondimeno la ‘mappatura’ da ultimo compiuta delude per la ‘pigrizia’⁷⁹ del legislatore: essa si limita ad individuare il regime amministrativo della s.c.i.a. quando esso era già stato previsto dalle leggi settoriali statali.

6. *Ambito oggettivo di operatività del silenzio assenso secondo l’art. 20, l. n. 241/1990. ‘Sensibilità’ degli interessi e tasso di discrezionalità del potere autorizzatorio.*

Con riguardo ai procedimenti ad istanza di parte, vige, dal 2005⁸⁰, la regola del silenzio assenso: “*nei procedimenti ad istanza di parte per il rilascio di provvedimenti amministrativi il silenzio dell’amministrazione competente equivale a provvedimento di accoglimento della domanda*”⁸¹. Il silenzio dell’amministrazione assume dunque un preciso significato giuridico: vale come accoglimento dell’istanza.

Il problema è stabilire l’esatto ambito di operatività di questa regola. Si può subito affermare che essa soffre ampie eccezioni. Non trova anzitutto applicazione laddove il potere autorizzatorio sia attribuito per la tutela di interessi c.d. ‘sensibili’⁸²: “*atti e procedimenti riguardanti il patrimonio culturale e paesaggistico, l’ambiente, la tutela dal rischio idrogeologico, la difesa nazionale, la pubblica sicurezza e l’immigrazione, l’immigrazione, l’asilo e la cittadinanza, la salute e la pubblica incolumità*”⁸³. In questo

della denuncia, ovvero dopo il decorso di un termine fissato per categorie di atti, in relazione alla complessità degli accertamenti richiesti all’amministrazione competente”. Questi commi furono attuali con il d.P.R. n. 300/1992, recante “*Regolamento concernente le attività private sottoposte alla disciplina degli art. 19 e 20, L. n. 241/1990*”. A questo regolamento erano allegate tre tabelle: “*sono elencate nella tabella A le attività alle quali può darsi inizio immediatamente dopo la presentazione della denuncia. Sono elencate nella tabella B le attività cui può darsi inizio una volta decorso il termine indicato dalla medesima tabella per ciascun tipo di attività. Sono elencate nella tabella C le attività al cui svolgimento si applica il silenzio-assenso ai sensi dell’art. 20, comma 1, della legge*” (art. 2, c. 3, d.P.R. n. 300/1992). In dottrina, v. A. TRAVI, *Silenzio assenso e legittimazione ex lege nella disciplina delle attività private in base al d.P.R. 26 aprile 1992, n. 300*, in *Foro amm.*, 1993, 601 ss.

⁷⁹ *Infra* cap. V.

⁸⁰ L’istituto del silenzio assenso fu generalizzato per opera dell’art. 3, c. 6-ter, d.l. n. 35/2005, convertito con modifiche con la l. n. 80/2005. Ha commentato questa novella G. FONDERICO, *Il nuovo tempo del procedimento, la d.i.a. e il silenzio assenso (commento al 14 maggio 2005, n. 80)*, in *Giorn. dir. amm.*, 2005, 1028 ss. L’originaria versione dell’art. 20, analogamente all’art. 19, prevedeva che “*con regolamento adottato ai sensi del comma 2 dell’art. 17 della legge 23 agosto 1988, n. 400, da emanarsi entro novanta giorni dalla data di entrata in vigore della presente legge e previo parere delle competenti Commissioni parlamentari, sono determinati i casi in cui la domanda di rilascio di una autorizzazione, licenza, abilitazione, nulla osta, permesso od altro atto di consenso comunque denominato, cui sia subordinato lo svolgimento di un’attività privata, si considera accolta qualora non venga comunicato all’interessato il provvedimento di diniego entro il termine fissato per categorie di atti, in relazione alla complessità del rispettivo procedimento, dal medesimo predetto regolamento*”.

⁸¹ Così prevede il vigente comma 1 dell’art. 20, l. n. 241/1990. In senso analogo dispone l’art. 17, d.lgs. n. 59/2010.

⁸² Sul tema v. A. MOLITERNI, *Semplificazione amministrativa e tutela degli interessi sensibili: alla ricerca di un equilibrio*, in *Dir. amm.*, 2017, 699 ss., secondo cui nel caso del silenzio assenso, come in quello della s.c.i.a., (p. 713) “*l’interesse sensibile rappresenta un ostacolo insuperabile alla stessa applicazione dell’istituto di semplificazione*”; cfr. C. SILVANO, *Silenzio-assenso e interesse ambientale tra orientamenti giurisprudenziali e scelte del legislatore*, in *Riv. giur. urb.*, 2017; G. SCIULLO, *Interessi differenziati e procedimento amministrativo*, *ibidem*, 2016, 58 ss.

⁸³ Art. 20, c. 4, l. n. 241/1990.

caso l'ordinamento non accetta il rischio che, attraverso il meccanismo di semplificazione della fase decisoria del procedimento, qual è il silenzio assenso, sia compromessa un'adeguata ponderazione dell'interesse 'sensibile'. L'inoperatività del silenzio assenso deve dunque essere principalmente letta come misura di 'protezione' dell'interesse 'sensibile'⁸⁴.

Inoltre, il silenzio assenso non opera quando “*la normativa comunitaria impone l'adozione di provvedimenti amministrativi formali*” (in questo caso è la primazia del diritto europeo a giustificare la sua inoperatività) oppure con riguardo “*agli atti e procedimenti individuati con uno o più decreti del Presidente del Consiglio dei ministri, su proposta del Ministro per la funzione pubblica, di concerto con i Ministri competenti*”⁸⁵.

Quando non opera il silenzio assenso, l'inerzia dell'amministrazione configura un silenzio inadempimento⁸⁶: una violazione dell'obbligo, sancito dall'art. 2⁸⁷, l. n. 241/1990, di concludere tempestivamente il procedimento con un provvedimento espresso. Questa violazione è giustiziabile in forma specifica⁸⁸, ricorrendo⁸⁹ contro il silenzio, ai sensi degli artt. 31 e 117 c.p.a.

L'art. 20, sempre con riguardo all'ambito di operatività del silenzio assenso, non prende posizione sulla natura del potere autorizzatorio attivato dall'istanza. Più esattamente, non stabilisce quale grado di discrezionalità del potere autorizzatorio sia compatibile col formarsi del silenzio assenso. Il tema richiederebbe un'ampia trattazione, ma, ai fini della presente ricerca, sembra possibile limitarsi a due notazioni. Da un lato, come rilevato dalla Corte costituzionale⁹⁰, il silenzio assenso sarebbe incompatibile con

⁸⁴ In questa direzione è andata pure la Corte di giustizia con riguardo ai procedimenti per la protezione per l'ambiente, dichiarando la disciplina nazionale contraria all'ordinamento europeo per avere previsto il silenzio assenso: sentenza 28 febbraio 1991, C-360/87, *Commissione c. Repubblica italiana*, commentata da G. VESPERINI, *Celerità dell'azione amministrativa, tutela di interessi ambientali e regole di utilizzazione del silenzio assenso: alcune osservazioni in margine ad una recente decisione della Corte di giustizia delle Comunità europea*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1992, 909 ss.

⁸⁵ Art. 20, c. 4, l. n. 241/1990.

⁸⁶ Sul tema, tra i contributi monografici più recenti, v. A. COLAVECCHIO, *L'obbligo di provvedere tempestivamente*, Torino 2013; C. GAUCCI, *La tutela avverso l'inerzia della pubblica amministrazione secondo il Codice del processo amministrativo*, Torino 2012.

⁸⁷ Dispone il primo periodo del comma 1 dell'art. 2, l. n. 241/1990: “*Ove il procedimento consegua obbligatoriamente ad un'istanza, ovvero debba essere iniziato d'ufficio, le pubbliche amministrazioni hanno il dovere di concluderlo mediante l'adozione di un provvedimento espresso*”.

⁸⁸ Contro il silenzio inadempimento, alla tutela in forma specifica, può essere abbinata quella risarcitoria, ai sensi dell'art. 30, c. 2, c.p.a., secondo cui “*può essere chiesta la condanna al risarcimento del danno ingiusto derivante [...] dal mancato esercizio di quella obbligatoria*”. Prevede inoltre il comma 4 dello stesso articolo che “*per il risarcimento dell'eventuale danno che il ricorrente comprouvi di aver subito in conseguenza dell'inosservanza dolosa o colposa del termine di conclusione del procedimento, il termine di cui al comma 3 [termine decadenziale di centoventi giorni] non decorre fintanto che perdura l'inadempimento. Il termine di cui al comma 3 inizia comunque a decorrere dopo un anno dalla scadenza del termine per provvedere*”.

⁸⁹ Secondo il comma 1 dell'art. 31 c.p.a., “*decorsi i termini per la conclusione del procedimento amministrativo e negli altri casi previsti dalla legge, chi vi ha interesse può chiedere l'accertamento dell'obbligo dell'amministrazione di provvedere*”. Dispone inoltre il comma 2 dell'art. 117 c.p.a. che “*Il ricorso è deciso con sentenza in forma semplificata e in caso di totale o parziale accoglimento il giudice ordina all'amministrazione di provvedere entro un termine non superiore, di norma, a trenta giorni*”.

⁹⁰ Cfr. in particolare le sentenze 19 ottobre 1992, n. 393; 27 aprile 1993, n. 194; 2 febbraio 1996, n. 26; 17 dicembre 1997, n. 404; 16 luglio 2014, n. 209, tutti in www.cortecostituzionale.it.

procedimenti caratterizzati da un alto tasso di discrezionalità. Dall'altro, laddove il procedimento fosse interamente vincolato, come si spiegherà nel prossimo paragrafo, opererebbe la s.c.i.a. in luogo del silenzio assenso, ai sensi dell'art. 19, l. n. 241/1990. Il che trova conferma nella clausola di salvezza⁹¹ prevista all'esordio del comma 1 dell'art. 20 e relativa proprio all'art. 19.

Se ne desume che, a fronte di poteri amministrativi interamente vincolati, la misura di semplificazione procedimentale è senz'altro più radicale: opera la s.c.i.a., che prende il posto del potere autorizzatorio; e che, seguendo la recente sentenza del Consiglio di Stato, Ad. plen., 27 luglio 2016, n. 17⁹², un limitato livello di discrezionalità (*“un tasso di discrezionalità non elevatissimo”*⁹³) del potere autorizzatorio non impedisce l'operatività del silenzio assenso. Anche perché, se esso operasse soltanto a fronte di poteri del tutto vincolati, nemmeno avrebbe un concreto ambito di operatività. In definitiva, l'operatività del silenzio assenso tendenzialmente dipende dall'“ampiezza” della discrezionalità che caratterizza il potere autorizzatorio.

7. Ambito oggettivo di operatività della s.c.i.a. secondo l'art. 19, l. n. 241/1990.

Occorre ora soffermarsi sull'ambito di operatività⁹⁴ della s.c.i.a. secondo l'art. 19, l. n. 241/1990. Secondo il suo vigente primo comma, *“ogni atto di autorizzazione, licenza, concessione non costitutiva, permesso o nulla osta comunque denominato, comprese le domande per le iscrizioni in albi o ruoli richieste per l'esercizio di attività imprenditoriale, commerciale o artigianale il cui rilascio dipenda esclusivamente dall'accertamento di requisiti e presupposti richiesti dalla legge o da atti amministrativi a contenuto generale [...] è sostituito da una segnalazione dell'interessato”*.

⁹¹ Così esordisce il comma 1 dell'art. 20, l. n. 241/1990: *“fatta salva l'applicazione dell'articolo 19 ...”*.

⁹² La sentenza definisce il dibattito giurisprudenziale in merito all'operatività del silenzio assenso nei procedimenti di competenza degli Enti parco per il rilascio del nulla-osta previsto dall'art. 13, l. n. 394/1991: *“poiché il nulla osta dell'ente parco di cui all'art. 13 l. n. 394 del 1991 ha ad oggetto la previa verifica di conformità dell'intervento con le disposizioni del piano per il parco e del regolamento del parco e non sottende un giudizio tecnico-discrezionale autonomo e distinto da quello già dettagliatamente fatto e reso noto, seppure in via generale, mediante i rammentati strumenti, la previsione del silenzio assenso in caso di inerzia dell'ente parco non fa venir meno la cura concreta dell'interesse ambientale e non configura un sistema che sovverte i principi fondamentali rammentati dalla Corte costituzionale volti a perimetrare il silenzio-assenso in materia ambientale in presenza di valutazioni con elevato tasso di discrezionalità”*. Per un efficace commento di questa sentenza e di quella, sempre relativa allo stesso tema, Cons. Stato, Ad. plen., 24 maggio 2016, n. 9, v. L. BERTONAZZI, *Silenzio-assenso e nulla osta dell'Ente parco: note a margine di due recenti sentenze dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato*, in www.giustamm.it, 2017.

⁹³ Questa è l'espressione utilizzata dalla sentenza, al § 12 della motivazione.

⁹⁴ In un primo momento l'istituto (allora d.i.a.) operava soltanto nei casi previsti dal d.P.R. n. 300/1992. In proposito, v. A. TRAVI, *Silenzio assenso e legittimazione ex lege*, cit. 601 ss. Successivamente, con la novella del 1993, per opera dell'art. 2, c. 10, l. n. 537/1993, l'istituto della d.i.a. fu generalizzato, rinviando ad un regolamento governativo per l'opposta finalità di individuare i casi in cui la d.i.a. non avrebbe trovato applicazione *“in quanto il rilascio dell'autorizzazione [...] dipenda dall'esperimento di prove che comportino valutazioni tecniche discrezionali”*. Ciò avvenne con il d.P.R. n. 411/1994 (che inoltre modificò la tabella C allegata al d.P.R. n. 300/10992, di censimento delle attività soggette a silenzio assenso), poi integrato con il d.P.R. n. 468/1996. Sul tema, v. G. VESPERINI, *Le eccezioni al regime di liberalizzazione delle attività private*, in *Giorn. dir. amm.*, 1996, 1106 ss.

Da questa lunga previsione, si ricava che la s.c.i.a. opera in sostituzione di poteri autorizzatori (poco importa il loro *nomen iuris*⁹⁵) interamente vincolati⁹⁶: opera solamente quando l'autorità è priva di ogni margine di discrezionalità e deve limitarsi ad una meccanica verifica del possesso dei requisiti previsti dalla legge o da un regolamento per lo svolgimento dell'attività.

Anche l'ambito di operatività della s.c.i.a. soffre numerose eccezioni. Il potere autorizzatorio, ancorché di natura vincolata, resta sussistente quando sono previsti contingenti o strumenti di programmazione per l'accesso al mercato di riferimento⁹⁷. Si tratta di quei casi in cui il numero di operatori economici che possono accedere al mercato è limitato direttamente dalla legge o da un atto di programmazione settoriale⁹⁸; sicché non è pensabile che un'attività venga avviata senza un previo controllo burocratico, che dovrà anzitutto assicurare che sia rispettato il contingente; Così come continua ad operare quando “*sussistano vincoli ambientali, paesaggistici o culturali e degli atti rilasciati dalle amministrazioni preposte alla difesa nazionale, alla pubblica sicurezza, all'immigrazione, all'asilo, alla cittadinanza, all'amministrazione della giustizia, all'amministrazione delle finanze [...], nonché di quelli previsti dalla normativa per le costruzioni in zone sismiche e di quelli imposti dalla normativa comunitaria*”⁹⁹: un lungo elenco di interessi ‘sensibili’, sulla falsariga del comma 4 dell'art. 20, l. n. 241/1990.

Ancora una volta, il fatto che il potere autorizzatorio sia funzionale alla loro tutela impedisce l'operatività dei meccanismi di semplificazione amministrativa. L'operazione di valutazione della compatibilità con tali interessi dell'attività da intraprendere è così riservata all'amministrazione, nell'esercizio del proprio potere autorizzatorio.

8. Un ‘vizio’ comune al silenzio assenso e alla s.c.i.a.: l'incertezza del relativo ambito di operatività.

Si è appena visto che l'art. 19 e l'art. 20 individuano il proprio ambito di applicazione. Nel far ciò, essi incontrano un limite comune: si tratta di norme - coerentemente alla legge che le contiene - davvero generali, perché non riguardano le singole attività economiche.

Un approccio esemplificativo rende forse più concreto il rilievo di questo problema. S.c.i.a. e silenzio assenso non operano se i procedimenti da semplificare tramite il loro impiego sono funzionali alla tutela di uno degli interessi pubblici ‘sensibili’ elencati al comma 1 dell'art. 19 e al comma 4 dell'art. 20. Analizzare la disciplina settoriale e stabilire

⁹⁵ Per una sintesi del dibattito sui procedimenti sostituiti dalla s.c.i.a., v. E. SCOTTI, *La segnalazione*, cit., 593-595.

⁹⁶ Anche su questo aspetto, come pure sulla possibile operatività della s.c.i.a. in sostituzione di valutazioni tecniche dell'amministrazione, v. la sintesi di E. SCOTTI, *La segnalazione*, cit., 595-605. Per un approfondimento, L. FERRARA, *Diritti soggettivi ad accertamento amministrativo*, cit., 116 ss.

⁹⁷ Secondo il comma 1 dell'art. 19, l'autorizzazione è sostituita dalla s.c.i.a. quando “*non sia previsto alcun limite o contingente complessivo o specifici strumenti di programmazione settoriale per il rilascio degli atti stessi*”.

⁹⁸ Sul tema v. le fattispecie analizzate da M. DEL SIGNORE, *Il contingentamento*, cit., 179 ss.

⁹⁹ Così il comma 1 dell'art. 19, l. n. 241/1990.

se un procedimento autorizzatorio sia davvero relativo alla tutela di uno di questi interessi è un'operazione difficile e dall'esito incerto. Tanto più considerando che si tratta di concetti giuridici davvero indeterminati¹⁰⁰, elastici, come la pubblica sicurezza, la salute o l'ambiente; concetti per la cui definizione l'ausilio di scienze extra-giuridiche è indispensabile.

Altrettanto difficile è verificare il livello di discrezionalità proprio delle leggi di settore, quelle che disciplinano la singola attività economica, di regola fissando i requisiti da possedere per il suo avvio: se la discrezionalità fosse completamente assente dovrebbe operare la s.c.i.a. e l'autorità avrebbe addirittura radicalmente perso, per opera dell'art. 19, il proprio potere autorizzatorio. Sicché nemmeno avrebbe il potere di esaminare un'istanza di autorizzazione, per poi di dispensare un atto di consenso; anzi, se la ricevesse, dovrebbe invitare l'istante a presentare una s.c.i.a., così da esercitare la propria legittimazione originaria allo svolgimento dell'attività.

Se, invece, la discrezionalità vi fosse, ma il suo tasso non fosse troppo elevato, potrebbe operare il silenzio assenso. Se, infine, il tasso di discrezionalità fosse elevato, il silenzio assenso non potrebbe operare e l'inerzia non assumerebbe alcun positivo significato giuridico: si tratterebbe di un silenzio inadempimento.

Tutto ciò genera incertezza e rende gli artt. 19 e 20 “*norme generali sul regime, senza capacità di definirne e limitarne la portata applicativa*”¹⁰¹. Cioè norme che si limitano a dettare la disciplina positiva del modello di controllo, ma a cui tendenzialmente non si ricorre per stabilire quando concretamente esso operi. Tanto che, come osservato in dottrina, “*il meccanismo impiegato riversa sul destinatario l'onere e il rischio della verifica della operatività di queste norme semplificatorie, in un contesto che appare inevitabilmente incerto*”¹⁰². Il che negativamente si riflette sulla complessiva ‘qualità’ della regolazione pubblica sull'accesso al mercato.

Allora, come si accennava in precedenza parlando di frammentazione normativa con riguardo alla s.c.i.a., le discipline settoriali diventano fondamentali per stabilire il regime amministrativo di ciascuna attività: sono esse (e non gli articoli 19 e 20) a stabilirlo in concreto ed è ad esse che si ricorre in caso d'incertezza¹⁰³. Né sarebbe pensabile demandare agli apparati burocratici difficili valutazioni circa il preciso interesse pubblico (‘sensibile’ e riconducibile alle generiche materie elencate dagli articoli 19 e 20) tutelato dal procedimento autorizzatorio o circa il tasso di discrezionalità (assente, medio o elevato)

¹⁰⁰ Sul tema v. di recente E. FERRERO, *Concetti giuridici indeterminati e poteri discrezionali delle amministrazioni*, in *Dir. e proc. amm.*, 2014, 759 ss.; cfr., tri tanti, lo studio monografico di D. DE PRETIS, *Valutazione amministrativa e discrezionalità tecnica*, Padova 1995.

¹⁰¹ Così S. TORRICELLI, *Libertà economiche*, cit., 89.

¹⁰² S. TORRICELLI, *Libertà economiche*, cit., 85. Con specifico riguardo alla s.c.i.a. ha rilevato B.G. MATTARELLA, *La scia*, cit., 1329, ha osservato: “*la Scia può essere uno strumento utile, che alleggerisce il controllo pubblico e accelera l'avvio di attività private, purché siano individuate con precisione le attività alle quali si applica: una norma generale come l'art. 19 non soddisfa questa esigenza di certezza*”.

¹⁰³ Rileva A. MOLITERNI, *Semplificazione amministrativa*, cit., 733, che in un contesto di incertezza “*i funzionari saranno inclini ad applicare in maniera legalistica la (più restrittiva disciplina di settore, evitando di assumersi il rischio di ricorrere ai meccanismi di semplificazione previsti dalla legge sul procedimento*”.

caratterizzante lo stesso procedimento, così da stabilire, di volta in volta, l'operatività della s.c.i.a. o del silenzio assenso.

Anzi, demandare tali compiti all'amministrazione genererebbe sicure disparità di trattamento; ma soprattutto così si assegnerebbero all'amministrazione compiti propri del legislatore: il solo deputato a bilanciare tutti gli interessi in gioco, a valutarne il 'valore' e la 'sensibilità', così da stabilire il modello di controllo cui sottoporre ciascuna attività.

9. Poteri inibitori previsti dai commi 3 e 4 dell'art. 19, l. n. 241/1990.

Ci si sofferma ora sulla disciplina della s.c.i.a., per illustrare cosa concretamente significhi controllo successivo sull'avvio dell'attività segnalata e, se esso avesse esito negativo, potere di sua immediata inibizione. Occorre inoltre verificare se il potere di inibizione sussista ancora (e a quali presupposti) una volta spirato il termine perentorio per il suo esercizio.

Come si diceva, la disciplina a tal fine rilevante è tutta contenuta nell'art. 19, l. n. 241/1990. I suoi commi 3 e 4, dedicati proprio ai poteri inibitori dell'amministrazione, sono stati completamente riscritti dall'art. 6 della legge Madia. Come meglio si spiegherà nel prossimo paragrafo, il comma 3 dell'art. 19 è stato poi modificato per opera dell'art. 3, d.lgs. n. 126/2016, attuativo della legge Madia, nella parte in cui disciplinava l'invito a conformare l'attività segnalata in luogo della sua inibizione. Intanto in questo paragrafo ci si focalizzerà sulla disciplina dei poteri inibitori, così come riscritta dalla legge Madia.

Più esattamente, l'art. 6 cit. ha anzitutto eliminato, al comma 3 dell'art. 19, l. n. 241/1990, ogni 'infelice' riferimento al potere di autotutela¹⁰⁴, il cui oggetto era rimasto misterioso, poiché la s.c.i.a. era (ed è) un atto privato, insuscettibile d'essere annullato d'ufficio oppure revocato¹⁰⁵. Come pure ha eliminato, sempre al comma 3 dell'art. 19, il potere di inibizione *sine die* dell'attività segnalata per il caso di documenti o dichiarazioni falsi o mendaci¹⁰⁶.

L'art. 6 cit. ha inoltre soppresso lo speciale potere - introdotto nel 2010¹⁰⁷ - di inibizione tardiva dell'attività segnalata per la tutela di specifici interessi pubblici

¹⁰⁴ Era infatti previsto che "è fatto comunque salvo il potere dell'amministrazione competente di assumere determinazioni in via di autotutela, ai sensi degli articoli 21-quinquies e 21-nonies". A questo periodo è stato poi aggiunto, nel 2014, l'inciso "nei casi di cui al comma 4 del presente articolo", così da associare questo potere di autotutela a quello di inibizione tardiva per la tutela di specifici interessi pubblici.

¹⁰⁵ Anzi, siccome la s.c.i.a. da sempre opera laddove il potere di controllo sia vincolato, il riferimento al potere di revoca, che tradizionalmente presuppone una nuova valutazione di opportunità, era davvero inspiegabile.

¹⁰⁶ Prevedeva il secondo periodo del comma 3 dell'art. 19: "In caso di dichiarazioni sostitutive di certificazione e dell'atto di notorietà false o mendaci, l'amministrazione, ferma restando l'applicazione delle sanzioni penali di cui al comma 6, nonché di quelle di cui al capo VI del testo unico di cui al decreto del Presidente della Repubblica 28 dicembre 2000, n. 445, può sempre e in ogni tempo adottare i provvedimenti di cui al primo periodo"

¹⁰⁷ Con la (ennesima) riscrittura dell'art. 19, per opera dell'art. 49, c. 4-bis, d.l. 78/2010.

‘sensibili’¹⁰⁸ dalla stessa attività concretamente compromessi, stabilendo, al comma 4 dell’art. 19, che, decorso il breve termine previsto dal comma 3, l’amministrazione può vietare tardivamente l’attività segnalata soltanto “*alle condizioni previste dall’articolo 21-nonies*”.

Sicché, stando al vigente dato positivo, l’amministrazione, a fronte della presentazione della s.c.i.a., è anzitutto titolare un potere inibitorio vincolato, da esercitare nel termine (perentorio) di sessanta¹⁰⁹ giorni della ricezione della segnalazione: laddove il controllo abbia esito negativo, l’amministrazione dovrà inibire l’attività segnalata¹¹⁰. Questo sembra essere uno dei pochi aspetti dell’istituto rimasto fermo, nonostante la sua costante evoluzione.

Decorso questo breve termine, l’amministrazione conserva il proprio potere inibitorio, ma, a tutela dell’affidamento del segnalante e della complessiva stabilità della vicenda amministrativa originata dalla s.c.i.a., ne mutano radicalmente i presupposti; infatti esso potrà esercitarsi, ai sensi del nuovo comma 4 dell’art. 19, soltanto alle condizioni dell’autotutela e non oltre diciotto mesi¹¹¹ dalla scadenza¹¹² del breve termine entro cui l’amministrazione avrebbe dovuto verificare la sussistenza dei requisiti di legge.

In altri termini, decorso il termine previsto dal comma 3 dell’art. 19, il semplice difetto di un requisito non giustifica il legittimo esercizio del potere inibitorio: come impone il rinvio alla disciplina dell’annullamento d’ufficio, per opera del comma 4 dello stesso art. 19, è necessaria la sussistenza di una precisa ragione d’interesse pubblico e una sua

¹⁰⁸ Questo potere era previsto al comma 4 dell’art. 19, che recitava: “*decorso il termine per l’adozione dei provvedimenti di cui al primo periodo del comma 3 ovvero di cui al comma 6-bis, ovvero nel caso di segnalazione corredata della dichiarazione di conformità di cui all’articolo 2, comma 3, del regolamento di cui al decreto del Presidente della Repubblica 9 luglio 2010, n. 159, all’amministrazione è consentito intervenire solo in presenza del pericolo di un danno per il patrimonio artistico e culturale, per l’ambiente, per la salute, per la sicurezza pubblica o la difesa nazionale e previo motivato accertamento dell’impossibilità di tutelare comunque tali interessi mediante conformazione dell’attività dei privati alla normativa vigente*”.

¹⁰⁹ Trenta giorni se la s.c.i.a. è edilizia: secondo il comma 6-bis dell’art. 19, “*nei casi di scia in materia edilizia, il termine di sessanta giorni di cui al primo periodo del comma 3 è ridotto a trenta giorni*”.

¹¹⁰ Secondo il primo periodo del comma 3, “*L’amministrazione competente, in caso di accertata carenza dei requisiti e dei presupposti di cui al comma 1, nel termine di sessanta giorni dal ricevimento della segnalazione di cui al medesimo comma, adotta motivati provvedimenti di divieto di prosecuzione dell’attività e di rimozione degli eventuali effetti dannosi di essa*”.

¹¹¹ Tale limite temporale, ai sensi del comma 2-bis dell’art. 21-nonies, l. n. 241/1990 - limite applicabile pure alla s.c.i.a., per opera del rinvio all’intero art. 21-nonies da parte del comma 4 dell’art. 19 - è ora superabile soltanto se l’attività è stata avviata sulla scorta di falsità documentali e se questa è l’effetto di una condotta costituente reato accertata da una sentenza passata in giudicato. Su questo specifico argomento cfr. C.P. SANTACROCE, *Annulamento d’ufficio, cit.*, spec. § 5.3. Sembra inoltre di difficile interpretazione la clausola di salvezza contenuta al comma 2-bis dell’art. 21-nonies, secondo cui è “*fatta salva l’applicazione delle sanzioni penali nonché delle sanzioni previste dal capo VI del testo unico di cui al d.P.R. 28 dicembre 2000, n. 445*”. L’art. 75, d.P.R. n. 445/2000, prevede che “*qualora dal controllo di cui all’articolo 71 [sulla veridicità delle dichiarazioni] emerga la non veridicità del contenuto della dichiarazione, il dichiarante decade dai benefici eventualmente conseguenti al provvedimento emanato sulla base della dichiarazione non veritiera*”. Tale previsione, se applicata alla s.c.i.a., nonostante il suo testuale riferimento ai provvedimenti, potrebbe condurre a ritenere le segnalazioni presentate sulla scorta di dichiarazioni false (e rilevate decorsi diciotto mesi) automaticamente private del proprio effetto legittimante, anche laddove la falsità non fosse l’effetto di un reato accertato da una sentenza passata in giudicato.

¹¹² L’art. 2, c. 4, d.lgs. n. 222/2016, ha precisato che “*il termine di diciotto mesi di cui all’articolo 21-nonies, comma 1, della legge n. 241 del 1990, decorre dalla data di scadenza del termine previsto dalla legge per l’esercizio del potere ordinario di verifica da parte dell’amministrazione competente*”, così fugando ogni possibile dubbio sul giorno da cui computare il termine perentorio di diciotto mesi.

comparazione con l'affidamento¹¹³ ingeneratosi nel segnalante a causa dell'omesso tempestivo esercizio del potere. La prima, nel concreto bilanciamento di interessi riservato all'amministrazione, dovrà risultare prevalente sull'affidamento del segnalante, affinché l'attività possa essere tardivamente inibita.

Ad ogni modo, l'effetto pratico dell'esercizio del potere inibitorio è sempre il medesimo: la completa neutralizzazione materiale dell'attività segnalata. Il potere inibitorio tardivo, infatti, può essere distinto da quello previsto dal comma 3 dell'art. 19 soltanto per diversità di presupposti: l'uno è del tutto vincolato e soggetto a un breve termine perentorio; l'altro è assai discrezionale e soggetto ad un termine perentorio di diciotto mesi.

9.1. (Segue) *Potere inibitorio tardivo e tutela del legittimo affidamento del segnalante.*

La necessità¹¹⁴ di tutelare l'affidamento del segnalante in caso di esercizio tardivo del potere inibitorio è stata efficacemente messa in luce da una recente sentenza della Corte

¹¹³ La dottrina che si è occupata del tema del legittimo affidamento è davvero abbondante, dal fondamentale contributo di F. MERUSI, *L'affidamento del cittadino*, Milano 1970. Nell'ultimo decennio, tra i tanti, si segnalano i contributi di W. TROISE MANGONI, *L'esercizio retroattivo del potere amministrativo. Limiti e garanzie a tutela dell'individuo*, Torino 2017, spec. 94-153; A. GIGLI, *Nuove prospettive di tutela del legittimo affidamento nei confronti del potere amministrativo*, Napoli 2016; M.T. CAPUTI JAMBRENGHI, *Il principio del legittimo affidamento*, in (a cura M. RENNA e F. SAITTA) *Studi sui principi del diritto amministrativo*, Milano 2012, 159 ss.; M. GIGANTE, *Mutamenti nella regolazione dei rapporti giuridici e legittimo affidamento. Tra diritto comunitario e diritto interno*, Milano 2008; D.U. GALETTA, *La tutela dell'affidamento nella prospettiva del diritto amministrativo italiano, tedesco e comunitario: un'analisi comparata*, in *Dir. amm.*, 2008, 757 ss.; D. CORLETTI, *Provvedimenti di secondo grado e tutela dell'affidamento*, in (a cura di ID.) *Procedimenti di secondo grado e tutela dell'affidamento in Europa*, Padova 2007, 1 ss. Meno di recente, si segnalano gli studi monografici di F. GAFFURI, *L'acquiescenza al provvedimento amministrativo e la tutela dell'affidamento*, Milano 2006, 136 ss.; L. GIANI, *Funzione amministrativa ed obblighi di correttezza. Profili di tutela del privato*, Napoli 2005 e F. MANGANARO, *Principio di buona fede e attività delle amministrazioni pubbliche*, Napoli 1995. La giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea ha in più occasioni affermato che "il principio della tutela del legittimo affidamento fa parte dei principi fondamentali dell'Unione"; così, sez. IV, 26 luglio 2017, C-560/15, § 78 ss.; sez. IV, 14 marzo 2013, C-545/2013, § 23, entrambe in www.curia.europa.eu.

¹¹⁴ In dottrina aveva efficacemente messo in luce tale necessità F. GAFFURI, *La denuncia di inizio attività dopo le riforme del 2005 alla l. n. 241 del 1990: considerazioni sulla natura dell'istituto*, in *Dir. amm.*, 2007, 379 ss. Secondo l'Autore, la coesistenza di alcuni precisi elementi di diritto positivo (presenti nell'art. 19, l. n. 241 del 1990, così come novellato nel 2005), come la perentorietà del termine per il controllo dei requisiti, la doverosità di tale potere di controllo e il richiamo ai poteri di autotutela decisoria, (p. 388) "ingenerano ragionevolmente nell'interessato un affidamento sull'esito positivo del controllo-riscontro e, dunque, sulla stabilità della posizione di vantaggio raggiunta a seguito della presentazione della denuncia; tale stato di fiducia soggettiva è certamente meritevole di tutela e pertanto deve essere debitamente tenuto in considerazione dall'amministrazione". In particolare, secondo l'Autore (p. 394), il potere inibitorio (vincolato) avrebbe addirittura "natura costitutiva". Questo perché "l'esito favorevole del suo esercizio, desumibile a contrario dalla mancata adozione di provvedimenti negativi e sfavorevoli per il denunciante nei termini prescritti, conferisce alla vicenda giuridica correlata [...] una stabilità ed una certezza, prima non esistenti e altrimenti non garantite"; tant'è che tale esito favorevole "produce effetti innovativi ed accrescitivi della sfera giuridica dell'interessato, giacché determina un consolidamento - comprovato dal richiamo ai poteri di autotutela amministrativa - della posizione di vantaggio che questi ha acquisito, temporaneamente e provvisoriamente, con la presentazione della denuncia all'autorità pubblica preposta al controllo". In termini analoghi, ID., *I ripensamenti*, cit., 256-258. Siffatta analisi sembra ancora valida, tanto più a fronte del vigente comma 4 dell'art. 19. Mentre, sempre riguardo all'affidamento del segnalante, G. FALCON, *La regolazione,*

costituzionale in materia di s.c.i.a. edilizia. Si sta alludendo alla sentenza 9 marzo 2016, n. 49¹¹⁵, che ha dichiarato l'illegittimità della disciplina urbanistica toscana dei titoli edilizi, nella parte in cui attribuiva ai comuni il potere di inibire tardivamente la s.c.i.a. edilizia prescindendo dai limiti dell'autotutela.

Il ragionamento della Corte muove da queste premesse: che “*le condizioni e le modalità di esercizio dell'intervento della pubblica amministrazione, una volta che siano decorsi i termini in questione, debbano considerarsi il necessario completamento della disciplina di tali titoli abilitativi*” e che “*la disciplina di questa fase ulteriore, dunque, è parte integrante di quella del titolo abilitativo e costituisce con essa un tutt'uno inscindibile. Il suo perno è costituito da un istituto di portata generale - quello dell'autotutela - che si colloca allo snodo delicatissimo del rapporto fra il potere amministrativo e il suo riesercizio, da una parte, e la tutela dell'affidamento del privato, dall'altra*”¹¹⁶.

Sulla base di queste premesse la disciplina edilizia toscana¹¹⁷ è stata dichiarata contraria alla Costituzione: essa, nell'introdurre “*una normativa sostitutiva dei principi fondamentali dettati dal legislatore statale; [...] viene proprio a toccare i punti nevralgici del sistema elaborato nella legge sul procedimento amministrativo (sede già di per sé significativa) e cioè il potere residuo dell'amministrazione, a termini ormai decorsi, e il suo ambito di esercizio (in concreto, i casi che ne giustificano l'attivazione)*”¹¹⁸.

Il risultato è che, decorso il termine previsto dal comma 3 dell'art. 19 e, quindi, decaduto il potere inibitorio vincolato, l'equilibrio degli interessi in gioco muta per scelta legislativa. Il potere inibitorio diviene discrezionale e l'amministrazione deve bilanciare il

cit. 443, muove dal presupposto che “*il concetto stesso di affidamento presuppone una specifica attività o comportamento altrui, in relazione al quale taluno abbia potuto trarre conclusioni*”. Nel caso della s.c.i.a., tale “*comportamento altrui*” sussiste: è proprio l'omesso esercizio del potere inibitorio da parte della p.a. (p. 447-448) “*ad indurre nel denunciante che potremmo chiamare di buona fede un affidamento circa la legalità della propria azione*”. Occorre peraltro ricordare che, secondo A. TRAVI, *Dichiarazione*, cit., 359, nota 65, il rilievo dell'affidamento nel caso della s.c.i.a. non dovrebbe essere ‘enfaticizzato’, perché essa è appunto una dichiarazione del privato e non un provvedimento della p.a. Sennonché lo stesso Autore, dopo avere prospettato una (condivisibile) soluzione ermeneutica in ordine al rapporto tra poteri di autotutela e poteri repressivi fondati sull'art. 21, c. 2, l. n. 241/1990, osserva che (p. 363) “*la previsione di un'autotutela d'ufficio vale anche ad ammettere un elemento di 'garanzia' per il cittadino*” e che “*tutto ciò incide anche su un carattere importante del modello, perché la norma finisce col dare rilievo a un 'affidamento' del cittadino in termini analoghi rispetto a quanto previsto nel caso di un atto amministrativo*”. Sembra invece negare un affidamento tutelabile del segnalante L. FERRARA, *Diritti soggettivi*, cit. 149-151. Anche certa giurisprudenza più risalente, come, ad esempio, T.a.r. Emilia Romagna, Bologna, sez. I, 2 ottobre 2007, n. 2253, in *Foro amm.-T.a.r.*, 2007, 3051, che assegnava natura provvedimento all'allora d.i.a., sembrava ritenere, benché implicitamente, sussistente in capo al denunciante un affidamento meritevole di tutela a fronte del mancato esercizio del potere inibitorio. Infatti, secondo questa giurisprudenza, l'inibizione tardiva, per essere legittima, avrebbe dovuto avvenire secondo i presupposti e tutte le garanzie dell'autotutela.

¹¹⁵ La sentenza è stata commentata da P.M. VIPIANA, *I poteri amministrativi a seguito di scia al vaglio della Consulta*, in *Giur.it*, 2016, 2233 ss.; A. SIMONATI, *La disciplina della scia edilizia fra principi del governo del territorio e semplificazione amministrativa*, in *Le Regioni*, 2016, 589 ss. e da G. STRAZZA, *Il potere di intervento tardivo sulla s.c.i.a. tra disciplina statale, regionale ed esigenza di certezza*, in *Riv. giur. ed.*, 2016, 14 ss.

¹¹⁶ § 8 della parte in diritto della motivazione.

¹¹⁷ Si tratta dell'art. 84-bis, c. 2, lett. b), l.r. Toscana n. 1/2005.

¹¹⁸ Anche questa argomentazione si trova al § 8 della parte in diritto della motivazione.

legittimo affidamento del segnalante con l'interesse pubblico astrattamente tutelato tramite il possesso dei requisiti fissati dalla legge e reputato in concreto leso dall'esercizio dell'attività in loro assenza.

Come si diceva, decorso il termine di diciotto mesi, l'amministrazione perde definitivamente ogni potere pubblico di vietare l'esercizio dell'attività segnalata per l'originario difetto di un requisito¹¹⁹. L'equilibrio degli interessi in gioco muta ancora: la legge, decorso un certo tempo dalla segnalazione, reputa prevalente l'esigenza di stabilità della vicenda amministrativa originata dalla s.c.i.a., nonché quella di tutelare l'affidamento del segnalante, la cui sfera soggettiva diviene così per sempre immune dall'esercizio del potere inibitorio. Se la s.c.i.a. è preordinata all'avvio di un'attività economica, sarà la libertà economica a divenire tale. L'uscita del mercato dall'operatore (entrato nel mercato in carenza di uno o più requisiti fissati dalla legge) dipenderà da una scelta dello stesso e non potrà essere l'esito dell'esercizio di un potere amministrativo.

Soltanto la falsità delle dichiarazioni relative alla s.c.i.a., sempreché, come prevede il comma 2-bis dell'art. 21-*nonies*, questa sia stata accertata da una sentenza passata in giudicato, potrebbe condurre al superamento di questo equilibrio di interessi: soltanto in questo caso il potere inibitorio potrà essere esercitato decorso il termine di diciotto mesi; sull'evidente presupposto che la mala fede del segnalante non consenta il consolidamento di un alcun suo legittimo affidamento.

10. Poteri conformativi e di sospensione dell'attività segnalata previsti dal comma 3 dell'art. 19, l. n. 241/1990.

Come anticipato, l'art. 3, d.lgs. n. 126/2016, ha modificato il comma 3 dell'art. 19¹²⁰, come da ultimo riscritto dall'art. 6 della legge Madia, nella parte in cui esso si occupava del

¹¹⁹ Da questa ipotesi deve essere tenuta distinta quella relativa alla sopravvenuta perdita di un requisito, originariamente sussistente e segnalato, come pure quella relativa allo svolgimento dell'attività in violazione di legge. In queste ultime due ipotesi l'amministrazione conserva poteri d'intervento anche decorso il termine di diciotto mesi. Stabilisce in proposito il comma 2-bis dell'art. 21, l. n. 241/1990, che *“restano ferme le attribuzioni di vigilanza, prevenzione e controllo su attività soggette ad atti di assenso da parte di pubbliche amministrazioni previste da leggi vigenti, anche se è stato dato inizio all'attività ai sensi degli articoli 19 e 20”*.

¹²⁰ Ecco i periodi ora vigenti del comma 3 e relativi al potere conformativo: *“Qualora sia possibile conformare l'attività intrapresa e i suoi effetti alla normativa vigente, l'amministrazione competente, con atto motivato, invita il privato a provvedere prescrivendo le misure necessarie con la fissazione di un termine non inferiore a trenta giorni per l'adozione di queste ultime. In difetto di adozione delle misure da parte del privato, decorso il suddetto termine, l'attività si intende vietata. Con lo stesso atto motivato, in presenza di attestazioni non veritiere o di pericolo per la tutela dell'interesse pubblico in materia di ambiente, paesaggio, beni culturali, salute, sicurezza pubblica o difesa nazionale, l'amministrazione dispone la sospensione dell'attività intrapresa. L'atto motivato interrompe il termine di cui al primo periodo, che ricomincia a decorrere dalla data in cui il privato comunica l'adozione delle suddette misure. In assenza di ulteriori provvedimenti, decorso lo stesso termine, cessano gli effetti della sospensione eventualmente adottata”*. In dottrina, sulle più recenti modifiche al comma 3 dell'art. 19, v. N. PAOLANTONIO, *La segnalazione certificata di inizio attività*, in (a cura di M.A. SANDULLI) *Codice dell'azione amministrativa*, Milano 2017, spec. 926-928,

potere conformativo dell'amministrazione. Esso prevedeva¹²¹ che l'invito a regolarizzare l'attività segnalata, prescrivendo le misure a ciò necessarie, doveva essere sempre accompagnato dall'ordine di sua sospensione nelle more della regolarizzazione, per la quale il segnalante disponeva di un termine non inferiore a trenta giorni. In tal modo, quindi, l'ordinamento non accettava il concreto svolgimento dell'attività segnalata in carenza di un requisito fissato dalla legge.

La vigente formulazione del comma 3 ha reso eventuale la sospensione dell'attività: l'amministrazione, qualora invitasse il segnalante a conformare l'attività alla disciplina vigente, potrà ordinare la sua sospensione solamente laddove rilevasse “*attestazioni non veritiere*”, oppure in caso di pericolo di lesione di determinati interessi ‘sensibili’, cioè in caso di “*pericolo per la tutela dell'interesse pubblico in materia di ambiente, paesaggio, beni culturali, salute, sicurezza pubblica o difesa nazionale*”.

L'art. 3, d.lgs. n. 126/2016, sempre nel modificare il comma 3 dell'art. 19, ha inoltre precisato che l'invito a conformare l'attività, anche laddove non contenga l'ordine di sua sospensione, interrompe il termine per l'esercizio del potere inibitorio, che ricomincia a decorrere da quando il privato comunichi all'amministrazione di avere adottato le misure prescritte. Mentre, in caso di loro mancata adozione nel termine assegnatogli dall'amministrazione, “*l'attività si intende vietata*”.

Si tratta, come rilevato in dottrina¹²², di un “*un effetto legale tipico prima sconosciuto*” nell'ambito dell'istituto della s.c.i.a., al quale, infatti, ogni silenzio significativo era stato finora estraneo. La legge così attribuisce un chiaro significato giuridico all'inerzia (non tanto dell'amministrazione ma) del privato¹²³ segnalante: essa vale come divieto di avviare l'attività segnalata, così responsabilizzando il privato originariamente sfornito di uno o più requisiti di legge. Anzi, così forse ‘sanzionando’ la sua inerzia.

¹²¹ Era infatti presente, proprio al comma 3 dell'art. 19, l'inciso “*...disponendo la sospensione dell'attività intrapresa...*”.

¹²² N. PAOLANTONIO, *La segnalazione certificata*, cit., 927.

¹²³ Anche nel procedimento di v.i.a., recentemente riformato dal d.lgs. n. 104/2017, di recepimento della direttiva 2014/52/UE, sono previste analoghe disposizioni, secondo cui l'inerzia privata assume un preciso significato giuridico (negativo) per il proponente il progetto. Se l'istanza di v.i.a. fosse incompleta, l'autorità richiede al proponente (23, c. 3, d.lgs. n. 152/2006) “*la documentazione integrativa, assegnando un termine perentorio per la presentazione [...]. Qualora entro il termine assegnato il proponente non depositi la documentazione integrativa, ovvero qualora all'esito della verifica, da effettuarsi da parte dell'autorità competente nel termine di quindici giorni, la documentazione risulti ancora incompleta, l'istanza si intende ritirata ed è fatto obbligo all'autorità competente di procedere all'archiviazione*”. Con riguardo alla richiesta di integrazione della domanda e degli studi ad essa allegati a seguito della fase di consultazione è previsto (24, c. 4, d.lgs. n. 152/2006): “*qualora all'esito della consultazione ovvero della presentazione delle controdeduzioni da parte del proponente si renda necessaria la modifica o l'integrazione degli elaborati progettuali o della documentazione acquisita, l'autorità competente, entro i trenta giorni successivi, può, per una sola volta, stabilire un termine non superiore ad ulteriori trenta giorni, per la trasmissione [...] degli elaborati progettuali o della documentazione modificati o integrati. [...] Nel caso in cui il proponente non ottemperi alla richiesta entro il termine perentorio stabilito, l'istanza si intende respinta ed è fatto obbligo all'autorità competente di procedere all'archiviazione*”. In sintesi, nel primo caso, l'inerzia privata determina il ritiro *ex lege* dell'istanza; mentre, nel secondo, caso, essa determina il rigetto *ex lege* dell'istanza.

Quanto all'efficacia dell'eventuale ordine di sospensione dell'attività nelle more della sua conformazione, essa cessa automaticamente¹²⁴ una volta decorso il nuovo termine di legge per l'inibizione dell'attività, termine questo decorrente dal giorno in cui il segnalante tempestivamente comunica e dimostra all'amministrazione di avere ottemperato all'invito a regolarizzare l'attività; sempreché, nel frattempo, l'amministrazione non abbia assunto un secondo (e inibitorio) provvedimento, sul presupposto che quanto comunicato dal segnalante non sia reputato idoneo a regolarizzare l'attività.

10.1. (Segue) ... ed il loro rapporto con quelli inibitori. L'inibizione dell'attività come extrema ratio.

Un'attenta dottrina, nell'esaminare il nuovo assetto dei poteri inibitori e conformativi appena passato in rassegna, ha rilevato una "*radicale ritipizzazione-graduazione delle misure adottande ai sensi dell'art. 19, comma 3*" e che "*dalla formulazione della norma appare un evidente favor per la conformazione dell'attività*"¹²⁵.

Sotto quest'ultimo aspetto, sembra evidente che l'amministrazione, una volta rilevato il difetto di un requisito, debba anzitutto valutare se per il segnalante sia oggettivamente possibile munirsi in corso d'opera dello stesso. Se la risposta fosse positiva, l'amministrazione, anziché assumere un provvedimento inibitorio, dovrà agire in modo più 'mite', limitandosi e invitare il segnalante a conformare l'attività segnalata alla legge.

A fronte dell'oggettiva possibilità di conformare l'attività, l'amministrazione deve svolgere un'ulteriore valutazione: deve valutare se l'esercizio dell'attività in assenza di un requisito nelle more della sua regolarizzazione sia tollerabile sul piano degli interessi pubblici collegati alla stessa attività. Ma non di tutti gli interessi pubblici: soltanto di quelli 'sensibili' espressamente indicati al comma 3 dell'art. 19.

Se, infatti, l'interesse pubblico potenzialmente pregiudicato non fosse tra questi, l'attività può intanto proseguire: l'ordinamento accetta il rischio che esso sia momentaneamente pregiudicato, così da favorire l'iniziativa economica del privato. L'interesse del privato e del libero mercato prevale sugli altri interessi pubblici non 'sensibili'.

Diversamente, se l'attività fosse fonte di concreto pregiudizio per uno di questi interessi 'sensibili', l'amministrazione dovrà ordinarne la sospensione nelle more della sua regolarizzazione. Altrettanto l'amministrazione dovrà fare qualora rilevasse "*attestazioni non veritiere*"¹²⁶. In questo caso, è la stessa legge che, in ragione del disvalore della condotta del segnalante, vincola l'amministrazione a sospendere l'attività.

¹²⁴ V. l'ultimo periodo del comma 3 dell'art. 19, secondo cui "*In assenza di ulteriori provvedimenti, decorso lo stesso termine, cessano gli effetti della sospensione eventualmente adottata*"

¹²⁵ Così E. BOSCOLO, *Vigilanza e sanzione sulle attività soggette a s.c.i.a.*, in *Codice*, cit. 993-994.

¹²⁶ Deve comunque essere registrata la possibile incoerenza, forse insanabile, tra l'art. 21, c. 1, l. 241/1990 (secondo cui "*con la segnalazione o con la domanda di cui agli articoli 19 e 20 l'interessato deve dichiarare la sussistenza dei presupposti e dei requisiti di legge richiesti. In caso di dichiarazioni o di false attestazioni non è ammessa la conformazione dell'attività e dei suoi effetti a legge o la sanatoria prevista*")

Si rileva dunque quella “graduazione” rilevata in dottrina¹²⁷ e di cui si parlava all’inizio del presente paragrafo: l’inibizione dell’attività è *l’extrema ratio* e l’ordine di sua immediata sospensione nelle more della sua regolarizzazione presuppone un giudizio di (in)tollerabilità del suo esercizio in ragione del pregiudizio a cui sarebbero esposti certi interessi ‘sensibili’.

11. C.i.a.: l’assenza di basi positive generali ed i malriusciti tentativi di sua generalizzazione

Si vedrà in questo paragrafo che cercare di individuare una base giuridica generale, con riguardo al regime della comunicazione di inizio attività, è operazione destinata all’insuccesso. L’art. 2, d.lgs. n. 222/2016, nell’elencare i vari regimi amministrativi delle attività private, non rinvia in proposito alla legge sul procedimento, che, infatti, non contempla alcuna disciplina dell’istituto della comunicazione, ma si limita soltanto, a seguito delle più recenti riforme, a nominarlo¹²⁸ incidentalmente.

L’istituto, dunque, è al momento privo di una base positiva generale ed è forse ancora alla ricerca di una propria identità giuridica; ma è contemplato - e sul punto sovviene la tabella A - da alcune leggi di settore, tra tutte, per rilevanza pratica, quella edilizia¹²⁹.

dagli articoli medesimi”), e il comma 3 dell’art. 19, laddove sembra estendere il *favor* per la conformazione dell’attività anche alle false attestazioni. Su tali possibili incoerenze cfr., da ultimo, E. BOSCOLO, *Vigilanza e sanzione*, cit., 991 ss.

¹²⁷ E. BOSCOLO, *Vigilanza e sanzione*, cit., 993-994.

¹²⁸ L’istituto della comunicazione è comunque considerato dalla legge sul procedimento all’art. 18-bis, dedicato alla ricevuta, e all’art. 19-bis, dedicato alla concentrazione procedimentale. Entrambi introdotti dall’art. 3, d.lgs. n. 126/2016.

¹²⁹ Si tratta dall’art. 6-bis, d.P.R. n. 380/2001, secondo cui “*Gli interventi non riconducibili all’elenco di cui agli articoli 6, 10 e 22, sono realizzabili previa comunicazione [...] dell’inizio dei lavori da parte dell’interessato all’amministrazione competente, fatte salve le prescrizioni degli strumenti urbanistici, dei regolamenti edilizi e della disciplina urbanistico-edilizia vigente, e comunque nel rispetto delle altre normative di settore aventi incidenza sulla disciplina dell’attività edilizia ...*”. Prevede il comma 5 dello stesso art. 6-bis, che “*la mancata comunicazione asseverata dell’inizio dei lavori comporta la sanzione pecuniaria pari a 1.000 euro*”. Secondo la Commissione speciale del Consiglio di Stato, parere del 4 agosto 2016, n. 1784, in www.giustizia-amministrativa.it, “*il legislatore non ha previsto altri poteri sanzionatori oltre quello di comminare una sanzione pecuniaria, peraltro per il solo caso di totale assenza della comunicazione. La differenza con la scia è sotto questo profilo assai netta...*”. Inoltre il fatto che la c.i.l.a. non faccia sorgere alcun potere inibitorio, mentre la s.c.i.a. sì, “*si spiega alla stregua dei principi di proporzionalità e di adeguatezza, tenuto conto che nella materia edilizia il legislatore ha costruito un sistema speciale, in cui il controllo dei poteri pubblici è meno invasivo qualora le attività private non determinino un significativo impatto sul territorio, secondo un modello che potrebbe essere chiamato di ‘semplificazione progressiva’*”. Quanto meno in materia edilizia, si pone tuttavia il problema della realizzazione degli interventi (soggetti a c.i.l.a. e ritualmente comunicati al comune) in contrasto alle regole pubblicistiche che li disciplinano, in contrasto, cioè, alla disciplina prevista dal piano regolatore per la zona di riferimento. In questo caso, potrebbe applicarsi l’art. 27, d.P.R. 380/2001 e l’esecuzione dell’intervento in difformità al piano potrebbe condurre alla sua sanzione con un ordine di ripristino. In proposito, cfr. T.a.r. Veneto, sez. II, 19 maggio 2016, n. 543; T.a.r. Piemonte, sez. II, 09 giugno 2016, n. 780, in www.giustizia-amministrativa.it, secondo cui “*ai sensi dell’art. 27 del d.P.R. 380/01 deve sempre essere disposta la rimozione delle opere abusive che risultino essere state realizzate in difformità dalle previsioni delle norme e prescrizioni edilizie ed urbanistiche, [...] dovendosi applicare la sola pena pecuniaria alle opere abusivamente realizzate soggette a d.i.a. o s.c.i.a. ma che non siano difformi dallo strumento urbanistico*”. In dottrina sulla c.i.l.a. edilizia v. M. TIMO, *Contributo*

La loro analisi comunque, da un lato, permette di stabilire le caratteristiche comuni a questo modello: la sua natura meramente notiziale e la sua strumentalità all'esercizio della funzione di vigilanza con riguardo ad attività soggette a regime pubblicistico¹³⁰ oppure ritenute meritevoli di monitoraggio per ragioni di pubblica sicurezza¹³¹.

Dall'altro, impone all'interprete (e soprattutto agli operatori economici) particolare cautela, perché in numerosi casi il regime della comunicazione nasconde, in realtà, un regime diverso e sussumibile, trascendendo il *nomen iuris*, in quello della s.c.i.a.: si allude ai numerosi casi in cui la sezione "attività commerciali" della tabella A classifica come soggetti a comunicazione i subingressi nelle attività commerciali, che hanno come base, nella disciplina settoriale statale, l'art. 26, c. 5¹³², d.lgs. n. 114/1998. Questo comma, infatti, quantunque parli di comunicazione, dispone l'applicazione degli articoli dello stesso decreto che prevedono dei requisiti per l'esercizio dell'attività commerciale e dei controlli burocratici in proposito¹³³.

Il risultato è che, con la comunicazione di subingresso, il subentrante deve attestare di possedere tutti questi requisiti. Cosicché, parimenti a quanto avviene allorché si presenta la s.c.i.a. per l'originario avvio di quella medesima attività commerciale, si attivano dei poteri di controllo in capo all'amministrazione; poteri che possono condurre all'inibizione¹³⁴ dell'attività, qualora tali requisiti, a seguito delle verifiche burocratiche, non si rivelino sussistenti oppure falsamente dichiarati.

A fronte di questi elementi, in definitiva, sembra che l'art. 2, d.lgs. n. 222/2016, abbia tentato di 'generalizzare' l'istituto della comunicazione di inizio attività, ma che questo tentativo non possa dirsi, almeno allo stato attuale, ben riuscito.

allo studio della comunicazione di inizio lavori asseverata nel quadro della 'liberalizzazione' dell'attività edilizia, Milano 2018.

¹³⁰ Si pensi all'art. 7, c. 1, d.lgs. n. 28/2011, recante "attuazione della direttiva 2009/28/CE sulla promozione dell'uso dell'energia da fonti rinnovabili, recante modifica e successiva abrogazione delle direttive 2001/77/CE e 2003/30/CE", secondo cui "gli interventi di installazione di impianti solari termici sono considerati attività ad edilizia libera e sono realizzati [...] previa comunicazione, anche per via telematica, dell'inizio dei lavori da parte dell'interessato all'amministrazione comunale, qualora ricorrano congiuntamente le seguenti condizioni: ...". Oppure si pensi al comma 2 dello stesso articolo: "... gli interventi di installazione di impianti solari termici sono realizzati previa comunicazione [...], qualora ricorrano congiuntamente le seguenti condizioni ...". Queste fattispecie corrispondono ai numeri 99 e 100 della sezione II "edilizia" della tabella A. Esse tuttavia, come dimostra anche la loro collocazione nella tabella, non integrano delle vere e proprie attività economiche ma degli interventi di miglioramento dell'efficienza energetica degli edifici soggetti a un regime pubblicistico, sul cui rispetto le autorità hanno il dovere di vigilare.

¹³¹ Si pensi alle "agenzie pubbliche" ai sensi dell'art. 15, r.d. n. 773/1931, t.u.l.p.s., secondo cui "non possono aprirsi o condursi agenzie di prestiti su pegno o altre agenzie di affari, quali che siano l'oggetto e la durata, anche sotto forma di agenzie di vendita, di esposizioni, mostre o fiere campionarie e simili, senza darne comunicazione al Questore. La comunicazione è necessaria anche per l'esercizio del mestiere di sensale o di intromettitore". Si tratta delle fattispecie previste ai numeri 106 e 107 della sezione I, denominata "attività commerciali e assimilabili", della tabella A.

¹³² Secondo cui "è soggetto alla sola comunicazione al Comune competente per territorio il trasferimento della gestione o della proprietà per atto tra vivi o per causa di morte, nonché la cessazione dell'attività relativa agli esercizi di cui agli articoli 7, 8 e 9. Nel caso di cui al presente comma si applicano le disposizioni di cui ai commi 1 e 2 dell'articolo 7".

¹³³ Requisiti ora dettati dal combinato disposto degli artt. 7 e 5, d.lgs. n. 114/1998 e dell'art. 71, d.lgs. n. 59/2010.

¹³⁴ Cfr. l'art. 22, d.lgs. n. 114/1998.

12. *I modelli di controllo burocratico sull'accesso al mercato nel diritto europeo derivato in tema di servizi: regime autorizzatorio e controllo a posteriori.*

All'ordinamento europeo non sembrano appartenere molte delle categorie e delle sofisticate elaborazioni teoriche proprie del diritto interno, come la distinzione tra autorizzazione e concessione, come quella tra interesse legittimo¹³⁵ e diritto soggettivo, oppure ancora come quella tra discrezionalità amministrativa, mista e tecnica. Esso, com'è ragionevole, forma delle proprie categorie - spesso frutto di una sintesi¹³⁶ di quelle degli Stati membri - in ragione degli obiettivi economici posti dai Trattati europei: tra tutti, la realizzazione del mercato unico¹³⁷, senza frontiere, con la conseguente unione doganale¹³⁸, e la 'protezione' degli operatori europei negli stati membri diversi dal proprio. Tanto che, perché questi possano (tendenzialmente liberamente) operare nello spazio giuridico europeo, i Trattati direttamente attribuiscono agli stessi dei diritti che possono essere fatti valere nei confronti degli Stati membri: le libertà di circolazione nel mercato unico europeo ed il diritto di stabilimento.

Il loro effettivo esercizio subisce limitazioni¹³⁹ per opera dei regimi autorizzatori, soprattutto se questi sono discrezionali, previsti dai diritti nazionali: subordinare al rilascio di un'autorizzazione l'ingresso nel mercato di un operatore proveniente da un diverso Stato

¹³⁵ Di recente, sul tema, v. F.G. SCOCA, *L'interesse legittimo. Storia e teoria*, Torino 2017; M. MAGRI, *L'interesse legittimo oltre la teoria generale. Neutralità metodologica e giustizia amministrativa. 'Per una piena realizzazione dello Stato di diritto'*, Rimini 2017.

¹³⁶ Cfr. S. CASSESE, *Il diritto amministrativo europeo presenta caratteri originali?*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2003, 35 ss. C'è quindi una circolarità: le categorie europee sono lo sviluppo di quelle degli Stati membri, i quali le ricevono 'rielaborate' dalle Istituzioni europee, soprattutto dalla Corte di giustizia, e devono adeguare i propri ordinamenti ad una tale rielaborazione.

¹³⁷ Secondo l'art. 3, § 3, TUE, "*l'Unione instaura un mercato interno*". Secondo l'art 26 TFUE, "*1. L'Unione adotta le misure destinate all'instaurazione o al funzionamento del mercato interno, conformemente alle disposizioni pertinenti dei trattati. 2. Il mercato interno comporta uno spazio senza frontiere interne, nel quale è assicurata la libera circolazione delle merci, delle persone, dei servizi e dei capitali secondo le disposizioni dei trattati*". Per una visione d'insieme sul mercato unico europeo, v. L. DANIELE, *Diritto del mercato unico europeo e dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia*, Milano 2016, spec. 1-41. Per un approfondimento, S. DONNELLY, *The regims of european integration: constructing governance of the single market*, Oxford 2010; M. LOTTINI, *Il mercato*, cit., *passim*; R. MONACO, voce *Mercato interno europeo*, in *Enc. giur.*, Roma, vol. XX, 1990; A. MATTERA RICIGLIANO, *Il mercato unico europeo. Norme e funzionamento*, Torino 1990. Secondo un ancora attuale passaggio di una sentenza della Corte di giustizia CE, 5 maggio 1982, C-15/81, Schul, "*la nozione di mercato comune [...] mira ad eliminare ogni intralcio per gli scambi intracomunitari al fine di fondere i mercati nazionali in un mercato unico il più possibile simile ad un vero e proprio mercato interno*".

¹³⁸ Per una efficace sintesi ed una ricostruzione dell'evoluzione storica, v. P. PENNETTA, voce *Unione doganale*, *Enc. dir.*, Agg. V, Milano 2001, 1073 ss.

¹³⁹ Rileva la Corte di giustizia UE, sez. II, 24 marzo 2011, C-400/08, cit., § 64 e 65, "*la nozione di 'restrizione' ai sensi dell'art. 43 CE ricomprende le misure adottate da uno Stato membro che, per quanto indistintamente applicabili, pregiudichino l'accesso al mercato per le imprese di altri Stati membri, ostacolando in tal modo il commercio intracomunitario [...]. Costituisce una tale restrizione, in particolare, una normativa nazionale che subordini lo stabilimento di un'impresa di un altro Stato membro al rilascio di un'autorizzazione preventiva, poiché essa può ostacolare l'esercizio, da parte di tale impresa, della libertà di stabilimento, impedendole di esercitare liberamente le proprie attività tramite una stabile organizzazione*".

membro - tanto più se esso è già lì abilitato allo svolgimento dell'attività - potrebbe avere l'effetto di riproporre, in forma propriamente giuridica, quelle barriere che il mercato unico vuole abbattere¹⁴⁰. Significa infatti dissuadere o rendere più difficoltoso l'esercizio transfrontaliero delle libertà economiche.

Anche nella dimensione globale¹⁴¹, tramite due trattati internazionali, il *General agreement on tariffs and trade*, G.a.t.t., e il *General agreement on trade in services*, G.a.t.s., entrambi nell'ambito della *World trade organization*, w.t.o.¹⁴², si registra da tempo la tendenza ad eliminare i *licensing requirement*, nonché a renderli obiettivi e imparziali, così da agevolare il *free trade*, il libero commercio planetario.

Sembrano essere queste le premesse per cogliere le ragioni sottese all'individuazione dei modelli di controllo burocratico sull'accesso al mercato nel diritto europeo.

La finora più volte nominata direttiva n. 2006/123/CE¹⁴³, dedicata alla libera prestazioni di servizi e al diritto di stabilimento nel mercato unico, individua due modelli di controllo sull'accesso al mercato: il “*regime autorizzatorio*”¹⁴⁴ e il “*controllo a posteriori*”¹⁴⁵. Sono questi i modelli con cui i diritti nazionali, secondo quello europeo, possono sottoporre a controllo burocratico lo stabilimento di un operatore economico nel rispettivo territorio.

¹⁴⁰ S. TORRICELLI, *Libertà economiche*, cit., 20-21, che si interroga anche sulla “*tollerabilità stessa dell'atto amministrativo previo, come strumento di tutela dell'interesse pubblico. [...] La previsione del previo atto incide sulla libertà dei singoli anche solo perché ne subordina l'esercizio ad un assenso preventivo e dunque a una condizione formale*”. L'Autore sviluppa questo tema rilevando come uno dei principali problemi sia l'imprevedibilità dell'esito dell'esercizio del potere; imprevedibilità che presuppone la sua discrezionalità. Sull'autorizzazione come possibile barriera, cfr. M. CLARICH, *Autorizzazioni e concessioni*, cit., 2015, 9 ss.

¹⁴¹ In proposito v. M D'ALBERTI, *Poteri pubblici*, cit., spec. 59-63; cfr. S. BATTINI e G. VESPERINI (a cura di) *I limiti globali ed europei alla disciplina nazionale dei servizi*, Milano 2008; D. AGUS, *Una global governance della concorrenza?*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2007, 345 ss.; D. DIVERIO, *La libera prestazione dei servizi tra Comunità europea e O.m.c.*, Milano 2007; S. CASSESE, *Lo spazio giuridico globale*, Roma-Bari, 2003.

¹⁴² Per uno sguardo d'insieme sul tema v. P. PICONE e A. LIGUSTRO, *Diritto dell'Organizzazione mondiale del commercio*, Padova, 2002.

¹⁴³ Secondo il considerando n. 2 della stessa, “*attualmente un elevato numero di ostacoli nel mercato interno impedisce ai prestatori, in particolare alle piccole e medie imprese (pmi), di espandersi oltre i confini nazionali e di sfruttare appieno il mercato unico. Tale situazione indebolisce la competitività globale dei prestatori dell'Unione europea*”. Aggiunge il considerando n. 3: “*la relazione della Commissione sullo 'Stato del mercato interno dei servizi' ha elencato i numerosi ostacoli che impediscono o rallentano lo sviluppo dei servizi tra Stati membri [...]. Gli ostacoli elencati riguardano un'ampia varietà di servizi in tutte le fasi dell'attività del prestatore e presentano numerose caratteristiche comuni, compreso il fatto di derivare spesso da procedure amministrative eccessivamente gravose, dall'incertezza giuridica che caratterizza le attività transfrontaliere*”.

¹⁴⁴ Come si cennava nelle prime righe del paragrafo, la disciplina europea non conosce la distinzione tra autorizzazione e concessione. Tant'è che, ai sensi dell'art. 4, n. 6), direttiva n. 2006/123CE la definizione di regime autorizzatorio è davvero ampia: per “*regime di autorizzazione*” si intende “*qualsiasi procedura che obbliga un prestatore o un destinatario a rivolgersi ad un'autorità competente allo scopo di ottenere una decisione formale o una decisione implicita relativa all'accesso ad un'attività di servizio o al suo esercizio*”. Pertanto, ad esempio, anche la concessione (di suolo pubblico) per svolgere attività di commercio al dettaglio su aree pubbliche è considerata regime autorizzatorio secondo la disciplina europea; come pure la concessione di demanio marittimo e lacustre per lo svolgimento di attività imprenditoriali turistico-balneari.

¹⁴⁵ Art. 9, § 1, lett. c) e considerando n. 54.

Della disciplina del “*controllo a posteriori*”, che nel nostro ordinamento equivale alla s.c.i.a., ai sensi dell’art. 19, l. n. 241/1990, la direttiva non si occupa, perché esso tendenzialmente non costituisce un ostacolo all’esercizio delle libertà economiche. La direttiva si occupa invece ampiamente dei regimi autorizzatori, con l’obiettivo di limitarli, tramite la loro sostituzione con controlli successivi all’avvio dell’attività economica, *ex post*. In pari tempo, con l’obiettivo di restringere¹⁴⁶, se non di eliminare, la discrezionalità di cui gode l’amministrazione, così da rendere il più possibile prevedibile e obiettivo l’esito dei procedimenti di controllo sull’accesso al mercato.

Il che significa ‘più legge’ e meno (forse addirittura ‘zero’) riserva di amministrazione, come pure grande chiarezza della prima. La decisione pubblica, per tale via, non si forma nel procedimento amministrativo come luogo di acquisizione e, poi, di concreta ponderazione degli interessi¹⁴⁷ in gioco, al fine del loro più opportuno ordine. A tutto questo, secondo l’ordinamento europeo, dovrebbe avere già pensato, a monte, la legge ed il procedimento, in questo senso, subisce una evidente dequotazione funzionale: il procedimento autorizzatorio diviene luogo di meccanica applicazione della legge, di verifica della sussistenza dei (precisi) requisiti dalla stessa posti per accedere al mercato. Anzi, il procedimento autorizzatorio - e l’istruttoria che lo caratterizza - viene perfino meno, quando il controllo è successivo all’avvio dell’attività.

12.1. (Segue) *Condizioni di ammissibilità del regime autorizzatorio e di inoperatività del silenzio assenso.*

La direttiva 2006/123/CE, seguendo schemi¹⁴⁸ di origine tutta pretoria e da tempo consolidati nel diritto europeo in tema di libertà di stabilimento e di libera prestazione dei

¹⁴⁶ Art. 10, rubricato “*condizioni di rilascio dell’autorizzazione*”, secondo cui “*i regimi di autorizzazione devono basarsi su criteri che inquadrino l’esercizio del potere di valutazione da parte delle autorità competenti affinché tale potere non sia utilizzato in modo arbitrario*”, specificando, al § 2, che i criteri da seguire devono essere: “*a) non discriminatori; b) giustificati da un motivo imperativo di interesse generale; c) commisurati all’obiettivo di interesse generale; d) chiari ed inequivocabili; e) oggettivi; f) resi pubblici preventivamente; g) trasparenti e accessibili*”.

¹⁴⁷ M.S. GIANNINI, *Il potere discrezionale*, cit., *passim*; ID., *Diritto amministrativo*, vol. II, cit., spec. 155 ss.; cfr. R. VILLATA - M. RAMAJOLI, *Il provvedimento*, cit., 95 ss.

¹⁴⁸ La direzione in cui si muove la direttiva Bolkestein è ben nota al diritto europeo in tema di libera prestazione di servizi e di diritto di stabilimento. La giurisprudenza della Corte di giustizia ha infatti da tempo individuato le condizioni perché una restrizione (alla libertà di prestazioni di servizi o al diritto di stabilimento) non sia vietata, ancorché indistintamente applicabile, cioè applicabile tanto ai cittadini dello Stato che ha posto la restrizione, tanto a quelli di altri Stati, che nel primo intendono prestare il loro servizio oppure stabilirsi. La Corte in proposito sottopone le misure nazionali a dei veri e propri test. Con riguardo al diritto di stabilimento, la Corte di giustizia, sentenza *Gebhard*, 30 novembre 1995, C-55/94, ha precisato che “*i provvedimenti nazionali che possono ostacolare o scoraggiare l’esercizio delle libertà fondamentali garantite dal Trattato devono soddisfare quattro condizioni: essi devono applicarsi in modo non discriminatorio, essere giustificati da motivi imperiosi di interesse pubblico, essere idonei a garantire il conseguimento dello scopo perseguito e non andare oltre quanto necessario per il raggiungimento di questo*”. Con riguardo alla libera prestazione di servizi, cfr. sentenza *Reisebutto Broede*, 12 dicembre 1996, causa C-3/95, secondo cui un divieto è ammesso (§ 28) “*se ricorrono quattro condizioni, cioè: che esso si applichi in modo non discriminatorio, che sia giustificato da motivi imperativi di interesse pubblico, che sia idoneo a garantire il conseguimento dello scopo perseguito e che non vada oltre quanto necessario per il*

servizi, detta dei criteri in ordine all'ammissibilità dei regimi autorizzatori nei diritti interni. Criteri relativi all'apprezzamento degli interessi in gioco, che si risolvono in un rigoroso test di proporzionalità delle misure nazionali di controllo burocratico sull'accesso al mercato.

Il regime autorizzatorio è anzitutto ammesso se giustificato¹⁴⁹ da un motivo imperativo d'interesse generale¹⁵⁰: all'attività economica deve realmente inerire un interesse pubblico qualificato (e antagonista al libero mercato) e deve sussistere l'oggettivo rischio che l'incontrollato avvio dell'attività possa lederlo.

Ciò non basta: il regime autorizzatorio deve essere rigorosamente proporzionato¹⁵¹ al proprio obiettivo, cioè proporzionato alla tutela dell'interesse pubblico qualificato che astrattamente lo giustifica. Dimodoché esso è giustificato soltanto se *“l'obiettivo perseguito non può essere conseguito tramite una misura meno restrittiva, in particolare in quanto un controllo a posteriori interverrebbe troppo tardi per avere reale efficacia”*¹⁵². Ossia quando

raggiungimento di questo”. Occorre ricordare anche i ragionamenti seguiti dalla Corte di giustizia nella sentenza *Webb*, 17 dicembre 1981, C-279/80. La Corte ha premesso che la *“libera prestazione dei servizi, in quanto principio fondamentale sancito dal Trattato, può venire limitata solamente da norme giustificate dal pubblico interesse e obbligatorie nei confronti di tutte le persone e le imprese che esercitino la propria attività sul territorio di tale Stato, nella misura in cui tale interesse non risulti garantito dalle norme alle quali il prestatore di servizi è soggetto nello Stato membro in cui è stabilito”*, per poi precisare, da un lato, che *“per gli Stati membri è lecito e costituisce una legittima scelta politica, effettuata nell'interesse generale, il subordinare la fornitura di manodopera sul proprio territorio ad un regime di licenze, in modo da poter rifiutare la licenza se esiste il fondato timore che tale attività possa nuocere ai buoni rapporti sul mercato del lavoro o se gli interessi dei lavoratori di cui trattasi non sono adeguatamente garantiti”*; sicché *“non è possibile negare allo Stato membro destinatario della prestazione il diritto d'imporre agli stranieri l'obbligo di munirsi di una licenza, rilasciata in base agli stessi criteri vigenti per i cittadini”* (in sintesi, l'obbligo di munirsi della licenza non è restrizione vietata se essa viene rilasciata in modo non discriminatorio, cioè secondi gli *“stessi criteri validi per i cittadini”* e se vi è un *“interesse generale”* da tutelare). Dall'altro, che *“una disposizione del genere andrebbe tuttavia al di là dell'obiettivo perseguito qualora i presupposti cui è subordinato il rilascio della licenza coincidano con la documentazione e con le garanzie richieste nello Stato di stabilimento”*; occorre dunque verificare che l'interesse generale non sia già soddisfatto dalla disciplina cui è soggetto il prestatore nello Stato di origine. Cfr. R. MASTROIANNI, *La libera prestazione dei servizi nella giurisprudenza comunitaria: i principi generali*, in *Studi integr. eur.*, 2007, 523 ss. La Corte compie analoghi test in tema di libera circolazione delle merci e dei capitali: il suo approccio ai possibili ostacoli alle libertà di circolazione è dunque globale. Gli schemi utilizzati dalla Corte di giustizia sembrano propri, seppure con sfumature diverse, anche dei test compiuti dai *Panels* e dall'*Appellate body*, nell'ambito della *w.t.o.*, sulle misure nazionali che limitano il *free trade* in nome di ragioni di interesse pubblico. Su tali test e sull'utilizzo da parte di questi organi del principio di proporzionalità in modo differente dalla Corte di giustizia v. M. D'ALBERTI, *Poteri pubblici*, cit., 130-133.

¹⁴⁹ Art. 9, § 1, lett. b), direttiva. Cfr., con riguardo alla libertà di prestazione dei servizi, l'art. 16, § 1, lett. b), secondo cui gli Stati membri possono subordinare l'accesso a un'attività di servizi o l'esercizio della medesima sul proprio territorio a dei requisiti soltanto nel rispetto del principio di *“necessità”*, cioè *“i requisiti devono essere giustificati da ragioni di ordine pubblico, di pubblica sicurezza, di sanità pubblica o di tutela dell'ambiente”*. La definizione di *“requisito”* si trova all'art. 4, n. 7).

¹⁵⁰ Art. 4, n. 8), considerando n. 40, secondo cui, tra l'altro, *“la nozione di «motivi imperativi di interesse generale» cui fanno riferimento alcune disposizioni della presente direttiva è stata progressivamente elaborata dalla Corte di giustizia nella propria giurisprudenza relativa agli articoli 43 e 49 del trattato, e potrebbe continuare ad evolvere”* e considerando n. 56.

¹⁵¹ Sul principio di proporzionalità, tra i tanti studi anche monografici, si rinvia a quello di E. BUOSO, *Proporzionalità*, cit.

¹⁵² Art. 9, § 1, lett. c), direttiva cit. Precisa in proposito il considerando n. 54 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*

il rischio di lesione dell'interesse pubblico non può essere accettato, perché, per esempio, tale lesione sarebbe irreversibile oppure sarebbe troppo costoso il suo ristoro.

Se ambo i modelli di controllo consentissero di raggiungere l'obiettivo, deve essere preferito quello a posteriori, perché meno restrittivo della libertà economica: la misura nazionale non deve andare oltre quanto è strettamente necessario per raggiungere il proprio obiettivo.

Naturalmente il regime autorizzatorio non può essere discriminatorio¹⁵³ nei confronti dell'operatore straniero che intende stabilirsi nel territorio di un altro Stato; perché altrimenti esso si risolverebbe in (vietate) misure protezionistiche degli operatori economici cittadini dello Stato di prestazione del servizio oppure, se non cittadini, di quelli già lì stabiliti. Sono infatti espressamente vietate¹⁵⁴ le clausole di cittadinanza e quelle di residenza; nonché tutte le misure, anche fiscali, ad effetto pratico equivalente.

Laddove il regime fosse autorizzatorio, dovrebbe operare il silenzio assenso¹⁵⁵, sicché, decorso il termine¹⁵⁶ per la conclusione del procedimento, l'inezia dell'amministrazione assumerebbe un preciso e positivo significato giuridico per l'operatore economico. Questa regola ammette però deroghe¹⁵⁷ per due ragioni: per tutelare un motivo imperativo d'interesse generale e per tutelare l'interesse dei terzi, cioè di coloro che potrebbero essere legittimati a contestare il cattivo esercizio del potere amministrativo di controllo. In questi casi l'inerzia dell'amministrazione non assume alcun significato positivo per l'istante ed il procedimento autorizzatorio dovrà concludersi con un provvedimento espresso.

12.2. (Segue) Tendenziale allocazione a livello europeo del 'valore' degli interessi.

conto dei rischi e dei pericoli che potrebbero risultare dall'assenza di un controllo a priori". Con riguardo alla libera prestazione di servizi, cfr. art. 16, § 1, lett. c), secondo cui i requisiti, a cui gli Stati membri possono subordinare l'accesso a un'attività di servizi sul proprio territorio, devono rispettare il principio di "proporzionalità": "i requisiti sono tali da garantire il raggiungimento dell'obiettivo perseguito e non vanno al di là di quanto è necessario per raggiungere tale obiettivo".

¹⁵³ Art. 9, § 1, lett. a), direttiva cit. Cfr. art. 16, § 1, lett. a), che vieta agli Stati membri di subordinare le prestazioni di servizi nel proprio territorio a requisiti discriminatori. Si parla, infatti, di principio di "non discriminazione: i requisiti non possono essere direttamente o indirettamente discriminatori sulla base della nazionalità o, nel caso di persone giuridiche, della sede".

¹⁵⁴ L'art. 14, direttiva cit., individua numerosi "requisiti vietati", come, ad esempio, quelli "fondati direttamente o indirettamente sulla cittadinanza o, per quanto riguarda le società, sull'ubicazione della sede legale, in particolare: a) il requisito della cittadinanza per il prestatore, il suo personale, i detentori di capitale sociale o i membri degli organi di direzione e vigilanza; b) il requisito della residenza sul loro territorio per il prestatore, il suo personale, i detentori di capitale sociale o i membri degli organi di direzione e vigilanza".

¹⁵⁵ Art. 13, § 4, primo periodo, direttiva cit.

¹⁵⁶ Con riguardo al termine per la conclusione del procedimento, l'art. 13, § 3, direttiva cit., prevede che "Le procedure e le formalità di autorizzazione sono tali da garantire ai richiedenti che la loro domanda sia trattata con la massima sollecitudine e, in ogni modo, entro un termine di risposta ragionevole prestabilito e reso pubblico preventivamente. Il termine decorre solo dal momento in cui viene presentata tutta la documentazione. Qualora giustificato dalla complessità della questione il termine può essere prorogato una volta dall'autorità competente per un periodo limitato. La proroga e la sua durata deve essere debitamente motivata e notificata al richiedente prima della scadenza del periodo iniziale".

¹⁵⁷ Art. 13, § 4, secondo periodo, direttiva cit.

Tutti questi elementi dimostrano che, con riguardo al mantenimento o all'introduzione di regimi autorizzatori, come pure con riguardo all'operatività del silenzio assenso, la scelta che il legislatore nazionale deve compiere è tutta sul 'valore' degli interessi in gioco (e antagonisti al libero mercato) in rapporto alla libertà economica: è tutta sull'accettabilità e sulla proporzionalità della sua restrizione tramite un regime autorizzatorio.

Il diritto europeo non si è direttamente avocato tale scelta relativamente alle molteplici attività economiche integranti servizi, stabilendo esattamente, per ciascuna, il modello di controllo burocratico cui devono essere sottoposte. La tecnica usata dal diritto europeo non è quindi di sostituzione della disciplina di diritto interno con una dal medesimo direttamente dettata; ma è quella di 'modellare' il diritto nazionale secondo i propri schemi. Infatti, la direttiva n. 2006/123/CE, si occupa, in termini generali, soltanto di quando - e con quali limiti - è ammesso, nei diritti nazionali, un regime autorizzatorio, la fissazione di certi requisiti oppure la conclusione del procedimento autorizzatorio con un provvedimento espresso in luogo del silenzio assenso.

In tal modo, però, sempreché il legislatore nazionale si attenga rigorosamente ai criteri dettati dalla direttiva, le scelte sul 'valore' degli interessi, in cui si risolve l'impiego dei criteri per ordinarli, sono allocate a livello europeo: l'ordine degli interessi proprio dell'ordinamento europeo si riverbera sugli ordinamenti nazionali.

Ma proprio qui sta uno dei problemi più delicati: per gli Stati membri sottrarsi alla loro rigida applicazione potrebbe talvolta essere agevole, proprio per l'evidente 'politicalità' delle valutazioni circa l'adeguatezza delle tutela dei tanti - per giunta spesso costituzionalmente rilevanti e riconosciuti anche dai Trattati - interessi pubblici antagonisti al libero mercato; nonché in ragione dei possibili limiti che potrebbe incontrare il sindacato giurisdizionale della Corte di giustizia sulla proporzionalità del modello di controllo scelto dagli ordinamenti nazionali, laddove gli interessi che giustificano la restrizioni nazionali siano particolarmente sensibili. Per l'analisi del sindacato della Corte di giustizia si demanda al capitolo IV.

13. Convergenze e divergenze tra diritto europeo e diritto interno sull'ambito di operatività dei modelli di controllo.

A questo punto dell'indagine, si dispongono degli elementi necessari per valutare le convergenze e le divergenze tra diritto interno ed europeo con riguardo all'ambito di operatività dei modelli di controllo burocratico sull'accesso al mercato.

Si può rilevare una convergenza: sono certi interessi pubblici/motivi imperativi d'interesse generale a giustificare il regime autorizzatorio, in luogo del controllo successivo. Sono sempre certi interessi a giustificare l'inoperatività del silenzio assenso, quale misura di semplificazione della fase decisoria del procedimento autorizzatorio. Tanto che tutti gli interessi pubblici 'sensibili' elencati al comma 4 dell'art. 20 e al comma 1 dell'art. 19 sono agevolmente riconducibili ai motivi imperativi d'interesse generale, elencati, per giunta in modo esemplificativo, all'art. 4, n. 8), della direttiva 2006/123/CE.

Sono invece diverse le divergenze: secondo l'ordinamento nazionale, il semplice fatto che il procedimento di controllo sia funzionale alla tutela di uno di questi interessi paralizza l'operatività degli istituti di semplificazione e comporta la soggezione dell'attività al più tradizionale (e restrittivo della libertà economica) regime autorizzatorio. Mentre, secondo l'ordinamento europeo, perché questo accada¹⁵⁸, è richiesto un rigoroso test di proporzionalità della misura di controllo nazionale. Soltanto se il controllo successivo fosse realmente inefficace a tutelare l'interesse pubblico (anche se 'sensibile'), è ammesso un controllo preventivo.

Un'ulteriore divergenza: come visto, nell'ordinamento nazionale, la presenza di un potere discrezionale di controllo impedisce l'operatività della s.c.i.a.; mentre un elevato tasso di discrezionalità impedisce l'operatività del silenzio assenso. Questi schemi non appartengono all'ordinamento europeo, che non conosce distinzioni in ragione della discrezionalità - o del tasso di discrezionalità - del potere di controllo sull'accesso al mercato. Anzi, l'ordinamento europeo muove dal presupposto che i requisiti fissati dalla legge per l'accesso al mercato siano¹⁵⁹ “*chiari e inequivocabili*”, “*oggettivi*”, “*resi pubblici preventivamente*” e “*trasparenti e accessibili*”, con ciò, almeno tendenzialmente¹⁶⁰, non ammettendo spazi di valutazione riservati all'amministrazione, che renderebbero imprevedibile¹⁶¹ l'esito del procedimento di controllo sulla loro sussistenza.

Un'ultima divergenza è relativa all'ambito di operatività del silenzio assenso. Come in precedenza visto, l'ordinamento europeo consente la sua inoperatività anche per la tutela degli interessi legittimi di terzi¹⁶², sul presupposto che l'atto scritto e, soprattutto, la sua motivazione¹⁶³ permetta una più efficace tutela giurisdizionale dei terzi controinteressati e comunque un controllo diffuso sull'operato dell'amministrazione. Questa ipotesi non è contemplata dall'ordinamento nazionale, che, nel delimitare l'ambito di operatività dell'istituto, considera soprattutto la 'sensibilità' dell'interesse pubblico, per la cui tutela il procedimento è funzionale, trascurando la posizione dei terzi.

Resta il fatto che, laddove la motivazione risulti davvero fondamentale per comprendere il percorso logico-giuridico seguito dall'amministrazione, così anche da permettere una più efficace giustiziabilità della decisione pubblica di consenso all'accesso al mercato, l'ordinamento nazionale sembra imporre l'atto scritto. Si allude ai procedimenti

¹⁵⁸ Rileva da ultimo A. MOLITERNI, *Semplificazione amministrativa*, cit., 736, che “*la semplice presenza di un interesse sensibile [...] non è di per sé in grado di dire molto sulla necessità di un regime amministrativo formalizzato, né sulla quantità (e sulla direzione) del meccanismo di semplificazione effettivamente tollerabile dall'ordinamento rispetto alla concreta dinamica degli interessi in gioco. Secondo l'Autore è invece (p. 736) “imprescindibile verificare in concreto se - dal punto di vista qualitativo - il tipo di valutazione richiesta all'amministrazione per tutelare un certo interesse sensibile sia compatibile con la specifica misura di semplificazione che si vuole introdurre”.*

¹⁵⁹ Art. 10, § 2, direttiva 2006/123/CE.

¹⁶⁰ V. *infra* al capitolo IV, § 3.2., un caso e soprattutto le ragioni per cui la Corte di giustizia ha invece ritenuto tollerabile, se non preferibile, un regime autorizzatorio discrezionale.

¹⁶¹ S. TORRICELLI, *Libertà economiche*, cit., 23 ss.

¹⁶² Art. 13, § 4, direttiva cit.

¹⁶³ Di recente, tra i tanti in dottrina, sulla funzione della motivazione, v. A. CASSATELLA, *Il dovere di motivazione nell'attività amministrativa*, Padova 2013. In passato, A. ROMANO TASSONE, *Motivazione dei provvedimenti amministrativi e sindacato di legittimità*, Milano 1987.

funzionali alla tutela di interessi ‘sensibili’ e, soprattutto, ai procedimenti ad alto tasso di discrezionalità. In ambo i non opera alcuna forma di semplificazione del procedimento.

La sede per rimediare a queste divergenze, soprattutto alla prima, sembra comunque essere politica, tramite una revisione dei procedimenti previsti dalle singole leggi settoriali e la presupposta operazione di selezione e bilanciamento degli interessi relativi a ciascuna attività economica. Si tornerà su questi aspetti e su quello più generale della giustificazione delle regole pubbliche nell’ultimo capitolo.

14. Pluralità di controlli burocratici sull’avvio di una medesima attività economica: le forme tipiche di loro raccordo e il ‘pericolo’ di dequotazione dell’interesse pubblico a vantaggio dell’interesse generale al libero mercato.

Assai spesso accade che l’avvio di una medesima attività economica sia sottoposto a più - e soprattutto diverse - forme di controllo pubblico, ciascuna avente ad oggetto un differente profilo di quella stessa attività, poiché a questa ineriscono più interessi pubblici, di regola collocati in posizione di equi-ordinazione. Interessi la cui cura è affidata a diversi centri di potere, coerentemente alla diffusa, benché parzialmente inevitabile, perché propria del policentrismo amministrativo garantito dalla Costituzione, ‘dispersione’ delle competenze amministrative¹⁶⁴.

Degli esempi possono forse aiutare a meglio comprendere il fenomeno in esame. L’avvio di un’attività economica potrebbe essere soggetta a più autorizzazioni; oppure a s.c.i.a. e ad altre autorizzazioni ad essa accessorie; oppure ancora a più segnalazioni e comunicazioni. Le combinazioni in proposito potrebbero essere infinite e per accorgersene è sufficiente scorrere la sezione I, dedicata alle attività commerciali, della tabella A, allegata al d.lgs. n. 222/2016.

Per fronteggiare il fenomeno, il legislatore ha previsto delle forme tipiche di raccordo e di concentrazione dei controlli a cui una stessa attività è soggetta.

Si pensi alle c.d. autorizzazioni uniche, previste in numerose leggi settoriali¹⁶⁵, spesso di recepimento del diritto europeo in materia di ambiente ed energia, che concentrano in un unico procedimento e in un unico provvedimento conclusivo dello stesso i plurimi e

¹⁶⁴ Cfr., in proposito, le riflessioni della Commissione speciale del Consiglio di Stato, parere 7 aprile 2016, n. 890, § 4.2, in www.giustizia-amministrativa.it, avente ad oggetto l’esame dello schema di decreto legislativo licenziato dalla Presidenza di ministri di riforma degli artt. 14 ss., l. n. 241/1990, in attuazione della legge Madia. In temi non recenti la Corte costituzionale, sentenza 878/1988, rilevava che “*la pubblica Amministrazione non è più oggi un blocco unitario, né sotto il profilo strutturale né sotto il profilo funzionale; essa si articola in un complesso di centri, i quali operano nelle forme più diverse e nei più diversi regimi*”.

¹⁶⁵ Cfr. l’autorizzazione unica per la costruzione e l’esercizio di impianti di produzione di energia elettrica alimentati da fonti rinnovabili (art. 12, d.lgs. n. 387/2003 e art. 5, d.lgs. n. 28/2011); oppure l’autorizzazione integrata ambientale (a.i.a.), disciplinata dagli artt. 29-bis ss., d.lgs. n. 152/2006; o, ancora, l’autorizzazione unica ambientale (a.u.a.), pensata per le piccole e medie imprese, ai sensi del d.P.R. n. 59/2013. Da ultimo, con la riforma dei procedimenti di valutazione d’impatto ambientale, per opera del d.lgs. n. 104/2017, sono stati introdotti gli istituti del “*provvedimento unico in materia ambientale*” e del “*provvedimento autorizzatorio unico regionale*”, rispettivamente agli artt. 27 e 27-bis, d.lgs. n. 152/2006.

presupposti atti permissivi richiesti da più discipline settoriali e di cui altrimenti l'istante avrebbe dovuto autonomamente munirsi.

Si pensi inoltre all'art. 19-bis¹⁶⁶, l. n. 241/1990, rubricato “*concentrazione dei regimi amministrativi*”, che prevede gli istituti della s.c.i.a. unica e della s.c.i.a. condizionata. La prima concentra in un'unica segnalazione tutte le segnalazioni e le comunicazioni presupposte e richieste dalle varie leggi settoriali. In questo caso, nonostante il riparto di competenze amministrative rimanga invariato, è unica la segnalazione legittimamente l'esercizio dell'attività; come pure è unica l'autorità a cui essa deve essere presentata e a cui spetterà raccordare¹⁶⁷ i poteri di verifica sulla sussistenza dei requisiti di legge per lo svolgimento dell'attività.

La seconda trova invece applicazione quando l'avvio di un'attività soggetta a s.c.i.a. è subordinata dall'acquisizione di una o più autorizzazioni. La sua efficacia legittimazione differita al momento in cui si realizza siffatta acquisizione, che deve essere curata dall'autorità ricevente, su istanza del privato.

Si pensi, più di tutto, alla conferenza di servizi¹⁶⁸, prevista dagli artt. 14 ss., l. n. 241/1990, come mezzo generale di concentrazione dei controlli burocratici “*quando l'attività del privato sia subordinata a più atti di assenso, comunque denominati, da adottare a conclusione di distinti procedimenti, di competenza di diverse amministrazioni pubbliche*”¹⁶⁹. La generale operatività della conferenza di servizi sembra inoltre dimostrata dal fatto che ad essa espressamente rinviano, sempreché le autorizzazioni da acquisire siano

¹⁶⁶ Questo articolo è stato ivi introdotto dall'art. 3, c. 1, lett. c), d.lgs. n. 126/2016; decreto attuativo dell'art. 5, l. n. 124 del 2015 (c.d. legge Madia) e recante “*la disciplina generale applicabile ai procedimenti relativi alle attività private non soggette ad autorizzazione espressa e soggette a segnalazione certificata di inizio attività, ivi incluse le modalità di presentazione delle segnalazioni o istanze alle p.a.*” (art. 1, c. 1 dello stesso decreto). In proposito, v. W. GIULIETTI, *La concentrazione dei regimi amministrativi*, in (a cura di M.A. SANDULLI) *Codice dell'azione amministrativa*, Milano 2017, 958 ss. e il mio R. BERTOLI, *Segnalazione certificata di inizio attività e concentrazione dei regimi amministrativi: riflessioni a margine dell'art. 19-bis, l. n. 241 del 1990*, in *Riv. giur. urb.*, 2017, 25 ss.

¹⁶⁷ Più esattamente è unica l'autorità (cioè lo sportello unico ricevente) formalmente titolare del potere di inibire l'attività, potere che dovrà essere esercitato sulla base delle proposte motivate (di inibizione) provenienti dalle altre autorità interessate, che abbiano rilevato l'assenza dei requisiti con riferimento alla ‘parte’ di loro competenza della s.c.i.a. unica.

¹⁶⁸ Per un'analisi critica della nuova disciplina della conferenza di servizi, introdotta dal d.lgs. n. 127/2016, attuativo della legge Madia, l. n. 124/2015, v. M. BENEDETTI, *L'attuazione della nuova conferenza di servizi*, in *Giorn. dir. amm.*, 2017, 297 ss.; P. MARZARO, *Leale collaborazione e raccordo tra Amministrazioni; su un principio del sistema a margine delle 'riforme Madia'*, in www.federalismi.it, 2017, spec. 21 ss.; M. BOMBARDELLI, *La nuova disciplina della conferenza di servizi*, in *Giur. it.*, 2016, 2793 ss.; E. SCOTTI, *La nuova disciplina della conferenza di servizi tra semplificazione e pluralismo*, in www.federalismi.it, 2016; ID., *La conferenza di servizi*, in *L'azione*, cit., 458 ss.; F. SCALIA, *Prospettive e profili problematici della nuova conferenza di servizi*, in *Riv. giur. ed.*, 2016, 625 ss.; L. DE LUCIA, *La conferenza di servizi nel decreto legislativo 30 giugno 2016, n. 127*, in *Riv. giur. urb.*, 2016, 23 ss.; F. CORTESE, *Il coordinamento amministrativo. Dinamiche e interpretazioni*, Milano 2012, 46 ss. Tra i contributi meno recenti sul tema della conferenza di servizi, v. S. CIVITARESE MATTEUCCI, voce *Conferenza di servizi (dir. amm.)*, in *Enc. dir.*, Ann. II, Milano 2008, 271 ss.; D. D'ORSOGNA, *Conferenza di servizi e amministrazione della complessità*, Torino 2002; ID., *Contributo allo studio dell'operazione amministrativa*, Napoli 2005; F.G. COCA, *Analisi giuridica della conferenza di servizi*, in *Dir. amm.*, 1999, 255 ss.

¹⁶⁹ Così dispone il secondo periodo del comma 2 dell'art. 14, l. n. 241/1990.

almeno due, sia la disciplina della s.c.i.a. condizionata¹⁷⁰, sia tutte le discipline settoriali¹⁷¹ di matrice europea, che prevedono la conclusione del procedimento col rilascio di un'autorizzazione unica.

Gli istituti appena passati in rassegna hanno senz'altro una propria autonomia concettuale come strumenti tipici (e comunque espressamente richiamati dall'art. 2, d.lgs. n. 222/2016, e dalla prima pagina della relativa tabella A) di concentrazione procedimentale in caso di attività private soggette a più e diversi controlli. La loro precipua funzione è anzitutto di coordinare gli stessi, anche sul piano, non di certo trascurabile, dell'organizzazione degli uffici preposti ai controlli, rimediano alla dispersione¹⁷² delle competenze amministrative.

Al contempo, soprattutto la riformata disciplina della conferenza di servizi sembra rilevare nel rapporto tra poteri pubblici e libero mercato, alterando¹⁷³ l'assetto sostanziale di interessi proprio di ciascun potere oggetto di concentrazione e determinando anche una 'normalizzazione'¹⁷⁴ di quelli sensibili. Tanto da accettare il rischio di una loro mancata adeguata tutela e ponderazione, in funzione del risultato finale cui aspira il privato, cioè il rapido avvio dell'attività economica privata.

Tutto questo, sul piano del 'valore' politicamente determinato degli interessi in gioco, ha forse una spiegazione precisa: l'interesse generale al libero mercato, da attuare pure tramite il rapido raggiungimento del risultato finale, sembra prevalere su altri interessi in gioco ed antagonisti allo stesso. Per tale via, le norme di concentrazione danno davvero forma alla funzione¹⁷⁵, perché, oltre ad essere procedurali, sono davvero sostanziali, così da determinare una dequotazione degli interessi pubblici, cioè un loro livello di protezione inferiore e comunque diverso da quello che essi riceverebbero quando i meccanismi di concentrazione non operano. Il che a vantaggio dell'interesse generale al libero mercato e, con questo, della libertà economica del singolo.

¹⁷⁰ V. il comma 3 dell'art. 19-*bis*, secondo cui lo sportello unico, se deve acquisire più atti di consenso, indice una conferenza di servizi ai sensi degli artt. 14 ss.

¹⁷¹ V., ad esempio, all'art. 29-*quater*, d.lgs. n. 152/2006, il procedimento per il rilascio dell'a.i.a.; oppure quello per il rilascio dell'autorizzazione unica per l'installazione e l'esercizio di impianti di impianti radioelettrici, ai sensi dell'art. 87, d.lgs. 259/2003.

¹⁷² Fatto rilevato da Cons. Stato, Comm. spec., parere 7 aprile 2016, n. 890, in *www.giustizia-amministrativa.it*, nell'esaminare lo schema del decreto legislativo di riforma della conferenza di servizi in attuazione della legge Madia.

¹⁷³ P. MARZARO, *Leale collaborazione*, cit., spec. 37-38, che efficacemente parla anche (p. 38) di "forza derogatoria rispetto all'assetto ordinario della cura degli interessi coinvolti".

¹⁷⁴ In questo senso, L. DE LUCIA, *La conferenza di servizi*, cit., 28; P. MARZARO, *Leale collaborazione*, cit., 3.

¹⁷⁵ In proposito, v. F. BENVENUTI, *Eccesso di potere amministrativo per vizio della funzione*, in *Rass. dir. pubbl.*, 1950, 1 ss.; ID, *Funzione amministrativa, procedimento, processo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1952, 118 ss. Di recente sul pensiero di Feliciano Benvenuti, v. L. PERFETTI, *L'azione amministrativa tra libertà e funzione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2017, 99 ss.

CAPITOLO IV

IL SINDACATO DELLA CORTE DI GIUSTIZIA DELL'UNIONE EUROPEA SUI REGIMI AUTORIZZATORI NAZIONALI E L'ORDINE EUROPEO DEGLI INTERESSI

SOMMARIO: 1. Premessa. Il problema dei controlli, dei limiti e dei requisiti per l'accesso al mercato previsti dai diritti nazionali per ciascuna attività economica. Vincoli all'autonomia regolatoria nazionale per effetto del diritto europeo nella giurisprudenza della Corte di giustizia. – 2. Obblighi di osservare distanze minime tra attività economiche, la loro giustificazione per motivi imperativi d'interesse generale e la loro proporzionalità rispetto al fine perseguito. Il caso degli impianti per la distribuzione di carburanti. – 2.1. (*Segue*) Il caso delle farmacie. 'Sensibilità' del motivo imperativo d'interesse generale giustificante la restrizione ed incremento dell'autonomia regolatoria nazionale. – 2.2. (*Segue*) Il caso dei centri per la raccolta di scommesse. – 3. L'insediamento di grandi esercizi commerciali. Restrizioni territoriali per opera di strumenti di pianificazione, loro giustificazione per motivi imperativi d'interesse generale e loro proporzionalità rispetto al fine perseguito. – 3.1. (*Segue*) Il procedimento autorizzatorio per l'apertura di grandi esercizi commerciali ed il divieto di valutazioni economiche. – 3.2. (*Segue*) ... ed il suo livello di discrezionalità. Un caso di accettabile imprecisione dei requisiti. – 4. Le autorizzazioni rilasciabili in numero limitato "per via della scarsità delle risorse naturali". La proroga *ex lege* delle concessioni di demanio marittimo. Il divieto di loro rinnovo tacito e la loro assegnazione tramite procedimenti ad evidenza pubblica. – 4.1. (*Segue*) ... il principio di trasparenza. Chiarezza ed imparzialità del procedimento competitivo per l'assegnazione della concessione. Autonomia regolatoria nazionale sulla determinazione dei requisiti. – 5. Considerazioni di sintesi. Sindacato della Corte di giustizia sulle restrizioni nazionali ed effettività della gerarchia degli interessi europea.

1. Premessa. Il problema dei controlli, dei limiti e dei requisiti per l'accesso al mercato previsti dai diritti nazionali per ciascuna attività economica. Vincoli all'autonomia regolatoria nazionale per effetto del diritto europeo nella giurisprudenza della Corte di giustizia.

Nei precedenti capitoli, si è più volte detto che il vero problema non è l'an di un controllo burocratico sull'accesso al mercato, perché l'accesso totalmente libero al mercato, la c.d. opzione zero, è da ritenersi di regola intollerabile ed incompatibile con la decisione di sistema anzitutto europea, pure nell'ambito di un ordine giuridico del mercato fortemente concorrenziale. Ci sono molti altri interessi generali - e spesso costituzionalmente rilevanti - da perseguire e da bilanciare con quello al libero mercato, che giustificano la presenza di un controllo burocratico o di altri limiti sull'avvio delle attività economiche, così da renderle socialmente accettabili.

Il vero problema sta invece nella disciplina dei singoli regimi amministrativi: nel *quomodo*¹ del controllo, cioè nel modello di controllo scelto dall'ordinamento nazionale per ciascuna attività economica; come pure nei requisiti da possedere e di cui l'amministrazione deve verificare la sussistenza per il suo avvio e comunque in ogni specifico limite (geografico, personale, sullo statuto giuridico con cui deve svolgersi l'attività imprenditoriale ecc.) stabilito sempre per il suo avvio.

Ogni scelta in proposito compiuta è l'esito di un bilanciamento politico tra interesse generale al libero mercato (e libertà economica) e altri interessi allo stesso antagonisti ed inerenti alla singola attività economica: quelli interessi che l'ordinamento europeo definisce motivi imperativi d'interesse generale. Si tratta, infatti, di scelte sul 'peso' degli interessi in gioco (e antagonisti al libero mercato) in rapporto alla libertà economica, che determinano un suo sacrificio.

Per il legislatore nazionale questo bilanciamento non è libero: deve essere svolto secondo vincoli più puntuali, dettati dal diritto europeo: secondo il principio di proporzionalità² e di non discriminazione in relazione alla cittadinanza e alla sede sociale. Si allude, in particolare, ai vincoli elaborati in via pretoria dalla Corte di giustizia nel sindacare le scelte nazionali restrittive della libertà di prestazione dei servizi e del diritto di stabilimento³; e, soprattutto, a quelli - diretto precipitato dell'elaborazione della stessa Corte - dettati dalla direttiva 2006/123/CE: all'art. 9, con riguardo alla giustificazione dei regimi autorizzatori nazionali, e agli artt. 10 e 15, § 3, con riguardo ai requisiti e ai limiti per l'accesso al mercato⁴.

Per tale via l'ordinamento europeo "*vincola la normativa nazionale con le tecniche proprie del diritto amministrativo*"⁵, formulando un proprio ordine degli interessi, in cui,

¹ In questo senso, con specifico riguardo alla necessità del previo atto di consenso dell'amministrazione, secondo il modello autorizzatorio, per accedere al mercato, S. TORRICELLI, *Libertà economiche*, cit., 55 ss., spec. 58.

² Per una recente e critica sintesi sul principio di proporzionalità nell'ordinamento dell'Unione europea, v. D.U. GALETTA, *Il Principio di proporzionalità*, in *Studi*, cit., spec. 398 ss., secondo cui, con riguardo alla misure nazionali limitative delle libertà economiche europee (p. 398-399) "*il sindacato di necessità gioca un ruolo centrale nella giurisprudenza della Corte che - oltre ad esaminare l'idoneità della misura adottata dallo Stato membro rispetto al perseguimento dello scopo d'interesse generale da esso invocato - non tralascia mai di verificarne anche la necessità: intesa come inesistenza di strumenti equipollenti in termini di risultati, ma meno limitativi della libertà o del diritto fondamentale in questione*".

³ Per una riflessione più ampia e con precisi riferimenti alla giurisprudenza della Corte di giustizia, cfr. F. FERRARO, *Restrizioni quantitative e territoriali nel diritto dell'Unione: dalla libera circolazione delle merci al diritto di stabilimento*, in *Dir. Un. eur.*, 2011, 693 ss.

⁴ Si rinvia *supra* al cap. III, spec. § 12 ss., ricordando che analoghi vincoli sono dettati all'art. 16, § 1, direttiva 2006/123/CE, con riguardo ai requisiti a cui il diritto nazionale può subordinare la prestazione di servizi nel proprio territorio.

⁵ Sono davvero efficaci le parole di G. VESPERINI, *Il vincolo europeo*, cit., 112-113: "*... e, in particolare, stabilisce i fini che essa deve perseguire, verifica l'idoneità della misura adottate al perseguimento degli obiettivi dichiarati, conforma la sua discrezionalità e ne sottopone l'esercizio al controllo del giudice. In altri termini, l'ordinamento europeo sottopone il diritto nazionale ad una regolazione, anche essa, di diritto amministrativo. Pertanto, le tecniche adoperate dagli ordinamenti nazionali, per sottoporre a limiti il potere autoritativo dello Stato a tutela dei diritti dei cittadini, sono adottate e utilizzate dal potere pubblico sovrastatale, per limitare il principio di autonomia istituzionale degli Stati membri*". Questo pensiero può essere collocato nell'ambito del più generale pensiero di S. CASSESE, *Tendenze e problemi del diritto amministrativo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.* 2004, 903, sulla crisi del diritto

coerentemente alla decisione economista di sistema europea, il libero mercato ha un ruolo centrale e condizionante gli ordinamenti domestici. L'autonomia regolatoria nazionale è infatti limitata "al triplice scopo di proteggere i diritti di operatori economici europei innanzi a Stati membri diversi dal proprio, di realizzare i principi europei dell'unità di mercato e del diritto e di favorire la più ampia applicazione del diritto della Unione europea"⁶.

La scelta nazionale sul 'valore' degli interessi, al pari di quella su 'quali' interessi giustificano un regime autorizzatorio e, eventualmente, la conservazione di un potere discrezionale dall'amministrazione, non è più riservata all'autonomia nazionale; ma è, per molti aspetti, allocata a livello europeo o comunque da questo condizionata.

Sul rispetto di questi vincoli, per assicurare l'effettività del diritto europeo, vigila anzitutto, ai sensi dell'art. 258 TFUE⁷, la Commissione europea, legittimata a ricorrere per infrazione alla Corte di giustizia, laddove gli Stati membri dettino regimi amministrativi ingiustificatamente ostacolanti l'esercizio delle libertà economiche nel mercato unico. Ma garantire l'osservanza e l'effettività del diritto europeo spetta anche a tutti i giudici nazionali⁸, che devono tutelare tali libertà, direttamente concesse ai singoli dai Trattati, quando sono da questi invocate, e che comunque devono interpretare il diritto nazionale conformemente⁹ a quello europeo; e alla Corte di giustizia, quando essa venga dai giudici nazionali interpellata dai giudizi nazionali tramite il rinvio pregiudiziale, ai sensi dell'art. 267 TFUE¹⁰.

Nei prossimi paragrafi, si cercherà di ordinare il più recente materiale giurisprudenziale europeo¹¹, selezionando quello che appare più interessante per verificare, in modo più

amministrativo come diritto (soltanto) statale, secondo cui "Stato e diritto amministrativo si presentano (in parte) dissociati. Il secondo ha perduto il suo esclusivo ancoraggio statale. Si è sviluppato un diritto amministrativo oltre lo Stato".

⁶ G. VESPERINI, *Il vincolo europeo*, cit., 113.

⁷ Cfr. art. 17 TUE, secondo cui la Commissione "vigila sull'applicazione dei trattati e delle misure adottate dalle istituzioni in virtù dei trattati. Vigila sull'applicazione del diritto dell'Unione sotto il controllo della Corte di giustizia dell'Unione europea".

⁸ Cfr. D.U. GALETTA, *L'autonomia procedurale degli Stati membri dell'Unione: Paradise lost? Studio sulla c.d. autonomia procedurale, ovvero sulla competenza procedurale funzionalizzata*, Torino 2009. L'Autrice è tonata sul tema, con particolare attenzione agli orientamenti della Corte di giustizia, in ID., *La giurisprudenza della Corte di giustizia in materia di autonomia procedurale degli Stati membri dell'Unione europea*, in www.ius-publicum.com, 2011.

⁹ Secondo la Corte di giustizia UE, Grande sez., 19 gennaio 2010, C-555/07, *Seda Küçükdeveci*, in www.curia.europa.eu, § 48, "l'esigenza di un'interpretazione conforme del diritto nazionale è inerente al sistema del Trattato, in quanto permette al giudice nazionale di assicurare, nel contesto delle sue competenze, la piena efficacia del diritto dell'Unione quando risolve la controversia ad esso sottoposta".

¹⁰ Per una sintesi delle condizioni cui è ammesso il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia, v. L. DANIELE, *Diritto dell'Unione*, cit., 369-395. Per un approfondimento, M.P. CHITI, *Il rinvio pregiudiziale e l'intreccio tra diritto processuale nazionale ed europeo: come custodire i custodi dagli abusi del diritto di difesa?*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2012, 745 ss.

¹¹ Di recente, si è ampiamente soffermata sulla giurisprudenza della Corte di giustizia, A. NEGRELLI, *Accesso al mercato*, cit. spec. 27-102. Meno di recente, con specifico riguardo alla giurisprudenza della Corte sui regimi nazionali di autorizzazione preventiva, G. VESPERINI, *Il vincolo*, cit., 53-66; sulle restrizioni nazionali al diritto di stabilimento, F. FERRARO, *Restrizioni quantitative*, cit., spec. § 3 e 4, che, dopo un'analisi della giurisprudenza della Corte di giustizia, giunge alla conclusione che il diritto di stabilimento "consente di censurare le restrizioni quantitative e territoriali in modo più ampio e agevole della libera

concreto, come la Corte di giustizia abbia sindacato i regimi autorizzatori nazionali relativi a diverse attività economiche; e se, grazie a questo sindacato, possa dirsi effettivamente limitata - ed in che termini - l'autonomia regolatoria degli Stati membri in ordine ai controlli ed ai limiti sull'accesso al mercato. La difficoltà nell'individuare dei criteri, precisi ed oggettivi, nella cernita dei precedenti della Corte di giustizia sembra quasi interamente compensata dal fatto che, come si vedrà, gli schemi seguiti dalla stessa Corte si ripetono, malgrado la diversità dei regimi nazionali sottoposti al suo esame. Ed è proprio su questi schemi più generali che si cercherà di focalizzare l'attenzione.

Si prenderà inizialmente in considerazione il sindacato della Corte su diverse discipline nazionali, italiane e spagnole, che condizionano l'accesso al mercato al rispetto di distanze minime tra attività già insediate e attività da insediare del medesimo tipo. Sembra in ogni occasione imprescindibile illustrare, di volta in volta e sia pure sommariamente, il contenuto di tali discipline, onde prevenire il rischio di trarre delle conclusioni soverchiamente decontestualizzate.

2. Obblighi di osservare distanze minime tra attività economiche, la loro giustificazione per motivi imperativi d'interesse generale e la loro proporzionalità rispetto al fine perseguito. Il caso degli impianti per la distribuzione di carburanti.

Secondo il diritto italiano, l'apertura di impianti stradali per la distribuzione di carburanti, c.d. stazioni di servizio, è tuttora soggetta ad un regime autorizzatorio¹², di competenza comunale.

Prima della riforma della materia, in senso concorrenziale, del 2008¹³, la loro apertura poteva subire una ulteriore e particolare restrizione territoriale, a indiretto beneficio degli

circolazione delle merci, aprendo così la strada ad una maggiore apertura e concorrenzialità di alcuni settori economici”.

¹² Art. 1, d.lgs. n. 32/1998, che inoltre prevede la formazione del silenzio assenso, qualora non venga comunicato all'istante il provvedimento di rigetto nel termine di novanta giorni, decorrente dalla presentazione dell'istanza.

¹³ Secondo l'art. 83-bis, d.l. n. 112/2008, “*al fine di garantire il pieno rispetto delle disposizioni dell'ordinamento comunitario in materia di tutela della concorrenza e di assicurare il corretto e uniforme funzionamento del mercato, l'installazione e l'esercizio di un impianto di distribuzione di carburanti non possono essere subordinati alla chiusura di impianti esistenti né al rispetto di vincoli, con finalità commerciali, relativi a contingentamenti numerici, distanze minime tra impianti e tra impianti ed esercizi o superfici minime commerciali o che pongono restrizioni od obblighi circa la possibilità di offrire, nel medesimo impianto o nella stessa area, attività e servizi integrativi*”. Questa norma è comunque sopravvenuta alla questione di cui si dirà nel testo. Con riguardo al generale divieto di imporre distanze per l'apertura di esercizi commerciali, v. l'art. 3, d.l. n. 223/2006, c.d. decreto Bersani, secondo cui “*le attività commerciali, come individuate dal decreto legislativo 31 marzo 1998, n. 114, e di somministrazione di alimenti e bevande sono svolte senza i seguenti limiti e prescrizioni: [...] b) il rispetto di distanze minime obbligatorie tra attività commerciali appartenenti alla medesima tipologia di esercizio*”. Più di recente, v. art. 3, c. 8, d.l. n. 138/2011, lett. f), che annovera “*l'imposizione di distanze minime tra le localizzazioni delle sedi deputate all'esercizio di una attività economica*” tra le restrizioni vietate. In passato, sull'originaria disciplina dettata dal d.lgs. n. 32/1998, v. F. FRACCHIA, *La liberalizzazione dell'attività di distribuzione dei carburanti*, in *Giorn. dir. amm.*, 1998, 516 ss. Ai sensi dell'art. 19, l. n. 57/2001, le regioni, nel programmare l'insediamento di impianti per la distribuzione di carburanti, in attuazione delle “*linee guida per l'ammmodernamento del sistema distributivo dei carburanti*” approvate dal Ministero dell'industria, avrebbero potuto stabilire (art. 19, c. 1, lett. c), l. cit.)

operatori economici già presenti nel mercato: poteva essere subordinata al rispetto di distanze minime¹⁴ dalle stazioni di servizio già insediate.

Della questione è stata investita la Corte di giustizia¹⁵ dal giudice amministrativo¹⁶, nell'ambito di una controversia, proposta da un operatore economico già insediato nelle vicinanze, per l'annullamento dell'autorizzazione rilasciata da un Comune ad un nuovo operatore, in violazione delle norme regionali che impongono l'osservanza di distanze minime¹⁷.

È interessante il percorso seguito dalla Corte di giustizia, che, anzitutto, qualifica la misura nazionale, pur se applicabile senza discriminazioni fondate sulla nazionalità, come una restrizione al diritto di stabilimento, cioè all'insediamento di stazioni di servizio per la distribuzione di carburanti. Questo perché essa, applicandosi “unicamente ad impianti nuovi e non ad impianti già esistenti”, ha l'effetto di “favorire gli operatori già presenti sul territorio italiano [ed] è idonea a scoraggiare, se non ad impedire, l'accesso al mercato italiano degli operatori provenienti da altri Stati membri”¹⁸. Il bacino d'utenza dei primi resterebbe così immune dalla pressione concorrenziale dei secondi.

“distanze minime obbligatorie tra gli impianti”. Sulla disciplina vigente prima della riforma del 1998, v. L. VIOLINI, voce *Distributori di carburante*, in *Dig. disc. pubbl.*, Torino 1990.

¹⁴ Analoga questione si è recentemente posta anche con riguardo all'osservanza di distanze minime tra edicole, ma è stata risolta dal giudice amministrativo, senza interpellare la Corte di giustizia. L'art. 4, l.r. Sardegna n. 49/1986, condizionava l'apertura di nuove edicole al rispetto di distanze minime da quelle già insediate. Secondo il Consiglio di Stato, sez. VI, 9 febbraio 2015, n. 630, in www.giustizia-amministrativa.it, il Comune, titolare del potere autorizzatorio, avrebbe dovuto disapplicare la legge regionale per due ragioni: perché lo Stato, nell'esercizio della propria potestà legislativa in materia di concorrenza (art. 3, d.l. n. 223/2006), ha vietato l'imposizione del rispetto di distanze tra esercizi commerciali; in secondo luogo perché la legge regionale si pone comunque in contrasto “con i principi di diritto europeo di libero stabilimento e di concorrenza tra imprese, poiché poneva restrizioni sia all'istituzione di nuove imprese che alla loro mobilità sul territorio (articolo 49 TFUE). Non ricorre, in materia, la possibilità per i singoli Stati di derogare a tali principi con l'apposizione di vincoli di varia natura, atteso che il Trattato ne prevede la possibilità solo per comprovati motivi di natura sanitaria o di ordine e sicurezza pubblica”. Per un commento alla sentenza, v. L. LORENZONI, *Distanze minime tra edicole fissate con legge regionale e tutela della concorrenza*, in *Giorn. dir. amm.*, 2016, 63 ss.

¹⁵ Sez. III, sentenza 11 marzo 2010, C-384/08, *Attanasio group*, in www.curia.europa.eu. Nella stessa direzione la giurisprudenza amministrativa nazionale: Cons. stato, sez. V, 25 aprile 2012, n. 2456, che, proprio sulla scia della sentenza della Corte di giustizia *Attanasio*, ritiene “superato quell'orientamento giurisprudenziale di questa Sezione antecedente la pronuncia della Corte UE, secondo cui le autorizzazioni all'apertura degli impianti di distribuzione di carburanti vanno rilasciate alla luce dell'intero apparato distributivo locale esistente, nel quale la distanza minima tra i distributori costituisce un parametro da verificare e che la stessa distanza è un criterio utile per valutare sia la possibilità di sopravvivenza sul mercato del singolo esercizio, sia l'esigenza di assicurare agli utenti condizioni ottimali per la fruizione del servizio”. Questa ultima sentenza è annotata da V. GUGLIELMI, *Il giudice 'liberalizzatore': l'abolizione delle distanze minime nella distribuzione di carburanti*, in *Gior. dir. amm.*, 2012, 1216 ss. Sul rapporto tra disciplina urbanistica a disciplina relativa all'insediamento delle stazioni di servizio v. S. AMATO, *La localizzazione degli impianti di distribuzione dei carburanti tra affastellamento delle fonti legislative e interventi razionalizzanti della giurisprudenza. Considerazioni a margine di T.a.r. Campania, Napoli, sez. III, 8 giugno 2016 n. 2885*, in *Riv. giur. ed.*, 2016, 797 ss. Di recente, sull'illegittimità di previsioni urbanistiche limitanti i servizi ausiliari (lavaggio-auto e ristorazione) che possono essere svolti dalle stazioni di servizio, v. T.a.r. Lombardia, Milano, sez. II, 22 marzo 2017, n. 686, in www.giustizia-amministrativa.it.

¹⁶ T.a.r. Lazio, Roma, sez. II-bis, ordinanza 22 luglio 2008, n. 953, in www.giustizia-amministrativa.it.

¹⁷ Previste, nella fattispecie, dall'art. 13, l.r. Lazio, n. 8/2001, che, per le strade provinciali, stabiliva il rispetto di una distanza minima di 3 km.

¹⁸ § 45.

La Corte prosegue il ragionamento, chiedendosi¹⁹ se la misura possa ritenersi giustificata da motivi imperativi d'interesse generale. Infatti la libertà di stabilimento, al pari di ogni altra libertà economica europea, non è assoluta, ma ammette restrizioni, per opera del diritto nazionale, per la tutela di certi interessi pubblici antagonisti al libero mercato. In particolare, la Corte rileva che “*le finalità di sicurezza stradale*” e la “*tutela dei consumatori*” integrano dei motivi imperativi d'interesse generale, astrattamente idonei a giustificare una misura nazionale che limita la libertà di stabilimento.

Ma ciò che più rileva sono i passaggi successivi del ragionamento: “*a prescindere dall'esistenza di uno scopo legittimo ai sensi del diritto dell'Unione, la giustificazione di una restrizione alle libertà fondamentali garantite dal Trattato presuppone che la misura in questione sia idonea a garantire il conseguimento dello scopo perseguito e non vada oltre quanto è necessario per il suo raggiungimento*”²⁰. La Corte inoltre precisa che la restrizione nazionale è giustificata solo se realizza l'obiettivo dichiarato “*in modo coerente e sistematico*”²¹.

Si tratta di un vero e proprio sindacato di proporzionalità della misura nazionale, compiuto dalla Corte con riguardo ai due motivi imperativi prima cennati, che potrebbero legittimamente giustificare misure nazionali, limitative dell'insediamento di stazioni di servizio, solamente nella misura in cui fosse accertato che il medesimo obiettivo non avrebbe potuto essere raggiunto con un minore grado di restrizione della libertà economica.

Procedendo allora nell'applicazione di questo criterio, la Corte constata che, con riguardo alle finalità di sicurezza stradale, in una con quelle di tutela della salute e dell'ambiente, la restrizione nazionale non supera il test di proporzionalità: essa “*va al di là di quanto necessario per raggiungere le finalità perseguite*”. Queste, infatti, “*possono essere raggiunte più adeguatamente, e ciò tenendo conto della specifica situazione di ciascun impianto considerato, nell'ambito dei controlli che i comuni devono svolgere, in ogni caso, per tutte le domande d'autorizzazione di apertura di un nuovo impianto*”²². Come a dire che l'obbligo generalizzato (e non dispensabile) di rispettare una certa distanza da impianti non è una misura proporzionata rispetto al fine dichiarato: occorre verificare, caso per caso, nell'ambito dell'istruttoria del singolo procedimento autorizzatorio, se l'apertura di una nuova stazione di servizio, in ragione della sua vicinanza a quelle già presenti lungo la stessa via, potrebbe essere fonte di effettivi pericoli per la sicurezza della circolazione.

Con riguardo alla tutela dei consumatori, tramite “*la razionalizzazione del servizio [di distribuzione di carburanti] reso agli utenti*”, la Corte giunge ad analoghe conclusioni e si rileva ancora più critica, arrestando ad una fase precedente il proprio sindacato: ritiene la

¹⁹ § 46 ss.

²⁰ § 51.

²¹ § 51: “*una normativa nazionale è idonea a garantire la realizzazione dell'obiettivo addotto solo se risponde realmente all'intento di raggiungerlo in modo coerente e sistematico*”. Secondo F. FERRARO, *Restrizioni quantitative*, cit., § 3, l'attenzione della Corte per la coerenza e sistematicità delle restrizioni nazionali segnerebbe “*un elemento di novità rispetto al passato*”, anche per i risultati applicativi di tali parametri, come, per esempio, nella sentenza *Gambelli*, Corte giust. 6 novembre 2003, causa C-243/01, e in quella *Carmen media group*, Corte giust. 8 settembre 2010, causa C-46/08,

²² § 54.

restrizione addirittura radicalmente inidonea²³ a perseguire lo scopo dichiarato, perché essa “*sembra piuttosto favorire la posizione degli operatori già presenti sul territorio italiano, senza che i consumatori ne traggano effettivi benefici*”²⁴.

La Corte di giustizia, con questa sentenza, applica i principi che erano stati frattanto codificati con la direttiva 2006/123/CE, relativamente al diritto di stabilimento: i requisiti territoriali di accesso al mercato, “*sotto forma di una distanza geografica minima tra prestatori*”²⁵, non sono di per sé vietati dal diritto europeo (derivato e primario), purché, oltre ad essere giustificati da un motivo d’interesse generale, siano obiettivamente proporzionati e coerenti a perseguirlo.

Nel far ciò, la Corte valorizza il ruolo dell’amministrazione preposta al rilascio delle singole autorizzazioni: perché la sua concreta valutazione procedimentale, in luogo del generalizzato e rigido obbligo legale di rispettare predeterminate distanze minime, consente una più proporzionata tutela dell’interesse pubblico alla sicurezza stradale.

2.1. (Segue) Il caso delle farmacie. ‘Sensibilità’ del motivo imperativo d’interesse generale giustificante la restrizione ed incremento dell’autonomia regolatoria nazionale.

Assai più complessa, anche per la maggiore ‘sensibilità’ degli interessi in gioco, è la questione relativa ad un analogo requisito territoriale: all’obbligo di osservare una distanza minima tra farmacie²⁶. Pure in questa occasione la Corte di giustizia²⁷ è stata investita della questione con un rinvio pregiudiziale.

Il giudice spagnolo ha chiesto alla medesima di chiarire se ostasse al diritto di stabilimento un’articolata disciplina nazionale che preveda, tra l’altro, una distanza minima tra farmacie²⁸, così subordinandone ogni nuova apertura al rispetto di tale requisito

²³ § 55, dove si legge “è difficile determinare il modo in cui una normativa come quella in discussione nella causa principale possa essere idonea a tutelare i consumatori o a procurare loro dei vantaggi”.

²⁴ *Ibidem*.

²⁵ Art. 15, § 2, lett. a), e art. 12, c. 1, lett. a), d.lgs. n. 59/2010. Cfr. il considerando n. 69) della direttiva 2006/123/CE, relativo ai “requisiti da valutare”, elencati all’art. 15 della stessa. Sul punto si sofferma F. FERRARO, *Restrizioni quantitative*, cit., § 6.

²⁶ Sulla disciplina italiana delle farmacie e del loro contingentamento, la più recente trattazione monografica è di v. M. DELSIGNORE, *Il contingentamento dell’iniziativa economica privata. Il caso non unico delle farmacie aperte al pubblico*, Milano 2012, spec. 63-172. Cfr., per una recente sintesi, M. CHIRULLI, voce *Farmacia*, in *Dig. disc. pubbl.*, Agg. III, Torino 2017, 159 ss.; sempre di recente, M. CALABRÒ, *Linee evolutive del servizio di assistenza farmaceutica. Ipotesi di valorizzazione dell’art. 32 Cost. in senso concorrenziale*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2015, 1243 ss.; prima delle ‘liberalizzazioni’ del settore del 2012, art. 11, d.l. n. 1/2012, v. S. COLOMBARI, *La specialità della disciplina amministrativa sulle farmacie comunali*, in *Dir. amm.*, 2011, 419 ss. Del sistema nazionale di pianificazione delle farmacie si occupa ampiamente anche F. TRIMARCHI BANFI, *Lezioni*, cit., 166-179.

²⁷ Sentenza 1° giugno 2010, Grande sez., C-570/07 e C-571/07, *Blanco Pérez e Chao Gómez*, in www.curia.europa.eu. Su questa sentenza e sulle altre, pronunciate sempre dalla Corte di giustizia sul tema delle restrizioni nazionali all’insediamento di farmacie, v. M. DELSIGNORE, *Il contingentamento*, cit., spec. 129-137.

²⁸ Queste sono, in estrema sintesi, le regole poste dal diritto spagnolo: in ciascuna zona farmaceutica può essere aperta una sola farmacia ogni 2800 abitanti; un’ulteriore farmacia può essere aperta solo quando tale soglia è superata e comunque per moduli superiori a 2000 abitanti; ogni farmacia deva rispettare una distanza minima dalle farmacie già esistenti, fissata in 250 metri.

territoriale. La loro apertura, per alcuni aspetti similmente al diritto italiano, è comunque soggetta ad un regime autorizzatorio e, anche in dipendenza dell'evoluzione demografica, presuppone lo svolgimento di un concorso pubblico per la selezione degli operatori cui rilasciare l'autorizzazione per l'apertura della farmacia.

La Corte di giustizia ha seguito, sul piano logico-argomentativo, un percorso analogo a quello prima descritto, relativamente all'obbligo di osservare distanze minime tra stazioni stradali di servizio. Sono però diverse, se non opposte, le conclusioni cui è giunta.

Anzitutto, pure in questa occasione, la Corte non dubita del fatto che il regime autorizzatorio e, in particolare, i requisiti previsti dalla disciplina nazionale per l'insediamento di nuove farmacie integrino una restrizione alla libertà di stabilimento²⁹. Come pure non dubita che *“l'obiettivo di assicurare alla popolazione una fornitura di medicinali sicura e di qualità”*³⁰ possa giustificarla.

Poi la Corte, con numerosi e puntuali argomenti, ritiene la disciplina nazionale concretamente idonea a raggiungere l'obiettivo³¹ e, perciò, conforme al diritto europeo. In particolare, i soli limiti demografici, cioè principalmente il fatto che, per ciascuna zona farmaceutica, è ammesso l'insediamento di una farmacia ogni 2.800 abitanti, non potrebbero essere sufficienti per evitare concentrazioni di farmacie in alcune aree geografiche particolarmente redditizie, col rischio che *“una tale concentrazione di farmacie potrebbe comportare una duplicazione delle strutture, mentre altre parti della medesima area potrebbero mancare di farmacie”*³². Sono quindi ammissibili restrizioni *“supplementari che mirino ad impedire tale concentrazione”*³³, come appunto il rispetto di distanze minime tra le farmacie, che *“accresce anche [...] la certezza per i pazienti, che disporranno di una farmacia nei paraggi e, per ciò stesso, che disporranno di un accesso facile e rapido ad un servizio farmaceutico adeguato”*³⁴.

In definitiva, tale restrizione territoriale, complementare a quella demografica, può contribuire *“alla realizzazione dell'obiettivo di ripartire in maniera equilibrata le farmacie nel territorio nazionale, di assicurare in tal modo a tutta la popolazione un accesso*

²⁹ §§ 53-60, dove così si conclude il ragionamento: *“regole come queste [v. la nota precedente] hanno pertanto l'effetto di ostacolare e di scoraggiare l'esercizio in forma stabile, da parte dei farmacisti degli altri Stati membri, delle loro attività nel territorio spagnolo. Di conseguenza, una normativa nazionale come quella oggetto dei procedimenti principali costituisce una restrizione alla libertà di stabilimento ai sensi dell'art. 49 TFUE”*.

³⁰ § 61-66.

³¹ In altre occasioni, sempre in tema di rispetto di distanze minime e relativa a quelle tra centri per la revisione periodica dei veicoli, il sindacato della Corte si è arrestato all'inidoneità della restrizione nazionale a soddisfare l'obiettivo dichiarato (la tutela dei consumatori e della sicurezza stradale): sez. II, 15 ottobre 2015, C-168/14, *Grupo Itevelesa SL*, in www.curia.europa.eu, § 78. La Corte ha tuttavia demandato al giudice nazionale (§ 83) una verifica più puntuale sull'idoneità della restrizione territoriale (e di quella relativa al divieto di ciascuna impresa di detenere una quota di mercato superiore al 50%) a raggiungere tali obiettivi.

³² § 79.

³³ § 80.

³⁴ § 82. Prosegue la Corte: *“un tale accesso potrebbe essere ritenuto necessario ove si consideri, da un lato, che la somministrazione di medicinali può rivelarsi urgente e, dall'altro, che tra i clienti delle farmacie vi sono persone a mobilità ridotta, come gli anziani e i malati gravi”*.

adeguato al servizio farmaceutico e, di conseguenza, di aumentare la sicurezza e la qualità dell'approvvigionamento della popolazione in medicinali"³⁵.

La Corte di giustizia entra davvero nel 'merito' della questione, senza limitarsi all'apparenza esterna e compiendo, in più occasioni³⁶, un'attenta analisi economica del mercato delle farmacie e dei pericoli scaturenti dalla loro inadeguata distribuzione territoriale. Tanto che, nel valutare se la disciplina spagnola, complessivamente considerata, persegua effettivamente "*in maniera coerente e sistematica l'obiettivo*"³⁷ dichiarato, rileva alcune criticità sull'uniforme e rigida applicazione dei requisiti demografici e territoriali "*in zone che presentano talune particolarità demografiche*"³⁸. Ciononostante, come detto, il giudizio della Corte sulla compatibilità del diritto europeo della restrizione territoriale, da combinare a quella demografica, circa l'insediamento di farmacie è positivo.

Il che, almeno in parte, sembra dipendere dalle premesse svolte dalla stessa Corte, prima di sindacare il diritto spagnolo: dal fatto che "*la salute e la vita delle persone occupano una posizione preminente tra i beni e gli interessi protetti dal Trattato e che spetta agli Stati membri stabilire il livello al quale intendono garantire la tutela della sanità pubblica e il modo in cui tale livello deve essere raggiunto. Poiché detto livello può variare da uno Stato membro all'altro, si deve riconoscere agli Stati membri un margine discrezionale*"³⁹. Come a dire che, a fronte di un tale interesse⁴⁰ antagonista al libero

³⁵ § 84. Anche la giurisprudenza nazionale, nel sindacare il potere comunale di localizzazione di nuove farmacie, sviluppa analoghi ragionamenti: cfr., *ex multis*, Cons. Stato, sez. III, 17 aprile 2018, n. 2293, in www.giustizia-amministrativa.it.

³⁶ Per esempio al § 73, dove, tra l'altro, la Corte rileva che "*se non ci fosse alcuna regolamentazione, le farmacie sarebbero concentrate in località reputate attraenti, mentre in alcune località meno attraenti si ritroverebbe un numero di farmacie insufficiente ad assicurare un servizio farmaceutico sicuro e di qualità*". Cfr. §§ 94-100 e §§ 104-111.

³⁷ §§ 93-94. Più di recente, nella stessa direzione, con riguardo all'osservanza di distanze minime per l'apertura di nuovi esercizi di ottica, restrizione questa da abbinare al rispetto di requisiti demografici, sez. IV, 26 settembre 2013, C-539/11, *Ottica new line di Accardi Vincenzo*, in www.curia.europa.eu, spec. § 47.

³⁸ Più esattamente, in queste specifiche zone, la loro rigida applicazione (§ 96) "*rischia di non assicurare un accesso adeguato al servizio farmaceutico*". Si tratta, in primo luogo, di (§ 97) "*talune zone rurali dove la popolazione è generalmente sparpagliata e poco numerosa*". Se qui il criterio demografico fosse applicato rigidamente "parte della popolazione interessata si troverebbe fuori della ragionevole portata locale di una farmacia". In secondo luogo, di (§ 99) "*talune zone geografiche densamente popolate, dove "la densità di popolazione attorno ad una farmacia può superare nettamente il numero di abitanti fissato in via forfaitaria"*". In quest'ultimo caso, la rigida applicazione del requisito territoriale "*rischierebbe di condurre ad una situazione in cui il perimetro previsto per una sola farmacia includerebbe più di 2 800 abitanti...*". La legge spagnola prevede tuttavia delle misure di flessibilità (§ 100) e, secondo la Corte, la compatibilità col diritto europeo delle restrizioni spagnole, con riguardo alle zone con particolarità demografiche, dipende da come le amministrazioni facciano concreto uso delle stesse.

³⁹ § 44. A ciò la Corte aggiunge che in materia farmaceutica valgono le conclusioni cui essa, in altri precedenti, è giunta in materia di attività sanitarie, per il cui è insediamento sono ammesse forme di pianificazione. Più esattamente: "*stabilimenti ed infrastrutture sanitarie possono essere oggetto di una pianificazione. Tale pianificazione può comprendere una previa autorizzazione per l'installazione di nuovi prestatori di cure se questa si riveli indispensabile per colmare eventuali lacune nell'accesso alle prestazioni sanitarie e per evitare una duplicazione nell'apertura delle strutture, in modo che sia garantita un'assistenza medica adeguata alle necessità della popolazione, che copra tutto il territorio e tenga conto delle regioni geograficamente isolate o altrimenti svantaggiate*" (così, *ex multis*, sentenza 12 luglio 2001, C-157/99, *Smits e Peerbooms*; sentenza 16 maggio 2006, C-372/04, *Watts*, in www.curia.europa.eu).

mercato da tutelare, il tasso di autonomia regolatoria degli Stati membri si innalza, giustificando le più diverse regolazioni⁴¹ sull'accesso al mercato, più (anche con strumenti di pianificazione territoriale) o meno restrittive della libertà economica, secondo la variabile sensibilità politica nazionale.

Sembra quindi essere una questione di 'valore' e di 'tipologia' degli interessi in gioco: il grado di 'sensibilità' dell'interesse pubblico pare essere, quantunque in via tendenziale, direttamente proporzionale a quello dell'autonomia regolatoria concessa agli Stati membri dal diritto europeo. Così la tutela della salute e della più adeguata distribuzione territoriale dei farmaci, giustificano un'ampia discrezionalità regolatoria nazionale, purché le restrizioni perseguano in modo effettivo e coerente tali interessi.

2.2. (Segue) *Il caso dei centri per la raccolta di scommesse.*

Altrettanto complessa è la questione relativa all'obbligo di osservare distanze minime tra i centri per la raccolta di scommesse, restrizione prevista dal diritto statale italiano. Per l'esercizio di questa attività economica è necessaria - oltre alla licenza rilasciata dall'autorità di pubblica sicurezza⁴², dalla Questura - un'apposita concessione⁴³, rilasciata dall'Agenzia delle dogane e dei monopoli⁴⁴, una delle agenzie fiscali vigilate dal Ministero dell'economia e delle finanze.

Anche di questo problema, con un rinvio pregiudiziale, è stata investita la Corte di giustizia⁴⁵, giacché il legislatore nazionale, nel rimediare ad un'illegittima (per violazione

⁴⁰ Cfr. F. FERRARO, *Restrizioni quantitative*, cit., § 4, che colloca la sentenza *Blanco Pérez e Chao Gómez* nell'ambito di un filone giurisprudenziale "più cauto", in ragione di "preminenti esigenze di interesse generale", come, ad esempio, il diritto alla salute.

⁴¹ Tanto che, proprio per tale discrezionalità, (§ 69) "il fatto che uno Stato membro imponga norme più rigide in materia di tutela della sanità pubblica di quelle stabilite da un altro Stato membro non significa necessariamente che tali norme siano incompatibili con le disposizioni del Trattato relative alle libertà fondamentali". Sicché per la soluzione del caso (§ 70) "non è determinante la circostanza che gli Stati membri prevedano normative differenti in tale settore e, più specificamente, che taluni di essi lascino aperto il numero di farmacie che possono essere create nel territorio nazionale, mentre altri contingentino tale numero assoggettandole a norme di pianificazione geografica". Ambo le soluzioni, una dirigitica, come quella spagnola, una concorrenziale, si presentano conformi al diritto europeo.

⁴² Proprio su questo aspetto, M. PULVIRENTI, *Brevi note sulle autorizzazioni di polizia per l'esercizio di giochi e scommesse*, in *Foro amm.-T.a.r.*, 2009, 2623 ss. cfr. C. BENELLI, *I giochi nei pubblici esercizi: ordine pubblico e riparto delle competenze*, in *Giorn. dir. amm.*, 2009, 160 ss.

⁴³ Per un approfondimento del regime pubblico del gioco d'azzardo, v. i contributi pubblicati in A. BATTAGLIA e B.G. MATTARELLA (a cura di), *Le regole dei giochi. La disciplina pubblicistica dei giochi e delle scommesse in Italia*, Napoli 2014; cfr. L. SALTARI, *Il regime giuridico dei giochi e delle scommesse. Ragioni per un cambiamento*, in *Munus*, 2012, 309 ss.; P. MOLINO, *Ancora in tema di giochi e scommesse: le tante ambiguità del legislatore interno e qualche incertezza del giudice comunitario*, in *Giur. mer.*, 2013, 376 ss. I giochi d'azzardo sono comunque attività escluse dall'ambito di operatività della direttiva 2006/123/CE (art. 2, § 2, lett. h).

⁴⁴ M. MACCHIA, *L'organizzazione dell'Amministrazione dei giochi*, in *Le regole dei giochi*, cit., 103-146.

⁴⁵ Sez. IV, sentenza 16 febbraio 2012, C-72/10 e C-77/10, *Costa e Cifone*, in www.curia.europa.eu. Non è comunque la prima volta che la Corte è chiamata a sindacare la disciplina nazionale in materia: Corte giust. CE, 6 novembre 2003, C-243/01, *Gambelli*, secondo cui, da un lato, la disciplina nazionale, nella parte in cui vietava alle società di capitali di partecipare ai bandi per il rilascio delle concessioni costituisce una

del diritto europeo) esclusione di alcuni concorrenti dalla gara bandita nel 1999, ne ha bandito una nel 2006 per l'assegnazione di nuove concessioni⁴⁶, prevedendo tuttavia, per tutelare i concessionari/vincitori della precedente gara, che i vincitori della nuova avrebbero dovuto insediarsi ad una distanza minima⁴⁷ dai centri scommesse già operativi.

La Corte ritiene una tale misura contraria al diritto europeo, perché fondata su ragioni di natura economica: la protezione⁴⁸ degli attuali concessionari, vincitori della gara svoltasi nel 1999, con l'effetto di discriminare i nuovi. Sulle ragioni economiche poste a fondamento di un potere autorizzatorio si tornerà ancora⁴⁹.

Qui interessa rilevare che la Corte non ha escluso l'ammissibilità di misure nazionali che impongono il rispetto di distanze minime tra centri per la raccolta di scommesse, purché il loro obiettivo - per la pericolosità dell'attività e per le esternalità negative ad essa connesse (per esempio, la ludopatia⁵⁰) - sia "*di incanalare la domanda di giochi d'azzardo entro circuiti controllati*"⁵¹, anche impedendo l'insediamento di punti vendita supplementari in zone fortemente abitate; e purché tale misura "*sia veramente idonea a realizzare l'obiettivo invocato*"⁵².

In altri termini, la restrizione in parola sembra sicuramente giustificata e gli Stati membri sembrano avere ampia discrezionalità regolatoria in proposito, purché le restrizioni assunte non nascondano finalità economiche, di protezione degli operatori economici già presenti nel mercato di riferimento, perché ciò lederebbe anche il principio di libera concorrenza.

Parimenti al caso delle distanze tra farmacie - sebbene in questa occasione i ragionamenti della Corte siano meno articolati e soltanto svolti *incidenter tantum*, poiché la ragione economica della restrizione ha avuto carattere assorbente - la 'sensibilità' degli interessi pubblici inerenti il gioco d'azzardo e le attività economiche che su di esso si fondano, come i centri per la raccolta delle scommesse, sembra condizionare, in senso ampliativo, il grado di discrezionalità regolatoria concesso al legislatore nazionale. Come pure la discrezionalità che quest'ultimo può legittimamente lasciare alle amministrazioni nazionali preposte a controllare, per ragioni di ordine pubblico, l'accesso a tale mercato⁵³;

restrizione ingiustificata alla libertà di stabilimento; dall'altro, che le sanzioni penali per l'esercizio non autorizzato da parte delle stesse dell'attività in via telematica costituisce una restrizione della libertà di prestazione di servizi; Corte giust. CE, Grande sez., 6 marzo 2007, C-338/04, C-359/04 e C-360/04, *Placanica ed altri, ibidem*.

⁴⁶ Si tratta di diciassettemila nuove concessioni per l'intero territorio nazionale.

⁴⁷ Art. 32, cc. 2 e 4, d.l. n. 223/2006,

⁴⁸ Spec. § 58.

⁴⁹ *Infra*, spec. § 3.1.

⁵⁰ Cfr. le misure previste dall'art. 7, d.l. n. 158/2012, c.d. 'decreto Balduzzi'. Per esempio: "*la pubblicità dei giochi che prevedono vincite in denaro deve riportare in modo chiaramente visibile la percentuale di probabilità di vincita che il soggetto ha nel singolo gioco pubblicizzato*" (c. 4-bis); "*formule di avvertimento sul rischio di dipendenza dalla pratica di giochi con vincite in denaro, nonché le relative probabilità di vincita devono altresì figurare sulle schedine ovvero sui tagliandi di tali giochi*" (c. 5).

⁵¹ § 65.

⁵² Avendo (§ 65) "*effettivamente come conseguenza che i nuovi operatori sceglieranno di stabilirsi in luoghi poco frequentati, assicurando così una copertura a livello nazionale*"

⁵³ Cfr., sez. IV, 19 luglio 2012, C-470/11, *SIA Garkalns*, in www.curia.europa.eu, secondo cui è stata ritenuta conforme al diritto europeo una disciplina nazionale (lettone) che consente all'amministrazione

oppure a quelle preposte a regolare gli orari⁵⁴ di svolgimento dell'attività nell'ambito del territorio di propria competenza.

3. *L'insediamento di grandi esercizi commerciali. Restrizioni territoriali per opera di strumenti di pianificazione, loro giustificazione per motivi imperativi d'interesse generale e loro proporzionalità rispetto al fine perseguito.*

In molti Stati europei l'accesso al mercato del commercio⁵⁵ al dettaglio incontra generalmente due 'barriere' giuridiche: le restrizioni territoriali, dettate da strumenti di pianificazione, all'insediamento di tali attività, soprattutto se nella forma di grandi strutture di vendita, ipermercati, *shopping mall* ed *outlet*; il procedimento amministrativo per il rilascio dell'autorizzazione commerciale, provvedimento che legittima l'operatore economico all'apertura al pubblico della struttura di vendita al dettaglio.

La Corte di giustizia⁵⁶, adita dalla Commissione ricorrendo per infrazione nei confronti del Regno di Spagna, si è occupata di ambo i profili, con un sindacato delle scelte

nazionale di "rifiutare il rilascio di una licenza di apertura di un casinò, di una sala da gioco, o di una sala bingo in base all'esistenza di una 'lesione sostanziale degli interessi dello Stato e degli abitanti del territorio della circoscrizione amministrativa interessata'", purché, con siffatto potere discrezionale si (§ 46) "persegua effettivamente la finalità di ridurre le occasioni di gioco e di limitare le attività in questo settore, in modo coerente e sistematico, o di garantire la tranquillità degli abitanti delle zone limitrofe, o ancora, in generale, l'ordine pubblico, riconoscendo a tal fine alle autorità locali una certa flessibilità nell'applicazione del regime relativo all'organizzazione dei giochi d'azzardo". La Corte muove comunque dal presupposto che (§ 36) "la disciplina dei giochi d'azzardo rientra nei settori in cui sussistono tra gli Stati membri divergenze considerevoli di ordine morale, religioso e culturale. In assenza di armonizzazione in materia, spetta ad ogni singolo Stato membro valutare, in tali settori, alla luce della propria scala di valori, le esigenze che la tutela degli interessi di cui trattasi implica". Il che giustifica l'autonomia regolatoria nazionale, col limite (§ 37-39) della proporzionalità e della coerenza rispetto al fine (ordine pubblico, tutela del consumatore, dissuasione dal gioco d'azzardo) delle restrizioni assunte. Da ultimo, in questa direzione, sempre in tema di gioco d'azzardo, sentenza sez. I, 20 dicembre 2017, C-322/16, *Global Starnet Ltd*, in www.curia.europa.eu, § 39-40. Resta il fatto che, in altre occasioni, la Corte di giustizia ha affermato che la nozione di ordine pubblico deve essere interpretata in senso restrittivo, in quanto motivo che fonda una deroga ad una libertà economica (C-319/06 e C-326707)

⁵⁴ Si pensi al potere (discrezionale) attribuito ai Comuni italiani, in ordine alla disciplina degli orari di apertura e chiusura dei centri per la raccolta delle scommesse; potere tendenzialmente esercitato per contrastare la ludopatia. Cfr., *ex multis*, Cons. Stato, sez. V, 5 giugno 2018, n. 3382; T.a.r. Veneto, sez. III, 3 maggio 2017, n. 434, in www-giustizia-amministrativa.it, che ritiene legittima l'ordinanza sindacale impugnata, anche perché "nell'attuale momento storico la diffusione del fenomeno della ludopatia in ampie fasce della società civile costituisce un fatto notorio o, comunque, una nozione di fatto di comune esperienza". Cfr. A SENATORE, *Lotta alla ludopatia e potere amministrativo*, in *Urb. app.*, 2015, 625 ss.

⁵⁵ Per una ricostruzione dell'evoluzione della disciplina nazionale in materia di commercio, v. O. ROSELLI, voce *Commercio (profili amministrativi)*, in *Enc. dir.*, Ann. VII, Milano 2010, 166 ss. Sul mercato della grande distribuzione organizzata al dettaglio, g.d.o., la Banca d'Italia ha curato un interessante studio: Av. Vv., *La grande distribuzione organizzata e l'industria alimentare in Italia*, 2012, in www.bancaditalia.it. In passato, sull'autorizzazione per l'esercizio di attività commerciale al dettaglio, v. M.A. SANDULLI, *L'autorizzazione al commercio di vendita a posto fisso*, Milano 1990. Ancora più in passato, M.P. CHITI, *Licenze commerciali e libertà di iniziativa economica*, in *Foro amm.*, 1970, 882 ss.

⁵⁶ Sez. II, 24 marzo 2011, C-400/08, *Commissione europea c. Regno di Spagna*, in www.curia.europa.eu. La sentenza è stata ampiamente commentata da A. CASSATELLA, *Condizioni di apertura di grandi esercizi commerciali: la Corte di giustizia fissa alcuni limiti per legislatori ed amministrazioni statali*, in *Giur. it.*, 2012, 182 ss.

nazionali, soprattutto con riguardo alla prima barriera giuridica, per usare le categorie nazionali, davvero ‘forte’ ed ‘intrinseco’⁵⁷.

La disciplina catalana⁵⁸ sull’insediamento di attività commerciali prevedeva numerose limitazioni sulla collocazione e sulle dimensioni dei grandi esercizi commerciali ed ipermercati. Più esattamente, tramite il “*piano territoriale settoriale delle strutture commerciali*”, essa ne consentiva l’insediamento solamente in certi comuni e comunque al di fuori degli agglomerati urbani. Inoltre fissava dei contingenti con riguardo alla complessiva superficie di vendita da destinare, per ciascuna provincia, a grandi e medi esercizi commerciali, in relazione alla popolazione residente.

Per l’insediamento di tali strutture non era sufficiente l’individuazione, tramite lo strumento di pianificazione, delle aree idonee: la disciplina catalana ne sottoponeva l’apertura ad un regime autorizzatorio, prevedendo un articolato procedimento, con il coinvolgimento di organi consultivi. Su questi ultimi aspetti si tornerà poi; ed intanto ci si soffermerà sulle restrizioni territoriali.

La Corte muove dal presupposto che la disciplina spagnola, se “*considerata nel suo insieme, ha l’effetto di ostacolare e di scoraggiare l’esercizio, da parte di operatori economici di altri Stati membri, delle loro attività nel territorio della Comunità autonoma di Catalogna attraverso una struttura stabile e pertanto di incidere sul loro stabilimento nel mercato spagnolo*”⁵⁹. Così essa costituisce una restrizione al diritto di stabilimento, che sfavorisce la penetrazione nel mercato catalano di operatori economici stranieri, spesso multinazionali, nel settore della grande distribuzione organizzata.

Il che, analogamente ai ragionamenti seguiti dalla Corte nei casi affrontati nei precedenti paragrafi, non rende di per sé la disciplina spagnola contraria al diritto europeo⁶⁰: perché il diritto di stabilimento, al pari di tutte le libertà di circolazione, tollera restrizioni, per opera del diritto interno, se giustificate da motivi imperativi d’interesse generale e nel rispetto del principio di proporzionalità: se idonee a perseguire l’obiettivo dichiarato e purché non vadano oltre quanto necessario al raggiungimento dello stesso.

La Corte, poi, individua i motivi imperativi d’interesse generale che potrebbero astrattamente rilevare e giustificare⁶¹ le restrizioni in questione: “*la protezione dell’ambiente*”, “*la razionale gestione del territorio*” e “*la tutela dei consumatori*”, ricordando, al contempo, che “*finalità di natura puramente economica non possono costituire un motivo imperativo di interesse generale*”⁶². Queste ultime, infatti, non possono

⁵⁷ Cfr. R. VILLATA e M. RAMAJOLI, *Il provvedimento*, cit., spec. 152 ss.

⁵⁸ La complessa disciplina catalana sul commercio è analiticamente illustrata, riportando per esteso le disposizioni più significative, ai § 2-29, tutti dedicati al “*contesto normativo nazionale*”.

⁵⁹ § 70.

⁶⁰ § 73.

⁶¹ Così, secondo A. CASSATELLA, *Condizioni di apertura*, cit., 183, “*il parametro normativo europeo sembra quindi circoscrivere, attraverso l’interpretazione del giudice comunitario, il novero degli interessi (comunitari) che assumono rilievo nella fissazione della disciplina amministrativa statale, in modo da stabilire un vincolo indiretto per il legislatore nazionale*”.

⁶² § 74. Anche la giurisprudenza nazionale sembra avere definitivamente recepito questo principio nel sindacare le previsioni urbanistiche comunali limitative dell’insediamento di attività commerciali, valorizzando in proposito la direttiva Bolkestein ed i d.l. degli anni 2011-2012 (spec. art. 1, c. 1, lett. b), d.l. n. 1/2012) di liberalizzazione delle attività economiche private. Emblematica è la sentenza, T.a.r. Lombardia,

Milano, sez. I, 10 ottobre 2013, n. 2271; tanto che alcuni suoi passaggi meritano di essere riportati per intero: *“occorre distinguere fra atti di programmazione economica - che in linea di principio non possono più essere fonte di limitazioni all’insediamento di nuove attività - e atti di programmazione aventi natura non economica, i quali, invece, nel rispetto del principio di proporzionalità, possono imporre limiti rispondenti ad esigenze annoverabili fra i motivi imperativi di interesse generale [...]. Tale distinzione deve essere operata anche nell’ambito degli atti di programmazione territoriale, i quali non vanno esenti dalle verifiche prescritte dalla direttiva servizi per il solo fatto di essere adottati nell’esercizio del potere di pianificazione urbanistica, dovendosi verificare se in concreto essi perseguano finalità di tutela dell’ambiente urbano o, comunque, riconducibili all’obiettivo di dare ordine e razionalità all’assetto del territorio, oppure perseguano la regolazione autoritativa dell’offerta sul mercato dei servizi attraverso restrizioni territoriali alla libertà di insediamento delle imprese”*. Aggiunge lo stesso T.a.r. che il rinnovato contesto normativo impone al giudice amministrativo, nel proprio sindacato di legittimità delle previsioni urbanistiche restrittive dell’insediamento di attività commerciali, *“di effettuare un riscontro molto più penetrante di quello che si riteneva essere consentito in passato; e ciò per verificare, attraverso un’analisi degli atti preparatori e delle concrete circostanze di fatto che a tali atti fanno da sfondo, se effettivamente i divieti imposti possano ritenersi correlati e proporzionati a effettive esigenze di tutela dell’ambiente urbano o afferenti all’ordinato assetto del territorio sotto il profilo della viabilità, della necessaria dotazione di standard o di altre opere pubbliche, dovendosi, in caso contrario, reputare che le limitazioni in parola non siano riconducibili a motivi imperativi di interesse generale e siano, perciò, illegittime”*.

La sentenza è stata positivamente commentata da A. TRAVI, *Attività commerciali e strumenti urbanistici: ovvero, 'il diritto preso sul serio'*, in *Urb. app.*, 2014, 21 ss., secondo cui (p. 24) *“la banalizzazione [delle norme del 2011-2012 sulla liberalizzazione delle attività economiche] non è giustificata; l’interprete è chiamate ad applicarle in modo piano [...] Le affermazioni generali introdotte in queste normative devono assumere anzi un valore prevalente, perché costituiscono la chiave di lettura della normativa sulle attività economiche”*; E. BOSCOLO, *La regolamentazione del commercio: barriere di ordine territoriale e tecniche di liberalizzazione*, in *Riv. giur. ed.*, 2013, 1179 ss., che, tra l’altro, rileva come (p. 1190) *“il giudice amministrativo sia pienamente attrezzato per risalire alla autentica ratio (sul piano teleologico e dell’interesse perseguito) di ciascuna norma di piano, onde identificare quelle che illegittimamente si prefiggono obiettivi di regolazione economica (regole interne al mercato), tenendole distinte da quelle che viceversa si limitano a dettare regole finalizzate ad evitare la diffusione delle esternalità diffusive della funzione commerciale (regole sui limiti esterni del mercato)”*; G. FONDERICO, *La programmazione territoriale e le norme di ‘liberalizzazione’*, in *Giorn. dir. amm.*, 2014, 611 ss.

Tra la giurisprudenza amministrativa, in direzione analoga alla sentenza appena citata, *ex multis*, Cons. Stato, sez. IV, 1° giugno 2018, n. 3312; T.a.r. Puglia, Lecce, sez. I, 24 gennaio 2017, n. 98; T.a.r. Liguria, sez. I, 8 novembre 2016, n. 1092; T.a.r. Puglia, Lecce, sez. I, 31 ottobre 2016, n. 1641, con nota di E. BOSCOLO, *La liberalizzazione del commercio e limiti urbanistici*, in *Urb. app.*, 2017, 106 ss.; T.a.r. Veneto, sez. III, 29 dicembre 2016, n. 1423; T.a.r. Emilia Romagna, Parma, sez. I, 17 marzo 2016, n. 110; T.a.r. Campania, Napoli, sez. I, 9 settembre 2015, n. 4402; T.a.r. Lazio, Roma, sez. II-ter, 3 febbraio 2015, n. 1988; T.a.r. Lombardia, Milano, sez. I, 20 febbraio 2015, n. 521, con nota di C. DI SERI, *Il sindacato del giudice amministrativo sulla c.d. “urbanistica commerciale”*, in *Giorn. dir. amm.*, 2015, 399 ss.; T.a.r. Lombardia, Milano, sez. I, 29 gennaio 2014, n. 326, tutte in www.giustizia-amministrativa.it.

Tra la giurisprudenza costituzionale, Corte cost., sent. 15 marzo 2013, n. 38, in www.cortecostituzionale.it, sull’illegittimità costituzionale della legislazione della provincia autonoma di Bolzano nella parte in cui ha limitato, senza giustificazioni per motivi imperativi d’interesse generale, lo svolgimento di attività commerciali al dettaglio nelle zone produttive, anche individuando delle categorie merceologiche; Corte cost., sent. 18 aprile 2014, n. 104, *ibidem*, che ha dichiarato costituzionalmente illegittima la legislazione della regione Valle d’Aosta nella parte in cui, in modo generalizzato, vietava l’insediamento di grandi strutture di vendita nei centri storici di tutti i comuni valdostani; Corte cost., sent. 11 novembre 2016, n. 239, *ibidem*, sull’illegittimità costituzionale del codice del commercio pugliese (l.r. n. 24/2015), nella parte in cui consentiva ai comuni di approvare programmi urbanistici di valorizzazione commerciali impositivi di vincoli merceologici. La stessa sentenza ha inoltre rilevato (§ 6 della parte in diritto) che non sono di per sé costituzionalmente illegittime le norme che attribuiscono al piano urbanistico il potere di localizzare medie e grandi strutture di vendita, ma occorre valutare (ed il compito spetta tutto al giudice amministrativo) il concreto esercizio di tale. Più esattamente la zonizzazione commerciale, per opera del piano urbanistico comunale, è ammessa purché *“non si traduca nell’individuazione di aree precluse allo sviluppo di esercizi commerciali in termini assoluti e che le finalità del ‘dimensionamento della funzione commerciale’ e dell’impatto socio-economico’, siano volte alla cura di interessi di rango costituzionale”*.

fondare alcuna restrizione territoriale o procedimento autorizzatorio: con esse, in modo dirigitico, l'amministrazione si sostituirebbe al mercato e al giudizio dei consumatori, valutando l'adeguatezza della rete commerciale attuale nel soddisfare la domanda attuale e futura. In questo modo è alto il rischio di falsare i processi concorrenziali e di proteggere i dettaglianti già insediati dalle pressioni concorrenziali, ritenendo adeguata la loro offerta.

Peraltro il vero problema, come tra poco si vedrà, non è l'individuazione dei motivi imperativi d'interesse generale giustificanti le limitazioni nazionali alla libertà economica, ma è nuovamente la verifica della loro rigorosa proporzionalità rispetto al fine dichiarato⁶³.

Alcuna giurisprudenza amministrativa si è tuttavia dimostrata meno rigorosa nel proprio sindacato di legittimità delle previsioni urbanistiche comunali in materia di limitazioni degli insediamenti commerciali: Cons. Stato, sez. IV, 22 agosto 2018, n. 5029, in www.giustizia-amministrativa.it, sulle previsioni urbanistiche che destinano un immobile allo svolgimento di un'unica attività commerciale (nella fattispecie, quella di caffè-bar); T.r.g.a. Trento, 31 maggio 2018, n. 180, *ibidem*, sulla scelta urbanistica della provincia trentina “*di non localizzare nuove zone sul[l'intero] territorio provinciale per l'insediamento di grandi strutture/centri commerciali al dettaglio con superficie di vendita superiore a mq 10.000*”; Cons. Stato, sez. IV, 4 maggio 2017, n. 2026, che sembrerebbe ricondurre ai motivi imperativi d'interesse generale che giustificano restrizioni al commercio anche la (§ 8) “*valorizzazione del bacino di utenza*”; T.a.r. Piemonte, sez. II, 6 maggio 2016 n. 612, *ibidem*, che ha ricondotto la tutela del piccolo commercio cittadino alla categoria della tutela dell'ambiente urbano, così ritenendo immuni dai vizi di legittimità dedotti le norme del piano urbanistico che vietano l'insediamento di medie e grandi strutture di vendita nelle aree periferiche. Per tale via, il fine evidentemente economico della scelta di piano (fine vietato) diventerebbe - sviluppando il ragionamento del T.a.r. - giustificabile laddove in concreto integri un mezzo per tutelare un interesse pubblico non economico, come l'ambiente urbano.

In dottrina, oltre ai contributi finora segnalati in questa nota, si sono occupati del rapporto tra urbanistica e commercio, generalmente con numerosi e puntuali riferimenti alla giurisprudenza amministrativa e costituzionale: E. BOSCOLO, *Libertà di svolgimento dell'attività di commercio: limiti e condizioni all'insediamento commerciale*, in *Riv. giur. urb.*, 2018, 228 ss.; F.F. GUZZI, *Libertà di iniziativa economica in materia di commercio e limiti pubblicistici connessi alla c.d. urbanistica commerciale nella giurisprudenza amministrativa*, in *Riv. giur. urb.*, 2017, 410 ss.; M.F. CIALDELLA, *Il labile confine tra pianificazione urbanistica e disciplina commerciale alla luce della contrapposizione tra libera concorrenza, tutela dei motivi imperativi di interesse generale e rispetto dei vincoli urbanistici*, in *Riv. giur. urb.*, 2017, 317 ss.; G. TAGLIANETTI, *Regolazione del territorio e limiti all'iniziativa privata: il rapporto tra pianificazione urbanistica e disciplina del commercio, alla luce della normativa tendente alla liberalizzazione delle attività economiche*, in *Riv. giur. ed.*, 2017, 57 ss.; P. URBANI, *Governo del territorio e delle attività produttive. Tra regole, libertà d'iniziativa economica e disciplina della proprietà*, in *Urb. app.*, 2016, 1309 ss.; P. STELLA RICHTER (a cura di), *Pianificazione urbanistica e attività economiche*, Milano 2016; S. CIERVO, *Rapporti tra la disciplina commerciale e urbanistica alla luce della liberalizzazione del commercio*, in *Riv. giur. ed.*, 2013, 167 ss.; M. BREGANZE, *Insediamento delle attività commerciali e disciplina urbanistica*, in *Riv. giur. urb.*, 2012, 688 ss.; P.L. PORTALURI, *Primaute della pianificazione urbanistica e regolazione delle attività commerciali*, in *Riv. giur. ed.*, 2012, 233 ss.; S. MONZANI, *Il rapporto tra disciplina urbanistica e pianificazione commerciale nel contesto di liberalizzazione e di promozione della concorrenza*, in *Foro amm.-C.d.S.*, 2012, 2397 ss.; D.M. TRAINA, *Disciplina del commercio, programmazione e urbanistica*, in *Riv. giur. ed.*, 2011, 119 ss.; M. ANDREIS, *Commercio: autorizzazione senza pianificazione*, in *Urb. app.*, 2010, 1151 ss. Meno di recente, tra i tanti, G. CAIA, *Governo del territorio e attività economiche*, in *Dir. amm.*, 2003, 707 ss.; M.T.P. CAPUTI JAMBRENGHI, *Studi sulla disciplina giuridica dell'insediamento commerciale*, Milano 2000; E.M. MARENGHI, *Nuove tendenze nei rapporti tra urbanistica e commercio*, in *Riv. giur. urb.*, 1999, 227 ss.; G. MORBIDELLI, *Rapporti tra disciplina urbanistica e disciplina del commercio*, *ibidem*, 1990, 163 ss.

⁶³ In proposito la Corte fa una precisazione sull'onere di provare la sussistenza di motivi imperativi d'interesse generale, afferma che ciò spetta allo Stato, ma che (§ 74) “*tale onere della prova non può estendersi fino a pretendere che lo Stato membro dimostri in positivo che nessun altro possibile provvedimento permette la realizzazione dello stesso obiettivo alle stesse condizioni*”.

Quanto alle restrizioni territoriali, il Regno di Spagna sostiene che esse sarebbero necessarie ed adeguate per garantire una “razionale gestione del territorio e di protezione dell’ambiente”, perché, “limitando l’insediamento degli grandi esercizi commerciali alle zone densamente popolate, in cui la domanda è maggiore, e limitando le dimensioni degli esercizi nelle zone con una minore densità abitativa, [esse] sarebbero dirette ad evitare l’inquinamento causato dalla circolazione dei veicoli, a contrastare il degrado urbano, a preservare un modello urbano integrato con l’ambiente, ad evitare la costruzione di nuove strade e a garantire l’accesso a dette strutture commerciali mediante il trasporto pubblico”⁶⁴.

All’apparenza, quindi, vi sarebbero tante buone ragioni⁶⁵ d’interesse pubblico (e non economiche: di stampo dirigitico) per limitare l’insediamento di centri commerciali ed ipermercati nel territorio catalano. Anche la Corte è di questo avviso: le restrizioni territoriali “appaiono mezzi idonei a raggiungere gli obiettivi di razionale gestione del territorio e di protezione dell’ambiente fatti valere dal Regno di Spagna”⁶⁶.

Ricapitolando: le restrizioni territoriali catalane sono giustificate da un motivo imperativo d’interesse generale e raggiungono gli obiettivi dichiarati.

Ciononostante, la disciplina nazionale non supera il secondo passaggio del test⁶⁷ di proporzionalità, quello di indispensabilità della misura nazionale a raggiungere l’obiettivo

⁶⁴ § 78.

⁶⁵ La letteratura giuridica, soprattutto E. BOSCOLO, *La regolamentazione del commercio*, cit., 1188, ha ricordato, richiamando (nota 42) M. AUGÉ, *Non luoghi. Introduzione ad una antropologia della submodernità*, Milano 1993, e G. RITZER, *Le cattedrali del consumo*, Bologna 2000, come la diffusione di centri commerciali, soprattutto lungo le principali direttrici viarie periferiche, potrebbe minacciare l’identità dei contesti urbani. Cfr. T.a.r. Piemonte, sez. II, 6 maggio 2016 n. 612, cit.

⁶⁶ § 80.

⁶⁷ In altre e più recenti occasioni la Corte di giustizia UE si è limitata ad un sindacato assai più debole, che si è fermato all’esame della concreta sussistenza di un motivo imperativo d’interesse generale idoneo a giustificare la restrizione nazionale, senza soffermarsi sulla sua proporzionalità e reale adeguatezza rispetto al fine dichiarato. In questo senso sovviene la sentenza della Grande sez., 30 gennaio 2018, C-360/15 e C-31/16, *Visser*, in www.curia.europa.eu, che si occupa dalla conformità al diritto europeo del piano urbanistico approvato da un comune olandese, nella parte in cui questo vieta l’attività di vendita al dettaglio di prodotti non voluminosi (come vestiti e calzature) al di fuori del centro urbano cittadino. In buona sostanza, al di fuori del centro cittadino, è ammessa soltanto la vendita al dettaglio di merci voluminose, come mobili, auto ecc. La Corte, anzitutto, qualifica tale limite come una “restrizione territoriale”, ai sensi dell’art. 15, § 2, lett. a), direttiva 2006/123/CE, e, frattanto, rileva che questa ultima (§ 132) “non osta a che l’accesso a un’attività di servizi o l’esercizio della stessa sia subordinato al rispetto di una tale restrizione territoriale, purché le condizioni di non discriminazione, necessità e proporzionalità di cui all’articolo 15, paragrafo 3, siano soddisfatte”. Su queste premesse, la Corte ritiene che la restrizione territoriale soddisfa il requisito posto dalla lettera b) del § 3 dell’art. 15, cioè quello della “necessità: i requisiti sono giustificati da un motivo imperativo di interesse generale”, giacché essa (§ 134) “mira a preservare la vitalità del centro cittadino del comune di Appingedam e ad impedire che vi siano locali vuoti in un’area urbana, nell’interesse di un buon assetto del territorio”. La Corte prosegue il ragionamento affermando che (§ 135) “un simile obiettivo di protezione dell’ambiente urbano può costituire un motivo imperativo di interesse generale tale da giustificare una restrizione territoriale come quella di cui trattasi nel procedimento principale” e formula il principio di diritto, secondo cui l’art. 15, § 1, direttiva 123/2006/CE “deve essere interpretato nel senso che esso non osta a che norme contenute in un piano regolatore di un comune vietino l’attività di vendita al dettaglio di prodotti non voluminosi in aree geografiche situate al di fuori del centro cittadino di tale comune, purché siano rispettate tutte le condizioni previste dall’articolo 15, paragrafo 3, di tale direttiva”. Il problema è che la Corte, a differenza di quanto avvenuto nella causa C-400/08, cit., non svolge alcun sindacato di proporzionalità rispetto al fine dichiarato della restrizione nazionale, ancorché, secondo l’art. 15, § 3, lett. c),

dichiarato: considerato che la pianificazione territoriale inibisce l'insediamento di nuovi centri commerciali e grandi strutture di vendita quasi nell'intera regione catalana, cioè in "37 delle 41 province della Comunità autonoma di Catalogna"⁶⁸, e che tali restrittive scelte non sono supportate da adeguate e puntuali motivazioni⁶⁹, fondate su apposite relazioni tecniche, la Corte giunge alla conclusione della loro sproporzione nel raggiungere i (legittimi) obiettivi dichiarati.

Ciò che più colpisce è il penetrante⁷⁰ sindacato svolto dalla Corte di giustizia sulla proporzionalità e sulla motivazione⁷¹ della restrizione territoriale nazionale, senza limitarsi alla disciplina di rango primario, ma verificando il concreto esercizio dei poteri pianificatori⁷² nella regione catalana e la relativa istruttoria procedimentale.

Un tale sindacato permette alla stessa Corte, dopo avere circoscritto quali interessi pubblici possono in astratto giustificare restrizioni alla libertà economica, di limitare l'autonomia regolatoria nazionale; il che quantunque, secondo il suo giudizio, le finalità perseguite, come la razionale gestione del territorio o la protezione dell'ambiente urbano, siano sicuramente legittime secondo il diritto europeo.

direttiva 2006/123/CE, perché la restrizione sia conferma al diritto europeo non è sufficiente la sua necessità, ma essa deve soddisfare anche il requisito della "proporzionalità: i requisiti devono essere tali da garantire la realizzazione dell'obiettivo perseguito; essi non devono andare al di là di quanto è necessario per raggiungere tale obiettivo; inoltre non deve essere possibile sostituire questi requisiti con altre misure meno restrittive che permettono di conseguire lo stesso risultato". A quanto pare, tale sindacato di proporzionalità è stato nell'occasione demandato al giudice nazionale, chiamato a svolgerlo sul (vincolante) assunto che, come statuito dalla Corte di giustizia, la preservazione della vitalità del centro cittadino (tramite divieti d'insediare al di fuori dello stesso attività commerciali dedicate alla vendita di prodotti non voluminosi) costituisce un motivo imperativo d'interesse generale che giustifica la restrizione posta dal piano regolatore comunale.

⁶⁸ § 81, dove la Corte analizza anche la disciplina catalana di rango secondario, sulla cui base sono stati redatti i piani territoriali.

⁶⁹ Le restrizioni (§ 81) "incidono in modo significativo sulle possibilità di aprire grandi esercizi commerciali nel territorio della Comunità autonoma di Catalogna" ed il Regno di Spagna non ha comunque fornito (§ 82) "un'analisi dell'opportunità e della proporzionalità della misura restrittiva adottata [...], nonché di elementi circostanziati che consentano di suffragare la sua argomentazione".

⁷⁰ Anche la giurisprudenza amministrativa nazionale ha in alcune occasioni sindacato, anche alla luce del principio di proporzionalità, le restrizioni urbanistiche in maniera penetrante: se segnalano, T.a.r. Liguria, sez. I, 8 novembre 2016, n. 1092, cit., e T.a.r. Campania, Napoli, sez. I, 9 settembre 2015, n. 4402, cit.

⁷¹ La più condivisibile giurisprudenza nazionale, considerando che, per orientamento consolidato, le scelte urbanistiche sono dispensate dall'obbligo di motivazione, ha ricostruito la motivazione della restrizione territoriale all'insediamento "in chiave procedimentale, attraverso i contenuti della relazione illustrativa e delle controdeduzione e delle osservazioni degli interessati...". Così T.a.r. Liguria, sez. I, 8 novembre 2016, n. 1092, cit., e in senso analogo, T.a.r. Lombardia, Milano, sez. I, 10 ottobre 2013, n. 2271, cit.

⁷² Rileva giustamente A. CASSATELLA, *Condizioni di apertura*, cit., 184, che, nell'occasione, "i giudici hanno valutato l'esistenza di un inadempimento degli obblighi comunitari non solo attraverso un esame della disciplina di legge, ma anche alla luce del concreto esercizio del potere discrezionale [pianificatorio] attribuito alla legge medesima alle singole amministrazioni". In questo modo la Corte limita anche la discrezionalità amministrativa, imponendo alle amministrazioni titolare di poteri restrittivi della libertà di stabilimento (p. 185) "il rispetto di uno standard minimo di attendibilità, gravandole dell'onere di motivare - anche alla luce di relazioni tecniche - le scelte" sull'insediamento di centri commerciali. Più esattamente (p. 185) "se la norma attributiva del potere non può porsi in contrasto con l'interesse comunitario [...], ciò non toglie che anche sotto il profilo materiale e contenutistico ogni scelta formalmente rispettosa della procedura stabilita dalla legge debba essere conforme ai canoni definiti dalla normativa comunitaria. La limitazione della discrezionalità amministrativa si aggiunge, pertanto, alla limitazione della discrezionalità legislativa, vincolando in maniera ancora più significativa il potere degli Stati".

3.1. (Segue) *Il procedimento autorizzatorio per l'apertura di grandi esercizi commerciali ed il divieto di valutazioni economiche.*

Con la medesima sentenza, la Corte di giustizia si occupa anche - e sotto più punti di vista - del procedimento autorizzatorio⁷³ per l'apertura di grandi esercizi commerciali previsto dalla legislazione catalana. Anzitutto, in termini davvero generali, respingendo le contestazioni⁷⁴ della Commissione europea, secondo cui la legislazione catalana sarebbe contraria al diritto europeo per il semplice fatto di sottoporre la loro apertura ad un controllo burocratico preventivo, secondo il modello autorizzatorio, invece che successivo.

Secondo la Corte, nella fattispecie, *“l’instaurazione di misure preventive, e quindi a priori, deve [...] essere considerata idonea a garantire la realizzazione dell’obiettivo di protezione dell’ambiente. L’adozione di misure a posteriori, difatti, qualora si riscontrasse che l’insediamento di un esercizio commerciale già costruito ha un impatto negativo sulla protezione dell’ambiente, appare un’alternativa meno efficace e più costosa rispetto all’autorizzazione previa. Il medesimo ragionamento vale per l’obiettivo di razionale gestione del territorio”*⁷⁵.

In altri termini, coerentemente agli schemi previsti dall’art. 9, § 1, direttiva 2006/123/CE⁷⁶ e alla precedente giurisprudenza della stessa Corte⁷⁷, un controllo burocratico successivo all’apertura della grande struttura di vendita sarebbe tardivo ed inefficace; perché, molto probabilmente, esso interverrebbe quando l’interesse pubblico giustificante lo stesso controllo (la protezione dell’ambiente e la razionale gestione del territorio) sarebbe già stato compromesso, per giunta in modo irreparabile, dall’avvio dell’attività economica.

Anche il fatto che il diritto catalano preveda la formazione del *“silenzio diniego”*⁷⁸ per l’inosservanza del termine di conclusione del procedimento autorizzatorio, in luogo della meno restrittiva (della libertà economica) misura del silenzio assenso⁷⁹, è secondo la Corte accettabile, sia perché ciò è giustificato da stessi motivi imperativi d’interesse generale (gli stessi che giustificano il potere autorizzatorio), sia perché assicura certezza sull’esito del

⁷³ Di questo aspetto, a livello nazionale, si è occupata anche la Corte costituzionale con riguardo ai procedimenti autorizzatori previsti dalla legislazione regionale per l’apertura di grandi strutture di vendita: cfr., con riguardo alla regione Toscana, sentenza 11 giugno 2014, n. 165, in www.cortecostituzionale.it.

⁷⁴ § 87.

⁷⁵ § 92.

⁷⁶ Che, tuttavia, nel caso di specie, non integrano il parametro di legittimità europeo del diritto nazionale, il quale è direttamente il Trattato, nella parte in cui garantisce il diritto di stabilimento.

⁷⁷ Sul fatto che un regime di controllo preventivo deve ritenersi necessario *“solamente quando un controllo a posteriori debba essere considerato troppo tardivo al fine di garantire la sua reale efficacia consentendo al medesimo di conseguire lo scopo perseguito”*, sentenza 22 giugno 2002, C-390/99, *Canal Satélite Digital*, in www.curia.europa.eu, spec. § 39-41 ed il principio di diritto sancito al punto n. 2), relativa alla disciplina spagnola che richiedeva il rilascio di un’autorizzazione per l’immissione in commercio di apparecchi, decodificatori o sistemi di trasmissione e di ricezione digitale di segnali televisivi via satellite.

⁷⁸ § 119.

⁷⁹ Il quale, secondo l’art. 13, § 4, direttiva 2006/123/CE, dovrebbe essere la regola.

procedimento, sia perché l'istante, secondo il sistema di giustizia amministrativa spagnolo⁸⁰, dispone di efficaci mezzi di tutela giurisdizionale⁸¹.

Più interessanti sono forse i successivi passaggi motivazionali, con riguardo alla discrezionalità di cui gode l'amministrazione nel rilascio dell'autorizzazione commerciale e, soprattutto, con riguardo alle ragioni che la giustificano secondo il diritto interno.

Quest'ultimo consente all'amministrazione di "*prendere in considerazione, per il rilascio [dell']autorizzazione, l'esistenza di strutture commerciali nella zona interessata, nonché gli effetti dell'insediamento di un nuovo esercizio commerciale sull'assetto commerciale di tale zona*"⁸². Come pure la obbliga a valutare il livello d'insediamento di attività commerciali al dettaglio nella zona, che, allorquando superasse certe soglie, determinerà il rigetto dell'istanza⁸³.

Il giudizio della Corte è assai netto: si tratta di valutazioni "*di natura puramente economica*"⁸⁴ - relative soprattutto all'adeguatezza dell'offerta commerciale, già presente nella zona di riferimento, a soddisfare la domanda - che non possono integrare motivi imperativi d'interesse generale, così da giustificare il potere autorizzatorio o comunque influenzare una decisione pubblica sull'accesso al mercato. Tanto più se siffatte valutazioni conducono ad una 'protezione', per opera dell'amministrazione, di alcuni attori economici, a discapito dei *newcomers*, cui viene precluso di operare/competere nel medesimo contesto territoriale.

Per usare le categorie elaborate dalla dottrina, il diritto europeo vieta discipline nazionali che prevedono autorizzazioni "*a scopo economico*"⁸⁵, in passato efficacemente definite pure autorizzazioni "*con esame del bisogno*"⁸⁶. Questo limite all'autonomia

⁸⁰ E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *Le trasformazioni della giustizia amministrativa* (trad. it. di Simone Rodolfo Maserà), Milano 2010.

⁸¹ § 124-126. Cfr. art. 10, § 6, direttiva 2006/123/CE. In altre occasioni la Corte di giustizia ha considerato contrario al diritto europeo una disciplina francese, perché questa, tra l'altro, non assicurava un'adeguata tutela giurisdizionale nei confronti delle decisioni negative dell'amministrazione preposta al controllo: sentenza 5 febbraio 2004, Causa C-24/00, *Commissione c. Francia*, in www.curia.europa.eu, § 40.

⁸² § 95.

⁸³ § 96. Sono infatti previsti dei contingenti, cioè delle "*soglie massime attinenti al livello d'insediamento e all'incidenza sugli esercizi commerciali al dettaglio preesistenti, al di là delle quali è impossibile aprire grandi esercizi commerciali e/o esercizi commerciali di medie dimensioni*".

⁸⁴ § 98. Sul divieto di valutazioni economiche cfr. Corte giust. UE, sez. III, 15 aprile 2010, causa C-96/08, *CIBA*, in www.curia.europa.eu, spec. § 48.

⁸⁵ F. TRIMARCHI BANFI, *Lezioni*, cit., 20-22, che distingue tale categorie di autorizzazioni da quelle "*a scopo precauzionale*", che sono "*neutre con riguardo rispetto al tipo di organizzazione economica accolta dall'ordinamento, poiché esse non comportano interventi di conformazione dei mercati*". Analogamente G. GRECO, *Argomenti di diritto amministrativo*, vol. I, Milano 2013, 149. Tale distinzione è stata da ultimo ampiamente sviluppata da A. NEGRELLI, *Accesso al mercato*, cit., spec. 265 ss., introducendo, tra l'altro, la categoria delle autorizzazioni "*con scopo misto*".

⁸⁶ V. SPAGNUOLO VIGORITA, *Attività economica*, cit., spec. 160-195, secondo cui tali autorizzazioni hanno quale presupposto per il loro rilascio l'apprezzamento autoritativo della (p. 164) "*oggettiva convenienza dell'attività domandata*"; sicché l'amministrazione valuta (p. 164) "*le concrete esigenze del particolare settore economico (del 'mercato', come pure si dice), per stabilire se ed in quale misura esse richiedano l'ingresso nella competizione economica delle nuove forze, istanti in tal senso, [...] il vantaggio positivo e attivo che [dall'avvio dell'attività] deriva allo sviluppo d'un determinato settore e di riflesso quindi alla comunità*". Tanto che l'Autore, quando ne analizza con maggiore attenzione il profilo causale, parla di autorizzazioni con lo (p. 190) "*scopo di manovrare un dato settore, regolandone rigidamente - con l'afflusso di nuove forze o l'espansione di quelle già attive - l'ambito e le capacità operative*". L'Autore inoltre rileva

regolatoria domestica opera anche a prescindere dai puntuali divieti per l'amministrazione di svolgere valutazioni economiche dettati dal diritto europeo derivato⁸⁷: si tratta di poteri autorizzatori incompatibili con il complessivo ordine giuridico concorrenziale del mercato previsto dai Trattati europei; perché con tali poteri, aventi ad oggetto il “*rapporto ottimale tra domanda e offerta*”⁸⁸, si demandano all'amministrazione (dirigistici) giudizi sull'opportunità di consentire l'ingresso di un nuovo operatore nel mercato. È invece il solo mercato⁸⁹, tramite i consumatori e le loro scelte, a decretare il successo o l'insuccesso di un'iniziativa economica, e, più esattamente, l'adeguatezza, quantitativa e qualitativa, di una certa offerta commerciale a soddisfare la domanda nel territorio di riferimento.

Analogamente: non possono essere ragioni economiche a giustificare restrizioni territoriali, come quelle di cui s'è prima parlato sulla localizzazione, tramite strumenti di pianificazione territoriale, delle grandi strutture di vendita e degli ipermercati; oppure come quelle che impongono l'osservanza di distanze minime per l'insediamento di stazioni di servizio per la distribuzione dei carburanti o di centri per la raccolta di scommesse⁹⁰.

La Corte di giustizia non arresta il proprio sindacato con l'affermazione del divieto di valutazioni economiche e censura la disciplina catalana sul procedimento autorizzatorio per altri profili, strettamente connessi a quelli appena descritti. Tale disciplina, sempre per il rilascio dell'autorizzazione commerciale, impone all'amministrazione procedente di acquisire un parere obbligatorio dal “*Comitato per le strutture commerciali*”.

In proposito, è interessante notare che il problema non sta nel possibile aggravamento procedurale⁹¹ conseguente all'acquisizione del parere, né nella funzione svolta dal Comitato nel procedimento autorizzatorio o in quello di pianificazione commerciale. Il problema sta

che i beneficiari dell'esercizio del potere autorizzatorio con esame del bisogno possono essere sia la collettività, perché (p. 191) “*la riduzione delle imprese operanti in un settore [previene] le conseguenze dannose per la collettività d'una eccessiva e sregolata concorrenza*”; sia gli imprenditori già attivi sul mercato “*allo scopo di proteggerli autoritativamente dalle nuove forze concorrenti*”; sia gli stessi istanti, “*nell'intento di fornire a questi la garanzia di uno sbocco commerciale sicuro e incontrastato*”. Queste riflessioni sembrano essere un palese indice dell'ordine giuridico del mercato (profondamente dirigistico) proprio del tempo in cui l'Autore ha pubblicato il proprio studio.

⁸⁷ Il riferimento è soprattutto all'art. 14, n. 5), direttiva 123/2006/CE, che elenca, tra i “*requisiti vietati*”, ogni “*verifica di natura economica*”. Analogamente art. 11, c. 1, lett. e), d.lgs. n. 59/2010. Cfr. il considerando n. 66) della stessa direttiva, secondo cui “*l'accesso a, o l'esercizio di, un'attività di servizi sul territorio di uno Stato membro non dovrebbe essere soggetto ad una prova economica*”.

⁸⁸ F. TRIMARCHI BANFI, *Lezioni*, cit., 21.

⁸⁹ N. IRTI, *L'ordine*, cit., ha efficacemente parlato di mercato, tramite i consumatori, in termini di (142) “*tribunale degli imprenditori*”.

⁹⁰ Cfr. § 58-59 della sentenza C-72/10 e 77/10, cit. *supra*, al § 2.2.

⁹¹ Questo ha condotto la Corte costituzionale, sent. 11 giugno 2014, n. 165, cit., § 7.1. della parte in diritto, a dichiarare costituzionalmente illegittima la disciplina commerciale toscana (per invasione della competenza esclusiva statale in materia di concorrenza), laddove aggravava gli oneri di produzione documentale a carico dell'operatore richiedente l'ampliamento o il trasferimento di una grande struttura di vendita. Tali oneri, “*insieme con l'appesantimento della procedura davanti allo sportello unico, rappresentano un ostacolo effettivo alla libera concorrenza nella regione Toscana, sotto un duplice profilo, interregionale e intraregionale. Da un lato, gli operatori che intendono operare nel territorio della regione Toscana si trovano esposti a maggiori oneri rispetto ai competitori di altre regioni, anche limitrofe; dall'altro, all'interno della stessa Regione, tali oneri aggiuntivi rappresentano per i nuovi esercenti delle barriere all'entrata che pongono questi ultimi in una posizione di svantaggio rispetto a chi già svolge un'attività commerciale. La discriminazione rilevata è dunque duplice: sia interspaziale, fra operatori di Regioni diverse, sia intertemporale, fra operatori già presenti nel mercato e nuovi*”.

tutto nella particolare composizione dell'organo consultivo: oltre ai rappresentanti delle autorità locali e di quella regionale, esso è composto da “sette membri in rappresentanza del settore commerciale”⁹². La Corte di giustizia ne desume che “l'unico interesse settoriale rappresentato in tale Comitato è quello del commercio locale preesistente”, cioè quello dei “concorrenti potenziali del richiedente l'autorizzazione”, i quali hanno interesse a proteggere le proprie attività; pertanto anche un singolo passaggio endoprocedimentale⁹³, cioè l'acquisizione di un parere da un organo collegiale consultivo così composto, non è conforme al diritto europeo⁹⁴.

In questo modo la Corte, che già ha chiarito, nei precedenti passaggi motivazionali, come il rilascio dell'autorizzazione commerciale non possa fondarsi su valutazioni economiche, protezionistiche o relative all'adeguatezza dell'attuale offerta commerciale, previene radicalmente il pericolo che nello stesso procedimento, tramite pareri, siano acquisiti ‘interessi economici’, in grado di condizionare la decisione finale sull'accesso al mercato.

L'autonomia regolatoria nazionale subisce una limitazione non solo con riguardo alle ragioni che possono fondare il potere autorizzatorio, ma anche con riguardo alla disciplina di singoli momenti delle scansioni procedimentale, laddove funzionali all'acquisizione di interessi la cui tutela è vietata dall'ordinamento europeo.

3.3. (Segue) ... ed il suo livello di discrezionalità. Un caso di accettabile imprecisione dei requisiti.

Un ultimo aspetto merita di essere preso in considerazione, perché si collega a come, secondo la direttiva 2006/123/CE, e, più generalmente, secondo i principi da tempo elaborati dalla Corte di giustizia⁹⁵, i diritti nazionali sono vincolati a disciplinare i criteri per il rilascio di un'autorizzazione preordinata all'accesso al mercato. Essi devono assicurare che “il potere [autorizzatorio] non sia utilizzato in modo arbitrario”; e devono essere, tra l'altro, “chiari e inequivocabili” ed “oggettivi”⁹⁶.

⁹² § 110.

⁹³ A. CASSATELLA, *Condizioni di apertura*, cit., 184, dove mette in collegamento il rapporto tra ‘forma’ del procedimento e interessi cui è finalizzato l'esercizio del potere, ritenendo che la prima non sarebbe indifferente alla tutela di certi interessi, dimodoché “nel definire la struttura del procedimento amministrativo, il legislatore non sarebbe totalmente libero, [...] dovendo calibrare la stessa forma del procedimento in rapporto agli interessi pubblici di riferimento, senza mai trascurare il possibile conflitto fra interessi nazionali e (prevalenti) interessi comunitari”. Secondo l'Autore, gli “adempimenti procedurali” previsti per il rilascio dell'autorizzazione commerciale risultano per molti aspetti funzionali alla tutela degli *incumbents*, in potenziale conflitto col *newcomer* istante; il che in contrasto con il diritto europeo.

⁹⁴ Anche perché (§ 111) “non può costituire uno strumento idoneo a realizzare obiettivi di razionale gestione del territorio, di protezione dell'ambiente e di tutela dei consumatori”.

⁹⁵ Sentenza 22 giugno 2002, C-390/99, cit., secondo cui un (§ 35) “affinché regime di previa autorizzazione amministrativa risulti giustificato [...], deve essere in ogni caso fondato su criteri oggettivi, non discriminatori e noti in anticipo in modo da circoscrivere l'esercizio del potere discrezionale delle autorità nazionali affinché esso non sia usato in modo arbitrario”.

⁹⁶ Art. 10, § 1 e 2, direttiva 2006/123/CE.

Secondo il diritto spagnolo, l'amministrazione locale, per il rilascio dell'autorizzazione commerciale, al di là delle valutazioni economiche, deve verificare sotto più punti di vista il progetto proposto, anche in ragione della posizione che avrà la struttura di vendita nell'agglomerato urbano: deve verificarne la sicurezza, i suoi effetti sulla mobilità, come pure considerare il diritto dei consumatori ad un'offerta commerciale ampia e differenziata⁹⁷.

Ciò che viene contestato dalla Commissione europea non è la 'giustificabilità' di tali criteri, cioè il fatto che la loro imposizione non risponda a motivi imperativi d'interesse generale, oppure la loro proporzionalità nel raggiungere gli obiettivi dichiarati. I criteri, infatti, sembrano realmente diretti ad assicurare, in modo efficace, la sicurezza della struttura di vendita di prossima apertura al pubblico e a rendere sostenibile il suo impatto sulla viabilità di zona, in ragione dell'inevitabile aumento del traffico veicolare conseguente alla sua apertura. La Commissione contesta esclusivamente il grado di "precisione"⁹⁸ dei criteri, ritenendolo troppo basso.

La Corte di giustizia respinge queste contestazioni, rilevando che i criteri previsti dalla legge spagnola "non sono imprecisi al punto di diventare inadatti alla realizzazione degli obiettivi di razionale gestione del territorio, di protezione dell'ambiente e di tutela dei consumatori [...] o sproporzionati rispetto a detti obiettivi". Anche perché "è difficile fissare a priori limiti o soglie massimi esatti senza introdurre un elemento di rigidità che potrebbe risultare ancor più restrittivo della libertà di stabilimento"⁹⁹.

Questo aspetto merita attenzione: perché il livello di precisione dei criteri è da collegare alla discrezionalità del potere autorizzatorio; caratteristica questa che rende imprevedibile¹⁰⁰ l'esito del suo esercizio, indebolendo la libertà economica di stabilimento.

Nella fattispecie, però, la discrezionalità del potere autorizzatorio è stata giudicata dalla Corte tollerabile¹⁰¹, poiché l'amministrazione, per tutelare effettivamente gli interessi in gioco, deve necessariamente compiere una valutazione caso per caso (l'esperienza insegna che il contesto urbanistico ed il sistema viabilistico di zona possono essere i più vari), che

⁹⁷ Più esattamente l'amministrazione deve verificare (§ 115) "le «condizioni che definiscono la sicurezza del progetto e la sua collocazione nell'agglomerato urbano», «la mobilità determinata dal progetto» e il «diritto dei consumatori ad un'offerta ampia e diversificata in termini di qualità, quantità, prezzi e caratteristiche dei prodotti»".

⁹⁸ § 114. Questo aspetto sembra essere stato di recente considerato anche dalla Corte costituzionale, 11 novembre 2016, n. 239, cit., nel dichiarare costituzionalmente illegittimo il codice del commercio pugliese, laddove subordinava l'apertura, il trasferimento, il cambiamento di settore merceologico e l'ampliamento della superficie di medie e grandi strutture di vendita o di centri commerciali ad autorizzazione. Il problema, secondo la Corte costituzionale, è che la legge regionale, nell'ambito di questo generalizzato regime autorizzatorio del commercio, rimette ai comuni (§ 5.2. della parte in diritto) l'individuazione di procedure e presupposti specifici. La previsione di un tale provvedimento autorizzatorio, a maggior ragione se di contenuto indefinito e rimesso sostanzialmente alla discrezionalità dell'amministrazione, contraddice esplicitamente i principi di semplificazione e liberalizzazione".

⁹⁹ § 117-118.

¹⁰⁰ S. TORRICELLI, *Libertà economiche*, cit., 19 ss., che fonda l'esigenza di prevedibilità del potere sul fatto che (p. 28) "tutelare la libertà [economica] importa anzitutto tutelare l'interesse del titolare a conoscere ciò che essa consente di fare e quindi definire con ogni chiarezza possibili il suo contenuto":

¹⁰¹ Se non può essere esclusa la discrezionalità del potere, "debbono comunque ricorrere specifici motivi imperativi d'interesse generale che possano giustificare il pregiudizio che l'imprevedibilità porta alle libertà economiche" (così S. TORRICELLI, *Libertà economiche*, cit., 35).

non può essere già interamente standardizzata e predeterminata dalla legge attributiva dello stesso potere autorizzatorio.

I fattori che l'amministrazione, preposta al rilascio dell'autorizzazione commerciale, dovrebbe considerare sarebbero troppi e imprevedibili; e, addirittura, secondo la Corte, un'eccessiva "rigidità"¹⁰² dei criteri potrebbe sortire esiti negativi per gli operatori economici, impedendo ai medesimi, per esempio, di predisporre soluzioni tecniche *ad hoc* per ridurre le esternalità negative conseguenti all'apertura della struttura di vendita nel territorio di riferimento.

La discrezionalità, tramite la fissazione di criteri con un certo livello di imprecisione per esaminare le istanze di autorizzazione, che generano incertezza sull'esito del procedimento, con riflessi negativi sulla libertà economica, non è di per sé contraria al diritto europeo, ma deve essere giustificata dalla specificità dell'attività economica.

In definitiva, la Corte di giustizia insegna che, a certe condizioni¹⁰³ e con il divieto di scelte arbitrarie e protezionistiche, vi possono essere eccezioni al tendenziale obbligo, per i diritti nazionali, di ridurre/eliminare i poteri discrezionali con riguardo all'accesso al mercato. Anzi: siffatti poteri, tramite la fissazione di criteri meno rigidi, possono risultare necessari.

4. Le autorizzazioni rilasciabili in numero limitato "per via della scarsità delle risorse naturali". La proroga ex lege delle concessioni di demanio marittimo. Il divieto di loro rinnovo tacito e la loro assegnazione tramite procedimenti ad evidenza pubblica.

Si è anticipato, nel precedente capitolo¹⁰⁴, che l'ordinamento europeo è caratterizzato da un elevato pragmatismo, tanto da non conoscere le distinzioni tra autorizzazioni e concessioni, come le raffinate categorizzazioni delle prime¹⁰⁵: per questo ordinamento, le concessioni ed ogni sorta di autorizzazione hanno un rilevante denominatore comune (di matrice economica), che ne giustifica un trattamento omogeneo: sono una barriera giuridica all'accesso al mercato, ossia un ostacolo allo sviluppo concorrenziale del mercato unico europeo e all'effettivo esercizio del diritto di stabilimento.

¹⁰² § 117.

¹⁰³ Anche questo problema è stato ampiamente sviluppato da S. TORRICELLI, *Libertà economiche*, cit., che lo ha impostato sulla base del principio di precauzione: spec. p. 43 ss.

¹⁰⁴ *Supra*, cap. III, § 12 ss.

¹⁰⁵ V., da ultimo, il contributo di F. VOLPE, *Ammissioni*, cit., *passim*. Mentre secondo M. CLARICH, *Autorizzazioni e concessioni*, cit., 20, il cambiamento profondo, per effetto del diritto europeo, nei rapporti tra diritti di natura economico e cura dell'interesse pubblico impone "un ripensamento anche delle categorie giuridiche. Per esempio, le eleganti architetture concettuali di Oreste Ranalletti in tema di autorizzazioni e concessioni e le tante classificazioni e subclassificazioni operate dalla dottrina successive non consentono di inquadrare questo tipo di fenomeni se non nei profili molto specifici dell'ordinamento italiano, ignoti al diritto europeo, relativi alla ricostruzione delle situazioni soggettive (con le note distinzioni ormai sempre più controverse)".

Come poi si vedrà, la direttiva 2006/123/CE fornisce un'amplessima nozione di regime autorizzatorio. In essa sono quindi riconducibili anche le concessioni di beni pubblici¹⁰⁶, i quali risultano indispensabili, anche come semplice base materiale, per svolgere numerose attività imprenditoriali. È questo il caso delle concessioni di demanio marittimo¹⁰⁷ e, in particolare, delle spiagge per lo svolgimento delle attività turistico-balneari elencate dall'art. 01, c. 1, d.l. n. 400/1993¹⁰⁸.

Questa tipologia di concessioni, nell'ordinamento nazionale, è stata per lungo tempo caratterizzata da uno speciale regime di grande favore¹⁰⁹ per i concessionari¹¹⁰; con l'effetto di precludere l'ingresso di nuovi attori economici nel mercato dei servizi turistico-balneari, assicurando intanto agli attuali concessionari un'assai remunerativa "rendita di posizione"¹¹¹ temporalmente illimitata; per giunta non giustificata dall'esigenza di garantire

¹⁰⁶ Sul tema, in generale, B. TONOLETTI, *Beni pubblici e concessioni*, Padova 2008; M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, vol. II, cit., 672-687. Con riguardo ai problemi posti dall'esigenza di tutelare la concorrenza in relazione alla concessione di beni pubblici, v., da ultimo, A. GIANNELLI, *Concessioni di beni e concorrenza. Contributo in tema di compatibilità tra logica pro-concorrenziale e principi di diritto interno in tema di gestione dei beni pubblici*, Napoli 2017. Su come la disciplina dei beni pubblici abbia risentito delle politiche di liberalizzazione e di privatizzazione, v. A. LALLI, *I beni pubblici. Imperativi del mercato e diritti della collettività*, Napoli 2015, spec. 118-238.

¹⁰⁷ I beni ad esso appartenenti sono elencati dall'art. 822, c. 1, c.c. e, con maggiore puntualità, dell'28 cod. nav. Per una recente sintesi sul demanio marittimo, D. GRANARA, *I beni demaniali marittimi ed il relativo regime giuridico*, in *Riv. giur. ed.*, 2011, 277. In passato, tra i tanti, M. OLIVI, *Profili evolutivi dei beni demaniali marittimi*, in *Dir. mar.*, 2004, 43 ss.; G. COLOMBINI, voce *Lido e spiaggia*, in *Dig. disc. pubbl.*, vol. IX, Torino 1994, 262 ss.; M.L. CORBINO, *Il demanio marittimo. Nuovi profili funzionali*, Milano 1990. Cfr. F. BENVENUTI, *Il demanio marittimo fra passato e futuro*, in *Riv. dir. nav.*, 1965, 154 ss.; F.A. QUERCI, voce *Demanio marittimo*, in *Enc. dir.*, vol. XII, Milano, 1964, 92 ss.

¹⁰⁸ Come, per esempio, la gestione di stabilimenti balneari, quella di strutture ricettive ed attività ricreative e sportive; oppure l'apertura di esercizi di ristorazione e somministrazione di bevande; oppure ancora il noleggio di imbarcazioni e natanti.

¹⁰⁹ Esso è ben illustrato (e criticato alla luce dei principi di concorrenza) dagli Autori che si sono occupati del tema prima della pronuncia della Corte di giustizia, di cui poi si dirà nel testo: per esempio M. DE BENEDETTO e F. DI LASCIO, *La regolazione del demanio marittimo in Italia e Spagna: problemi, riforme e prospettive*, in *Riv. giur. ed.*, 2014, 28 ss.; A. MONICA, *Le concessioni demaniali marittime in fuga dalla concorrenza*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2013, 437 ss.; M. CALABRÒ, *Concessioni demaniali marittime con finalità turistico-ricreative e diritto europeo della concorrenza*, in *Munus*, 2012, 453 ss.; M. D'ORSOGNA, *Le concessioni demaniali marittime nel prisma della concorrenza: un nodo ancora irrisolto*, in *Urb. app.*, 2011, 599 ss.; G. GRUNER, *L'affidamento ed il rinnovo delle concessioni demaniali marittime tra normativa interna e principi del diritto dell'Unione europea*, in *Foro amm.-C.d.S.*, 2010, 678 ss.; F. DI LASCIO, *Concessioni di demanio marittimo e tutela della concorrenza*, in *Foro amm.-T.a.r.*, 2009, 787 ss.; R. CARANTA, *Concessioni di beni e regola della gara*, in *Urb. app.*, 2005, 329 ss.

¹¹⁰ I quali, oltretutto, corrispondono annualmente all'erario dei canoni modesti, rigidamente calcolati secondo i parametri previsti dall'art. 03, d.l. n. 400/1993, da rivalutare annualmente secondo gli indici Istat. Come ha da ultimo rilevato F. DI LASCIO, *Una spiaggia è per sempre? Il conflitto in materia di concessioni balneari*, in *Munus*, 2018, VIII: "ciò comporta che non vi sia una proporzionalità tra gli introiti statali e i proventi effettivamente percepiti dai concessionari, come avviene, invero, in tutti i settori dove i beni pubblici naturali sono affidati in gestione a privati". Sul tema dei canoni concessori, v. Corte cost., 22 ottobre 2010, n. 302, con nota di D. CASALINI, *Valorizzazione, interesse pubblico ed externalità negative nella struttura dei canoni di concessione demaniale marittima*, in *Foro amm.-C.d.S.*, 2011, 1437 ss.

¹¹¹ Ha usato l'efficace espressione G. GRUNER, *L'affidamento ed il rinnovo*, cit., 682.

l'equilibrio economico-finanziario¹¹² della concessione, in ragione degli investimenti compiuti (spesso modesti) per lo sfruttamento del bene demaniale.

Più esattamente: da un lato, l'art. 37, cod. nav.¹¹³ prevedeva l'istituto del diritto di insistenza sul bene demaniale a favore del concessionario al momento della scadenza della concessione; dall'altro, l'art. 01, c. 2, d.l. n. 400/1993, prevedeva il perpetuo rinnovo automatico delle concessioni¹¹⁴.

Ambo questi privilegi per il concessionario uscente sono stati abrogati¹¹⁵, riscontrando le contestazioni¹¹⁶ della Commissione europea, che ha lamentato il loro effetto anti-concorrenziale, di ingiustificata restrizione del diritto di stabilimento e di temporalmente indefinita protezione dei concessionari dalle pressioni dei *new comers*.

Resta il fatto che, nel frattempo, il legislatore nazionale ha disposto la proroga¹¹⁷ *ex lege*, prima, fino al 31 dicembre 2015¹¹⁸ e, poi¹¹⁹, fino alla medesima data del 2020, dell'efficacia di tutte le concessioni di demanio marittimo allora in essere per lo svolgimento di attività turistico-balneare, così da, almeno momentaneamente e nelle more di una integrale revisione della materia, vanificare le suddette abrogazioni proconcorrenziali ed idonee a conformare l'ordinamento interno conforme¹²⁰ a europeo. Con ciò paralizzando l'ingresso di nuovi operatori nel mercato; evento ora dipendente unicamente dalla rinuncia alla concessione da parte degli attuali concessionari; oppure dalla sua revoca¹²¹, in autotutela, per opera dell'amministrazione concedente.

Della questione è stata recentemente investita la Corte di giustizia¹²² dal giudice amministrativo¹²³. La Corte, aliena da formalismi, ha anzitutto chiarito come le concessioni

¹¹² G.F. CARTEI, *Il principio di equilibrio economico-finanziario*, in *Studi sui principi*, cit., 561 ss. Tale concetto è ora definitivo, con riguardo alle concessioni di servizi e di lavori, dall'art. 3, c. 1, lett. fff), d.lgs. n. 50/2016.

¹¹³ Secondo cui, in occasione della scadenza della concessione e del suo conseguente rinnovo, doveva essere “*data preferenza alle precedenti concessioni già rilasciate, in sede di rinnovo rispetto alle nuove istanze*”. Su questo istituto si è soffermato anche S. CASSESE, *Concessione di beni pubblici e diritto di insistenza*, in *Giorn. dir. amm.*, 2003, 355 ss.; con riguardo ai servizi pubblici, v. L.R. PERFETTI, *Diritto d'insistenza e rinnovo della concessione di pubblici servizi*, in *Foro amm.- C.d.S.*, 2003, 621 ss.

¹¹⁴ “*Le concessioni [con finalità turistico-balneare], 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...*”.

¹¹⁵ Rispettivamente con l'art. 1, c. 18, d.l. n. 194/2009, e con l'art. 11, c. 1, lett. a), l. n. 217/2011.

¹¹⁶ Procedura di infrazione n. 2008/4908, integrata con la lettera di messa in mora complementare del 5 maggio 2010.

¹¹⁷ Sulla nozione di proroga del provvedimento, v. A. CORPACI, voce *Proroga e rinnovazione dell'atto amministrativo*, in *Dig. disc. pubbl.*, vol. XII, Torino 1997; M. SANINO, voce *Proroga*, in *Enc. dir.*, vol. XXXVII, Milano 1988, 411 ss. Per una sintesi R. VILLATA e M. RAMAJOLI, *Il provvedimento*, cit., 342-344.

¹¹⁸ “... *nelle more del procedimento di revisione del quadro normativo in materia di rilascio delle concessioni di beni demaniali marittimi con finalità turistico-ricreative [...] il termine di durata delle concessioni in essere alla data di entrata in vigore del presente decreto e in scadenza entro il 31 dicembre 2015 è prorogato fino a tale data*”. Questo sempre con l'art. 1, c. 18, d.l. n. 194/2009.

¹¹⁹ Con l'art. 34-duodecies, d.l. n. 179/2012, di modifica dell'art. 1, c. 18, d.l. n. 194/2009.

¹²⁰ Tanto che la procedura di infrazione è stata archiviata in data 27 febbraio 2012, a seguito dell'abrogazione dell'istituto del rinnovo tacito delle concessioni.

¹²¹ Art. 43 cod. nav., da integrare con la disciplina generale della revoca, prevista dall'art. 21-quinquies, l. n. 241/1990.

¹²² Sez. V, 14 luglio 2016, C-458/14 e C-67/15, *Promoimpresa e Melis*, in www.curia.europa.eu, che è stata commentata, tra i tanti, da E. BOSCOLO, *Beni pubblici e concorrenza: le concessioni demaniali*

demaniali, malgrado il loro *nomen iuris*, “possono [...] essere qualificate come «autorizzazioni», ai sensi delle disposizioni della direttiva 2006/123/CE, in quanto costituiscono atti formali, qualunque sia la loro qualificazione nel diritto nazionale, che i prestatori devono ottenere dalle autorità nazionali al fine di poter esercitare la loro attività economica”¹²⁴; specificando inoltre che esse non possono considerarsi concessioni di servizio¹²⁵ (così da essere attratte nell’ambito di operatività della direttiva 2014/23/UE¹²⁶), perché esse vertono “non su una prestazione di servizi determinata dell’ente aggiudicatore, bensì sull’autorizzazione a esercitare un’attività economica in un’area demaniale”¹²⁷.

Siccome il demanio marittimo, al pari di quello lacuale, è una risorsa naturale scarsa e tanti potrebbero essere gli imprenditori, anche stranieri, interessati a sfruttarlo economicamente, il principale parametro, con cui valutare la conformità al diritto europeo della proroga *ex lege* delle concessioni, è l’art. 12, direttiva 2006/123/CE, dedicato ai procedimenti per il rilascio di autorizzazioni disponibili in numero limitato “per via della scarsità delle risorse naturali”.

In tale caso il loro rilascio “deve essere soggetto a una procedura di selezione tra i candidati potenziali che deve presentare tutte le garanzie di imparzialità e di trasparenza, in particolare un’adeguata pubblicità”¹²⁸; e sono inoltre vietati rinnovi automatici e ogni tipologia di vantaggio¹²⁹ per il concessionario uscente, che si risolve in un’ingiustificata discriminazione per i *newcomers*. Se si volesse usare le categorie del diritto interno, la

marittime, in *Urb. app.*, 2016, 1211 ss.; L. DI GIOVANNI, *Le concessioni demaniali marittime e il divieto di proroga ex lege*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2016, 912 ss.; G. MARCHEGANI, *Le concessioni di beni del demanio marittimo alla luce del diritto UE*, in *www.giustamm.it*, 2016. Da ultimo, hanno affrontato il tema del rapporto tra diritto nazionale ed europeo con specifico riferimento alle concessioni di demanio marittimo per finalità turistico-ricreative, F. DI LASCIO, *Una spiaggia*, cit., V ss.; C. BENETAZZO, *Le concessioni demaniali marittime a uso turistico-ricreative tra diritto interno ed europeo*, in *Munus*, 2018, 287 ss.; ID., *‘Primazia’ del diritto U.E. e proroghe ex lege delle concessioni balneari*, in *www.federalismi.it.*, 2018; B. BAREL, *Diritto europeo, direttiva ‘servizi’ e disciplina italiana delle concessioni degli arenili*, in *Munus*, 2018, 373 ss.

¹²³ Le ordinanze di rinvio alla Corte di giustizia UE, T.a.r. Lombardia, Milano, sez. IV, 24 settembre 2014, n. 2401 e T.a.r. Sardegna, sez. I, 28 gennaio 2015, n. 224, sono state commentate da M. MAGRI, *Direttiva Bolkestein e legittimo affidamento dell’impresa turistico balneare: verso una importante decisione della Corte di giustizia U.e.*, in *Riv. giur. ed.*, 2016, 359 ss.

¹²⁴ § 41 e, in senso analogo, § 60 delle conclusioni dell’avv. generale. Cfr. la definizione di “regime di autorizzazione” all’art. 4, n. 6), direttiva 2006/123/CE ed il considerando n. 39) della stessa direttiva. In termini simili, art. 8, c. 1, lett. f), d.lgs. n. 59/2010.

¹²⁵ V. la definizione all’art. 3, c. 1, lett. vv), d.lgs. n. 50/2016, secondo la concessione di servizi è un “contratto a titolo oneroso stipulato per iscritto in virtù del quale una o più stazioni appaltanti affidano a uno o più operatori economici la fornitura e la gestione di servizi [...] riconoscendo a titolo di corrispettivo unicamente il diritto di gestire i servizi oggetto del contratto o tale diritto accompagnato da un prezzo, con assunzione in capo al concessionario del rischio operativo legato alla gestione dei servizi”.

¹²⁶ Relativa all’“aggiudicazione dei contratti di concessione” e recepita con il d.lgs. n. 50/2016, nuovo codice degli appalti. Sulla direttiva c.d. concessioni, v. G. GRECO, *La direttiva in materia di “concessioni”*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2015, 1095 ss. G. FIDONE, *Le concessioni di lavori e servizi alla vigilia del recepimento della direttiva 2014/23/UE*, *ibidem*, 101 ss.

¹²⁷ § 47.

¹²⁸ § 49. Cfr. art. 12, § 1, direttiva 2006/123/CE.

¹²⁹ Art. 12, § 2, direttiva cit. Cfr. art. 16, c. 4, d.lgs. n. 59/2010, articolo rubricato “selezione tra diversi candidati”.

concessione del bene demaniale deve essere mediata da un imparziale procedimento ad evidenza pubblica¹³⁰, senza alcun favore per il concessionario uscente.

Il giudizio della Corte di giustizia è stato assai netto e prevedibile: “*una normativa nazionale [...] che prevede una proroga ex lege della data di scadenza delle autorizzazioni [cioè delle concessioni demaniali] equivale a un loro rinnovo automatico*”¹³¹. Il che è espressamente vietato dall’art. 12, direttiva 2006/123/CE, rendendo la disciplina nazionale contraria al diritto europeo¹³², come aveva, intanto ed in più occasioni, rilevato la Corte costituzionale¹³³, dichiarando costituzionalmente illegittime le ‘parallele’ e generalizzate proroghe disposte con legge regionale.

Né può essere il principio del legittimo affidamento¹³⁴ a giustificare una generalizzata proroga *ex lege* delle concessioni demaniali per finalità turistico-balneari in essere, sul presupposto che essa sarebbe necessaria a (tutti i) concessionari per ammortizzare gli investimenti effettuati¹³⁵ per lo sfruttamento del bene, avendo costoro confidato, al

¹³⁰ Per un approfondimento sulla più risalente elaborazione di questo concetto, v., tra i tanti, G. GRECO, *I contratti dell'amministrazione tra diritto pubblico e privato. I contratti ad evidenza pubblica*, Milano 1986. Più di recente, S. VINTI, *I procedimenti amministrativi di valutazione comparativa e concorrenziale*, Padova 2002.

¹³¹ § 50.

¹³² A seguito della pubblicazione della Corte di giustizia UE, il legislatore nazionale ha reagito in senso anti-concorrenziale, disponendo, con l’art. 24, c. 3-*septies*, d.l. n. 113/2016, c.d. ‘salva-spiagge’, che “*nelle more della revisione e del riordino della materia in conformità ai principi di derivazione europea, per garantire certezza alle situazioni giuridiche in atto e assicurare l’interesse pubblico all’ordinata gestione del demanio senza soluzione di continuità, conservano validità i rapporti già instaurati e pendenti in base [alla disciplina che prevede la proroga ex lege delle concessioni fino al 2020]. I giudici amministrativi nazionali si sono tuttavia allineati alla Corte di giustizia, disapplicando anche quest’ultima disposizione, perché contraria al diritto europeo: Cons. Stato, sez. VI, 12 febbraio 2018, n. 873, in www.giustizia-amministrativa.it. Contra T.a.r. Marche, sez. I, 8 settembre 2017, n. 706, *ibidem*.*”

¹³³ La Corte costituzionale, infatti, assai prima della pronuncia della Corte di giustizia UE, aveva dichiarato costituzionalmente illegittime le discipline regionali che avevano intanto disposto la proroga *ex lege* delle concessioni demaniali allora in essere, utilizzando, tra l’altro, l’art. 49 TFUE come parametro interposto di legittimità costituzionale: con riguardo alla regione Emilia Romagna, Corte cost., 20 maggio 2010, n. 180; con riguardo alle regioni Marche, Abruzzo e Veneto, Corte cost., 18 luglio 2011, n. 213; con riguardo alla regione Liguria, Corte cost., 4 luglio 2013, n. 171, tutte in www.cortecostituzionale.it. Da ultimo, con riguardo alla proroga *ex lege* disposta dalla regione Puglia, v. Corte cost. 24 febbraio 2017, n. 40, con nota di M. TIMO, *Concessioni demaniali marittime: tra tutela della concorrenza e protezione della costa*, in *Giur. it.*, 2017, 2191 ss. Sulla giurisprudenza costituzionale appena citata, S. DE NARDI, *Il sindacato della Corte costituzionale sulla (cosiddette) proroghe regionali demaniali marittime ad uso turistico-ricreativo*, in *Munus*, 2018, 373 ss. La Corte costituzionale si era in passato negativamente espressa anche sulla proroga delle concessioni (di demanio idrico per finalità) idroelettriche: sentenza 18 gennaio 2008, n. 1, con nota di G.B. CONTE, *La Corte dichiara l’illegittimità della proroga delle concessioni di grandi derivazioni idroelettriche previste nella legge finanziaria per il 2006*, in www.giustamm.it, 2008. Sulle concessioni idroelettriche e la concorrenza, S.R. MASERA, *Concessioni idroelettriche. Evoluzioni e prospettive*, Pisa 2018, 81 ss.

¹³⁴ § 52-57. In senso analogo: Corte cost., 18 luglio 2011, n. 213, cit.

¹³⁵ Secondo F. DI LASCIO, *Una spiaggia*, cit., IX, questo problema “*potrebbe essere superato aggiungendo il computo dei costi non ammortizzati a carico dei newcomers in sede di aggiudicazione della gara, con un meccanismo di rimborso nei confronti del concessionario uscente*”. La Corte costituzionale, 7 luglio 2017, n. 157, in www.cortecostituzionale.it, ha comunque ritenuto costituzionalmente illegittima la disciplina toscana, relativa alla cessazione, per intervenuta scadenza del rapporto, delle concessioni. Più esattamente, questa disciplina imponeva al nuovo concessionario, vincitore della gara, di pagare a quello uscente un indennizzo “*pari al 90 per cento del valore aziendale dell’impresa insistente sull’area oggetto della concessione*”. Secondo la Corte (§ 6.4.1), “*è di chiara evidenza che un siffatto obbligo, cui risulta*

momento del rilascio della concessione, nella lunga durata, se non illimitata, della concessione.

Secondo la Corte, l'art 12 cit., al § 3¹³⁶, consente di considerare dei motivi imperativi d'interesse generale (come il legittimo affidamento¹³⁷) nel procedimento comparativo per l'assegnazione del bene¹³⁸. Ma ciò non può determinare la sostanziale pretermissione di ogni gara; anche perché, da un lato, il suo originario omesso svolgimento¹³⁹ non può ingenerare alcun legittimo affidamento in capo ai concessionari sul fatto che in futuro accada altrettanto; dall'altro, il legittimo affidamento va comunque apprezzato "*caso per caso*", onde "*dimostrare che il titolare dell'autorizzazione poteva legittimamente aspettarsi il rinnovo della propria autorizzazione e ha effettuato i relativi investimenti*"¹⁴⁰. In quest'ultimo caso - ragionando su queste premesse - potrebbe essere legittimamente disposta una proroga per il singolo concessionario, comunque non *sine die*, ma fino al raggiungimento dell'equilibrio economico-finanziario della concessione.

La Corte di giustizia, poi, affronta la questione della conformità al diritto europeo della generalizzata proroga *ex lege* sulla base di un diverso parametro normativo, l'art. 49 TFUE, che attribuisce direttamente agli operatori economici il diritto di stabilimento, e giunge alle medesime conclusioni, sia pure seguendo un diverso percorso argomentativo.

Tale proroga viola il principio di non discriminazione¹⁴¹: perché il rilascio di concessioni "*in totale assenza di trasparenza, ad un'impresa con sede nello Stato membro dell'amministrazione aggiudicatrice costituisce una disparità di trattamento a danno di imprese con sede in un altro Stato membro, che potrebbero essere interessate alla suddetta concessione*"¹⁴². In altri termini, la proroga *ex lege* (e prima di essa il diritto di insistenza,

condizionato il subentro al concessionario uscente, influisce sensibilmente sulle prospettive di acquisizione della concessione, rappresentando una delle componenti del costo dell'affidamento. La previsione dell'indennizzo [...] subordinando il subentro nella concessione all'adempimento del suindicato obbligo, incide sulle possibilità di accesso al mercato di riferimento e sulla uniforme regolamentazione dello stesso, potendo costituire, per le imprese diverse dal concessionario uscente, un disincentivo alla partecipazione al concorso che porta all'affidamento".

¹³⁶ Secondo cui "... gli Stati membri possono tener conto, nello stabilire le regole della procedura di selezione, di considerazioni di salute pubblica, di obiettivi di politica sociale, della salute e della sicurezza dei lavoratori dipendenti ed autonomi, della protezione dell'ambiente, della salvaguardia del patrimonio culturale e di altri motivi imperativi d'interesse generale conformi al diritto comunitario".

¹³⁷ La stessa Corte ha in più occasioni affermato che "*il principio della tutela del legittimo affidamento fa parte dei principi fondamentali dell'Unione*"; così, sez. IV, 26 luglio 2017, C-560/15, § 78 ss.; sez. IV, 14 marzo 2013, C-545/2013, § 23, entrambe in www.curia.europa.eu.

¹³⁸ § 53-55. Alcune leggi regionali, come quella abruzzese, hanno cercato di valorizzare, forse impropriamente e lasciando alle amministrazioni eccessivi spazi di discrezionalità, il legittimo affidamento dei concessionari, imponendo ai comuni concedenti che "*il rilascio di nuove concessioni avvenga senza pregiudizio del legittimo affidamento degli imprenditori balneari titolari di concessioni rilasciate anteriormente al 31 dicembre 2009*". La Corte costituzionale, 7 giugno 2018, n. 118, in www.cortecostituzionale.it, ha dichiarato costituzionalmente illegittima questa previsione per invasione della potestà legislativa statale in materia di concorrenza, rilevando che (§ 3.2) "*la disposizione regionale impugnata affida alla discrezionalità delle amministrazioni comunali l'adozione di misure che, qualunque ne sia la concreta configurazione, necessariamente inciderebbero in senso limitativo sulla materia della tutela della libera concorrenza e della parità di trattamento tra tutti gli aspiranti alla concessione*".

¹³⁹ § 55.

¹⁴⁰ § 56.

¹⁴¹ § 64.

¹⁴² § 65.

insieme al rinnovo tacito delle concessioni) ha l'effetto economico di riservare il mercato delle attività turistico-balneari agli attuali concessionari nazionali, precludendo agli operatori stranieri di accedervi.

Queste considerazioni - coerentemente al diverso parametro di legittimità europea utilizzato dalla Corte - sono tuttavia limitate alle concessioni demaniali che presentano “*un interesse transfrontaliero certo*”¹⁴³, tale ad indurre un operatore economico straniero ad insediarsi in un altro Stato membro per sfruttare il bene, valendosi delle libertà economiche previste dai Trattati. Infatti, se la concessione non avesse tale carattere, la situazione sarebbe puramente interna e non sarebbe possibile invocare utilmente l'art. 49 TFUE.

La Corte, infine, rileva che il principio di certezza del diritto¹⁴⁴ potrebbe astrattamente giustificare una discriminazione tra operatori economici. In particolare, se, al momento di rilascio di una concessione, “*non era ancora stato dichiarato che i contratti aventi un interesse transfrontaliero certo avrebbero potuto essere soggetti a obblighi di trasparenza*”, la scadenza della concessione (con conseguente gara per il nuovo affidamento del bene) deve essere preceduta da un “*periodo transitorio che permetta alle parti del contratto di sciogliere i rispettivi rapporti contrattuali a condizioni accettabili, in particolare, dal punto di vista economico*”¹⁴⁵. Resta il fatto che, quando sono state rilasciate le concessioni demaniali poi prorogate, era già da tempo vigente il principio secondo cui le concessioni aventi un interesse transfrontaliero certo avrebbero dovuto essere soggette ad obblighi di trasparenza; pertanto il principio di certezza del diritto non può essere utilmente invocato per giustificare la loro proroga *ex lege*.

4.1. (Segue) ...*il principio di trasparenza. Chiarezza ed imparzialità del procedimento competitivo per l'assegnazione della concessione. Autonomia regolatoria nazionale sulla determinazione dei requisiti.*

Occorre ora soffermarsi su un punto, sul quale sembrano convergere i ragionamenti svolti dalla Corte di giustizia sulla base dei due diversi parametri di legittimità europea, uno

¹⁴³ Il quale deve essere valutato (§ 66) “*sulla base di 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*”. Cfr., sez. II, 14 novembre 2013, C-221/12, *Belgacom*, in www.curia.europa.eu, spec. § 29.

¹⁴⁴ In altre occasioni, ma sempre relativamente alla proroga di rapporti concessori, la Corte di giustizia UE ha precisato che il principio di certezza del diritto impone che “*le norme giuridiche siano chiare, precise e prevedibili nei loro effetti, in particolare qualora esse possano comportare conseguenze sfavorevoli in capo ai singoli e alle imprese*”. Così sez. II, 17 luglio 2008, C 347/06, *ASM Brescia*, in www.curia.europa.eu, § 69. L'ordinanza di rinvio alla Corte di giustizia del T.a.r. di Brescia è stata commentata da A. VACCA, *Proroga delle concessioni del servizio di distribuzione del gas naturale e diritto comunitario*, in *Foro amm.-T.a.r.*, 2006, 3792 ss.

¹⁴⁵ § 72. La Corte di giustizia richiama i propri precedenti, C-347/06, *ASM Brescia*, cit., § 64-72, e C-221/12, *Belgacom*, cit. § 38. In altre occasioni, C-322/16, *Global Starnet Ltd*, cit., § 48-49, la Corte ha stabilito che, quando un regime autorizzatorio subisca delle modifiche peggiorative per gli operatori economici, il legislatore nazionale deve prevedere un periodo transitorio per permettere agli stessi di adeguarsi al nuovo regime.

derivato, uno primario, utilizzati per sindacare il diritto nazionale: rispettivamente l'art. 12, direttiva 2006/123/CE e l'art. 49 TFUE.

Come detto, la Corte ritiene la generalizzata proroga *ex lege* delle concessioni (come ogni altra misura nazionale avente il medesimo effetto pratico) contraria anche all'art. 49, perché essa condurrebbe al rilascio di concessioni in “*totale assenza di trasparenza*”, così da discriminare ingiustificatamente gli operatori stranieri, con l'effetto introdurre una barriera all'accesso al mercato, escludendoli da quello nazionale delle attività turistico-balneari. Nell'occasione, peraltro, la Corte non spiega che cosa debba intendersi con “*trasparenza*”, dandone per scontata la nozione. È proprio questo il punto su cui vale la pena soffermarsi.

La nozione di trasparenza è ormai consolidata ed è stata ben illustrata dalla Corte di giustizia in altri precedenti, secondo cui questa, nell'ambito dei procedimenti per l'assegnazione delle concessioni, è un principio fondamentale, che si desume direttamente dai Trattati¹⁴⁶, e significa “*garantire, ad ogni potenziale offerente, un livello di pubblicità adeguato, tale da consentire l'apertura della concessione alla concorrenza nonché il controllo dell'imparzialità delle procedure di attribuzione*”¹⁴⁷.

Più esattamente, secondo la Corte, “*il principio di trasparenza [...] costituisce un corollario del principio di uguaglianza*”; e assolve lo scopo “*di garantire che qualsiasi operatore interessato possa decidere di partecipare a pubbliche gare sulla base delle informazioni pertinenti, nonché quello di garantire l'esclusione di qualsiasi rischio di favoritismo e arbitrarietà da parte dell'autorità aggiudicatrice*”¹⁴⁸. È una questione di procedimentalizzazione¹⁴⁹ del potere di scelta/comparativo¹⁵⁰ dell'amministrazione

¹⁴⁶ In questo senso Corte giust. CE, sez. VI, 7 dicembre 2000, C-324/98, *Telaustria Verlags GmbH*, in www.curia.europa.eu, § 60-62. Nella stessa direzione anche la giurisprudenza amministrativa nazionale con riguardo alle concessioni di beni pubblici: secondo Cons. Stato, sez. V, 7 aprile 2011, n. 2151, in www.giustizia-amministrativa.it, relativa ad una concessione estrattiva (di una cava per inerti), § 3.2. “*l'obbligo di dare corpo a procedure di evidenza pubblica deriva [...] in via diretta dai principi del Trattato dell'Unione Europea, direttamente applicabili a prescindere dalla ricorrenza di specifiche norme comunitarie o interne*”. Cfr. Cons. Stato, sez. V, 13 febbraio 2013, n. 873, *ibidem*, sentenza in materia di concessioni minerarie di acque termali e di conferma di quella di primo grado, T.a.r. Puglia, Lecce, sez. I, 24 aprile 2012, n. 721, che ha disapplicato, per violazione del diritto europeo, la legge regionale pugliese (art. 30 l.r. n. 44/1975), nella parte in cui prevedeva un meccanismo di rinnovo automatico di tali concessioni. Meno di recente, sempre nel ricordare come il principio di trasparenza ed i suoi corollari, con riguardo alla concessione di beni pubblici (nella fattispecie, demanio marittimo), discenda direttamente dai Trattati, v. Cons. Stato, sez. VI, 25 gennaio 2005, n. 168, *ibidem*.

¹⁴⁷ Così sentenza 16 febbraio 2012, C-72/10 e C-77/10, cit. § 55 e 72. In senso analogo, sez. III, sentenza 9 settembre 2010, C-64/08, *Engelmann*, in www.curia.europa.eu.

¹⁴⁸ C-72/10 e C-77/10, cit., § 73 e IV sez., 13 dicembre 2007, C-250/06, *United Pan-Europe Communications Belgium e a.*, in www.curia.europa.eu, § 45 e 46.

¹⁴⁹ Spiega in modo condivisibile il fenomeno S. TORRICELLI, *Libertà economiche*, cit., 41-42, secondo cui, quando la discrezionalità dell'amministrazione non è eliminabile, la libertà economica comunque incide “*sulla strutturazione del processo [decisionale della p.a.] e, in particolare, sulla procedimentalizzazioni delle operazioni in cui esso si articola*”. Il che, come avviene nelle procedure comparative, soprattutto in materia di appalti pubblici, tramite una “*disaggregazione non solo logica, ma anche formale delle singole fasi di esercizio concreto del potere, così da assicurarne la massima razionalità e renderlo maggiormente trasparente*”.

¹⁵⁰ Sulla possibilità dell'amministrazione di ricorrere a procedure negoziate per l'assegnazione di concessioni demaniali, v. M. CERUTI, *La procedura negoziata competitiva nel campo dei beni demaniali e pubblici: problemi di definizione, disciplina e prassi nell'ordinamento giuridico nazionale*, in *Riv. it. dir.*

concedente, affinché la discrezionalità di cui essa gode sia ridotta e controllabile pure dagli operatori stranieri. Tanto che l'osservanza dei principi di trasparenza esige che *“tutte le condizioni e le modalità della procedura di aggiudicazione siano formulate in maniera chiara, precisa e univoca”*¹⁵¹ [... e che inoltre] *siano fissati dei limiti al potere discrezionale dell'autorità concedente e quest'ultima sia messa in grado di verificare effettivamente se le offerte dei candidati rispondono ai criteri disciplinanti la procedura in questione”*.

Sono quindi queste, in via di principio, le modalità e le garanzie¹⁵² per gli operatori economici con cui i diritti nazionali sono vincolati dal diritto europeo a regolare lo svolgimento delle *“procedure di selezione”*, imposte dall'art. 12, direttiva 2006/123/CE, per il rilascio di autorizzazioni disponibili in numero limitato per via delle scarsità delle risorse naturali.

Oltre alle concessioni di demanio marittimo per finalità turistico-balneare, di cui si è prima parlato, gli esempi di tale categoria di autorizzazioni sono tanti: le concessioni di banchine e spazi acquei, beni sempre appartenenti al demanio marittimo, in funzione delle operazioni portuali¹⁵³; le concessioni di spazi aeroportuali¹⁵⁴, anche per lo svolgimento di attività di *handling*, cioè dei c.d. servizi a terra; le concessioni di demanio idrico¹⁵⁵; le concessioni minerarie¹⁵⁶ per lo svolgimento di attività estrattive; quelle relative

pubbl. com., 2018, 27 ss.; sul punto, con riferimento all'esperienza spagnola, C. BENETAZZO, *Le concessioni*, cit., 338-341.

¹⁵¹ C-72/10 e C-77/10, cit., § 73, dove si precisa che la chiarezza nella formulazione del bando e di tutti gli atti di gara deve essere tale da consentire agli *“offerenti ragionevolmente informati e normalmente diligenti di comprenderne l'esatta portata e di interpretarle nella stessa maniera”*.

¹⁵² Di questo avviso è comunque la giurisprudenza amministrativa: *“per il rilascio di una nuova concessione demaniale marittima è necessario il ricorso a procedure ad evidenza pubblica, in quanto tali concessioni hanno come oggetto un bene/servizio ‘limitato’ nel numero e nell'estensione a causa della scarsità delle risorse naturali; proprio la limitatezza nel numero e nell'estensione, oltre che la natura prettamente economica della gestione (fonte di indiscussi guadagni), giustifica il ricorso a procedure comparative per l'assegnazione”* (così, per esempio, T.a.r. Sardegna, sez. I, 15 febbraio 2018, n. 128, T.a.r. Puglia, Lecce, sez. I, 28 luglio 2017, n. 1329, in *www.giustizia-amministrativa.it*). Meno di recente, Cons. Stato, sez. VI, 7 marzo 2016, n. 889, in *Foro amm.*, 2016, 617; Cons. Stato, sez. VI, 9 giugno 2014, n. 2933, in *Foro amm.*, 2014, 1764. Anche quella meno recente si è in alcune occasioni soffermata sull'obbligo di assegnare le concessioni di demanio marittimo con finalità turistico-ricreativa con procedimenti ad evidenza pubblica: v. Cons. Stato, sez. VI, 21 maggio 2009, n. 3145, con nota di G. MANGIARDI, *Obbligatoria la gara per il rinnovo di concessione demaniale*, in *Urb. app.*, 2009, 1209 ss.; Cons. Stato, sez. VI, 25 gennaio 2005, n. 168, cit. Nella stessa direzione anche la Corte costituzionale: per esempio, sentenza 7 luglio 2017, n. 157, cit., secondo cui *“le modalità di affidamento delle concessioni demaniali marittime devono essere stabiliti nell'osservanza dei principi della libera concorrenza e della libertà di stabilimento, previsti dalla normativa comunitaria e nazionale”*.

¹⁵³ T.a.r. Friuli Venezia Giulia, sez. I, 5 luglio 2017, n. 235, in *www.giustizia-amministrativa.it*. Delle operazioni portuali e delle concessioni demaniali alle stesse preordinate, si occupano gli artt. 16 e 18, l. n. 84/1994. Su tali concessioni, M. BRIGNARDELLO, *Le concessioni di aree e di banchine portuali ex art. 18 l. n. 84/1994: problemi interpretativi e prospettive di riforma*, in *Riv. dir. nav.*, 2010, 467 ss.

¹⁵⁴ T.a.r. Lazio, Roma, sez. III, 8 gennaio 2016, n. 188; T.a.r. Lazio, Roma, sez. III, 15 febbraio 2013, n. 1693, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

¹⁵⁵ Corte cost., 10 maggio 2012, n. 114, in *www.cortecostituzionale.it.*, spec. § 4.4 (sul rinnovo automatico trentennale di tutte le concessioni di demanio idrico alla loro scadenza, ad eccezione di quelle a scopo idroelettrico) e 5.2 (sull'accorpamento delle concessioni idroelettriche, perché, in tale caso, il termine di scadenza delle concessioni corrisponde alla scadenza della concessione accorpata con la durata residua più lunga).

¹⁵⁶ Cons. Stato, sez. V, 7 aprile 2011, n. 2151, cit. In tema di concessione di cave, Corte cost., 4 luglio 2018, n. 176, in *www.cortecostituzionale.it*, § 3.2. Resta il fatto che l'art. 1, c. 1094, l. n. 205/2017, ha

all'installazione di impianti pubblicitari stradali¹⁵⁷ e quelle di spazi pubblici e posteggi per lo svolgimento del commercio al dettaglio o all'ingrosso¹⁵⁸.

Al contempo, il diritto europeo derivato non vincola il diritto nazionale a tal punto da sostituirsi al secondo e dettare i criteri, secondo cui le amministrazioni nazionali devono valutare le offerte presentate dai concorrenti, per poi assegnare le concessioni demaniali: questo spazio normativo resta tutto riservato ai legislatori nazionali; ed è ampia¹⁵⁹ la loro discrezionalità regolatoria, con il limite di non favorire i concessionari uscenti e di non discriminare gli operatori stranieri, per proteggere quelli nazionali.

Nondimeno il diritto europeo, con il principio di trasparenza, così come elaborato dalla Corte di giustizia UE, che lo desume direttamente dai Trattati europei, vincola i diritti nazionali - e comunque il diritto italiano da tempo conosce un tale principio¹⁶⁰ nella legge sul procedimento amministrativo - alla predeterminazione di tali criteri, in modo chiaro, oggettivo e trasparente. Operazione che, in ragione della genericità della gran parte delle

stabilito, a certe condizioni, l'inapplicabilità della disciplina di matrice europea alle concessioni per l'utilizzazione delle acque minerali e termali, beni che, ai sensi dell'art. 2, c. 2, lett. e), r.d. 1443/1927, appartengono alla categoria delle miniere. Sull'inoperatività dei principi di matrice europea con riguardo alla loro concessione, v. Cons. giust. amm., 19 luglio 2017, n. 336, in www.giustizia-amministrativa.it. *Contra* Corte cost., 20 giugno 2015, n. 117, in www.cortecostituzionale.it, che ha dichiarato costituzionalmente illegittima la disciplina campana di proroga *ex lege* delle concessioni termominerali, rilevando che (§ 5.1) "l'attività di sfruttamento oggetto di concessione termominerale ricade nel campo applicativo della direttiva 12 dicembre 2006, n. 2006/123/CE" e che il loro sfruttamento per fine terapeutici non rientra i servizi sanitari, per i quali (art. 7, c. 1, lett. b), d.lgs. n. 59/2010) non opera la stessa direttiva. Nella stessa direzione, Corte cost., 22 luglio 2011, n. 235, *ibidem*. In dottrina, sia pure senza affrontare problemi relativi alla concorrenza, sui beni minerari, R. FEDERICI, *Contributo allo studio dei beni minerari*, Padova 1996; sulle cave, F. FRANCIOSI, *Il regime giuridico di cave e torbiere*, Milano 1997.

¹⁵⁷ T.a.r. Toscana, sez. I, 14 ottobre 2017, n. 1128, con nota di V. MIRRA, *Autorizzazione per installazioni pubblicitarie e disciplina della concorrenza*, in *Riv. giur. urb.*, 2018; T.a.r. Lombardia, Milano, sez. I, 17 ottobre 2016, n. 1871, in www.giustizia-amministrativa.it. Cfr. Cons. Stato, Ad. plen., 25 febbraio 2013, n. 5, *ibidem*.

¹⁵⁸ Corte costituzionale, 19 dicembre 2012, n. 291, in www.cortecostituzionale.it, sull'illegittimità costituzionale della disciplina regionale toscana, laddove aveva disposto l'inapplicabilità dell'art. 16, d.lgs. n. 59/2010 (di recepimento dell'art. 12, direttiva 2006/123/CE) con riguardo al commercio al dettaglio su aree pubbliche, così dispensando le amministrazioni dallo svolgimento di procedimenti concorsuali per la loro assegnazione. Cfr. Cons. Stato, sez. V, 13 febbraio 2013, n. 865, in www.giustizia-amministrativa.it, con riguardo all'art. 70, c. 5, d.lgs. n. 59/2010, secondo cui "con intesa in sede di Conferenza unificata [...], anche in deroga al disposto di cui all'articolo 16 [dello stesso d.lgs. n. 59/2010], sono individuati [...] i criteri per il rilascio e il rinnovo della concessione dei posteggi per l'esercizio del commercio su aree pubbliche e le disposizioni transitorie da applicare, con le decorrenze previste, anche alle concessioni in essere alla data di entrata in vigore del presente decreto ed a quelle prorogate durante il periodo intercorrente fino all'applicazione di tali disposizioni transitorie".

¹⁵⁹ Secondo il § 3 dell'art. 12, direttiva 2006/123/CE, "... gli Stati membri possono tener conto, nello stabilire le regole della procedura di selezione, di considerazioni di salute pubblica, di obiettivi di politica sociale, della salute e della sicurezza dei lavoratori dipendenti ed autonomi, della protezione dell'ambiente, della salvaguardia del patrimonio culturale e di altri motivi imperativi d'interesse generale". Questa previsione è stata integralmente trapposta nell'ordinamento interno, all'art. 16, d.lgs. n. 59/2010.

¹⁶⁰ Si allude all'art. 12, l. n. 241/1990. Per un recente commento a questo articolo, v. F. GIGLIONI, *L'obbligo di predeterminazione dei criteri per i provvedimenti attributivi di vantaggi economici*, in *Codice*, cit., 669 ss. Per un approfondimento del tema, sono ancora fondamentali i contributi di A. POLICE, *La predeterminazione delle decisioni amministrative. Gradualità e trasparenza nell'esercizio del potere discrezionale*, Napoli 1996; P.M. VIPIANA, *L'autolimita della pubblica amministrazione*, Milano 1990.

leggi settoriali¹⁶¹, sarà svolta, per ciascun procedimento ad evidenza pubblica, dalla singola amministrazione concedente, tramite il bando di gara¹⁶²: l'atto discrezionale con cui sono preventivamente fissati i requisiti di partecipazione alla gara ed i criteri per la valutazione e la formulazione delle offerte.

Il bando fissa quindi le regole¹⁶³ per la singola competizione, cui l'amministrazione si auto-vincola, rendendo prevedibili o, quanto meno controllabili e giustiziabili in modo più effettivo, le proprie decisioni.

5. Considerazioni di sintesi. Sindacato della Corte di giustizia sulle restrizioni nazionali ed effettività della gerarchia degli interessi europea.

L'analisi giurisprudenziale fin qui condotta consente di svolgere alcune considerazioni di sintesi sui vincoli che, per effetto del diritto europeo, incontra l'autonomia regolatoria nazionale in tema di controlli burocratici e di limiti sull'accesso al mercato. Anche perché, come si è visto, gli schemi seguiti dalla Corte di giustizia nel sindacare le restrizioni nazionali, per quanto queste abbiano contenuto eterogenee e siano relative ai mercati più diversi, tendenzialmente si ripetono.

La Corte ha di volta in volta individuato, a fronte delle specifiche restrizioni nazionali sottoposte al suo sindacato, gli interessi pubblici, cioè i motivi imperativi d'interesse generale¹⁶⁴, che avrebbero potuto giustificarle nel quadro del mercato unico europeo. Si tratta, dunque, di interessi pubblici antagonisti al libero mercato, perseguiti dai diritti nazionali e, anche quando non espressamente elencati dall'art. 52 TFUE¹⁶⁵ come interessi fondanti una deroga, per opera dei diritti domestici, alla libertà di stabilimento, accettati

¹⁶¹ Per esempio, con riguardo alle concessioni di demanio marittimo, l'art. 37 cod. nav. lascia ampia discrezionalità alle amministrazioni concedenti, vincolandole solamente a preferire, a tutela dell'integrità materiale della porzione di bene demaniale concesso, le "richieste che importino attrezzature non fisse e completamente amovibili". Con riguardo alla concessione di aree, banchine e spazi acquei per lo svolgimento di attività portuali, l'art. 18, l. n. 84/1994, demanda, almeno in parte, ad un decreto del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti la predeterminazione dei criteri per il rilascio delle concessioni di tali aree.

¹⁶² Sul bando di gara come *lex specialis*, con riguardo agli appalti pubblici nella vigenza del d.lgs. n. 163/2006, ma con principi tuttora validi anche per i procedimenti di assegnazione delle concessioni e nonostante l'entrata in vigore del d.lgs. n. 50/2016, v. R. CARANTA, *I contratti pubblici*, Torino 2012, 417 ss.

¹⁶³ Secondo la prevalente giurisprudenza, Cons. Stato, sez. V, 17 luglio 2017, n. 3502, in www.giustizia-amministrativa.it, è facoltà dell'amministrazione concedente, nella formulazione del bando di gara, ricorrere alla disciplina dei contratti pubblici e non solo ai principi che si desumono dalla stessa. Secondo T.a.r. Liguria, sez. II, 25 novembre 2016, n. 1172, *ibidem*, ai procedimenti per la concessione di demanio marittimo si applica l'art. 38, d.lgs. n. 163/2006 (ora art. 80, d.lgs. n. 50/2016), relativo ai requisiti generali, di moralità e affidabilità, che, pena l'esclusione della gara, devono possedere i relativi partecipanti. Nello stesso senso, T.a.r. Lazio, Latina, sez. I, 22 maggio 2015 n. 419, *ibidem*.

¹⁶⁴ Per esempio, nella causa C-384/08, *Attanasio group*, cit., le "finalità di sicurezza stradale" e la "tutela dei consumatori"; nella causa C-570/07 e C-571/07, *Blanco Pérez e Chao Gómez*, cit., "l'obiettivo di assicurare alla popolazione una fornitura di medicinali sicura e di qualità"; nella causa C-400/08, *Commissione europea c. Regno di Spagna*, cit. "la protezione dell'ambiente", "la razionale gestione del territorio" e "la tutela dei consumatori"; nella causa C-458/14 e C-67/15, *Promoimpresa e Melis*, cit., il "legittimo affidamento" del concessionario e le esigenze di "certezza del diritto".

¹⁶⁵ Che espressamente prevede soltanto i "motivi di ordine pubblico, di pubblica sicurezza e di sanità pubblica".

dall'ordinamento europeo. Quest'ampio ventaglio di interessi pubblici è stato intanto positivizzato nel diritto europeo derivato, quantunque in modo esemplificativo¹⁶⁶, con la direttiva 2006/123/CE¹⁶⁷.

Tra questi interessi, coerentemente all'ordine giuridico (concorrenziale) del mercato proprio dell'ordinamento europeo, non sono sicuramente annoverabili le ragioni economiche e di protezione degli operatori già presenti nel mercato dalle pressioni concorrenziali interne o straniere.

Le regioni economiche non possono quindi fondare né restrizioni territoriali¹⁶⁸, anche in termini di obbligo di osservare distanze minime¹⁶⁹, all'insediamento di attività economiche; né possono fondare poteri autorizzatori¹⁷⁰ sull'accesso al mercato; né singole scansioni o adempimenti di carattere solamente endoprocedimentali¹⁷¹, ma in grado di condizionare l'esito del procedimento autorizzatorio; né, quando le autorizzazioni sono rilasciabili in numero limitato, per via della scarsità delle risorse naturali indispensabili per lo svolgimento di certe attività economiche, la generalizzata proroga *ex lege* di quelle già rilasciate¹⁷² oppure il loro rinnovo automatico.

Se, invece, alle singole attività economiche effettivamente ineriscono motivi imperativi d'interesse generale, un sacrificio della libertà economica è ammesso dal diritto europeo, di modo che il loro svolgimento sia socialmente accettabile e sia raggiunto un equilibrio tra libertà economica e principi sociali. Lo impone l'economia sociale di mercato: il modello di sviluppo economico scelto dall'art. 3 TUE.

Ma il sindacato della Corte di giustizia non si arresta, allorché essa rileva che l'interesse pubblico, alla base delle restrizioni nazionali, è accettato anche dall'ordinamento europeo: il suo sindacato, secondo gli schemi pretori e intanto positivizzati con la direttiva 2006/123/CE¹⁷³, si spinge ben oltre e valuta - benché in modo meno intrinseco, quando sono gioco interessi 'sensibili'¹⁷⁴, che ampliano l'autonomia regolatoria nazionale - la

¹⁶⁶ Tanto che, al considerando n. 40) della stessa direttiva, si ricorda che la nozione di motivi imperativi d'interesse generale "*potrebbe continuare ad evolvere*".

¹⁶⁷ Art. 4, n. 8).

¹⁶⁸ C-400/08, *Commissione europea c. Regno di Spagna*, cit., sul divieto di fondare su ragioni economiche le restrizioni territoriali, tramite strumenti di pianificazione, all'insediamento di grandi esercizi commerciali.

¹⁶⁹ C-72/10 e C-77/10, *Costa e Cifone*, cit., sull'incompatibilità col diritto europeo dell'obbligo di osservare distanze minime tra centri per la raccolta di scommesse, se tale obbligo è previsto in funzione della tutela gli operatori economici già insediati.

¹⁷⁰ C-400/08, *Commissione europea c. Regno di Spagna*, cit., sul divieto di svolgere valutazioni economiche nell'ambito del procedimento per il rilascio dell'autorizzazione all'apertura di grandi strutture di vendita, centri commerciali ed ipermercati.

¹⁷¹ Ancora C-400/08, *Commissione europea c. Regno di Spagna*, cit., sul divieto di acquisire, nell'ambito del procedimento per il rilascio delle autorizzazioni commerciali, pareri di organi consultivi che, per la loro composizione, condurrebbero ad introdurre in tale procedimento interessi economici e di protezione degli operatori economici già insediati nel territorio di riferimento.

¹⁷² C-458/14 e C-67/15, *Promoimpresa e Melis*, cit., sull'incompatibilità col diritto europeo della proroga *ex lege* o del rinnovo automatico delle concessioni di demanio marittimo per lo svolgimento di attività turistico-ricreative.

¹⁷³ Specialmente all'art. 9, con riguardo alla giustificazione dei regimi autorizzatori nazionali, e agli artt. 10 e 15, § 3, con riguardo alla giustificazione dei requisiti e dei limiti per l'accesso al mercato.

¹⁷⁴ Come quello, C-570/07 e C-571/07, *Blanco Pérez e Chao Gómez*, cit., alla salute e all'adeguata distribuzione territoriale del servizio farmaceutico, con riguardo alle autorizzazioni per l'apertura di farmacie;

proporzionalità e la coerenza delle restrizioni nazionali nel perseguirlo, così da assicurare che la libertà economica non sia inutilmente compressa, potendo lo stesso obiettivo essere raggiunto con misure nazionali meno restrittive. Perché questo sia possibile, la Corte accetta anche la presenza di discipline nazionali che prevedano poteri autorizzatori discrezionali e dall'esito non pienamente prevedibile, in luogo di obblighi legali e generalizzati¹⁷⁵, per giunta, non dispensabili dall'amministrazione preposta al controllo in ragione delle particolarità del caso concreto; oppure in luogo della rigida¹⁷⁶ predeterminazione dei requisiti per la valutazione di fatti assai complessi per il loro impatto sul territorio.

Il risultato complessivo è che la Corte di giustizia, con il proprio sindacato sulle singole restrizioni nazionali, tanto più ricorrendo a veri e propri test di proporzionalità e di coerenza¹⁷⁷, che talvolta si spingono a valutare il concreto esercizio dei poteri amministrativi¹⁷⁸ attribuiti dalle restrizioni nazionali alle amministrazioni, rende effettiva la gerarchia degli interessi politicamente scelta dall'ordinamento europeo, così da 'modellare' l'autonomia regolatoria domestica e renderla ad essa coerente.

Per tale via, anche quando non è direttamente l'ordinamento europeo a dettare la disciplina sull'accesso al mercato e sullo svolgimento di singole attività economiche, le decisioni in proposito e relative al 'valore' della libertà economica ed al suo bilanciamento con gli interessi pubblici antagonisti al libero mercato sono comunque tendenzialmente allocate a livello europeo e da svolgersi secondo gli schemi - elaborati e progressivamente affinati dalla stessa Corte di giustizia - che lo caratterizzano.

oppure come quello, C-470/11, *SIA Garkalns*, cit., alla tutela dell'ordine pubblico, con riguardo al rilascio di licenze per l'apertura di sale per il gioco d'azzardo; oppure, ancora, quello, C-322/16, *Global Starnet Ltd*, cit., § 41, con riguardo alla concessioni di giochi pubblici, "di migliorare la solidità economica e finanziaria dei concessionari, di accrescere la loro onorabilità e la loro affidabilità, nonché di lottare contro la criminalità".

¹⁷⁵ C-384/08, *Attanasio group*, cit., sulla contrarietà al diritto europeo del generalizzato (e non dispensabile) obbligo di osservare distanze minime per l'apertura di stazioni di servizio per la distribuzione dei carburanti.

¹⁷⁶ C-400/08, *Commissione europea c. Regno di Spagna*, cit., sui requisiti che l'amministrazione deve valutare per il rilascio dell'autorizzazione per l'apertura di grandi esercizi commerciali.

¹⁷⁷ Per esempio, C-570/07 e C-571/07, *Blanco Pérez e Chao Gómez*, cit., sulle distanze minime da osservare tra farmacie; C-539/11, *Ottica new line di Accardi Vincenzo*, cit., su quelle tra esercizi di ottica.

¹⁷⁸ C-400/08, *Commissione europea c. Regno di Spagna*, cit., dove la Corte di giustizia considera le motivazioni e l'insufficienza delle relazioni istruttorie relative all'esercizio del potere di pianificazione territoriale dell'insediamento di grandi esercizi commerciali.

CAPITOLO V

OPZIONE ZERO, ‘MAPPATURA’ DEI PROCEDIMENTI PER OPERA DEL D.LGS. N. 222/2016 E SEMPLIFICAZIONE AMMINISTRATIVA

SOMMARIO: 1. Una questione apparentemente semplice: tracciare un esatto confine tra attività soggette ad un controllo burocratico sul loro avvio e svolgimento ed attività radicalmente dallo stesso immuni. – 2. Alla ricerca delle attività economiche private immuni da ogni potere di controllo burocratico. Residualità dell’opzione zero. – 2.1. (*Segue*) Il potere amministrativo di ricondurre attività economiche libere a quelle già ‘mappate’ per opera della tabella A allegata al d.lgs. n. 222/2016. Struttura e funzione del potere. Conseguente incertezza sull’ambito di operatività dell’opzione zero. – 3. Una conferma della residualità dell’opzione zero: la l. n. 4/2013, recante “*disposizioni in materia di professioni non organizzate*”. Autoregolamentazione, associazioni di ‘categoria e loro sistema di pubblicità vigilato dal Ministero dello sviluppo economico. – 4. L’‘errore’ dell’operatore economico sull’opzione zero. – 5. L’ordine pubblico come limite generale alla libertà economica. Un esempio: il divieto di svolgere il “*mestiere di ciarlatano*” ai sensi dell’art. 121, r.d. n. 773/1931. – 6. Profili critici sulla ‘mappatura’ dei procedimenti amministrativi relativi alle attività economiche per opera della tabella A allegata al d.lgs. n. 222/2016. – 6.1. (*Segue*) Ri-regolazione, semplificazione amministrativa e scelta del diritto. – 6.2. (*Segue*) Giustificazione della regolazione sull’accesso al mercato e mancata reale revisione dei procedimenti burocratici: la ‘pigrizia’ ostinata del legislatore nazionale. Tabella A e perdurante mancata revisione dei procedimenti. – 7. ‘Mappatura’ dei procedimenti amministrativi e semplificazione normativa. Il problema delle antinomie tra leggi settoriali (statali e regionali) sulla scelta del modello di controllo burocratico. Il criterio di loro risoluzione offerto dall’art. 5, d.lgs. n. 222/2016. – 8. Antinomie tra leggi settoriali (statali e regionali) sulla fissazione dei requisiti da osservare per l’avvio di ciascuna attività economica. Inutilizzabilità del criterio di loro risoluzione offerto dall’art. 5, d.lgs. n. 222/2016.

1. Una questione apparentemente semplice: tracciare un esatto confine tra attività soggette ad un controllo burocratico sul loro avvio e svolgimento ed attività dallo stesso radicalmente immuni.

Si è in precedenza visto¹ quali sono i modelli di controllo burocratico sull’avvio delle attività economiche, cennando anche a quali sono le forme tipiche di loro raccordo, previste dalla l. n. 241/1990. Si è poi trattato dei livelli di disciplina che li caratterizzano, focalizzandosi sulle regole di matrice europea codificate con la direttiva 2006/123/CE, che limitano l’autonomia regolatoria nazionale nella scelta del modello di controllo cui

¹ Si rinvia *supra*, al capitolo III.

sottoporre ciascuna attività economica e nella fissazione dei requisiti da osservare per svolgerla. Scelte nazionali su cui, come si è visto, il sindacato della Corte di giustizia dell'Unione europea, tramite dei veri e propri test di proporzionalità, sembra talvolta essere oscillante, perché condizionato dalla 'sensibilità' di certi interessi pubblici antagonisti al libero mercato, come, per esempio, la tutela della salute.

Si vuole, da ultimo, affrontare una questione² in apparenza più semplice, forse la più semplice e comunque la più intuitivamente connessa alla libertà economica, ancorché essa sia stata finora piuttosto trascurata dalla dottrina: stabilire se, al momento attuale, esistano attività economiche realmente³ affrancate da ogni controllo burocratico sul loro avvio, cioè attività non sottoposte ad uno dei regimi amministrativi elencati dall'art. 2, d.lgs. n. 222/2016.

Più dettagliatamente: si vuole stabilire se sia possibile tracciare un confine, il più possibile netto e certo, tra attività soggette ad un controllo burocratico sul loro avvio ed attività per converso onninamente libere⁴ dallo stesso. Le seconde integrerebbero dei

² Ad essa si è già cennato *supra*, al capitolo II, § 6.

³ Nella seguente esposizione si prescinde da quelle discipline settoriali che dichiarano un'attività libera, ma poi ne subordinano l'avvio alla presentazione della segnalazione d'inizio attività, secondo il modello previsto dall'art. 19, l. n. 241/1990. È questo il caso, per esempio, dal d.lgs. n. 259/2003, codice delle comunicazioni elettroniche, il quale, da un lato, prevede che "la fornitura di reti e servizi di comunicazione elettronica è libera" (art. 25, c. 1); dall'altro, prevede che "la fornitura di reti o di servizi di comunicazione elettronica [...] è assoggettata ad un'autorizzazione generale, che consegue alla presentazione della dichiarazione di cui al comma 4", secondo cui "l'impresa interessata presenta al Ministero una dichiarazione [...] contenente l'intenzione di iniziare la fornitura di reti o servizi di comunicazione elettronica [...]. Tale dichiarazione costituisce segnalazione certificata di inizio attività [...]. L'impresa è abilitata ad iniziare la propria attività a decorrere dall'avvenuta presentazione della dichiarazione [...]. Ai sensi dell'articolo 19 della legge 7 agosto 1990, n. 241 e successive modificazioni, il Ministero, entro e non oltre sessanta giorni dalla presentazione della dichiarazione, verifica d'ufficio la sussistenza dei presupposti e dei requisiti richiesti e dispone, se del caso, con provvedimento motivato da notificare agli interessati entro il medesimo termine, il divieto di prosecuzione dell'attività" (art. 25, c. 4). In casi come questi, la libertà economica assoluta è soltanto apparente: perché l'attività è a tutti gli effetti soggetta a s.c.i.a., cioè ad un controllo burocratico successivo al suo avvio. Il diritto europeo derivato, direttiva n. 2002/20/CE, che ha condotto all'elaborazione del codice delle comunicazioni elettroniche, prevede che (art 3, § 2) "la fornitura di reti di comunicazione elettronica o di servizi di comunicazione elettronica può [...] essere assoggettata soltanto ad un'autorizzazione generale. All'impresa interessata può essere imposto l'obbligo di notifica, ma non l'obbligo di ottenere una decisione esplicita o qualunque altro atto amministrativo da parte dell'autorità nazionale di regolamentazione prima di esercitare i diritti che derivano dall'autorizzazione. Dopo la notifica, se necessario, l'impresa può iniziare la propria attività". Il legislatore nazionale, con l'art. 25, d.lgs. n. 259/2003, ha previsto "l'obbligo di notifica" secondo gli schemi della s.c.i.a. Per un approfondimento sul mercato delle comunicazioni elettroniche, v. L. SALTARI, *Accesso e interconnessione. La regolazione delle reti di comunicazioni elettroniche*, Milano 2008.

⁴ Per descrivere questo fenomeno non si utilizza volutamente la nozione di 'liberalizzazione', cui la dottrina, spesso per distinguerla dalla nozione di semplificazione amministrativa, ha dato un significato non univoco e comunque differente dalla libertà assoluta di controlli burocratici. Per esempio, G. CORSO, voce *Liberalizzazione amministrativa ed economica*, in S. CASSESE (a cura di), *Diz. dir. pubbl.*, vol. IV, Milano 2006, 3492 ss., distingue tra "liberalizzazione economica" e "liberalizzazione amministrativa". La prima si riferisce ai mercati e va intesa come "possibilità di svolgere attività economiche prima inammissibili a causa dell'esistenza di monopoli legali o di accedere a mercati caratterizzati in precedenza da robuste barriere all'ingresso". La seconda si riferisce alla "eliminazione o alla riduzione di ostacoli di ordine amministrativo o normativo che si frappongono allo svolgimento di attività private", come avviene soprattutto con la s.c.i.a. ed il silenzio assenso. In precedenza, G. CORSO, *Attività economiche e deregulation*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1998, 631, sia pure senza distinguere tra liberalizzazione economica e amministrativa, aveva rilevato che l'archetipo della liberalizzazione sarebbe offerto da questi due istituti (di semplificazione procedimentale); e

mercati ad accesso e svolgimento libero, spontaneamente ‘regolati’ soltanto dalle iniziative

che essa “non implica di per sé soppressione della regola, ma solo la modificazione del suo contenuto”, precisando che (p. 631-632): “la liberalizzazione, così concepita, pur migliorando il rapporto tra Stato e cittadino, non elimina, per quanto riguarda l’attività liberalizzata, la soggezione del cittadino al pubblico potere (e la regola che la prevede): non comporta una deregolazione”. Ragiona in parte analogamente F. TRIMARCHI BANFI, *Lezioni*, cit., 21, secondo cui bisogna distinguere la nozione di semplificazione da quella di liberalizzazione; e la seconda “riguarda l’apertura dei mercati alla concorrenza, e si realizza quando vengono eliminate barriere legali che limitano l’accesso ai mercati stessi”. Inoltre, secondo l’Autrice, (p. 23) “né la semplificazione, né la liberalizzazione riguardano le regole che devono essere osservate nello svolgimento dell’attività economica [...]. Quando vengono soppresse le regole sostanziali cui è subordinato lo svolgimento dell’attività economica si è in presenza del diverso fenomeno della deregolamentazione”. Precisa comunque l’Autrice che, laddove si riconducesse alla liberalizzazione la generale soppressione dei controlli preventivi sull’avvio delle attività economiche, essa sarebbe realmente tale soltanto se relativa alle autorizzazioni con scopo economico, con cui l’amministrazione dirige il mercato. Il pensiero di A. TRAVI, *La liberalizzazione*, in *Riv. trim. dir pubbl.*, 1998, 646 ss., è per alcuni aspetti coerente all’idea di liberalizzazione amministrativa di Guido Corso. Secondo Aldo Travi, infatti, il termine liberalizzazione andrebbe riservato alle situazioni (p. 648) “caratterizzate dal superamento della necessità del titolo amministrativo precedentemente richiesto per l’accesso al mercato. Sono quelle situazioni nelle quali lo svolgimento dell’attività non è più subordinata a un provvedimento amministrativo puntuale, né a un fatto equipollente a un provvedimento (come è il silenzio assenso)”. Sarebbero due, sempre secondo l’Autore, gli elementi a caratterizzare la liberalizzazione “una volta intervenuta la liberalizzazione non sia contemplata più la necessità di provvedimenti abilitativi puntuali per l’esercizio di quell’attività, e siano previsti solo adempimenti rimessi esclusivamente al privato, come è nel caso della denuncia di inizio attività prevista dall’art. 19, l. n. 241/1990”. Il senso della liberalizzazione starebbe principalmente in una (p. 648-649) “trasformazione” in vista di un risultato, cioè nel “superamento di un regime precedente, imperniato su di un provvedimento amministrativo per l’accesso al mercato”. Un’ipotesi di liberalizzazione sarebbe pertanto l’art. 19, l. n. 241/1990. Precisa l’Autore che, da un lato, (p. 650) “il modello della liberalizzazione non implica nulla, quanto alla disciplina sostanziale, intesa come il complesso delle prescrizioni che devono essere osservate nella svolgimento di quella certa attività”; dall’altro (p. 650), “nel caso della liberalizzazione rimane spazio per un potere amministrativo ‘rilevante’”, che si esprime in regole sostanziali per lo svolgimento dell’attività ed in controlli sulla loro osservanza. Anche E. CASSETTA, *La difficoltà di ‘semplificare’*, in *Dir. amm.*, 1998, 335 ss., ha ricondotto (spec. p. 343 e 354) l’allora d.i.a. alla liberalizzazione, Diverso ancora - e forse da contestualizzare in un momento di crisi economica - è il pensiero di M. RAMAJOLI, *Liberalizzazioni*, cit., 507, secondo cui “la liberalizzazione è prima di tutto una nozione di politica economica. [...] In base a questa concezione il presupposto da cui parte la liberalizzazione è che la disciplina di diritto amministrativo sia un fattore impedito alla crescita economica. Da questo punto di vista lo strumento giuridico di liberalizzazione ha una valenza puramente negativa. Le previsioni di liberalizzazione sono norme abrogatrici di norme preesistenti, perché le previsioni che pongono limiti alla libertà economica devono essere eliminate”. Resta il fatto che sembra (p. 509) “impossibile attribuire alla liberalizzazioni una un significato univoco, essendo una nozione ampia ed elastica, che include misure diversa tra loro”. L’Autrice poi affronta alcune diverse esperienze di liberalizzazione, come quella (p. 508 ss.) dei grandi servizi a rete, quella (p. 512 ss.) dei servizi pubblici locali e quella (p. 516 ss.) della liberalizzazione come deregolamentazione, per giungere, infine, (p. 521 ss.) alle “liberalizzazioni-manifesto” del biennio 2011-2012. Anche per F. SATTA, *Liberalizzare e semplificare*, in *Dir. amm.*, 2012, 177, la liberalizzazione sembra avere una accezione negativa “liberalizzare significa far cadere tutti i limiti, quantitativi, territoriali, merceologici che impediscono ad un qualsiasi imprenditore di investire ed operare nel settore”. Secondo N. LONGOBARDI, *Liberalizzazioni*, cit., il concetto di liberalizzazioni indica (p. 608) “un’azione, ovvero una politica, che si avvale prevalentemente di strumenti giuridici, ma non si esaurisce in essi, ed un risultato da conseguire, che per le attività economiche generalmente non è una totale libertà, bensì l’apprestare per esse un contesto conforme ai principi di una economia di mercato, che pur sempre richiede controlli di tipo pubblicistico”. L’Autore poi precisa che (p. 609) “anche la semplificazione amministrativa, pur meramente incidente su procedimenti amministrativi e adempimenti, è strumento di liberalizzazione; quando, però, non si risolve, come spesso avviene, in vantaggi per l’amministrazione e nuovi oneri, imposizioni e soggezioni per i privati”. Cfr. inoltre E. STICCHI DAMIANI (a cura di), *Studi in tema di liberalizzazioni. Riflessi giuridici dell’evoluzione della disciplina*, Torino 2008. Da ultimo ha affrontato il tema del principio di liberalizzazione amministrativa delle attività economiche A. NEGRELLI, *Accesso al mercato*, cit., spec. 163 ss.

degli imprenditori e dai bisogni dei consumatori, i quali attivano, per poi alimentare, le prime. Dove gli affari si svolgono interamente secondo le logiche dell'autonomia privata⁵ e gli operatori non devono sostenere *compliance cost*, così da conformare la propria attività economica ad un regime pubblicistico.

Si tratterebbe, evidentemente, di categorie di attività economiche a cui, almeno in questo momento storico, secondo il giudizio politico del legislatore, non inerirebbe alcun interesse pubblico antagonista al libero mercato, tale da giustificare l'attribuzione di poteri di controllo all'amministrazione e la fissazione di requisiti per il loro svolgimento. Anche l'opzione zero è una decisione politica: di 'innocuità' dell'attività economica, con riguardo a tali interessi pubblici, e di completa autosufficienza dell'autonomia privata nell'assicurarne uno svolgimento socialmente accettabile.

Nei prossimi paragrafi, si intende verificare principalmente 'in che modo', cioè con quali tecniche normative, la volontà politica nazionale abbia attualmente scelto l'opzione zero: la libertà economica riceverebbe la propria massima espansione, perché davvero immune da ogni potere⁶ burocratico di controllo.

2. Alla ricerca delle attività economiche private immuni da ogni potere di controllo burocratico. La residualità dell'opzione zero.

⁵ Da ultimo, sul tema, A.M. GAROFALO, *Le regole costitutive del contratto. Contributo allo studio dell'autonomia privata*, Napoli 2018 e gli ampli riferimenti bibliografici ivi presenti. Sul rapporto tra funzione amministrativa di regolazione dei mercati ed autonomia privata, cfr. P. LAZZARA, *La regolazione amministrativa: contenuto e regime*, in *Dir. amm.*, 2018, 337 ss.

⁶ Nell'analisi in corso, si trascureranno i poteri di imposizione fiscale ed i procedimenti per l'iscrizione dell'impresa nei registri delle imprese, tenuti dalle Camere di commercio, e volti a soddisfare esigenze di pubblicità delle imprese. Sul tema dei registri, per una recente sintesi, v. E. BOCCHINI e A. PAVONE LA ROSA, voce *Registro delle imprese*, in *Enc giur.*, Ann. IV, Milano 2011, 1001 ss. L'art. 9, d.l. n. 7/2007, ha in proposito previsto, per agevolare gli adempimenti burocratici che gli operatori devono svolgere per costituire un'impresa, l'istituto della "comunicazione unica per la nascita dell'impresa", che "vale quale assolvimento di tutti gli adempimenti amministrativi previsti per l'iscrizione al registro delle imprese ed ha effetto, sussistendo i presupposti di legge, ai fini previdenziali, assistenziali, fiscali [...] nonché per l'ottenimento del codice fiscale e della partita iva" (art. 9, c. 2, d.l. cit.). All'istituto della comunicazione unica fa riferimento pure il d.P.R. n. 160/2010, relativo allo sportello unico per le attività produttive, secondo cui, quando la s.c.i.a. per l'avvio di un'attività è contestuale alla comunicazione unica, anche la prima "è presentata presso il registro imprese, che la trasmette immediatamente al suap" (art. 5, c. 2, d.P.R. cit.), con modalità telematiche. Si prescinde, inoltre, dalla disciplina in tema di sicurezza sui luoghi di lavoro, dettata dal d.lgs. n. 81/2008, testo unico sulla tutela della salute e della sicurezza nei luoghi di lavoro. Si ricorda però che, ai sensi dell'art. 14, d.lgs. n. 81/2008, "in caso di gravi e reiterate violazioni in materia di tutela della salute e della sicurezza" oppure in caso di riscontrato "impiego di personale non risultante dalla documentazione obbligatoria in misura pari o superiore al 20 per cento del totale dei lavoratori presenti sul luogo di lavoro", può essere disposta dagli Uffici di vigilanza del Ministero del lavoro la sospensione dell'attività imprenditoriale. In sostanza, gravi violazione della disciplina sulla sicurezza nei luoghi di lavoro e sulla regolarità dell'impiego consentono all'amministrazione di ordinare la sospensione di qualsiasi attività imprenditoriale, al di là del modello di controllo burocratico cui è sottoposto il suo avvio. Come pure si prescinde dalla disciplina relativa alla gestione dei rifiuti, dettata dal d.lgs. n. 152/2006, codice dell'ambiente, e da altre leggi settoriali. Al pari si prescinde dalla disciplina urbanistica e da quella edilizia, le quali individuano, rispettivamente, le aree del territorio comunale in cui possono insediarsi le attività commerciali e quelle produttive ed il regime dei titoli edilizi.

Una premessa metodologica. Per rispondere al quesito appena posto, pare utile seguire, almeno in un primo momento, un metodo prevalentemente descritto e richiamare alcuni recenti dati di diritto positivo nazionale. Da questi, poi, si muoverà per ogni successivo ragionamento.

La tabella A, allegata al d.lgs. n. 222/2016 e parte integrante dello stesso⁷, ha lo scopo di censire il regime amministrativo delle attività economiche private ivi dettagliatamente elencate. La sua sezione “*commercio*”, ne contempla davvero moltissime⁸: forse tutte le attività, commerciali ed artigianali, più diffuse nel territorio nazionale. Per ora, giudizi su questa operazione ricognitiva delle discipline settoriali statali di ciascuna attività economica sarebbero prematuri, sicché saranno svolti in un secondo momento, così da chiosare il ragionamento proposto.

Tutte le attività ‘mappate’⁹ dalla tabella A, come pure alcune singole ed eventuali fasi¹⁰ del loro svolgimento, sono sicuramente soggette, almeno secondo la legge statale¹¹ di volta in volta indicata, ad uno specifico controllo burocratico, cioè ad uno dei regimi amministrativi elencati dall’art. 2, d.lgs. n. 222/2016. In altri termini, non sono presenti attività economiche radicalmente libere tra quelle ‘mappate’.

A questo punto fermo bisogna aggiungere alcuni elementi.

Un primo e rilevante elemento: “*le amministrazioni, nell’ambito delle rispettive competenze, possono ricondurre le attività non espressamente elencate nella tabella A, anche in ragione delle loro specificità territoriali, a quelle corrispondenti, pubblicandole sul proprio sito istituzionale*” (art. 2, c. 6, d.lgs. cit.). Questa disposizione attribuisce un potere alle pubbliche amministrazioni: di estendere il regime indicato dalla tabella A per una specifica attività economica (espressamente disciplinata da una legge settoriale statale) ad altre attività, che alla prima sono ritenute “*corrispondenti*”. L’efficacia di questa operazione, che, come poi si vedrà¹², suscita più di qualche perplessità, parrebbe condizionata alla sua pubblicazione¹³ *on-line*, nel sito istituzionale dell’amministrazione

⁷ Art. 2, c. 1, d.lgs. n. 222/2016.

⁸ Per l’esattezza, questa sezione della Tabella A ne contempla 107.

⁹ L’operazione di ‘mappatura’ non è definitiva: in futuro altre attività economiche private potrebbero essere contemplate dalla tabella A. Infatti, ai sensi del comma 7 dell’art. 2, d.lgs. n. 222/2016, “*con i successivi decreti recanti disposizioni integrative e correttive, adottati ai sensi dell’articolo 5, comma 3, della legge n. 124 del 2015, la tabella A può essere integrata e completata. Successivamente, con decreto del Ministro delegato per la semplificazione e la pubblica amministrazione, previa intesa con la Conferenza unificata di cui all’articolo 3 del decreto legislativo n. 281 del 1997, si procede periodicamente all’aggiornamento e alla pubblicazione della tabella A, con le modifiche strettamente conseguenti alle disposizioni legislative successivamente intervenute*”.

¹⁰ Si pensi, con riguardo alle attività commerciali, al subingresso di nuovo operatore conseguente alla cessione dell’azienda.

¹¹ Sul problema delle possibili antinomie tra leggi settoriali statali e regionale in ordine al regime della medesima attività economica, v. *infra* § 6.

¹² *Infra*, § 2.1. Si anticipa che la disposizione suscita molte perplessità: non è chiaro quali amministrazioni abbiano questo potere. Forse si tratta di regioni e comuni; e le prime potrebbero addirittura utilizzare la legge per questa operazione di riconduzione di attività diffuse a livello regionale in quelle elencate nella tabella. Il criterio della ‘corrispondenza’, che dovrebbe guidare questa operazione è forse troppo indeterminato e rischia di essere compromesso dalla sensibilità politica del momento.

¹³ È lo stesso comma 6 dell’art. 2, d.lgs. n. 222/2016, a prevedere tale pubblicazione quale fase integrativa di efficacia del procedimento.

che la esegue. In sintesi: si tratta di una ‘mappatura di secondo livello’, di carattere eventuale e compiuta in sede amministrativa.

Un secondo elemento. Dispone l’art. 1, c. 2, d.lgs. n. 126/2016, suggestivamente rubricato “*libertà di iniziativa privata*”: “*allo scopo di garantire certezza sui regimi applicabili alle attività private e di salvaguardare la libertà di iniziativa economica, le attività private non espressamente individuate ai sensi dei medesimi decreti [il riferimento è proprio al cronologicamente successivo d.lgs. n. 222/2016 e alla relativa tabella A, di ‘mappatura’ dei procedimenti amministrativi] o specificamente oggetto di disciplina da parte della normativa europea, statale e regionale, sono libere*”. Questa previsione¹⁴ - e, come subito si vedrà, la sua effettività giuridica - sembra analoga ad alcune precedenti disposizioni di principio, finalizzate ad enfatizzare la libertà d’impresa ed il conseguente sviluppo economico, in una logica (talvolta più comunicativa che giuridica) anti-crisi economica.

Si sta alludendo alle disposizioni che hanno caratterizzato la decretazione d’urgenza nel biennio 2011-2012. Per esempio: “*l’iniziativa e l’attività economica privata sono libere ed è permesso tutto ciò che non è espressamente vietato dalla legge*”¹⁵; oppure, in termini

¹⁴ La Commissione speciale del Consiglio di Stato, parere 24 agosto 2016, n. 1784, cit., in occasione dell’esame dello schema di d.lgs. c.d. s.c.i.a. 2 (d.lgs. n. 222/2016), ha proposto un’interpretazione di questa previsione: “*la disposizione di chiusura sulle ‘attività libere’ deve intendersi applicabile ai settori oggetto dell’emanando decreto, o delle successive leggi di ‘codificazione soft’, e non anche ai settori rimasti completamente al di fuori di tale opera di riordino. In tal senso deve intendersi il riferimento alle attività che non siano ‘specificamente oggetto di disciplina da parte della normativa europea, statale e regionale’. Da un lato, quindi, tale riferimento consente di ritenere ancora pienamente vigenti le normative (europee, statali o regionali) esistenti nei settori non interessati dalla riforma. Dall’altro, non si può intendere la congiunzione disgiuntiva ‘o’ (‘non espressamente individuate ... o ... specificamente oggetto di disciplina’) come capace di conservare la vigenza dei regimi preesistenti anche ai procedimenti che invece siano stati espressamente individuati dallo schema in esame. In tal caso [...] l’individuazione delle attività ha anche un effetto di innovazione della relativa disciplina, superando le normative (europee, statali o regionali) esistenti nei settori interessati dalla riforma. Resta invece fermo che, nei tre settori interessati dalla tabella A (‘commercio’, ‘edilizia’ e ‘ambiente’), salvo interventi correttivi (che richiedono la fonte primaria, in quanto non rientranti nel caso limite dell’art. 2, comma 6, dello schema), le attività non comprese nella tabella medesima devono considerarsi effettivamente ‘libere’, ai sensi della disposizione di chiusura dell’art. 1, comma 2, ultima parte, del d.lgs. n. 126 del 2016” (§ 9.3). In sostanza, secondo il Consiglio di Stato, nei tre settori in cui si articola la tabella, le attività non ‘mappate’ sarebbero davvero libere. La portata di questa tesi è comunque limitata dall’art. 2, c. 6, d.lgs. n. 222/2016, che ha conferito alle amministrazioni il potere di ricondurre le attività non mappate a quelle “*corrispondenti*” e mappate.*

¹⁵ Art. 3, c. 1, d.l. n. 138/2011, conv. in l. n. 148/2011. A questo principio “*Comuni, Province, Regioni e Stato, entro il 30 settembre 2012, adeguano i rispettivi ordinamenti*”. Specifica poi lo stesso comma 1 dell’art. 3 che la legge può prevedere limitazioni alla libertà economica “*nei soli casi di: a) vincoli derivanti dall’ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali; b) contrasto con i principi fondamentali della Costituzione; c) danno alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana e contrasto con l’utilità sociale; d) disposizioni indispensabili per la protezione della salute umana, la conservazione delle specie animali e vegetali, dell’ambiente, del paesaggio e del patrimonio culturale; e) disposizioni relative alle attività di raccolta di giochi pubblici ovvero che comunque comportano effetti sulla finanza pubblica*”. Secondo il comma 2 dell’art. 3, d.l. cit., quanto appena illustrato “*costituisce principio fondamentale per lo sviluppo economico e attua la piena tutela della concorrenza tra le imprese*”. Questo articolo traduce in legge, sia pure parzialmente, un tentativo, poi fallito, di revisione dell’art. 41 della Costituzione, per ivi inserire il principio “*è permesso tutto ciò che non è espressamente vietato dalla legge*”. Su quest’ultimo tema, tra i tanti, C. PINELLI, *Liberalizzazione delle attività produttive e semplificazione. Possibilità e limiti di un approccio giuridico*, in *Dir. amm.*, 2014, spec. 559-662; M. DE BENEDETTO, *Le liberalizzazioni e la Costituzione*, in *La regolazione intelligente*, cit., 47-51, secondo cui le liberalizzazioni non sono ostacolate dall’attuale

pressoché analoghi, “*la disciplina delle attività economiche è improntata al principio di libertà di accesso, di organizzazione e di svolgimento*”¹⁶.

Il problema è che previsioni con questo contenuto, malgrado la loro ripetitività, non sembrano in grado di fissare regole giuridiche¹⁷ capaci di ordinare concretamente i mercati, conformando, in senso liberista, i processi economici, oppure di incidere sull’ambito di applicazione di ciascun modello di controllo burocratico.

Sembra in proposito ancora valida la lezione di Massimo Severo Giannini, che, nell’occuparsi del “*problema della libertà*”¹⁸, stimava come enunciazioni del genere “*“tutto ciò che non è vietato dalla legge non può essere impedito’ [...] sono evidentemente solo delle dichiarazioni enunciative di principio di etica pubblica*”¹⁹: enunciazioni giuridicamente anodine, ancorché - ed è forse un paradosso - contenute in una fonte del diritto.

Delle regole giuridiche, che aiutano a rispondere all’iniziale quesito, sembrano invece potersi ricavare valutando più complessivamente la più recente ‘mappatura’ dei procedimenti relativi alle attività economiche per opera della tabella A.

Dalla ‘mappatura’ e dal potere conferito alle amministrazioni di svolgere una ‘mappatura di secondo livello’, riconducendo le attività economiche non mappate e localmente sviluppate a quelle già mappate dalla tabella A (perché appositamente disciplinate da una legge statale), così da assoggettarle al regime per esse previsto dalla legge statale, si desume che la sottoposizione delle attività ad un modello di controllo

formulazione dell’art. 41 Cost., che consente di ospitare versioni aggiornate della Costituzione economica: il problema semmai (p. 48) è politico; G.U. RESCIGNO, *Come i governanti hanno tentato furbescamente di aggirare la Costituzione e come la Corte ha risposto in modo debole e inadeguato*, in *Giur. cost.*, 2012, 2940 ss.; F. CINTIOLI, *L’art. 41 della Costituzione tra il paradosso della libertà di concorrenza e il “diritto della crisi”*, in www.astrid-online.it, 2011; G. DI GASPARE, *Costituzionalizzazione simbolica e decostituzionalizzazione di fatto dell’articolo 41 della Costituzione*, in www.amministrazioneincammino.it, 2011.

¹⁶ “... fatte salve le esigenze imperative di interesse generale, costituzionalmente rilevanti e compatibili con l’ordinamento comunitario, che possono giustificare l’introduzione di previ atti amministrativi di assenso o autorizzazione o di controllo, nel rispetto del principio di proporzionalità” (34, d.l. n. 201/2011, conv. in l. n. 214/2011). Disposizioni di analogo tenore sono presenti nella l. n. 180/2011, recante “*norme per la tutela della libertà d’impresa. Statuto delle imprese*”, secondo cui “*sono principi generali della presente legge, che concorrono a definire lo statuto delle imprese e dell’imprenditore: a) la libertà di iniziativa economica, di associazione, di modello societario, di stabilimento e di prestazione di servizi, nonché di concorrenza, quali principi riconosciuti dall’Unione europea; [...] c) il diritto dell’impresa di operare in un contesto normativo certo e in un quadro di servizi pubblici tempestivi e di qualità, riducendo al minimo i margini di discrezionalità amministrativa ...*”.

¹⁷ Per esempio: M. RAMAJOLI, *Liberalizzazioni*, cit., 523-525, parla di “*deficit di effettività*”; “*manifesto di filosofia della liberalizzazione*” o, ancora, di “*indicazioni vuote*”. Analogamente N. LONGOBARDI, *Liberalizzazioni*, cit., 622, secondo cui queste norme “*con riguardo all’affermazione della libertà di impresa, ai suoi limiti ed alla abrogazione delle restrizioni ad essa, non avvalorano la radicale svolta ‘liberista’ del nostro ordinamento che viene diffusamente paventata; mette in evidenza piuttosto un legislatore incerto ed oscillante anche nel dettare disposizioni di principio a favore del mercato, nonostante l’enfasi declamatoria posta sulla libertà di impresa*”.

¹⁸ M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, vol. II, cit., 222-228.

¹⁹ M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, vol. II, cit., 222. L’enunciazione “*tout ce qui n’est pas défendu par la loi ne peut être empêché*” si trova all’art. 5 della Dichiarazione dei diritti dell’uomo e del cittadino, *Déclaration des droits de l’homme et du citoyen*, del 1789, la quale poi costituì il preambolo della Costituzione francese del 6 settembre 1791. Su questa dichiarazione, v. G. JELLINEK, *La dichiarazione dei diritti dell’uomo e del cittadino*, Bari-Roma 2002.

burocratico è attualmente la regola. Soprattutto si desume che le attività immuni da questo controllo devono attualmente individuarsi *a contrario*: in via residuale²⁰. Soltanto le attività economiche non ‘mappate’ e quelle che, a livello locale o regionale, non risultano riconducibili (e non ancora ricondotte) a quelle ‘mappate’ potrebbero definirsi radicalmente immuni dal potere burocratico di controllo sul loro avvio.

Stabilire il numero e, soprattutto, il rilievo economico di siffatte attività, totalmente libere, non è forse compito dell’indagine giuridica e comunque presuppone la loro, almeno approssimativa, individuazione, compiendo complesse indagini di mercato, con le tecniche delle scienze statistiche ed economiche. Sembra invece essere suo compito evidenziare che la tecnica politico-normativa della ‘mappatura’ dei procedimenti determina il carattere sicuramente residuale della totale libertà economica dal controllo burocratico. L’opzione zero è tendenzialmente l’eccezione: è ciò che non è ‘mappato’ dalla legge o in via amministrativa.

La residualità dell’opzione zero, come in precedenza²¹ si è cercato di illustrare, non deve troppo meravigliare: l’effettivo ordine concorrenziale di un sistema giuridico non può misurarsi soltanto con questo dato: la presenza di un controllo burocratico sull’avvio di un’attività economica è di regola giustificata dai (tanti) interessi pubblici antagonisti al libero mercato ed inerenti alla medesima attività. Trattasi di interessi da bilanciare in sede politica con la libertà economica, secondo i criteri dettati dal diritto europeo, così da individuare il modello di controllo più adeguato e proporzionato al fine, cui sottoporre la singola tipologia di attività economica.

2.1. (Segue) Il potere amministrativo di ricondurre attività economiche libere a quelle già ‘mappate’ per opera della tabella A allegata al d.lgs. n. 222/2016. Struttura e funzione del potere. Conseguente incertezza sull’ambito di operatività dell’opzione zero.

Si è appena visto che le attività radicalmente libere si ricavano *a contrario*: sono libere perché non ‘mappate’ per opera della tabella A. Si è inoltre visto che l’art. 2, c. 6, d.lgs. n. 222/2016, conferisce alle amministrazioni il potere di svolgere una ‘mappatura di secondo livello’: di ricondurre le attività economiche non mappate a quelle già mappate dalla tabella A, così da assoggettarle al regime amministrativo per esse previsto dalla legge settoriale statale. Il criterio che fonda questa operazione amministrativa è quello della ‘corrispondenza’ delle prime alle seconde.

Occorre ora soffermarsi su questo potere amministrativo di ‘mappatura’ (di secondo livello), per evidenziarne le caratteristiche e intanto gli aspetti critici; alcuni dei quali, come subito si vedrà, sembrano generare incertezza per gli operatori economici, rendendo l’ordinamento interno, sotto questo profilo, sicuramente poco *market friendly*.

²⁰ Sembra ragionare in questo senso, sia pure limitatamente al rapporto tra potere di pianificazione urbanistica ed insediamento delle attività commerciali, E. BOSCOLO, *Libertà di svolgimento*, cit., 229, secondo cui “la misura effettiva della libertà di commercio è quindi deducibile ‘in negativo’ rispetto alla latitudine dei limiti e delle condizioni amministrative all’insediamento”, date principalmente dal piano urbanistico.

²¹ *Supra* capitolo II, spec. § 8.

In primo luogo, questo potere sembra avere un oggetto economico: il giudizio di ‘corrispondenza’ presuppone un’analisi delle caratteristiche, soprattutto in termini di beni e di servizi offerti e di loro fungibilità, dell’attività economica non ‘mappata’ dalla legge, nell’ambito di una certa area geografica²². Sono valutazioni sul mercato di riferimento, a cui, secondo il diritto europeo²³, le amministrazioni, preposte a svolgere controlli sull’avvio di attività economiche, dovrebbero rimanere affatto estranee. Valutazioni tanto più pericolose se si considera che possono ridurre, per decisione dell’amministrazione, l’ambito di operatività dell’opzione zero. Inoltre il criterio della ‘corrispondenza’, per il suo alto tasso di indeterminatezza, rischia di risentire dalla sensibilità politica del momento.

In secondo luogo, la legge configura il potere come officioso e discrezionale, sia nell’*an*, sia nel *quando*²⁴: le amministrazioni hanno facoltà di esercitarlo (“... *possono ricondurre ...*”) e non è fissato alcun termine in proposito. Sicché l’omessa attivazione del potere sarebbe pienamente lecita e non giustiziabile da eventuali interessati allo svolgimento dei giudizi (economici) di ‘corrispondenza’, di cui si è appena detto.

In terzo luogo, con l’art. 2, c. 6, d.lgs. cit., si è ai limiti della violazione del principio di legalità²⁵: perché, oltre a mancare l’espresa individuazione delle autorità amministrative a cui è stato attribuito il potere di ‘mappatura’, manca, nel testo della disposizione, quasi ogni criterio che aiuti ad individuarle. Potrebbero essere infatti titolari di questo potere addirittura tutte le amministrazioni competenti a svolgere controlli burocratici in ordine all’avvio delle attività economiche ‘mappate’.

Senonché, l’inciso “*in ragione delle loro specificità territoriali*” parrebbe consentire di circoscrivere agli enti territoriali²⁶, per i quali il territorio²⁷ è appunto un elemento costitutivo, il novero degli enti titolari del potere di ‘mappatura’. Resterebbe comunque davvero incerto l’organo competente²⁸ (di gestione o di indirizzo politico-amministrativo) ad esercitare questo potere.

²² Si tratta cioè di valutazioni che, sia pure in modo assai sommario, ineriscono alla nozione di “mercato rilevante”. Cfr. la “Comunicazione della Commissione sulla definizione del mercato rilevante ai fini dell’applicazione del diritto comunitario in materia di concorrenza” del 9 dicembre 1997, in www.eur-lex.europa.eu.

²³ Si rinvia *supra* al cap. IV, spec. § 3.

²⁴ Per una attenta riflessione sul rapporto tra discrezionalità nell’*an* e nel *quando*, v. A. ANGIULI, *Studi sulla discrezionalità amministrativa nel quando*, Bari 1988, spec. 17 ss., spec. 20-25.

²⁵ Per una recente sintesi, v. G. CORSO, *Il principio di legalità*, in *Codice*, cit., 15 ss.

²⁶ Sul tema v. G.C. DE MARTIN, voce *Enti pubblici territoriali*, in *Dig. disc. pubbl.*, Agg. I, Torino 2011.

²⁷ Sul territorio quale elemento essenziale degli enti territoriali locali, v. A. MASUCCI, *Enti locali territoriali*, in *Enc. dir.*, vol. XIV, Milano, 977 ss., secondo cui “è da ritenersi esatto il concetto fondamentale su cui poggia la nozione tradizionale di ente locale territoriale, cioè, quello dalla ‘connessione’ ente-territorio. [...] ci sembra possibile configurare tale ‘connessione’, facendo riferimento ad un carattere peculiare che si riscontra negli enti locali territoriali, cioè a quello del territorio ‘principium individuationis’ degli appartenenti agli enti”. Cfr. L. PALADIN, *Il territorio degli enti autonomi*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1961, 641 ss.

²⁸ Stando al comune, la competenza non sembra spettare al consiglio comunale. Le sue competenze sono infatti elencate all’art. 42, d.lgs. n. 267/2000. La competenza potrebbe invece spettare alla Giunta, ai sensi dell’art. 48, c. 2, d.lgs. n. 267/2000, secondo cui “la giunta compie tutti gli atti rientranti ai sensi dell’articolo 107, commi 1 e 2 [dello stesso d.lgs.], nelle funzioni degli organi di governo, che non siano riservati dalla legge al consiglio e che non ricadano nelle competenze, previste dalle leggi o dallo statuto, del sindaco”. Si tratta, in altri termini, di una competenza residuale con riguardo agli atti di indirizzo politico-amministrativo. Altrimenti la competenza spetterebbe agli organi di gestione, cioè ai dirigenti o, in loro mancanza, ai

Inoltre dall'inciso "nell'ambito delle rispettive competenze" parrebbe ragionevole ipotizzare un parallelismo tra poteri burocratici di controllo sull'avvio dell'attività e potere di 'mappatura'. Il secondo così seguirebbe il primo: soltanto l'ente territoriale titolare del potere burocratico di controllo di una specifica attività economica mappata potrebbe, nell'ambito del proprio territorio, ricondurre alla stessa un'altra, ma stimata corrispondente, attività.

Se, invece, il potere 'di mappatura' seguisse il potere (normativo) di disciplina delle attività mappate, sarebbero principalmente le regioni a potere esercitare il primo, in ragione della loro potestà legislativa residuale in materia di commercio e in molte altre materie, a cui è possibile ricondurre le attività economiche private 'mappate' con la tabella A.

In quarto luogo - ed è proprio questo il punto fondamentale - con il conferimento di questo potere di 'mappatura', l'ambito di operatività dell'opzione zero si colora di incertezza e giunge a dipendere da una scelta amministrativa: può restringersi per opera di una scelta altamente discrezionale dell'amministrazione - fondata su valutazioni economiche e, per giunta, difficilmente sindacabile - secondo cui, nel proprio territorio, un'attività non 'mappata' (libera) è stimata corrispondente ad una già 'mappata'.

Il possibile intervento delle amministrazioni titolari del potere di 'mappatura' così impedisce di tracciare un confine, netto e stabile, tra attività soggette a un controllo burocratico ed attività invece radicalmente immuni dallo stesso. L'incertezza accresce se si considera che non vi sono termini per l'esercizio del potere.

Questa incertezza si trasforma in un grave onere²⁹ per gli operatori economici, che non possono limitarsi a verificare se la propria attività è stata 'mappata' per opera della tabella A: essi devono inoltre verificare se, nel territorio ove intendono svolgerla, gli enti territoriali abbiano proceduto alla mappatura di 'secondo livello'.

Col rischio di gravi ed ingiustificate disparità di trattamento. Addirittura col rischio che, nel territorio di un certo comune, un'attività economica sia stata ricondotta ad una censita *ope legis* dalla tabella A (e sia quindi soggetta ad uno dei "regimi amministrativi" elencati dall'art. 2, d.lgs. 222/2016); quando invece, nel territorio del comune confinante, avente magari analoghe caratteristiche sul piano dello sviluppo socio-economico, quella stessa attività è libera da ogni controllo burocratico, proprio perché non ancora ascritta ad una censita dalla tabella A.

Suscita perplessità, infine, il fatto che l'art. 2, c. 6, d.lgs. cit., nulla dica in merito alle forme ed alle garanzie procedurali da osservare per la 'mappatura' di secondo livello. Potendosi essa qualificare come un atto amministrativo generale³⁰, l'amministrazione,

responsabili dei servizi. Per una recente sintesi sulle competenze di consiglio e giunta comunale, v. F. MIGLIARESE CAPUTI, *Diritto degli enti locali. Dall'autarchia alla sussidiarietà*, Torino 2016, spec. 254-261.

²⁹ Sulle conseguenze relative all'errore dell'operatore economico con riguardo all'opzione zero, v. *infra*, § 4.

³⁰ Sul tema, v. M. RAMAJOLI e B. TONOLETTI, *Qualificazione e regime giuridico degli atti amministrativi generali*, in *Dir. amm.*, 2013, 53 ss. Sul tema dei destinatari degli atti amministrativi generali, v. C. CUDIA, *L'efficacia «dimensionale» dell'atto amministrativo: il caso dei destinatari degli atti amministrativi generali*, in *Dir. amm.*, 2016, 719 ss. Meno di recente, per un'ampia trattazione sistematica, G. DELLA CANANEA, *Gli atti amministrativi generali*, Padova 2000.

malgrado la discrezionalità di cui gode, è dispensata³¹ da ogni onere motivazionale; ed opera l'art. 13³², l. n. 241/1990, secondo cui le norme relative alla partecipazione, previste dalla stessa legge, non si applicano ai procedimenti per la loro adozione, al pari di quelli regolamentari, di programmazione e di pianificazione.

Così ragionando, le amministrazioni non avrebbero alcun obbligo di comunicare l'avvio del procedimento in funzione della partecipazione procedimentale agli *stakeholders*, nemmeno, sempreché esistessero nel territorio di riferimento, alle associazioni di categoria dell'attività (in potenza) corrispondente a quella per legge 'mappata'. Queste, partecipando, potrebbero, con tutta probabilità, introdurre nel procedimento elementi utili per un migliore apprezzamento della reale 'corrispondenza' tra le attività economiche (quella per legge già 'mappate' e quella da 'mappare') in questione, aiutando l'amministrazione, seppure nel proprio interesse, ad individuare i criteri per compiere la valutazione.

Nel silenzio della legge speciale (art. 2, c. 6, d.lgs. cit.) e nell'operatività di quella generale sul procedimento (art. 13, l. cit.), la possibilità di partecipazione procedimentale e la conseguente maggiore 'qualità' dell'istruttoria dipenderebbero solamente dalla volontà della singola amministrazione: da una sua scelta (non giustiziabile) di opportunità.

3. *Una conferma della residualità dell'opzione zero: la l. n. 4/2013, recante "disposizioni in materia di professioni non organizzate". Autoregolamentazione, associazioni di categoria e loro sistema di pubblicità vigilato dal Ministero dello sviluppo economico.*

Il carattere residuale dell'opzione zero sembra essere confermato pure dalla più recente disciplina generale, l. n. 4/2013, delle "professioni non organizzate".

Si tratta, per espressa definizione di legge³³, delle "attività economiche, anche organizzate, volte alla prestazione di servizi o di opere a favore di terzi, esercitata abitualmente e prevalentemente mediante lavoro intellettuale, o comunque con il concorso di questo, con esclusione delle attività riservate per legge a soggetti iscritti in albi o elenchi

³¹ Art. 3, c. 2, l. n. 241/1990, secondo cui "la motivazione non è richiesta per gli atti normativi e per quelli a contenuto generale". Cfr. M.C. ROMANO, *L'esclusione della motivazione per gli atti normativi e per gli atti a contenuto generale*, in *L'azione*, cit., 231 ss. Meno di recente, v. M. COCCONI, *L'obbligo di motivazione degli atti amministrativi generali*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2009, 707 ss.

³² Per un efficace commento a questo articolo, v. A. ZITO e G. TINELLI, *L'ambito di applicazione delle norme sulla partecipazione*, in *Codice*, cit., 681 ss.; M.C. ROMANO, *Art. 13 - ambito di applicazione delle norme sulla partecipazione*, in *L'azione*, cit., 436 ss. Cfr. M. DE BENEDETTO, *Istruttoria amministrativa e ordine del mercato*, Torino 2008, 127-135.

³³ Art. 1, c. 2, l. n. 4/2013. Sono pochi gli approfondimenti che la dottrina ha riservato a questa legge, che tuttavia è stata criticamente commentata da G.D. MOSCO, *Notarelle sulla legge in materia di professioni non organizzate*, in *Giur. comm.*, 2013, 888 ss., il quale rileva (p. 892-893) che "la scelta di regolamentazione sembra essere quella, in linea con la disciplina dell'Unione europea e con le indicazioni della nostra Autorità garante per la concorrenza e il mercato, della c.d. «ipotesi zero»: nessuna regola imperativa che selezioni o limiti accesso ed esercizio della professioni, ma un sistema «aperto» che non subordina ad alcuna adesione o iscrizione l'esercizio della professione, né ne regola i profili economici (compensi, rimborsi, ecc.)". Sulle professioni non regolamentate, prima dell'entrata in vigore della l. cit., v. F. DI PORTO, *Le 'professioni non regolamentate': un modello per la riforma di quelle ordinistiche?*, in *La regolazione intelligente*, cit., 255 ss.

ai sensi dell'art. 2229³⁴ del c.c., delle professioni sanitarie e relative attività tipiche o riservate per legge e delle attività e dei mestieri artigianali, commerciali e di pubblico esercizio disciplinati da specifiche normative”.

Il loro esercizio “è libero”³⁵, cioè non assoggettato ai regimi amministrativi di controllo previsti dall'art. 2, d.lgs. n. 222/2016. Dimodoché ogni provvedimento inibitorio, assunto sull'erroneo presupposto che l'operatore economico avrebbe omesso di presentare una s.c.i.a. prima dell'avvio dell'attività, sarebbe illegittimo³⁶. Al pari sarebbe illegittima ogni disciplina locale o regionale che diminuisse il libero svolgimento dell'attività economica, per esempio, determinandone condizioni e modalità³⁷. Insomma: l'amministrazione non potrebbe legittimamente invadere lo spazio di libertà³⁸ garantito dalla legge, nel quale ogni relazione si fonda interamente sull'autonomia privata di imprenditori e consumatori.

La legge, frattanto, incentiva l'“autoregolamentazione volontaria”³⁹ di queste attività economiche libere, valorizzando la qualificazione delle prestazioni erogate; il che tramite la

³⁴ Secondo il comma 1 dell'art. 2229 c.c., “la legge determina le professioni intellettuali per l'esercizio delle quali è necessaria l'iscrizione in appositi albi o elenchi”. Tali professioni, come avvocati, architetti, dottori commercialisti ecc., vengono talvolta definite ‘ordinistiche’, ‘regolamentate’ o ‘protette’, proprio in quanto riservate agli iscritti negli appositi albi professionali. Il loro esercizio abusivo integra un reato, ai sensi dell'art. 348 c.p. Sulla suddivisione delle libere professioni in “professioni regolamentate” e in “professioni non regolamentate” (queste attualmente riconducibili alla l. n. 4/2013), cfr. C. TIMELLINI, voce *Liberi professionisti*, in *Dig. disc. priv. - sez. comm.*, Agg., Torino 2008, spec. § 1.

³⁵ Art. 1, c. 4, l. n. 4/2013.

³⁶ Cfr. T.a.r. Veneto, sez. III, 9 dicembre 2013, n. 1379, in *www.giustizia-amministrativa*, che ha annullato il provvedimento con cui il Comune resistente ha illegittimamente ricondotto l'attività di massaggiatore *shiatsu* (attività libera ai sensi della l. n. 4/2013) a quella di estetista, disciplinata dall'art. 1, l. n. 1/1990, per il cui avvio è necessaria la presentazione della s.c.i.a. ai sensi dell'art. 78, d.lgs. n. 59/2010 e dell'art. 2, l. n. 1/1990. Cfr., nello stesso senso, Cons. Stato, sez. V, 26 luglio 2016, n. 3378, in *www.giustizia-amministrativa.it*. Del problema, frequente nella prassi, si è occupato anche il Ministero dello sviluppo economico, con la risoluzione n. 80994 del 22 marzo 2016, in *www.sviluppoeconomico.gov.it*.

³⁷ In questa direzione, cfr. T.a.r. Piemonte, sez. I, 8 giugno 2017, n. 708, in *www.giustizia-amministrativa.it*, con riguardo ad un regolamento comunale sulla modalità di svolgimento dell'attività di distribuzione del materiale pubblicitario: “l'amministrazione comunale non dispone di poteri autorizzatori relativi all'attività di distribuzione di materiale pubblicitario. Si tratta infatti di un'attività essenzialmente libera [...]. Gli obblighi imposti dal Comune [con un proprio regolamento comunale] sono quindi illegittimi per contrasto con i principi della liberalizzazione economica ormai codificati anche nell'ordinamento interno”.

³⁸ In dottrina, E. BOSCOLO, *La regolamentazione del commercio*, cit., nel parlare di come le liberalizzazioni degli anni 2011-2012 abbiano condizionato il potere di pianificazione urbanistica con riguardo all'insediamento di attività commerciali, ha evocato (p. 1188) “il modello (di teoria generale) dello ‘spazio giuridico vuoto’ (*Rechtsleerer Raum*)”, prefigurato da Donato Donati. Si tratta di uno spazio di libertà concesso agli operatori economici, che non può essere compresso dal diritto pubblico. Più esattamente, tali liberalizzazioni (ed il potere di pianificazione esercitato nel loro rispetto) avrebbero la funzione di tracciare, così da tutelare certi interessi pubblici non recessivi a fronte della libertà economica, i confini spaziali entro cui questa si svolge, tramite l'insediamento di attività commerciali. Sono questi i confini dello spazio giuridico vuoto (di libertà) evocato dall'Autore. Questo pensiero, sempre con riguardo all'urbanistica commerciale, è stato poi ripreso da ID., *Libertà di svolgimento dell'attività di commercio*, cit., 244-245; ID., *La liberalizzazione del commercio*, cit., 114. L'Autore aveva cennato allo spazio giuridico vuoto, prescindendo dall'urbanistica, anche in ID., *La liberalizzazione*, cit., 508.

³⁹ Art. 6, l. n. 4/2013.

loro conformità alle normative tecniche UNI⁴⁰, deputate a definire, con finalità di progressiva standardizzazione, le caratteristiche qualitative di ciascuna attività⁴¹.

I professionisti potranno inoltre rivolgersi⁴² agli organismi (privati) di certificazione⁴³, affinché questi, in modo imparziale ed indipendente, valutino la conformità dell'attività svolta alle normative tecniche valide per la singola professione.

La scelta di favorire forme di auto-regolamentazione⁴⁴ sembrerebbe orientata verso un obiettivo preciso: compensare la rinuncia del legislatore a dettare una disciplina di diritto pubblico per le attività (ora libere e) sussumibili nell'ampia definizione data dalla legge. Così che il pericolo di un loro 'incontrollato' svolgimento potrebbe essere scongiurato dagli stessi professionisti, che, nell'ambito della propria autonomia privata, potrebbero 'auto-vincolarsi', ricercando degli schemi, flessibili ma uniformi, per regolare l'attività svolta ed i loro rapporti con i consumatori. Il rispetto di questi schemi gioverebbe ai consumatori nella scelta e nella valutazione del professionista.

⁴⁰ Secondo il comma 2 dell'art. 6, l. n. 4/2013, "la qualificazione della prestazione professionale si basa sulla conformità della medesima [alla] «normativa tecnica UNI», di cui alla direttiva 98/34/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 22 giugno 1998, e sulla base delle linee guida CEN 14 del 2010". Per una sintesi sulle norme tecniche v. M. GIGANTE, voce *Norma tecnica*, in (diretto da S. CASSESE) *Diz. dir. pubbl.*, vol. IV, Milano 2006, 3806 ss.; G. SMORTO, voce *Certificazione di qualità e normazione tecnica*, in *Dig. disc. priv. - sez. civ.*, Agg. II, Torino 2003, 205 ss.

⁴¹ Secondo il comma 3 dell'art. 6, l. n. 4/2013 "i requisiti, le competenze, le modalità di esercizio dell'attività e le modalità di comunicazione verso l'utente individuate dalla normativa tecnica UNI costituiscono principi e criteri generali che disciplinano l'esercizio autoregolamentato della singola attività professionale e ne assicurano la qualificazione".

⁴² Precisa il comma 2 dell'art. 9, l. n. 4/2013, che "gli organismi di certificazione accreditati dall'organismo unico nazionale di accreditamento ai sensi del regolamento (CE) n. 765/2008 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 9 luglio 2008, possono rilasciare, su richiesta del singolo professionista anche non iscritto ad alcuna associazione, il certificato di conformità alla norma tecnica UNI definita per la singola professione". All'elaborazione della normativa tecnica relativa a ciascuna professione collaborano le associazioni di categoria di cui si dirà subito nel testo (art. 9, c. 1, l. cit.).

⁴³ A. BENEDETTI, *Certezza pubblica e "certezze" private. Poteri pubblici e certificazioni di mercato*, Milano 2010.

⁴⁴ In dottrina, M. BOMBARDELLI, *Semplificazione normativa*, cit., nel trattare delle misure che potrebbero essere assunte per gestire la (spesso inevitabile) complessità delle fonti, ha rilevato che (p. 1055) "l'auto-organizzazione consente di evitare questa rincorsa [si tratta della ricorso alle norme di dettaglio] perché permette di disciplinare i fenomeni sociali più specifici senza aumentare il grado di dettaglio delle norme, ma affiancando invece ai soggetti coinvolti nella loro applicazione la possibilità di trovare da sé – attraverso interazioni locali orientate da norme [...] - degli schemi di comportamento e degli assetti non fissi ma sufficientemente stabili attraverso cui regolare i loro rapporti". Aggiunge l'Autore (p. 1056): "questi schemi possono consentire di regolare in modo semplice ed efficace i comportamenti degli agenti del sistema e se la loro utilità viene confermata essi possono consolidarsi...". Del fenomeno dell'"autoregolazione privata" (e del suo rapporto con la regolazione pubblica) ha recentemente parlato anche P. LAZZARA, *La regolazione amministrativa*, cit., spec. § 10, secondo cui "l'autoregolazione presuppone il riconoscimento di un ambito di scelte 'autonome' che, nel rispetto degli obiettivi legislativi, possono stabilire modalità e soluzioni preferite, sull'assunto che in questo modo le finalità economiche e sociali, si realizzano (quasi) spontaneamente". Nella prospettiva dell'Autore, la regolazione pubblica presuppone l'autonomia privata e svolge una funzione di sua "supplenza (o completamento)", secondo il principio di sussidiarietà; così che la regolazione pubblica dovrebbe essere attivata solamente allorché il mercato non raggiungesse adeguatamente e spontaneamente i fini di pubblico interesse previsti dalla legge. In altri termini, sono i fallimenti del mercato a legittimare la regolazione pubblica.

Si affianca e sostiene l'autoregolamentazione volontaria il fatto che i professionisti possono riunirsi in associazioni di categoria⁴⁵, legittimate a rilasciare ai propri iscritti delle speciali attestazioni di appartenenza⁴⁶, da spendere nei confronti dei consumatori.

Le attestazioni⁴⁷, in aggiunta (o in alternativa) alle certificazioni rilasciate degli organismi di certificazione, valgono come indice di serietà e qualità del singolo associato nello svolgimento della propria professione.

Sulla corretta attuazione del sistema⁴⁸ (combinato) di autoregolamentazione ed associativo ideato dalla l. n. 4/2012, sono conferiti poteri di vigilanza⁴⁹ al Ministero dello sviluppo economico, che tiene un apposito e pubblico elenco⁵⁰ delle associazioni di categoria.

Nel complesso l'autoregolamentazione volontaria delle singole professioni libere, in una con il controllo esercitato dalle associazioni di categoria sui relativi iscritti, sembra capace di integrare, senza l'ausilio del diritto pubblico, un nucleo (relativamente stabile e

⁴⁵ Cfr. artt. 2-5, l. n. 4/2013. Il loro diritto di associarsi, senza queste previsioni, sarebbe stato comunque sussistente, ai sensi dell'art. 18 Cost.

⁴⁶ Secondo l'art. 7, l. n. 4/2013: *“al fine di tutelare i consumatori e di garantire la trasparenza del mercato dei servizi professionali, le associazioni professionali possono rilasciare ai propri iscritti, previa le necessarie verifiche, sotto la responsabilità del proprio rappresentante legale, un'attestazione ...”*. La legge comunque precisa, all'ultimo comma dello stesso articolo, coerentemente alla totale libertà della professione, che *“le attestazioni [...] non rappresentano un requisito necessario per l'esercizio dell'attività professionale”*. Secondo F. DI PORTO, *Le 'professioni non regolamentate'*, cit., tali meccanismi di attestazione avrebbero vantaggi e svantaggi (p. 268-269): *“se da un lato, le attestazioni delle associazioni assicura che il controllo sia svolto da professionisti appartenenti al gruppo, che sono in possesso dell'expertise necessaria per giudicare la qualità di una prestazione [...]; dall'altro, la circostanza che siano gli stessi professionisti ad auto-valutarsi genera conflitti di interesse e aumenta il rischio di distorsione”*.

⁴⁷ L'art. 8, l. n. 4/2013, si occupa della validità temporale delle attestazioni rilasciate dalle associazioni di categoria.

⁴⁸ Secondo F. DI PORTO, *Le 'professioni non regolamentate'*, cit., 276, con il riconoscimento legislativo dell'autoregolamentazione, *“espressione di meta-regulation, si passerebbe dal modello self-regulation puro ad un modello misto, con delega legislativa all'auto-regolazione nei confronti delle associazioni riconosciute e vigilanza rimessa in prima battuta alle associazioni stesse e, in ultima istanza (sebbene fortemente attenuata), ad istituzioni pubbliche (il Mise)”*.

⁴⁹ Art. 10, l. n. 4/2013. Secondo il comma 4 dell'art. 6, l. cit., lo stesso Ministero *“promuove l'informazione nei confronti dei professionisti e degli utenti riguardo all'avvenuta adozione, da parte dei competenti organismi, di una norma tecnica UNI relativa alle attività professionali [totalmente libere]”*.

⁵⁰ Secondo il comma 7 dell'art. 2, l. n. 4/2013, *“l'elenco delle associazioni professionali di cui al presente articolo e delle forme aggregative di cui all'art. 3 che dichiarano, con assunzione di responsabilità dei rispettivi rappresentanti legali, di essere in possesso dei requisiti ivi previsti e di rispettare, per quanto applicabili, le prescrizioni di cui agli articoli 5, 6 e 7 è pubblicato dal Ministero dello sviluppo economico nel proprio sito internet”*. Alcuni provvedimenti ministeriali di accoglimento della domanda di iscrizione in tale elenco, sono stati impugnati. Per esempio, il Consiglio nazionale dell'ordine degli psicologi ha impugnato il provvedimento con cui il Ministero dello sviluppo economico, M.s.e., ha accolto la domanda di iscrizione presentata da un'associazione di soggetti svolgenti la professione di *counseling*. Il T.a.r. Lazio, Roma, sez. III, 17 novembre 2015, n. 13020, in www.giustizia-amministrativa.it, ha accolto il ricorso, annullando il provvedimento ministeriale di iscrizione, giacché *“l'attività di counseling, intesa come quella di 'aiuto alla soluzione di problemi che possono causare lieve disagio psichico... fuori da contesti clinici', rientra nelle competenze proprie dello psicologo. Invero, il disagio psichico, indipendentemente dal suo livello di gradazione, è una condizione che attiene senz'altro alla sfera della salute e per tale ragione il suo trattamento, configurandosi come attività sanitaria, è assoggettato a specifica regolamentazione ai sensi della direttiva 2005/36/CE”*. In buona sostanza: l'attività di *counseling* si sovrapporrebbe a quella (regolamentata e sanitaria) dello psicologo.

tutto 'privato', perché fondato sull'autonomia privata) di norme, che potrebbe rendere anche superfluo, se non dannoso, un intervento di regolazione pubblica.

Con riguardo all'individuazione delle attività economiche radicalmente libere, c'è una convergenza tra l'operazione di 'mappatura', per opera della tabella A allegata al d.lgs. n. 222/2016, e legge n. 4/2013. Anche quest'ultima non le elenca⁵¹: esse si ricavano in via residuale: l'attività economica può ritenersi totalmente immune da controlli burocratici sul suo avvio e svolgimento soltanto laddove non sia riservata per legge a soggetti iscritti in ordini o albi professionali⁵², oppure non riceva una specifica disciplina (per opera di una legge statale oppure regionale). Tutto ciò sembra confermare la residualità dell'opzione zero.

Occorre poi osservare che il sistema di pubblicità delle associazioni di categoria, congegnato dalla l. n. 4/2013, genera, di fatto, una 'mappatura' - volontaria e privata, ma garantita dalla vigilanza del Ministero dello sviluppo economico - delle categorie di attività economiche completamente libere.

Senonché, sotto questo profilo, 'mappatura' legislativa dei procedimenti amministrativi, per opera della tabella A, ed (effetto pratico della) 'mappatura' generata dall'applicazione della l. n. 4/2013 si pongono in antitesi: la prima individua delle attività economiche certamente sottoposte ad un controllo burocratico sul loro avvio, cioè ad uno dei "regimi amministrativi" previsti dall'art. 2, d.lgs. n. 222/2016. La seconda, invece, individua quelle radicalmente immuni da ogni controllo burocratico, di modo da approssimativamente disvelare, malgrado il suo compito istituzionale non sia affatto questo, l'ambito oggettivo di operatività dell'opzione zero. La consultazione dei registri ministeriali⁵³ permette di individuare forse la gran parte delle professioni ora realmente

⁵¹ Forse l'unica, o quanto meno la più rilevante sul piano pratico, fonte del diritto statale che elenca, in modo assai puntuale, delle attività private realmente libere è l'art. 6, d.P.R. n. 380/2001: si tratta appunto delle attività edilizie libere. V. l'analisi del vigente art. 6 svolta da M. BREGANZE, *Il riordino dell'attività edilizia libera e semilibera nel decreto c.d. s.c.i.a. 2*, in *Riv. giur. urb.*, 2017, 11 ss.

⁵² Si ricordi in proposito che la materia "professioni", ai sensi dell'art. 117, c. 3, Cost., è di potestà legislativa concorrente e che, secondo la consolidata giurisprudenza della Corte costituzionale, soltanto la legge statale può individuare nuove professioni: "questa Corte ha più volte affermato che la potestà legislativa regionale nella materia concorrente delle professioni deve rispettare il principio secondo cui l'individuazione delle figure professionali, con i relativi profili e titoli abilitanti, è riservata, per il suo carattere necessariamente unitario, allo Stato, rientrando nella competenza delle Regioni la disciplina di quegli aspetti che presentano uno specifico collegamento con la realtà regionale. Tale principio, al di là della particolare attuazione ad opera dei singoli precetti normativi, si configura infatti quale limite di ordine generale, invalicabile dalla legge regionale. Da ciò deriva che non è nei poteri delle Regioni dar vita a nuove figure professionali" (così sentenza 22 ottobre 2010, n. 300, in www.corte-costituzionale.it). Cfr. la sentenza della Corte costituzionale, 22 luglio 2005, n. 302. In dottrina, sulla disciplina delle professioni, v. P. PISCIONE, voce *Professioni*, in *Enc. dir.*, vol. XXXVI, Milano 1897. Sulla giurisprudenza costituzionale in tema di professioni, v. A. GIANNOTTI, *Le 'professioni' tra legislazione statale e regionale dopo la riforma del Titolo V della Costituzione*, in *Le Regioni*, 2004, 123 ss.; E. BINDI e M. MANCINI, *Principi costituzionali in materia di professioni e possibili contenuti della competenza legislativa statale e regionale alla luce della riforma del Titolo V*, *ibidem*, 2004, 1443 ss.

⁵³ Nell'elenco tenuto dal Ministero dello sviluppo economico - suddiviso in due sezioni: "associazioni che rilasciano l'attestato di qualità e di qualificazione professionale dei servizi prestati dai soci" e "associazioni che non rilasciano l'attestato di qualità e di qualificazione professionale dei servizi prestati dai soci" - si trovano numerose associazioni di categorie professionali: ad esempio, associazione disegnatori industriali, di istruttori di danza, amministratori di condominio, guide escursionistiche, archeologi;

libere: dei mercati interamente conformati dall'autonomia privata di professionisti e consumatori.

4. L' 'errore' dell'operatore economico sull'opzione zero.

Una precisazione conclusiva sull'ambito di operatività dell'opzione zero e con un notevole rilievo pratico. Considerare un'attività radicalmente libera, anziché sottoposta ad un controllo burocratico, benché di tipo successivo al suo avvio, secondo il modello della s.c.i.a., ha comunque evidenti conseguenze amministrative: l'errore determina l'esercizio abusivo dell'attività economica e giustifica l'esercizio di poteri inibitori e sanzionatori da parte dell'amministrazione preposta al controllo.

Questi inesauribili⁵⁴ poteri, di natura ufficiosa⁵⁵ e vincolata, potrebbero essere in concreto esercitati anche a distanza di molto tempo dall'avvio dell'attività economica erroneamente ritenuta radicalmente libera; e la mancanza di ogni precedente 'contatto' tra autorità ed operatore economico rende difficilmente ipotizzare il consolidarsi di un legittimo affidamento⁵⁶ del secondo sulla regolarità della propria attività. In altri termini, l'operatore economico non sembrerebbe potere utilmente invocare la propria buona fede sull'opzione zero per paralizzare il potere sanzionatorio o, quanto meno, per renderlo discrezionale, obbligando l'amministrazione ad una comparazione tra interesse pubblico lesa dall'abusivo esercizio dell'attività economica ed interesse alla sua prosecuzione.

A un siffatto 'errore' non è inoltre possibile rimediare presentando una s.c.i.a. oppure una domanda di autorizzazione 'ora per allora'⁵⁷, eventualmente a seguito dell'avvio del procedimento repressivo dell'attività, così da sanare⁵⁸ l'esercizio intanto abusivo della

amministratori immobiliari, formatori ecc. L'elenco è consultabile nel sito istituzionale www.sviluppoeconomico.gov.it.

⁵⁴ M. TRIMARCHI, *L'inesauribilità*, cit., *passim*.

⁵⁵ Ma che potrebbero essere sollecitati dalle denunce dei concorrenti, i quali, in caso di inerzia dell'amministrazione, essendo i poteri repressivi vincolati, potrebbero ricorrere contro il silenzio, ai sensi degli artt. 31 e 117 c.p.a. affinché l'amministrazione sia condannata all'avvio e alla conclusione del procedimento. In giurisprudenza, *ex multis*, con riguardo agli abusi edilizi, ma con schemi di ragionamento che sembrano validi anche con riguardo alle attività commerciali, v. Cons. Stato, sez. IV, 4 maggio 2012 n. 2592, in www.giustizia-amministrativa.it. Per un approfondimento, in dottrina, v. L. DE LUCIA, *Denunce qualificate e preistruttoria amministrativa*, in *Dir. amm.*, 2002, 717 ss.

⁵⁶ Per una sintesi su questo principio, v. M.T. CAPUTI JAMBRENGHI, *Il principio del legittimo affidamento*, in *Studi sui principi*, cit., 159 ss. Per un approfondimento, tra i tantissimi contributi, v. A. TRAVI, *La tutela dell'affidamento del cittadino nei confronti della pubblica amministrazione*, in *Dir. pubbl.*, 2018, 121 ss.; M. GIGANTE, *Mutamenti nella regolazione dei rapporti giuridici e legittimo affidamento. Tra diritto comunitario e diritto interno*, Milano 2008; D.U. GALETTA, *La tutela dell'affidamento nella prospettiva del diritto amministrativo italiano, tedesco e comunitario: un'analisi comparata*, in *Dir. amm.*, 2008, 757 ss.

⁵⁷ S. PERONGINI, *La formula «ora per allora» nel diritto pubblico. Vol. I. Le diverse tipologie di provvedimenti «ora per allora»*; ID., *La formula «ora per allora» nel diritto pubblico. Vol. II. Il provvedimento amministrativo «ora per allora»*, Napoli 1999.

⁵⁸ I casi in cui l'ordimento ammette procedimenti abilitativi in sanatoria sono tipici. Si pensi, in materia edilizia, al permesso di costruire in sanatoria, ai sensi dell'art. 36, d.P.R. n. 380/2001, oppure alla s.c.i.a. in sanatoria, ai sensi dell'art. 37, d.P.R. cit., ambo onerose ed ammesse esclusivamente in caso di c.d. doppia conformità dell'opera abusivamente realizzata, cioè di sua conformità alla disciplina urbanistico-edilizia vigente al momento della realizzazione dell'opera e a quella vigente al momento della presentazione della

medesima: vige il principio di tipicità⁵⁹ dei poteri amministrativi. Non sono pertanto ammesse sanatorie di attività illecite al di fuori dei (pochi) casi espressamente previsti dalle singole leggi settoriali.

L'errore in questione quindi, sul piano economico, potrebbe 'costare' davvero molto, soprattutto se, come generalmente avviene, sono stati effettuati investimenti per l'avvio dell'attività; tanto da indurre gli operatori economici a presentare, nel dubbio⁶⁰ e per cautelarsi, una segnalazione certificata di inizio attività, eventualmente attendendo lo spirare del termine di sessanta giorni previsto dal comma 2 dell'art. 19, l. 241/1990, per intraprenderla.

5. *L'ordine pubblico come limite generale alla libertà economica. Un esempio: il divieto di svolgere il "mestiere di ciarlatano" ai sensi dell'art. 121, r.d. n. 773/1931.*

La totale libertà di avviare e svolgere un'attività economica - in quanto non 'mappata' e non ricondotta dall'amministrazione, ai sensi dell'art. 2, c. 6, d.lgs. n. 222/2016, a quelle per legge 'mappate' oppure non soggetta ad un controllo burocratico secondo una qualche legge settoriale non censita dalla tabella A - incontra un limite generale: l'ordine pubblico⁶¹. Tutte le attività imprenditoriali con esso incompatibili, per il loro disvalore, sono vietate dall'ordinamento e, perciò, il loro esercizio integra un illecito di carattere amministrativo o addirittura avente rilievo penale.

Un chiaro esempio in questo senso - ed è forse uno dei pochi in cui l'ordinamento vieta espressamente lo svolgimento di una 'professione' - è offerto dall'art. 121, r.d. n. 773/1931, testo unico delle leggi di pubblica sicurezza, secondo cui "è vietato il mestiere di ciarlatano"⁶².

domanda di sanatoria. Mentre, in materia paesaggistica, si pensi all'art. 167, d.lgs. n. 42/2004, che consente, a certe rigorose condizioni e previo parere della Soprintendenza, il rilascio dell'autorizzazione paesaggistica in sanatoria.

⁵⁹ Sul tema, v. G. MORBIDELLI, *Il principio di legalità e i c.d. poteri impliciti*, in *Dir. amm.*, 2007, 703 ss., spec. § 10, punto f), dedicato ai "provvedimenti a sanatoria di comportamenti realizzati senza titolo, che hanno determinato la realizzazione di una res". Per una recente ed efficace sintesi sul principio di tipicità dei poteri amministrativi, v. R. VILLATA e M. RAMAJOLI, *Il provvedimento*, cit., 35 ss.

⁶⁰ Gli operatori economici potrebbero chiedere alle amministrazioni informazioni sul reale regime amministrativo dell'attività che intendono intraprendere, ai sensi del comma 3 dell'art. 1, d.lgs. n. 222/2016, secondo cui "le amministrazioni procedenti forniscono gratuitamente la necessaria attività di consulenza funzionale all'istruttoria agli interessati in relazione alle attività elencate nella tabella A, fatto salvo il pagamento dei soli diritti di segreteria previsti dalla legge". In questo caso sì la risposta dell'amministrazione, nel senso della radicale libertà dell'attività, potrebbe ingenerare un legittimo affidamento in proposito. Cfr., nella stessa direzione dell'art. 1, c. 3, d.lgs. cit., l'art. 7, direttiva 2006/123/CE.

⁶¹ Sulla nozione di ordine pubblico nel diritto amministrativo, v. G. CORSO, voce *Ordine pubblico*, in *Enc. dir.*, vol. XXX, Milano 1980; C. MEOLI, voce *Ordine pubblico (dir. amm.)*, in *Enc. giur.*, 2012, in www.treccani.it. In generale, sul tema dell'impresa illecita, v. E. VENAFA, *L'impresa del crimine. Il crimine nell'impresa*, Torino 2012.

⁶² In giurisprudenza, di recente, v. Cons. giust. amm., sez. giur., 3 marzo 2015, n. 195, in www.giustizia-amministrativa.it, sull'attività di cartomante e grande esorcista.; T.a.r. Piemonte, sez. I, 27 giugno 2014, n. 1138, sull'attività parapsicologica, *ibidem*. Meno di recente ed in senso favorevole agli operatori dell'occulto, v. T.a.r. Liguria, sez. II, 14 febbraio 1997, n. 37, in *Foro amm.*, 1997, 2047, con nota di A. CAPITANO, *Nuova interpretazione sull'attività degli «operatori dell'occulto»*. Contra, T.a.r. Umbria, sez. I, 8 febbraio 1996, n.

Specifica, esemplificativamente⁶³, l'art. 231, r.d. n. 635/1940⁶⁴, che, per mestiere di ciarlatano, si intende “ogni attività diretta a speculare sull'altrui credulità, o a sfruttare od alimentare l'altrui pregiudizio, come gli indovini, gli interpreti di sogni, i cartomanti, coloro che esercitano giochi di sortilegio, incantesimi, esorcismi, o millantano o affettano in pubblico grande valentia nella propria arte o professione, o magnificano ricette o specifici, cui attribuiscono virtù straordinarie o miracolose”.

Col limite del divieto di pratiche commerciali sleali⁶⁵, la libertà economica può svolgersi nei modi più creativi, sviluppando ‘nuovi’ servizi e prodotti per i consumatori; oppure individuando ‘nuovi’ modi di pubblicizzarli, purché questi non siano ingannevoli⁶⁶, o di consegnarli al consumatore. Questo costante stimolo allo sviluppo, onde conquistare e semmai fidelizzare i consumatori, il cui giudizio, in un sistema giuridico concorrenziale, determina il successo di ogni iniziativa imprenditoriale, è uno dei maggiori risvolti positivi di un tale assetto dei processi economici.

Ma la libertà economica, per quanto si fondi sulla creatività dei singoli, non può giungere a speculare sull'ignoranza e sulle difficoltà dei meno istruiti o dei più deboli, valendosi di magia, esorcismi o scienze occulte ed abilmente spacciate per miracolose o, ancora più grave, curative e terapeutiche. Con il rischio che, in quest'ultimo caso, sia, anche irreversibilmente, minacciata la salute⁶⁷ di chi ha confidato sulle abilità del ciarlatano.

Lo svolgimento di questo genere di attività, malgrado abbia recentemente perso il proprio rilievo penale⁶⁸, è espressamente vietato⁶⁹ dall'ordinamento e pare costituire un

61, in *Foro amm.*, 1996, con nota di ID., *Sul divieto di esercizio della cartomanzia*. Sull'interpretazione dell'art. 121, r.d. 773/1931, si è soffermato anche M.M. FRACANZANI, *Analogia e interpretazione estensiva nell'ordinamento giuridico*, Milano 2003, 239-241. Sul tema delle televendite aventi ad oggetto ‘servizi’ di cartomanzia, v. L. MUSSELLI, *L'ordinamento speciale delle televendite aventi ad oggetto servizi di astrologia, cartomanzia e di pronostici: limitazioni orarie di programmazione in funzione di tutela dei minori*, in *Foro amm. - T.a.r.*, 2005, 3967 ss. Tra la letteratura privatistica, M. NUNZIATA, *Profili civilistici della ‘ciarlaneria’*, in *Giust. civ.*, 1996, 77 ss. Sul fenomeno della lacrimazione di sangue delle statue di gesso raffiguranti la Madonna, P. LILLO, *Libertà religiosa e «abuso della credulità popolare»*, *Dir. eccl.*, 1996, 596 ss. Meno di recente, per uno sguardo d'insieme sul tema, v. G. DALLA TORRE, voce *Magia e sortilegio*, in *Enc. dir.*, vol. XXV, Milano, 1975, 168 ss.

⁶³ Sul carattere esemplificativo della definizione di ciarlatano, v. Cons. Stato, sez. IV, 3 aprile 2001, n. 1936, in *Foro amm.*, 2001, 813.

⁶⁴ Si tratta del “regolamento per l'esecuzione del Testo unico 18 giugno 1931, n. 773 delle leggi di pubblica sicurezza”.

⁶⁵ Cfr. artt. 20 ss., d.lgs. n. 206/2005, codice del consumo, dove sono le condotte ingannevoli e aggressive.

⁶⁶ D.lgs. n. 145/2007, dove si definisce la “pubblicità ingannevole” come (art. 2, c. 1, lett. b) “qualsiasi pubblicità che in qualunque modo, compresa la sua presentazione è idonea ad indurre in errore le persone fisiche o giuridiche alle quali è rivolta o che essa raggiunge e che, a causa del suo carattere ingannevole, possa pregiudicare il loro comportamento economico ovvero che, per questo motivo, sia idonea a ledere un concorrente”.

⁶⁷ La condotta del ciarlatano che distoglie dalla ‘medicina ufficiale’ un soggetto malato, convincendolo a preferire i propri rimedi alternativi, ma non collaudati secondo la scienza medica, potrebbe integrare un omicidio colposo. Cfr. Cass. pen., sez. I, 22 novembre 2007, n. 2112. Sempre sul rilievo penale di tali condotte cfr. P. CIPOLLA, «Scientificità» della pratica terapeutica come proprium dell'attività medica tutelata sub art. 348 c.p., e implicazioni in tema di «medicine alternative», in *Cass. pen.*, 2006, 3628 ss.

⁶⁸ L'art. 661 c.p., rubricato “abuso della credulità popolare”, prevedeva la seguente fattispecie contravvenzionale: “chiunque, pubblicamente, cerca con qualsiasi impostura, anche gratuitamente, di abusare della credulità popolare è punito, se dal fatto può derivare un turbamento dell'ordine pubblico, con

giusto limite, di carattere generale, alla libertà economica, in funzione di tutela dell'ordine pubblico.

6. Profili critici sulla 'mappatura' dei procedimenti amministrativi relativi alle attività economiche per opera della tabella A allegata al d.lgs. n. 222/2016.

Da una tecnica normativa, che consente di affermare il carattere residuale della totale libertà economica, non può inferirsi, come spiegato in precedenza spiegato, che le politiche pubbliche sull'accesso al mercato siano, per ciò solo, incoerenti con un ordine giuridico del mercato concorrenziale. Sì, all'apparenza siffatta 'residualità' potrebbe sembrare addirittura paradossale; ma lo è soltanto osservando il fenomeno sull'assunto (errato) che un tale ordine imponga la generale eliminazione di ogni controllo pubblico sull'accesso al mercato e che il libero mercato abbia un 'valore' tale da rendere recessivo ogni altro interesse pubblico, anche se sensibile, ad esso antagonista: un'immobile gerarchia degli interessi con al vertice, come un'entità numinosa, il libero mercato.

Sul presupposto che, in termini generali, la presenza di controlli burocratici sull'avvio delle attività economiche sia accettabile, se non talvolta necessaria, sembra ora utile soffermarsi su alcuni profili critici dell'operazione di 'mappatura' dei procedimenti per opera della tabella A (e comunque relativi al generale tema della regolazione pubblica sull'accesso al mercato); anche perché, giunti a questo punto della ricerca, si dispone di un numero sufficiente di elementi per qualche considerazione di sintesi.

Un primo profilo critico è, anzitutto, la reale inerenza di interessi pubblici antagonisti al libero mercato - e tali da giustificare un controllo burocratico - alla moltitudine di attività economiche puntualmente 'mappate'. Se questa inerenza difettesse, esse dovrebbero essere attratte nell'ambito di operatività dell'opzione zero e rimesse integralmente all'autonomia privata di imprese e consumatori, eventualmente incentivando, sulla scia della l. n. 4/2013, delle forme di auto-regolamentazione.

Se, invece, questa inerenza davvero sussista (il che, in molti casi, parrebbe fisiologico per gli effetti negativi, sul piano sociale, generati da molte attività economiche), si pone un secondo profilo critico: la necessità di tutelarli adeguatamente solamente sottoponendo l'attività al controllo autorizzatorio, di per sé maggiormente restrittivo della libertà economica, previsto dalla relativa disciplina settoriale (indicata nella tabella A); ed, in pari tempo, di subordinandone l'avvio al rispetto di tutti i requisiti attualmente previsti, talvolta minuziosamente, sempre dalla medesima disciplina; di regola da integrare, sotto quest'ultimo profilo, con regolamenti statali, discipline regionali o perfino regolamenti comunali.

l'arresto fino a tre mesi o con l'ammenda fino a euro 1.032". Tale reato è stato recentemente depenalizzato dall'art. 2, d.lgs. n. 8/2016. Ora, in luogo dell'arresto e dell'ammenda, è prevista l'irrogazione di una "sanzione amministrativa pecuniaria da euro 5.000 a euro 15.000".

⁶⁹ Resta fermo, sul piano amministrativo, il potere del Questore competente per territorio di ordinare, ai sensi degli artt. 17-ter e 100, r.d. n. 773/1931, l'immediata cessazione dell'attività di ciarlatano.

Ancora sull'assunto che questa inerenza sussista, nell'ipotesi in cui un controllo preventivo fosse stimato necessario, può porsi un terzo profilo critico: l'indispensabilità di mantenere uno spazio di discrezionalità dell'amministrazione, uno spazio di valutazione ad essa tutto riservato e di regola insindacabile dal giudice amministrativo nella sua giurisdizione di legittimità, che potrebbe invece essere ridotto, con una nuova disciplina dei requisiti da osservare per accedere al mercato.

Si tratta, in sostanza, degli stessi problemi affrontati dalla Corte di giustizia nel sindacare⁷⁰ i regimi autorizzatori nazionali: problemi tutti relativi alla necessità ed alla proporzionalità rispetto al fine del modello di controllo burocratico e dei requisiti ora previsti dal diritto nazionale per ciascuna tipologia di attività economica, onde proteggere gli interessi pubblici antagonisti al libero mercato ed inerenti alla singola attività economica.

6.1. (Segue) *Ri-regolazione, semplificazione amministrativa e scelta del diritto.*

Questi profili critici meritano una riflessione ancora maggiore, collocandoli in una prospettiva più ampia e seguendo quanto recentemente osservato dalla Corte costituzionale⁷¹, secondo cui *“una politica di ‘ri-regolazione’ [delle attività economiche] tende ad aumentare il livello di concorrenzialità dei mercati e permette ad un maggiore numero di operatori economici di competere, valorizzando le proprie risorse e competenze”*⁷². Tanto più se queste politiche di *“ri-regolazione”* rimediano ad una consolidata *“regolazione delle attività economiche ingiustificatamente intrusiva, cioè non necessaria e sproporzionata rispetto alla tutela di beni costituzionalmente protetti [che] 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”*⁷³.

⁷⁰ *Supra*, cap. IV.

⁷¹ Sentenza 20 luglio 2012, n. 200 in www.cortecostituzionale.it, che respinge le censure di illegittimità costituzionale dei commi 1 e 2 dell'art. 3, d.l. n. 138/2011, anche perché *“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”*. Mentre accoglie quelle relative al comma 3 del medesimo d.l. Su quest'ultimo profilo, *infra*, nota 108.

⁷² § 7.4 della parte in diritto, dove si premette 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”*. La sentenza è stata criticamente commentata da G.U. RESCIGNO, *Come i governanti*, cit., 2012, 2940 ss.; F. SAIITO, *la Corte costituzionale, la tutela della concorrenza e il «principio generale della liberalizzazione» tra Stato e Regioni*, in www.rivistaaic.it, 2012. Questi ragionamenti della Corte sono confermati dalla successiva sentenza: Corte cost., 11 dicembre 2012, n. 299, in www.cortecostituzionale.it, § 6.1. della parte in diritto. Ancora venti anni fa, G. CORSO, *Attività economica*, cit., aveva forse, almeno in parte, anticipato il pensiero della Corte costituzionale, parlando (p. 641) di *“ri-regulation”*, cioè di sostituzione delle vecchie regole *“di diritto pubblico con “altre regole”: volte a disciplinare il concorso tra gli operatori economici (a regolare il traffico) più che ad assoggettare l'iniziativa economica privata ai poteri amministrativi”*.

⁷³ § 7.4

Per tale via la ri-regolazione delle attività economiche dovrebbe condurre, almeno in teoria, la “*qualità della regolazione*”⁷⁴, con conseguente reale semplificazione⁷⁵ amministrativa: il risultato è norme sull’avvio delle attività economiche giustificate da reali motivi d’interesse pubblico, chiare ed organiche⁷⁶. Inoltre la semplificazione, così intesa, è

⁷⁴ § 7.4. Sul tema della qualità della regolazione si soffermato anche il Consiglio di Stato, Comm. spec., parere 24 agosto 2016, n. 1784, cit., relativo allo schema del decreto legislativo, c.d. s.c.i.a 2, siccome licenziato dalla Presidenza del Consiglio dei Ministri: “*la qualità delle norme si misura dalla capacità di garantire un elevato livello qualitativo del rapporto tra i soggetti dell’ordinamento, mediante scrittura formale e contenuti certi, chiari, razionali, coerenti. A tale riguardo la legge deve essere non soltanto necessaria, comprensibile, completa e sistematica, ma deve anche porre regole il più possibile condivise e, soprattutto, prevedere per i suoi destinatari solo quegli adempimenti che siano strettamente necessari al suo funzionamento*”.

⁷⁵ La letteratura sul tema è davvero amplissima e con tante diverse sfumature. Tra i contributi meno recenti, oltre a quelli citati *supra*, in nota 4, che, quantunque dedicati alle liberalizzazioni, affrontano il connesso tema della semplificazione, si segnala: E. CASETTA, *La difficoltà di semplificare*, cit., 335 ss.; L. TORCHIA, *Le tendenze recenti della semplificazione amministrativa*, in *ibidem.*, 1998, 385 ss.; G. VESPERINI, *La semplificazione dei procedimenti amministrativi*, in *ibidem.*, 1998, 655 ss.; ID., voce *Semplificazione amministrativa*, in (a cura di S. CASSESE) *Diz. dir. pubbl.*, vol. VI, Milano 2006, 5479 ss.; M. CLARICH, *Modelli di semplificazione nell’esperienza comparata*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1998, 679 ss.; S. CASSESE, *La semplificazione amministrativa e l’orologio di Taylor*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1998, 699 ss.; R. FERRARA, *Le ‘complicazioni’ della semplificazione amministrativa: un’amministrazione senza qualità*, in *Dir. proc. amm.*, 1999, 323 ss.; V. CERULLI IRELLI e F. LUCIANI, *La semplificazione dell’azione amministrativa*, in *Dir. amm.*, 2000, 627 ss.; F. MANGANARO, *Principio di legalità e semplificazione dell’azione amministrativa. Profili critici e principi ricostruttivi*, Napoli 2000. Più di recente, tra i tanti, M.R. SPASIANO, *La semplificazione amministrativa e la garanzia dell’effettività dell’esercizio del potere pubblico*, in *Foro amm.-T.a.r.*, 2010, 3041 ss.; P. LAZZARA, *Il principio di semplificazione*, cit., 533 ss.; C. PINELLI, *Liberalizzazione*, cit., 355 ss.; G. SPINA, *La semplificazione amministrativa come principio dell’essere e dell’agire dell’amministrazione. Studio sull’evoluzione delle logiche di semplificazione amministrativa in Italia dal 1990 ad oggi*, Napoli 2013; N. RANGONE, voce *Semplificazione amministrativa*, 2014, in www.treccani.it; F. LIGUORI, *Le incertezze degli strumenti di semplificazione: lo strano caso della d.i.a. - S.c.i.a.*, in *Dir. proc. amm.*, 2015, 1223 ss.; G. TROPEA, *La discrezionalità amministrativa*, cit. 107 ss.; A. TRAVI, *La semplificazione amministrativa come strumento per far fronte alla crisi economici*, in www.giustamm.it, 2016; A. MOLITERNI, *Semplificazione amministrativa e tutela degli interessi sensibili: alla ricerca di un equilibrio*, in *Dir. amm.*, 2017, 699 ss.

⁷⁶ Sono ancora pienamente valide ed attuali le riflessioni A. TRAVI, *La liberalizzazione*, cit., 652, secondo cui la semplificazione non si riduce nell’“*eliminazione di adempimenti il cui costo, in termini di attività amministrativa, non sia giustificato da altrettanto utilità sociale*”, ma intanto esige “*formazione di relazione più semplici, più chiare e più certe tra amministrazioni e cittadino*”, cioè di maggiore qualità. Sembra essere questo per l’Autore il vero senso della semplificazione. Tanto che - Egli esemplifica - l’esclusione della necessità di un provvedimento per lo svolgimento dell’attività, con la sua sottoposizione a d.i.a. (p. 652-653), “*è solo una frazione di un possibile processo di semplificazione. È necessaria anche un’altra fase che richiede che la disciplina di quell’attività sia elaborata in termini chiari, certi o organici. [...] In conclusione, ha senso procedere alla liberalizzazione di un’attività solo per quell’attività vi è una normativa che assicuri chiarezza, certezza e organicità. Altrimenti, quasi paradossalmente, il risultato della riforma è opposto rispetto a quello voluto. Non si realizza una maggiore libertà di accesso al mercato, ma si disincentiva quell’attività, perché si introducono futuri nuovi motivi di incertezza, di rischio, di responsabilità*”. Merita di essere ricordata anche la più recente prospettiva di F. SATTA, *Liberalizzare*, cit., che non riduce le politiche di semplificazione nella soppressione del previo atto di consenso, ma le colloca in un ambito assai più ampio, quello di una ridefinizione del rapporto autorità-libertà (p. 180): “*il vero problema della semplificazione non sta (solo) in qualche riscrittura di forme procedurali, ma in un ripensamento del rapporto tra autorità e cittadino, dal quale dipendono tutti i discorsi su moduli e procedimenti*”. La soluzione di questo problema (p. 183) “*non sta dunque [...] nell’eliminare ogni forma di controllo ex ante ed ex post dell’autorità amministrativa, affidandosi solo al rispetto delle regole da parte dei cittadini. Una soluzione di questo genere è impraticabile [perché] per arrivare al rispetto spontaneo delle regole, che non richieda più controlli, si dovrebbe raggiungere un livello etico della vita così alto, così profondamente radicato nella mente di ciascuno, da essere quasi impensabile. [...] Ciò che si può e si deve fare è [...] ripensare il rapporto*

stata, in altre recenti occasioni, annoverata dalla stessa Corte costituzionale⁷⁷ - anche perché imposta dal diritto europeo⁷⁸, soprattutto da quello derivato in tema di servizi nel mercato unico - tra i principi fondamentali dell'azione amministrativa, al pari dell'efficienza, della trasparenza e di tutti gli altri elencati all'art. 1, c. 1, l. n. 241/1990.

Nel porsi in una prospettiva ancora più ampia, bisogna considerare un altro elemento, che induce a valorizzare, almeno in senso economico, le politiche nazionali di ri-regolazione. È un elemento cui sembra avere alluso pure la Corte costituzionale, nel legare la competitività e l'efficienza del sistema economico alla qualità della regolazione⁷⁹: in un mercato sempre più globalizzato (addirittura unico e senza barriere doganali, considerando lo spazio giuridico dell'Unione europea, ossia il mercato unico), le imprese possono scegliere d'insediarsi negli Stati dove la regolazione amministrativa della propria attività è reputata più favorevole o, almeno, di maggiore 'qualità', anche in termini di chiarezza e di sua stabilità. Cioè dove la regolazione, secondo gli schemi dell'analisi economici del diritto, sembra più *market friendly*⁸⁰, con minori 'costi' di *compliance* e di contatto con l'amministrazione.

La ri-regolazione, in termini di semplificazione, può quindi divenire strumentale, se non indispensabile, per la competitività⁸¹ e l'attrattività del sistema nazionale, incentivando

tra autorità e cittadino in modo che esso possa svilupparsi lungo linee chiare e certe, al fine di renderne il rispetto quanto più possibile spontaneo ed immediato - semplice! -, parallelamente riducendo all'essenziale il ruolo dell'amministrazione".

⁷⁷ Sentenza 27 giugno 2012, n. 164, cit., § 7: "il principio di semplificazione, ormai da gran tempo radicato nell'ordinamento italiano, è altresì di diretta derivazione comunitaria (direttiva n. 2006/123/CE, relativa ai servizi nel mercato interno, attuata nell'ordinamento italiano con decreto legislativo 26 marzo 2010, n. 59). Esso, dunque, va senza dubbio catalogato nel novero dei principi fondamentali dell'azione amministrativa".

⁷⁸ Secondo P. LAZZARA, *Il principio di semplificazione*, cit., 535, "il sistema europeo della semplificazione si pone così [con la direttiva 2006/123/CE] al vertice della regolazione sul procedimento amministrativo, marcando il collegamento tra regime generale dell'azione amministrativa e peculiari esigenze della libertà di iniziativa economica privata". Nello stesso senso, da ultimo, G. TROPEA, *La discrezionalità*, cit., 125. Cfr. M.A. SANDULLI, *Il procedimento amministrativo e la semplificazione*, in www.ius-publicum.it, 2013, secondo cui (p. 4) "la semplificazione è [...] passata dal costituire un generico programma di sburocratizzazione del fare dell'amministrazione (in linea con i propositi costituzionali) a costituire un vero e proprio insieme di tecniche e strumenti giuridici, ulteriormente alimentati dalle indicazioni provenienti dall'Unione Europea finalizzate alla tutela del mercato". Per un approfondimento della semplificazione secondo il diritto europeo, v. S. PELLIZZARI, *Make it better and simpler. Semplificazione amministrativa e principio di semplicità dell'azione dei pubblici poteri nell'ambito dell'ordinamento dell'Unione Europea*, in *Dir. pubbl.*, 2012, 265 ss.

⁷⁹ Sempre al § 7.4 della parte in diritto della sentenza n. 200/2012: "l'efficienza e la competitività del sistema economico risentono della qualità della regolazione, la quale condiziona l'agire degli operatori sul mercato...".

⁸⁰ Cfr., in www.doingbusiness.org, i puntuali *reports* annuali e la *methodology* della World bank per misurare la qualità delle *business regulations* nazionali; *reports e methodology* dove ampiamente si considerano i tempi, i costi e la complessità dei procedimenti amministrativi per l'avvio di un'attività imprenditoriale.

⁸¹ Sul rapporto tra semplificazione e competitività, la prima come paradigma di riferimento della seconda, nell'ambito della concorrenza tra ordinamenti, T. BONETTI, *Semplificazione amministrativa e competitività del sistema Paese*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2008, 173 ss., spec. 178-179 e 193 ss. L'Autore si sofferma sulla nozione (anzitutto economica) di competitività e inoltre prospetta la possibilità di qualificarla come (p. 196) "un 'nuovo' interesse pubblico, ovvero l'interesse pubblico alla creazione ed implementazione delle condizioni 'ambientali' (amministrative, ma non solo) necessarie per rendere possibile lo sviluppo sociale ed economico dei singoli sistemi territoriali, nel quadro di una 'rinnovata' competizione economica

l'avvio e lo svolgimento delle attività economiche. E la recente crisi economica, non ancora completamente superata, enfatizza questa strumentalità⁸².

Per massimizzare i propri profitti, le imprese, nel decidere in quale Stato stabilire la propria attività (o aprire una sede secondaria), 'scegliono il diritto'⁸³ cui sottoporla; e, laddove il diritto sia realmente armonizzato per effetto del diritto europeo, scelgono la pubblica amministrazione che lo applica ai loro affari. Gli ordinamenti nazionali entrano perciò in vicendevole competizione⁸⁴ nell'attrarre capitali, investimenti ed insediamenti produttivi. E naturalmente la 'fuga' o l'arrivo di operatori economici incide profondamente sui processi macro-economici, sul gettito fiscale e sui livelli di occupazione nazionali, la cui crescita implica l'immissione di maggiori redditi/consumi nel circuito economico.

6.2. (Segue) *Giustificazione della regolazione sull'accesso al mercato e mancata reale revisione dei procedimenti burocratici: la 'pigrizia' ostinata del legislatore nazionale. Tabella A e perdurante mancata revisione dei procedimenti.*

I profili critici, prima cennati al § 6, sembrano avere quale comune baricentro il tema della "giustificazione delle regole"⁸⁵ sull'accesso al mercato. Un onere tutto spettante al regolatore pubblico: perché tali profili sono incentrati sulla selezione e sul 'peso' degli interessi in gioco antagonisti al libero mercato e relativi a ciascuna attività economica, in ragione dei suoi potenziali effetti negativi sulla collettività, tali appunto da giustificare le regole pubbliche e la conseguente restrizione della libertà economica.

In particolare, scegliere se sottoporre l'avvio di un'attività economica privata a un controllo preventivo oppure ad uno successivo al suo avvio è "una decisione circa il valore degli interessi: è una scelta su quali interessi possono essere più accettabilmente lesi"⁸⁶: se la libertà economica, che potrebbe più favorevolmente esprimersi tramite un controllo successivo all'avvio dell'attività, o l'interesse pubblico antagonista alla stessa libertà, il quale potrebbe (inaccettabilmente) essere pregiudicato dall'avvio dell'attività senza un

internazionale". Cfr. S. AMOROSINO, *Achille e la tartaruga. Semplificazione amministrativa e competitività del «sistema Italia»*, Milano 2006.

⁸² A. TRAVI, *La semplificazione amministrativa*, cit., spec. § 1.

⁸³ Si ricorda che S. CASSESE, *Il sorriso del gatto*, cit., 97, individua questo tema tra quelli che dovrebbero indurre il giurista a riflettere (e a rivedere) il proprio metodo, ricorrendo a nozioni e strumenti d'indagine extra-giuridici. Con specifico riguardo a questo tema, l'Autore valorizza la 'fantasia' del giurista, rilevando che "chi studi situazioni di questo tipo deve sviluppare tecniche di indagine almeno altrettanto creative quanto quelle dei privati dotati della possibilità di scelta".

⁸⁴ Sul tema A. PLAIA (a cura di) *La competizione tra ordinamenti giuridici. Mutuo riconoscimento e scelta della norma più favorevole nello spazio giuridico europeo*, Milano 2007; A. ZOPPINI (a cura di) *La concorrenza tra ordinamenti giuridici*, Roma-Bari 2004. M. GNES, *La scelta del diritto: concorrenza tra ordinamenti, arbitraggi, diritto comune europeo*, Milano 2004; S. CASSESE, *Dalle regole del gioco al gioco con regole*, in *Merc. conc. reg.*, 2002, 276 ss.

⁸⁵ M. D'ALBERTI, *Poteri pubblici*, cit., 93-99; nella stessa direzione, A. ARGENTATI, *Il principio di concorrenza*, cit., 19, che parla di "analisi di giustificabilità" del quadro giuridico in cui operano le imprese.

⁸⁶ S. TORRICELLI, *Libertà economiche*, cit., 55-56.

positivo controllo preventivo, di verifica di sua compatibilità con l'interesse pubblica. Insomma: è una decisione politica⁸⁷.

È perciò una decisione da cui gli apparati burocratici dovrebbero restare estranei: perché è propria della sede legislativa in cui, nel contraddittorio delle forze politiche, esponenziali delle più diverse istanze sociali, si selezionano e bilanciano gli interessi, sintetizzandoli in regole di diritto pubblico sull'accesso al mercato.

Per effetto dei vincoli discendenti dal diritto europeo, che, in funzione dello sviluppo del mercato unico, limita⁸⁸ l'autonomia regolatoria nazionale in campo economico, non è una decisione libera: il legislatore nazionale è vincolato a seguire i criteri - anzitutto quelli di proporzionalità, di non discriminazione e di prevedibilità⁸⁹ dell'esito del procedimento di controllo - elaborati dalla giurisprudenza della Corte di giustizia e codificati nella direttiva 2006/123/CE⁹⁰, con riguardo alla conservazione dei regimi autorizzatori e dei relativi requisiti.

Trattasi di criteri che, nel complesso e per favorire dello sviluppo economico, tendenzialmente mutano l'equilibrio degli interessi⁹¹ a favore della libertà economica, anche riducendo la discrezionalità dell'amministrazione: i controlli preventivi sull'avvio di un'attività sono tollerati dal diritto europeo soltanto se necessari, se il medesimo obiettivo di tutela dell'interesse pubblico non potrebbe essere altrimenti perseguito, essendo un controllo successivo inefficace per raggiungerlo, e se fondati sul rispetto di requisiti predeterminati, oggettivi, chiari, ed accessibili dagli operatori economici, così da rendere per costoro prevedibile l'esito del procedimento di controllo.

In ogni caso, è una decisione che non deve essere assunta secondo logiche (politiche ma) sviate⁹²: come quella di riduzione dei regimi autorizzatori quale 'contromisura'

⁸⁷ Secondo F. SATTA, *Liberalizzare*, cit., 178, seppure con riguardo alla liberalizzazione, intesa come operazione di rimozione dei limiti che precludono l'accesso ad un mercato, "*liberalizzare, come e quanto, è un puro problema politico*". Analogamente A. TRAVI, *La semplificazione amministrativa*, cit., § 7, secondo cui "*la semplificazione non identifica mai una vicenda soltanto di ordine tecnico, ma identifica un processo più ampio di selezione di interessi e, quindi, di strumenti per la loro tutela*".

⁸⁸ G. VESPERINI, *Il vincolo europeo*, cit., *passim*, spec. 112-113.

⁸⁹ In buona parte dipendente dalla riduzione/assenza della discrezionalità nei poteri di controllo sull'accesso al mercato: S. TORRICELLI, *Libertà economiche*, cit., 19 ss., spec. 32-35. Tale riduzione, secondo l'Autore (p. 33), "*richiede una riprogettazione dell'ambiente decisionale in cui l'amministrazione opera e un adattamento della tecnica di produzione normativa e di esercizio del potere che riposizioni l'operazione di bilanciamento in una fase a monte della applicazione delle norme alla fattispecie specifica*".

⁹⁰ Si rinvia *supra* al cap. III, spec. § 12 ss.

⁹¹ P. LAZZARA, *Il principio di semplificazione*, cit., 543 ss., spec. 547-548, che evidenzia il collegamento tra disciplina di matrice europea del procedimento amministrativo e (p. 547) "*situazioni giuridiche soggettive rilevanti sul piano delle libertà economiche; queste ultime sono ormai rafforzate e sostenute, sul piano generale, dalla esigenza di competitività del sistema economico e di apertura del mercato dei servizi*".

⁹² A. TRAVI, *La semplificazione amministrativa*, cit., muovendo dall'idea che la crisi economica ha rappresentato un fattore di accentuazione per l'interesse verso la semplificazione amministrativa, sottolinea che gli interventi di semplificazione procedimentale (§ 7) "*risultano diretti, in definitiva, a risolvere problemi organizzativi riscontrati negli apparati amministrativi nei loro rapporti con le imprese*", soprattutto con riguardo "*ai tempi degli adempimenti rispetto alle attività economiche*". Ma, sempre secondo l'Autore, una tale semplificazione amministrativa rappresenta una "*tecnica impropria*" di risposta all'inefficienza degli apparati burocratici, cioè una "*tecnica che documenta, in ultima analisi, una crisi, piuttosto che la sua soluzione; soprattutto dimostra l'incapacità di ricorrere agli strumenti ordinari che dovrebbero assicurare il buon andamento degli apparati pubblici*". Meno di recente, ma comunque sempre in tempo di crisi

all'inefficienza⁹³ degli apparati burocratici, per la loro incapacità di istruire e concludere tempestivamente⁹⁴ i procedimenti autorizzatori, paralizzando l'avvio di iniziative economiche private.

Così non si realizza l'auspicata responsabilizzazione⁹⁵ dei funzionari ed i costi della semplificazione sarebbero scaricati sulla collettività, in termini di sacrificio degli interessi pubblici antagonisti al libero mercato e di conseguente insostenibilità dello sviluppo economico. Un sacrificio nondimeno inaccettabile, secondo il più generale ordine giuridico del mercato nazionale ed europeo, che impone la ricerca di un equilibrio tra libertà economica e principi sociali. Tanto più se la semplificazione, anche se non sviata, determina di per sé una tendenziale 'dequotazione' del procedimento, dei diritti di partecipazione, soprattutto dei terzi controinteressati, e della garanzia di completezza dell'istruttoria⁹⁶. Questo si verifica soprattutto con la s.c.i.a., perché la rinuncia al provvedimento comporta sempre un 'costo' concreto per la società ed una voce importante di questo costo è rappresentata dalla riduzione delle garanzie per i terzi⁹⁷; anche sul piano della tutela giurisdizionale, la quale, in quanto riflesso della conformazione sostanziale del modello di controllo, non può essere analoga a quella (più tradizionale di annullamento e) prevista a fronte dell'illegittimo esercizio del potere autorizzatorio⁹⁸.

Molte delle riflessioni prima svolte sono valide pure per i requisiti, ora fissati da ciascuna legge settoriale, che l'amministrazione deve valutare per il rilascio dell'autorizzazione richiesta, oppure che il privato deve auto-certificare con la s.c.i.a. e di

economica, secondo M.A. SANDULLI, *Il procedimento amministrativo e la semplificazione*, cit., la semplificazione è (p. 3) "una doverosa reazione ad un agire della p.a. contrario al paradigma di buona amministrazione", come a dire che la semplificazione procedimentale sarebbe un 'giusto' rimedio alle disfunzioni della p.a.

⁹³ Sul rapporto tra efficienza dell'azione amministrativa e misure di semplificazioni, oltre ad A. TRAVI, *La semplificazione amministrativa*, cit., § 7, si è recentemente ampiamente soffermato D. VESE, *L'efficienza*, cit., 258-387. In passato, R. FERRARA, *Procedimento amministrativo, semplificazione e realizzazione del risultato: dalla 'libertà dall'amministrazione' alla 'libertà dell'amministrazione'*, in *Dir. soc.*, 2000, 101 ss.

⁹⁴ In passato, ma con riflessioni ancora attuali, E. CASSETTA, *La difficoltà*, cit., spec. 344-347, ha collegato la semplificazione all'"ansia di provvedere".

⁹⁵ S. BATTINI, *Responsabilità e responsabilizzazione dei funzionari e dipendenti pubblici*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2015, 53 ss.

⁹⁶ Secondo E. CASSETTA, *La difficoltà*, cit., 346-347, con la semplificazione prevale "l'ansia di provvedere rispetto ai valori di garanzia, pubblicità e completezza dell'istruttoria" del procedimento e ad essere gravemente pregiudicati sarebbero soprattutto gli (p. 347) "interessi dei terzi controinteressati". Il procedimento di conseguenza (p. 347) "smarrisce il suo significato di momento di evidenziazione, di compensazione e di confronto tra interessi ed esigenze differenti". Più di recente, nella medesima direzione, R. FERRARA, *La segnalazione certificata di inizio attività e la tutela del terzo: il punto di vista del giudice amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, § 2, con i modelli di semplificazione, come la s.c.i.a. e il silenzio assenso, la posizione del terzo palesa "una certa 'sofferenza'"; tanto che il terzo viene definito il "soggetto debole per eccellenza", in quanto "soggetto (o pluralità di soggetti prima in qualche modo interessati al procedimento amministrativo e poi coinvolti dal processo) che dal gioco più o meno lineare e virtuoso che si dispiega fra l'amministrazione procedente e il diretto destinatario del provvedimento finale corre il rischio di perderci, di perderci più degli altri, anche a causa della eventuale sotto-rappresentazione del suo punto di vista".

⁹⁷ A. TRAVI, *La tutela nei confronti della d.i.a. tra modelli positivi e modelli culturali*, in *Dir. pubbl.*, 2014, spec. 26.

⁹⁸ Sia consentito il rinvio, anche per alcuni riferimenti giurisprudenziali e bibliografici sul tema, al mio R. BERTOLI, *S.c.i.a. e tutela del terzo*, cit., 1381 ss.

cui l'amministrazione deve poi verificare la concreta sussistenza, ai sensi del comma 3 dell'art. 19, l. n. 241/1990.

La fissazione dei requisiti è sempre una decisione (politica) sull'inerenza di interessi pubblici antagonisti al libero mercato ad una specifica attività economica e sulla loro necessità e proporzionalità per tutelarli. Perché è proprio in forza del loro integrale possesso che la legge considera la singola attività economica compatibile con l'interesse pubblico potenzialmente leso dal suo avvio e svolgimento.

Quest'ultimo fenomeno può essere visto pure da una diversa, ma convergente, prospettiva: senza tale intervento pubblico, nel senso di prescrizione di requisiti, l'autonomia privata⁹⁹ non è giudicata dal legislatore sufficiente ad assicurare uno svolgimento socialmente accettabile dell'attività economica. Perché questo avvenga è indispensabile una riduzione di tale autonomia, con l'intervento correttivo pubblico.

Tutti i problemi appena evidenziati sono annosi e di impegnativa¹⁰⁰ risoluzione, ma non sembrano essere stati affrontati dai decreti legislativi attuativi della riforma Madia. Tanto meno essi furono affrontati dai caotici decreti leggi degli anni 2011-2012, decreti emergenziali di fantomatica, perché realizzata tramite disposizioni di principio, liberalizzazione delle attività economiche private. Come pure dal d.lgs. n. 59/2010¹⁰¹, di formale - tanto da essere definito addirittura "*finto*"¹⁰² - recepimento della direttiva 2006/123/CE, la quale imponeva agli Stati membri di valutare, principalmente secondo il principio di proporzionalità, se conservare, per ciascuna attività economica, un regime autorizzatorio¹⁰³ e l'obbligo di osservare i requisiti elencati all'art. 15 della stessa direttiva, appunto definiti "*requisiti da valutare*"¹⁰⁴.

⁹⁹ Ragiona in una direzione analoga, sia pure limitatamente al potere amministrativo di regolazione delle attività economiche, P. LAZZARA, *La regolazione*, cit., *passim*.

¹⁰⁰ Ricorda, sul piano metodologico, C. PINELLI, *Liberalizzazione*, cit., 369: la "*semplificazione amministrativa non si raggiunge con un tratto di penna, ma attraverso un'opera di lungo periodo, basata sulla individuazione di obiettivi precisi, di relativi congrui criteri di misurazione e soprattutto di controlli ex ante e ex post sulla loro osservanza*". Secondo F. BASSANINI, *Prefazione*, in *La regolazione intelligente*, cit., 12, "*liberalizzare è un'arte che richiede ingegno e competenze; e, insieme, un mestiere che si impara con l'esperienza, e un lavoro di lunga lena che richiede pazienza e dedizione*". Per M. DE BENEDETTO, *Liberalizzazioni*, cit., 47, "*liberalizzare è una delle politiche più difficili da perseguire in quanto caratterizzata da benefici diffusi (scarsamente percepiti dall'opinione pubblica) e costi concentrati (altamente percepiti dai gruppi di interesse): in altri termini, una politica che rischia di produrre per il politico che la persegue più svantaggi che vantaggi*".

¹⁰¹ Rilevano giustamente M. CLARICH e B.G. MATTARELLA, *Un nuovo sistema regolatorio*, cit., 371, "*nonostante la direttiva sia stata formalmente recepita, in Italia questa revisione è appena all'inizio: il decreto, infatti, non è stato preceduto dalla necessaria ampia analisi della legislazione. Si è limitato a riaffermare - spesso riducendone la portata - i principi della direttiva e a semplificare poche procedure proprie di alcune amministrazioni statali. Rimane da adeguare tutto il resto della legislazione statale e, soprattutto, la direttiva deve essere applicata anche a livello regionale e locale*". Malgrado la recente 'mappatura', le loro osservazioni sembrano tuttora valide.

¹⁰² B.G. MATTARELLA, *La scia*, cit. 1128 ss.

¹⁰³ Art. 9.

¹⁰⁴ Cfr. il considerando n. 69) direttiva 2006/123/CE, secondo cui "... è necessario valutare taluni requisiti nazionali non discriminatori che, per le loro caratteristiche, potrebbero sensibilmente limitare, se non addirittura impedire, l'accesso a un'attività o il suo esercizio nell'ambito della libertà di stabilimento. Tale processo di valutazione dovrebbe essere limitato alla compatibilità di detti requisiti con i criteri già stabiliti dalla Corte di giustizia in materia di libertà di stabilimento. [...] Detti requisiti, qualora siano discriminatori o non giustificati obiettivamente da motivi imperativi di interesse generale o sproporzionati,

Il legislatore è pigro¹⁰⁵, ostinatamente pigro: preferisce, forse perché assai più comodo e mediaticamente più efficace, un *generic approach*¹⁰⁶, limitandosi ad introdurre disposizioni di carattere generale e alla riscrittura di molti articoli della legge sul procedimento, come, per esempio, l'art. 19 e quelli, art. 14 ss., relativi alla conferenza di servizi. Così operando, il problema della giustificazione delle regole, circa le singole attività economiche, viene pressoché eluso. La semplificazione, sul piano pratico, è spesso soltanto apparente: non è percepita dagli operatori economici nei loro quotidiani contatti con le amministrazioni, che tendenzialmente - anche per cautelarsi da eventuali responsabilità - continuano ad applicare le singole e puntuali discipline settoriali¹⁰⁷, trascurando quelle generali.

La tabella A, allegata al d.lgs. n. 222/2016 - malgrado il giudizio positivo complessivamente dato dal Consiglio di Stato, in sede consultiva¹⁰⁸, all'operazione di

devono essere soppressi o modificati. L'esito di tale valutazione sarà diverso a seconda della natura delle attività e dell'interesse generale considerati".

¹⁰⁵ B.G. MATTARELLA, *La scia*, cit. 1129: "il legislatore, a causa della sua pigrizia o della sua fretta o di entrambe, non si dedica al paziente lavoro di revisione della legislazione che sarebbe necessario [l'Autore allude a quelle settoriali] e preferisce emanare norme generali". Per esempio: (1129) "ama riscrivere periodicamente l'art. 19 della l. n. 241/1990, illudendosi di ampliarne l'ambito di applicazione e ottenendo il risultato opposto".

¹⁰⁶ B.G. MATTARELLA, *La scia*, cit. 1129-1130, da contrapporre "al più efficace case-by-case approach, basato sulla riforma della regolazione settore per settore". Nella stessa direzione N. RANGONE, *Semplificazione*, cit., § 3, secondo cui "la semplificazione non dovrebbe essere prevalentemente affidata alle, pur fondamentali, norme con valenza trasversale che introducono (e spesso ri-disciplinano) istituti generali della semplificazione [...], oppure che impongono un generico obbligo di non "complicare". Si tratta di un percorso senza dubbio più semplice (per il riformatore), ma non per questo altrettanto incisivo, rischiando le semplificazioni generali (o trasversali) di alimentare l'incertezza e trasformarsi paradossalmente in complicazioni o di ridursi a semplici proclami. [...] Occorrerebbe, invece, recuperare un approccio informato all'analisi per settore o per procedimento". Cfr. A. MOLITERNI, *Semplificazione amministrativa*, cit., spec. 730-735, il quale (p. 734) suggerisce "una sorta di 'moratoria' alle modifiche degli istituti della legge generale sul procedimento, assicurando l'operatività di regole minime e poco dettagliate, che lascino poi agli interventi di settore l'onere di bilanciare, in concreto, l'equilibrio tra le istanze di semplificazione e le esigenze della tutela".

¹⁰⁷ M.R. SPASIANO, *La semplificazione amministrativa*, cit., 3042-3043, ha, in modo assai efficace, parlato di "horror vacui" dell'amministrazione, per la sua "inesauribile 'fame di norme', la sua predilezione - a dispetto della (apparente) esigenza di più ampi ambiti di discrezionalità - per disposizioni normative dal contenuto preciso e stringente, che mettano al riparo dall'assunzione di scelte opinabili e, quindi, delle relative responsabilità". In una prospettiva simile si muove A. MOLITERNI, *Semplificazione amministrativa*, cit., 733.

¹⁰⁸ Secondo il parere 24 agosto 2016, n. 1784, della Commissione speciale del Consiglio di Stato, cit., "il decreto in esame, oltre a effettuare una ricognizione delle attività private in materia di edilizia, ambiente e commercio, compie una duplice opera di semplificazione: in primo luogo, introducendo regimi meno restrittivi in tali materie, pur nel rispetto delle esigenze di tutela sottese alle disposizioni attualmente in vigore; in secondo luogo, dando attuazione alla concentrazione dei regimi di cui all'art. 19-bis della legge n. 241 del 1990" (§ 3 del "premesse"). Rileva inoltre lo stesso parere che "l'individuazione è stata correttamente intesa dal Governo come una individuazione 'attiva' e non meramente ricognitiva dell'esistente, proprio per adeguare la (più onerosa) disciplina esistente ai (più semplici) standard europei sull'accesso alle attività di servizi, nonché ai principi di ragionevolezza e proporzionalità, che 'spingono' anch'essi verso una riduzione degli oneri esistenti" (§ 1.2 del "considerato"); come pure che "il censimento effettuato attraverso la tabella e il rapporto tabella/testo, in cui le norme si adattano al contenuto della tabella e ne garantiscono l'inserimento nel sistema, non ha solo l'innegabile merito di contribuire a dare certezza del diritto, ma anche quello di semplificare/liberalizzare, laddove possibile" (§ 1.4.2). Anche certa dottrina ha dato giudizi positivi all'operazione di 'mappatura'. Secondo E. GIARDINO, *L'individuazione*, cit., 32-33, "ad individuare [il regime

‘mappatura’ svolta - sembra essere la più recente prova della pigrizia del legislatore nazionale. Anch’essa non ha condotto ad alcuna revisione dei procedimenti amministrativi ‘mappati’¹⁰⁹; ma si è limitata a svolgere una ‘passiva’ ricognizione delle (tante e spesso risalenti) discipline settoriali (statali) e del relativo regime amministrativo, senza incidere sulle stesse: né sui requisiti da possedere per l’avvio dell’attività e fissati dalle singole leggi di settore; né sugli spazi di discrezionalità da queste ancora riservati all’amministrazione, a causa dell’indeterminatezza di certi requisiti, che rendono imprevedibile l’esito del procedimento di controllo; né sui modelli di controllo dalle stesse previste, prevedendo - un esempio per tutti - dei controlli burocratici successivi, secondo il modello della s.c.i.a., in luogo di quelli preventivi, secondo il modello autorizzatorio. Ne segue, anche in quest’ultima occasione, il difetto di ogni operazione di giustificazione delle regole pubbliche, secondo i principi europei di loro necessità e rigorosa proporzionalità.

La tabella A è sicuramente un imponente censimento delle attività, commerciali e artigianali, maggiormente diffuse nel territorio nazionale e del (già previsto) relativo regime amministrativo statale. Nient’altro. Prima gli operatori economici e l’amministrazione, per individuare il regime amministrativo di ciascuna attività economica, consultavano (non gli artt. 19 e 20, l. n. 241/1990, in quanto troppo vaghi nel definire il rispettivo ambito di operatività, ma) le singole leggi settoriali; ora essi sembrano fare altrettanto, ancorché tramite la tabella A, che a queste, rimaste immutate, puntualmente rinvia.

Semmai, l’operazione di ‘mappatura’ prevede, in molte occasioni, l’operatività della s.c.i.a. condizionata oppure di quella unica, istituti introdotti dalla riforma Madia nella legge sul procedimento, all’art. 19-bis, l. n. 241/1990.

I quali, però, come in precedenza spiegato¹¹⁰, parimenti alla conferenza di servizi, sono degli utili mezzi di concentrazione di più procedimenti di controllo aventi ad oggetto l’avvio di una medesima attività economica, alle quale ineriscono interessi pubblici antagonisti al libero mercato da tutelare tramite più procedimenti, di regola di competenza di diverse amministrazioni. E la loro operatività non dipende dalla tabella A, ma è già assicurata dalle previsioni generali della l. n. 241/1990, secondo cui, per giunta, la disciplina della conferenza di servizi e quella relativa alla presentazione di segnalazioni e

amministrativo di ciascuna attività] *non sarà la discrezionalità dell’amministrazione, bensì direttamente la norma. [...] Si assisterà così ad una individuazione ‘attiva’ e non meramente ricognitiva, in tal guisa adeguando la disciplina esistente agli standard europei sull’accesso alle attività di servizi nonché ai vincoli di ragionevolezza e proporzionalità*”. Il che, secondo l’Autore, avrebbe delle conseguenze sul potere discrezionale. Si verificherebbe, infatti, la “*dequotazione del potere discrezionale, in ragione di un ruolo più ordinativo della norma*” e, dunque, “*un ‘amministrare per legge’, ove la decisione si rileva sempre più attuazione e sempre meno scelta*”.

¹⁰⁹ Le parole di A. TRAVI, *La semplificazione amministrativa*, cit., § 5, sembrano bene spiegare in che termini il legislatore è stato in questa occasione pigro, dando un’idea di quello che ‘avrebbe dovuto’ essere la tabella A. L’Autore muove dall’assunto che la formazione di “*elenchi*” integra una risposta all’incertezza conseguente alla semplificazione procedimentale, soprattutto se attuata su “*vasta scala*”. Resta il fatto che - ed è questo per l’Autore il punto decisivo - che “*la formazione degli elenchi non è un ‘operazione meramente tecnica. [...] Alla base degli elenchi di qualsiasi genere [...] è una selezione dei procedimenti che è in realtà un’occasione di revisione delle procedure: conduce a riscontrarne l’importanza e a valutare in definitiva l’esigenza di mantenerle immutate o semplificate. In questa fase è decisivo il peso degli interessi coinvolti: l’attualità di questi interessi può rappresentare una ragione per escludere la semplificazione*”.

¹¹⁰ Si allude al capitolo III, spec. § 13.

comunicazioni attiene ai livelli essenziali delle prestazioni¹¹¹, ai sensi dell'art. art. 117, c. 2, lett. m), Cost. Sul rapporto tra semplificazione e tali livelli, si tornerà anche nel prossimo paragrafo.

7. *'Mappatura' dei procedimenti amministrativi e semplificazione normativa. Il problema delle antinomie tra leggi settoriali (statali e regionali) sulla scelta del modello di controllo burocratico. Il criterio di loro risoluzione offerto dall'art. 5, d.lgs. n. 222/2016.*

Un altro profilo critico della 'mappatura' dei procedimenti, per opera della tabella A, riguarda i rapporti tra fonti del diritto statali e regionali: un problema frequente nella prassi e di complessità normativa¹¹², che, in una con quelli di mancata giustificazione delle regole sull'accesso al mercato, negativamente ridonda¹¹³ sull'azione amministrativa. Tanto da rendere le amministrazioni complici di 'colpe' altrui, del legislatore, rendendole forse più palesi ed alimentandole per la propria inefficienza.

Sembra giovare alla concretezza del discorso muovere da un dato oggettivo ed esemplificativo: siccome il commercio¹¹⁴ (in tutte le sue varie declinazioni: al dettaglio, all'ingrosso, su aree pubbliche, di generi alimentari o di altri beni di consumo ecc.) e l'artigianato¹¹⁵ sono materie di potestà legislativa residuale, riservate alle regioni secondo l'art. 117, c. 4, Cost., col solo limite degli interventi statali rivolti a tutelare la

¹¹¹ Art. 29, c. 2-ter, l. n. 241/1990.

¹¹² M. BOMBARDELLI, *Semplificazione normativa*, cit., *passim*. Per un ulteriore approfondimento, tra i tanti, v. B.G. MATTARELLA, *La trappola delle leggi. Molte, oscure, complicate*, Bologna 2011; M. AINIS, *La legge oscura. Come e perché non funziona*, Roma-Bari 2010. Meno di recente, v. S. CASSESE e B.G. MATTARELLA, *L'eccesso di regolazione e i rimedi*, in (a cura di) S. CASSESE e S. GALLI, *L'Italia da semplificare. I. Le istituzioni*, Bologna 1998. Molti contributi sulla qualità e la chiarezza del linguaggio normativo sono presenti in R. ZACCARIA (a cura di), *La buona scrittura delle leggi*, Roma, 2012.

¹¹³ Si condivide la recente riflessione di F. FRACCHIA, *L'amministrazione come ostacolo*, cit., 561: "spesso l'amministrazione è un ostacolo perché deve applicare norme 'intralcio'. Il quadro normativo si è venuto deteriorando negli ultimi anni, a cagione del moltiplicarsi dei livelli amministrativi". Aggiunge l'Autore che, quando una normativa è inutilmente complessa, (p. 561) "sarebbe ingeneroso imputare all'amministrazione colpe che, invece, sono del livello normativo. In tali ipotesi, cioè, l'amministrazione è ostacolo semplicemente perché la disciplina che ne regge l'azione o l'organizzazione è complicata e confusa". Sul tema della buona regolazione, c.d. *better regulation*, da valutare in termine di *enforcement* e di *compliance*, cfr. M. DE BENEDETTO, *Diritto amministrativo e crescita*, cit., 201-203. Più in generale, sul tema della scarsa qualità della regolazione e delle sue conseguenze, v. M. CLARICH e B.G. MATTARELLA, *Un nuovo sistema regolatorio*, cit., secondo i quali (p. 368) "la legge è una risorsa scarsa, una moneta pesante che dovrebbe essere spesa con parsimonia. Tuttavia, la tendenza a disinteressarsi dei costi della regolazione e a concepire la legge solo come una soluzione, e mai come un problema, è ancora frequente". Sul piano dell'analisi economica del diritto, v. U. MORERA e N. RANGONE, *Sistema regolatorio e crisi economica*, in *Analisi giur. econ.*, 2013, 383 ss., secondo cui il sistema italiano delle regole è caratterizzato da molti "difetti" (illustrati a p. 386-389): "quantità eccessiva"; "ridotta accessibilità"; "scarsa comprensibilità"; "marcata instabilità"; "incoerenza tra discipline diverse, ma aventi ad oggetto lo stesso"; "all'errata o inesistente valutazione sia dell'adeguatezza della regola rispetto al fine voluto, sia della possibile produzione di effetti indesiderati anche in presenza del raggiungimento del fine".

¹¹⁴ Sulla tendenza delle regioni a valorizzare la propria competenza in materia di commercio, v. O. ROSELLI, voce *Commercio (profili amministrativi)*, cit., 185-187.

¹¹⁵ Cfr. Corte cost., sentenza 21 aprile 2005, n. 162, in www.cortecostituzionale.it; Cons. Stato, sez. II, parere 27 luglio 2018, n. 2065, in www.giustizia-amministrativa.it.

concorrenza¹¹⁶, molte delle attività economiche ora ‘mappate’ ricevono, da tempo, una specifica ed articolata disciplina per opera di leggi regionali, il cui contenuto è spesso eterogeneo ed in parte dipendente dalla sensibilità politica di ciascuna regione.

Le difficoltà sorgono perché la disciplina regionale è spesso differente da quella statale; e potrebbe, per esempio, prevedere il modello della s.c.i.a., quando invece la legge statale (settoriale e di carattere cedevole, a fronte della sopravvenuta legislazione regionale di disciplina della materia) prevede quello autorizzatorio¹¹⁷, oppure viceversa.

Orbene, se si seguisse la tesi suggerita dal Consiglio di Stato in sede consultiva¹¹⁸, tutte le previsioni regionali in contrasto dovrebbero ritenersi automaticamente superate dalla nuova legislazione statale. Più esattamente, esse dovrebbero immediatamente ‘cedere’ a fronte della sopravvenuta disciplina statale, ancorché essa risultasse solamente ricognitiva di disposizioni settoriali (statali), per giunta spesso risalenti alla fine degli anni ‘90, come avviene nel caso del commercio¹¹⁹. Il che sarebbe senz’altro fonte di grave incertezza¹²⁰ per

¹¹⁶ Cfr., tra le tante, Corte cost., sentenza 23 gennaio 2012, n. 18, in *www.cortecostituzionale.it*: “l’attinenza della norma impugnata alla materia del commercio, riservata alla potestà legislativa residuale delle Regioni, non è di per sé sufficiente ad escludere eventuali profili di illegittimità costituzionale. Infatti, «è illegittima una disciplina che, se pure in astratto riconducibile alla materia commercio di competenza legislativa delle Regioni, produca, in concreto, effetti che ostacolano la concorrenza, introducendo nuovi o ulteriori limiti o barriere all’accesso al mercato e alla libera esplicazione della capacità imprenditoriale» (sentenza n. 150 del 2011)”. La sentenza è stata commentata da S. LA PORTA, *Il commercio: una materia al vaglio del “custode della tutela della concorrenza”*, in *www.rivistaaic.it*, 2012. Più in generale e meno di recente, cfr. G. CORSO, *La tutela della concorrenza come limite della potestà legislativa (delle Regioni e dello Stato)*, in *Dir. pubbl.*, 2002, p. 982 ss. Cfr. Corte cost., 11 giugno 2014, n. 165, cit., spec. § 7.2.; Corte cost., sentenza 11 dicembre 2012, n. 299, cit., secondo cui (spec. § 6.1. della parte in diritto) la disciplina statale sulla liberalizzazione degli orari degli esercizi commerciali non avrebbe invaso la competenza legislativa regionale in materia di commercio, perché volta a tutela la concorrenza.

¹¹⁷ È quanto avviene, per esempio, nella regione Veneto, dove, ai sensi della l.r. n. 50/2012, di disciplina del commercio, l’apertura delle medie strutture di vendita con superficie fino a 1.500 mq è sottoposta a s.c.i.a.; mentre secondo la legge statale, d.lgs. n. 114/1998, la loro apertura sarebbe sottoposta ad un regime autorizzatorio.

¹¹⁸ Rileva il Consiglio di Stato nel parere 24 agosto 2016, n. 1784, cit., coerentemente alla qualificazione come ‘attiva’ dell’operazione di ‘mappatura’ (cfr. *supra* nota 88), che “l’individuazione delle attività ha anche un effetto di innovazione della relativa disciplina, superando le normative (europee, statali o regionali) esistenti nei settori interessati dalla riforma”. Addirittura quelle “europee”, forse non considerando che, laddove queste individuino uno specifico regime amministrativo (di controllo preventivo o successivo), vincolano in questo senso l’ordinamento interno. Occorre tuttavia ricordare, a credito del Consiglio di Stato, che la bozza di decreto legislativo sottoposta dal Governo al Consiglio di Stato non conteneva disposizione analoghe al vigente art. 5, d.lgs. n. 222/2016.

¹¹⁹ Avente quale base normativa statale, sia per quanto riguarda il commercio al dettaglio, all’ingrosso o su aree pubbliche, il d.lgs. n. 114/1998.

¹²⁰ Si consideri, in proposito, che fu proprio l’incertezza, causata dalla soppressione generalizzata delle normative statali in contrasto con il principio di liberalizzazione delle attività economiche, a determinare la declaratoria di illegittimità costituzionale dell’art. 3, c. 3, d.l. 138/2011. Infatti secondo questo comma, alla scadenza del termine di un anno dall’entrata in vigore della legge di conversione - termine poi prorogato al 30 settembre 2012 - avrebbero dovuto ritenersi “soppresse” le “normative statali incompatibili” con i principi disposti al comma 1 del medesimo art. 3, con conseguente applicazione diretta degli istituti di segnalazione di inizio attività e dell’autocertificazione. Alcuni passaggi seguiti dalla la Corte costituzionale, sentenza 20 luglio 2012, n. 200, cit., meritano di essere riportati per esteso (§ 8.2): “l’art. 3, comma 3, è costituzionalmente illegittimo, in quanto dispone, allo scadere di un termine prestabilito, l’automatica «soppressione», secondo la terminologia usata dal legislatore, di tutte le normative statali incompatibili con il principio della liberalizzazione delle attività economiche, stabilito al comma 1. [...] La soppressione generalizzata delle normative statali con esso incompatibili appare indeterminata e potenzialmente invasiva

gli operatori economici e le amministrazioni regionali e locali, competenti al rilascio delle autorizzazioni commerciali, in totale contraddizione ai propositi di certezza del diritto della ‘mappatura’ statale.

In realtà, questa ricostruzione (di generale ed immediata prevalenza delle leggi settoriali statali, puntualmente indicate dalla tabella A) non è soddisfacente ed appare piuttosto approssimativa: perché non considera come le leggi regionali settoriali oggi vigenti potrebbero prevedere un regime abilitativo meno restrittivo di quello dettato dalle leggi statali puntualmente indicate dalla tabella A, in riferimento a ciascuna attività economica oggetto di ‘mappatura’.

L’eventuale antinomia va così risolta caso per caso. In questa direzione pare proprio dirigersi l’art. 5, d.lgs. n. 222/2016, rubricato “*ulteriori livelli di semplificazioni*”, che sembra offrire alcuni criteri per risolvere le possibili antinomie tra leggi statali e regionali di disciplina della medesima attività economica: “*le regioni e gli enti locali, nel disciplinare i regimi amministrativi di loro competenza, fermi restando i livelli di semplificazione e le garanzie assicurate ai privati dal presente decreto, possono prevedere livelli ulteriori di semplificazione*”.

Applicando questo criterio, la legge regionale (settoriale) sembra superata da quella statale (anch’essa settoriale e) indicata nella tabella A soltanto quando la prima prevedesse un regime amministrativo di accesso all’attività economica meno ‘libero’, cioè un inferiore livello di semplificazione della seconda.

delle competenze legislative regionali. Infatti, sebbene la disposizione abbia ad oggetto le sole normative statali, la «soppressione» di queste per incompatibilità con principi così ampi e generali come quelli enunciati all’art. 3, comma 1, e che richiedono una delicata opera di bilanciamento e ponderazione reciproca, a parte ogni considerazione sulla sua praticabilità in concreto, non appare suscettibile di esplicare effetti confinati ai soli ambiti di competenza statale. [...]. L’effetto della soppressione automatica e generalizzata delle normative statali contrarie ai principi di cui all’art. 3, comma 1, oltre ad avere una portata incerta e indefinibile, potrebbe riguardare un novero imprecisato di atti normativi statali, con possibili ricadute sul legislatore regionale, nel caso che tali atti riguardino ambiti di competenza concorrente o trasversali, naturalmente correlati a competenze regionali. [...]. Infine, poiché la previsione censurata dispone la soppressione per incompatibilità, senza individuare puntualmente quali normative risultino abrogate, essa pone le Regioni in una condizione di obiettiva incertezza, nella misura in cui queste debbano adeguare le loro normative ai mutamenti dell’ordinamento statale. Infatti, le singole Regioni, stando alla norma censurata, dovrebbero ricostruire se le singole disposizioni statali, che presentano profili per esse rilevanti, risultino ancora in vigore a seguito degli effetti dell’art. 3, comma 3, primo periodo. La valutazione sulla perdurante vigenza di normative statali incidenti su ambiti di competenza regionale spetterebbe a ciascun legislatore regionale, e potrebbe dare esiti disomogenei, se non addirittura divergenti. Una tale prospettiva determinerebbe ambiguità, incoerenza e opacità su quale sia la regolazione vigente per le varie attività economiche”. Secondo G.U. RESCIGNO, Come i governanti, cit., tale comma 3, se non fosse stato dichiarato incostituzionale dalla Corte - cosa che secondo l’Autore è avvenuta con argomenti “straordinariamente deboli” - avrebbe addirittura determinato “una nuova forma di cessazione di vigore delle leggi: non per abrogazione espressa, non per abrogazione tacita, non per dichiarazione di incostituzionalità, non per disapplicazione dei giudici qualora la legge sia contraria a regolamenti comunitari, ma per accertamento da parte di qualunque interessato del fatto che la legge in materia di iniziativa ed attività economica privata è contraria ai principi formulati in una legge ordinaria”. Chiosa in proposito sarcasticamente l’Autore: “mi pare che [quanto appena detto] basti per qualificare la qualità dei nostri governanti”. Cfr. Corte cost., 22 luglio 2011, n. 232, sull’illegittimità costituzionale dell’art. 43, d.l. n. 78/2010, relativo alla disciplina delle zone a burocrazia zero, per la sua eccessiva genericità. Su questa sentenza, cfr. E. FREDIANI, Liberalizzazione, cit., 665-667.

Questo si verificherà, per esempio, nell'ipotesi in cui la legge regionale prevedesse, per una certa attività economica, l'autorizzazione espressa, mentre quella statale prevedesse il silenzio assenso. Se, per converso, fosse la legge regionale (settoriale) a stabilire un regime amministrativo più 'libero', sarebbe quella statale e censita dalla tabella A a cedere, con l'applicazione di quella regionale. In altri termini, l'art. 5, d.lgs. n. 222/2016, così interpretato, stabilisce che la 'mappatura' di ciascuna attività costituisce un livello minimo di semplificazione dei procedimenti, che non può essere derogato dalle regioni, nell'ambito della propria potestà legislativa residuale in materia di commercio ed artigianato, a sfavore degli operatori economici e dello sviluppo economico, scaturente da un più agevole accesso al mercato.

Al contempo, le regioni "possono prevedere livelli ulteriori di semplificazione" rispetto alla disciplina settoriale statale, coerentemente a quanto previsto, in via generale, dall'art. 29, c. 2-*quater*¹²¹, l. n. 241/1990.

Questa scelta del legislatore statale sembra risultare inoltre coerente agli orientamenti della Corte costituzionale, che - oltre ad avere da tempo qualificato la concorrenza come 'materia-scopo', quindi trasversale - ha più recentemente ricondotto¹²² proprio la disciplina della s.c.i.a., contenuta nell'art. 19, l. n. 241/1990, ai livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali (art. 117, c. 2, lett. *m*), Cost.¹²³), così da restringere in proposito l'autonomia legislativa regionale.

¹²¹ Secondo cui "le regioni e gli enti locali, nel disciplinare i procedimenti amministrativi di loro competenza, non possono stabilire garanzie inferiori a quelle assicurate ai privati dalle disposizioni attinenti ai livelli essenziali delle prestazioni di cui ai commi 2-bis e 2-ter [comma questo in cui si elencano gli istituti di semplificazione procedimentale, come la s.c.i.a., il silenzio assenso e la conferenza di servizi], ma possono prevedere livelli ulteriori di tutela". Per un recente sguardo d'insieme sull'art. 29, l. n. 241/1990, v. E. LAMARQUE, *L'ambito di applicazione della legge sul procedimento amministrativo*, in *Codice*, cit., 479 ss.; M.G. DELLA SCALA, *L'ambito di applicazione della disciplina generale sul procedimento amministrativo*, in *L'azione*, cit., 1034 ss. Per approfondire il tema sono ancora fondamentali, tra i tanti, i contributi di G.D. FALCON, *La legge sul procedimento amministrativo e i caratteri del 'federalismo' italiano*, in *Le Regioni*, 2010, 345 ss.; B.G. MATTARELLA, *I procedimenti delle regioni e degli enti locali*, in *Giorn. dir. amm.*, 2009, 1139 ss.; A. CELOTTO e M.A. SANDULLI, *Legge n. 241 del 1990 e competenze regionali: un "nodo di gordio"*, www.giustamm.it, 2008; P. LAZZARA, *La disciplina del procedimento amministrativo nel riparto delle competenze Stato-Regione*, in *Dir. amm.*, 2007, 105 ss.; G. BERGONZINI, *Legge dello Stato sull'azione amministrativa e potestà legislativa regionale*, in *Dir. amm.*, 2006, 18 ss.

¹²² Sentenze n. 121 del 9 maggio 2014, cit.; 5 aprile 2013, n. 62; n. 203, 20 luglio 2012, n. 164 del 27 giugno 2012. La penultima della sentenze citate è stata criticamente commentata da D. MESSINEO, *Livelli essenziali di semplificazione: un ossimoro costituzionale?*, in *Giur. cost.*, 2012, 4956 ss. e da A. VENTURI, *La segnalazione certificata di inizio attività (scia) tra livelli essenziali delle prestazioni e 'dematerializzazione'*, in *Riv. giur. ed.*, 2012. Nella stessa direzione delle due sentenze va anche l'art. 29, l. n. 241/1990, che, al comma 3-*ter* (comma aggiunto nel 2010), stabilisce che "attengono altresì ai livelli essenziali delle prestazioni di cui all'articolo 117, secondo comma, lettera *m*), della Costituzione le disposizioni della presente legge concernenti la presentazione di [...], segnalazioni e comunicazioni, la dichiarazione di inizio attività e il silenzio assenso e la conferenza di servizi". Secondo le sentenze citate "tale auto-qualificazione, benché priva di efficacia vincolante per quanto prima rilevato, si rivela corretta". Sulla riconduzione della s.c.i.a. ai livelli essenziali delle prestazioni è stato molto critico B.G. MATTARELLA, *La scia*, cit., 1331.

¹²³ Definita dalla Corte costituzionale (*ex multis*, sentenze n. 322/2009, 282/2002 e 121/2014) come "una competenza del legislatore statale idonea ad investire tutte le materie, in relazione alle quali il legislatore stesso deve poter porre le norme necessarie per assicurare in modo generalizzato sull'intero territorio nazionale, il godimento di prestazioni garantite, come contenuto essenziale di tali diritti, senza che la legislazione regionale possa limitarle o condizionarle".

Ciò sul presupposto che anche “*l’attività amministrativa può assurgere alla qualifica di ‘prestazione’, della quale lo Stato è competente a fissare un livello essenziale a fronte di uno specifico diritto di individui, imprese, operatori economici e, in genere, soggetti privati*”¹²⁴. E, nel caso della s.c.i.a., la prestazione consiste nella possibilità di dare immediato avvio all’attività segnalata e nel “*diritto dell’interessato ad un sollecito esame, da parte della pubblica amministrazione competente, dei presupposti di diritto e di fatto che autorizzano l’iniziativa medesima*”¹²⁵.

Su queste basi, si può proseguire e concludere il ragionamento: se una legge regionale prevedesse un regime abilitativo meno ‘libero’, quindi meno semplice, di quello puntualmente previsto dalla legge settoriale statale (indicata nella tabella A), essa sarebbe superata dalla seconda, in modo da assicurare i livelli essenziali delle prestazioni recentemente previsti dalla legislazione statale, appunto tramite la tabella A.

Quanto appena detto vale laddove la legge regionale settoriale (meno libera di quella statale) sia precedente all’entrata in vigore del d.lgs. n. 222/2016. Se essa, invece, fosse a questo sopravvenuta, il conflitto non potrebbe risolversi ritenendola superata dalla legge statale indicata nella tabella A; ma dovrebbe essere sollevata questione di legittimità costituzionale, utilizzando quale parametro l’art. 117, c. 2, lett. m), Cost., eventualmente insieme all’invasione regionale della materia, riservata allo Stato, “*tutela della concorrenza*”, di cui alla lettera e) del medesimo articolo. A quest’ultima materia, infatti, seguendo la giurisprudenza della Corte costituzionale¹²⁶ e certa dottrina¹²⁷, sembrerebbe possibile ricondurre l’intero d.lgs. n. 222/2016, in quanto misura di promozione del libero mercato, in funzione dello sviluppo economico.

Per tale via, la legge settoriale statale, indicata nella tabella A, nella parte in cui individua il modello di controllo cui sottoporre una certa attività economica, diviene parametro di legittimità costituzionale interposto della sopravvenuta (e più restrittiva della libertà economica) legislazione regionale settoriale.

Il criterio dettato dall’art. 5, cit. sembra tuttavia prestarsi ad una critica: esso potrebbe forse svilire troppo la potestà legislativa regionale, in materia di commercio ed artigianato, ed il suo ruolo di selezione e bilanciamento degli interessi pubblici in gioco (ed antagonisti al libero mercato) differentemente dal legislatore statale, in modo ritenuto più adeguato alle peculiarità del proprio territorio. Potrebbe svilire, insomma, il principio di differenziazione implicitamente garantito nel riparto di potestà legislativa garantito dall’art. 117 Cost. ed

¹²⁴ Così sentenze n. 164/2012, 121/2014, cit.

¹²⁵ *Ibidem*.

¹²⁶ Sul punto si rinvia, *supra*, al § 9 del cap. II.

¹²⁷ Secondo P. LAZZARA, *Il principio*, cit., 549, la “*semplificazione dell’azione amministrativa [...] non può più essere considerata tout court questione di diritto amministrativo, bensì materia attinente a fondamentali regole di concorrenza, legata alle aspettative insite nella libertà di iniziativa economica rispetto all’accesso (più o meno libero) al mercato*”. Questo pensiero è condiviso da G. TROPEA, *La discrezionalità*, cit., 132-133. Anche secondo B.G. MATTARELLA, *La scia*, cit., 1331, potrebbe essere sostenibile ricondurre la disciplina della s.c.i.a. alla materia “*tutela della concorrenza*”, purché se ne dimostri la reale natura pro-concorrenziale.

enfaticamente dal c.d. regionalismo differenziato¹²⁸, previsto, ancorché di rado attuato, dall'art. 116, c. 3, Cost.

8. *Antinomie tra leggi settoriali (statali e regionali) sulla fissazione dei requisiti da osservare per l'avvio di ciascuna attività economica. Inutilizzabilità del criterio di loro risoluzione offerto dall'art. 5, d.lgs. n. 222/2016.*

Se il ragionamento proposto, muovendo dall'art. 5, d.lgs. n. 222/2016, può sembrare soddisfacente per risolvere le antinomie tra leggi statali e regionali circa la scelta del modello burocratico di controllo, non sembra altrettanto esserlo quando legge statale e regionale (ambo settoriali), pur sottoponendo quella specifica attività economica al medesimo modello di controllo, fissino requisiti¹²⁹ diversi da osservare per il suo avvio.

Il problema appena sollevato non sembra ozioso, perché frequentemente accade che le leggi settoriali regionali fissino ulteriori o diversi requisiti rispetto a quelle statali o, per converso, ne ritengano superflui altri, dettando, in questo secondo caso, un regime amministrativo meno restrittivo per la stessa attività economica.

Questo problema sembra essere stato trascurato dall'operazione di 'mappatura' dei procedimenti per opera della tabella A, che non ha ad oggetto il regime amministrativo più 'sostanziale' di ciascuna attività; ma si limita a censire esclusivamente il modello di controllo cui è soggetta, secondo la legge statale settoriale. Il tema dei requisiti resta così totalmente estraneo all'operazione di 'mappatura'.

Sul piano dei requisiti, continuerà sempre ad applicarsi la legge settoriale regionale, quanto meno finché un intervento legislativo statale, riconducibile alla materia "*tutela della concorrenza*", ai sensi dell'art. 117, c. 1, lett. e), Cost., non introducesse limiti o divieti con riguardo ai requisiti da rispettare per l'avvio di certe attività economiche¹³⁰.

¹²⁸ Sul tema, v. R. BIN, 'Regionalismo differenziato' e utilizzazione dell'art. 116, terzo comma, Cost. Alcune tesi per aprire il dibattito, in *Le istituz. feder.* 2008, 9 ss. Per un approfondimento, L. ANTONINI, *Il regionalismo differenziato*, Milano 2000. Da ultimo, C. TUBERTINI, *La proposta di autonomia differenziata delle Regioni del Nord*, in www.federalismi.it, 2018.

¹²⁹ Cfr. art. 4, n. 7), direttiva 2006/123/CE.

¹³⁰ Resta il fatto che la Corte costituzionale sembrerebbe incline, valorizzando i decreti legge di liberalizzazione delle attività economiche degli anni 2011-2012, a limitare l'autonomia regolatoria regionale anche in materia di requisiti da osservare per l'avvio di attività commerciali al dettaglio. Con la sentenza 11 giugno 2014, n. 165, cit., la Corte ha dichiarato costituzionalmente illegittima la legge sul commercio della regione Toscana, per violazione della materia "*tutela della concorrenza*", lì dove introduceva numerosi requisiti (relativi alle dotazioni energetiche delle strutture, alla collaborazione con associazioni di volontariato, alla raccolta dei rifiuti; e, per le strutture con superficie di vendita maggiore di 4.000 mq, relativi, tra l'altro, alla realizzazione di fasce verdi, di spazi dedicati all'accoglienza del cliente e ai bambini, alle modalità di costruzione dei parcheggi ecc.) da osservare per il rilascio dell'autorizzazione commerciale per l'apertura di grandi esercizi commerciali. Secondo la Corte (§ 7.2. della parte in diritto), "*l'introduzione di ulteriori requisiti per le grandi strutture commerciali da parte del legislatore regionale, benché ispirata a ragioni di protezione dell'ambiente, della salute e di altre esigenze sociali che ai sensi della legislazione statale vigente potrebbero giustificare un limite alla liberalizzazione, ha, invero, l'effetto diretto di rendere più onerosa, rispetto agli operatori di altre Regioni e agli operatori già attivi nella stessa regione Toscana, l'esercizio dell'attività economica, con evidente disparità concorrenziale e conseguente lesione dell'art. 117, secondo comma, lettera e), Cost.*".

Forse questo è già (parzialmente) avvenuto: con l'art. 3, c. 8 ss.¹³¹, d.l. n. 138/2011, che contiene un elenco di “*restrizioni*” (geografiche, cioè relative al luogo di svolgimento dell'attività, merceologiche, cioè relativo al tipo di bene oggetto dell'attività, sulla forma giuridica richiesta all'operatore ecc.) di regola vietate¹³², e, prima ancora, con l'art. 11, d.lgs. n. 59/2010, che elenca i “*requisiti vietati*”¹³³, limitandosi tuttavia a duplicare quelli indicati, con la stessa formula, dall'art. 14, direttiva 2006/123/CE.

Ma è avvenuto in termini ancora insoddisfacenti: senza la puntualità che frequentemente caratterizza i requisiti da possedere per lo svolgimento delle attività economiche, secondo le rispettive leggi settoriali, che, laddove non riservino all'amministrazioni ampi margini di valutazione, contengono lunghi elenchi requisiti¹³⁴.

E, più di tutto, è finora avvenuto demandando all'amministrazione il difficile compito di stabilire, di volta in volta, se lo specifico requisito previsto dalla legge settoriale possa essere sussunto in quelli più generali e vietati elencati dagli artt. 3 e 11 testé citati. Si tratta di un'operazione non semplice e foriera di incertezze, che condurrebbe a ritenere la legge regionale, sempreché precedente¹³⁵ all'entrata in vigore di queste fonti del diritto statali, dalle stesse implicitamente superata. Per tale via potrebbe essere l'amministrazione¹³⁶, nel corso del singolo procedimento amministrativo (oppure il giudice amministrativo, chiamato a sindacarne i provvedimenti che ne sono l'esito) a stabilire il più esatto ambito di espansione della libertà economica. Un ruolo questo che dovrebbe essere tutto appannaggio del legislatore; e non scaricato sull'amministrazione o sul giudice che ne sindacano i provvedimenti.

Resta il fatto che, se una legge settoriale (poco importa se statale o regionale) fosse contraria al diritto europeo derivato, specialmente fissando dei requisiti direttamente vietati dall'art. 14, direttiva 2006/123/CE, l'amministrazione, come insegna la Corte di giustizia¹³⁷, avrebbe il dovere di disapplicarla, così da concludere il procedimento di controllo prescindendo *in parte qua* dalla stessa.

Parimenti dovrebbe fare, per assicurare la primazia e l'effettività del diritto europeo, il giudice amministrativo, nell'ipotesi in cui fosse sottoposto al suo sindacato di legittimità un

¹³¹ A questa previsione dà un giudizio positivo F. FERRARO, *Restrizioni quantitative*, cit., § 6, secondo cui si tratterebbe di “*un ulteriore passo in avanti verso la definitiva abolizione delle restrizioni quantitative e territoriali*”.

¹³² In questo modo forse compiendo, sia pure solamente per alcuni requisiti ed in modo generalizzato, la valutazione richiesta dall'art. 14, direttiva 2006/123/CE, con riguardo alla conservazione dei “*requisiti da valutare*”. Cfr. F. FERRARO, *Restrizioni quantitative*, cit., § 6.

¹³³ Non si riporta nuovamente in nota questi lunghi elenchi di requisiti, ma si demanda *supra*, alle note del capitolo III, spec. § 8.

¹³⁴ Per esempio, con riguardo allo svolgimento dell'attività commerciale al dettaglio, v. art. 71, d.lgs. 59/2010.

¹³⁵ Invece, se successiva, l'amministrazione dovrebbe considerarle efficaci e da applicare, ancorché essa fosse invalida, perché costituzionalmente illegittima per violazione della disciplina statale in materia di “*tutela della concorrenza*”; materia appunto riservata allo Stato. Invero, ogni giudizio di legittimità costituzionale è riservato alla Corte costituzionale.

¹³⁶ Rileva giustamente A. TRAVI, *La semplificazione amministrativa*, cit., § 5, che “*l'incertezza sul piano dei rapporti amministrativi determina inevitabilmente un incremento del peso e dello spazio per l'amministrazione. Questo incremento di potere è tanto meno tollerabile quanto la logico della semplificazione risulta proprio indirizzata al ridimensionamento del potere amministrativo*”.

¹³⁷ Cfr. sentenza 9 settembre 2003, C-198/01, cit., e sentenza 2 giugno 1989, C-103/88, cit.

provvedimento, di rigetto di un'istanza di autorizzazione o di inibizione di una s.c.i.a., assunto applicando una fonte del diritto interno che (in diretta violazione del diritto europeo derivato) imponesse il rispetto di un certo requisito per l'accesso al mercato. Come pure dovrebbe fare, dove non operasse la giurisdizione esclusiva, il giudice ordinario¹³⁸, se il mancato rispetto di tali requisiti integrasse un illecito amministrativo e la relativa sanzione¹³⁹, pecuniaria o ripristinatoria, fosse impugnata.

¹³⁸ V. art. 6, d.lgs. n. 150/2011, sull'opposizione alle ordinanze-ingiunzioni, giudizio regolato dal rito del lavoro.

¹³⁹ Sul tema delle sanzioni, v. di recente e tra i tanti, S. CIMINI, *Il potere sanzionatorio delle amministrazioni pubbliche*, Napoli 2017.

CONCLUSIONI

SOMMARIO: 1. L'opzione zero come 'mito' giuridico accettabile e coerente alla decisione economica di sistema interna ed europea. – 2. La semplificazione amministrativa come 'mito' giuridico inaccettabile.

1. L'opzione zero come 'mito' giuridico accettabile e coerente alla decisione economica di sistema interna ed europea.

Si possono ora trarre delle conclusioni, trasversali all'intera ricerca svolta.

L'opzione zero, cioè la radicale assenza di controllo burocratico sull'accesso al mercato, e la semplificazione amministrativa, nel senso illustrato nell'ultimo capitolo, dei procedimenti sempre relativi all'accesso al mercato sembrano essere due esempi di "mitologia giuridica"¹. Questa ha "fonti e manifestazioni varie, e non è facile distinguere quando essa ha origine teoretica, quando pratica, e quando, come spesso avviene, l'una assieme all'altra". Solitamente essa "scaturisce da bisogni pratici, di cui non si ha ben chiara coscienza, da intuizioni nebulose che pure hanno elementi di verità, da istinti oscuri, ma profondi".

Le belle parole di Santi Romano colgono davvero nel segno e sembrano perfettamente attagliarsi ai due 'miti' giuridici in parola: entrambi sono alimentati da esigenze pratiche, dai quotidiani 'contatti' degli operatori economici con le pubbliche amministrazioni e dai tanti e complicati moduli², che i primi devono compilare per intraprendere un'attività economica ed accedere al mercato di riferimento. Così tanti da essere la loro necessità addirittura "ubiquitaria"³.

A tutto questo, come spiegato nel corso della ricerca, si affiancano le speculazioni teoretiche sul rapporto tra il diritto pubblico ed i processi economici, sulla misura, anche per effetto del diritto europeo, dell'intervento del primo nei secondi e sui regimi abilitativi delle attività economiche private. Si è inoltre visto che sulla disciplina generale dei modelli

¹ S. ROMANO, voce *Mitologia giuridica*, in *Frammenti di un Dizionario giuridico*, Milano 1947, 126 ss. La bella voce romaniana ha avuto successo nella più recente dottrina. Si pensi, per esempio, al suo utilizzo da parte di A. POLICE, *Tutela della concorrenza*, cit., 250-251, nel trattare della neutralità della funzione *antitrust*. Neutralità appunto definita un esempio di "mitologia giuridica", in ragione della politicità che invece, secondo l'Autore, caratterizza tale funzione. La metafora, proprio con riguardo alle politiche di semplificazione amministrativa, è stata di recente utilizzata anche da E. BUOSO, *Sfide e innovazioni del procedimento amministrativo*, relazione, in versione provvisoria, al convegno "XVIII Colloquio italo-tedesco di diritto pubblico", Padova 11-12 maggio 2018, ed attualmente in corso di pubblicazione.

² F. SATTA, *Liberalizzare*, cit., *passim*, usa la parola "modulo" come emblema dei rapporti (complicati) tra privati, di regola operatori economici, e la sfera pubblica.

³ F. SATTA, *Liberalizzare*, cit., 180.

di controllo burocratico, anche su impulso del diritto europeo, soprattutto con la direttiva 2006/123/CE, è ciclicamente intervenuto il legislatore nazionale, da ultimo con la l. n. 124/2015 ed i relativi decreti attuativi, che hanno nuovamente modificato la l. 241/1990, la quale ha ormai assunto un rilievo fondamentale⁴ nel fissare i modi delle interazioni tra potere pubblico e iniziativa economica privata.

Tali riforme, dei cui effetti reali proconcorrenziali è ancora prematuro parlare, per il poco tempo decorso dalla loro entrata in vigore, hanno tuttavia alimentato le speculazioni teoriche sulla semplificazione amministrativa: concetto che risulta ancora ‘aperto’, perché elaborato in tante sfumature diverse, soprattutto nel suo rapporto, spesso biunivoco, con la liberalizzazione⁵.

Malgrado l’esigenza pratica degli operatori economici di una riduzione dei controlli sull’accesso al mercato o di una loro semplificazione, è probabilmente accettabile il fatto che l’opzione zero resti un ‘mito’ giuridico, essendo un fenomeno residuale⁶ (come confermato dalla l. n. 4/2013, relativa alle “*professioni non organizzate*”), che attualmente non trova un proprio preciso spazio giuridico nell’ordinamento nazionale. Sempreché ciò significhi tutelare, effettivamente ed in modo politicamente consapevole, interessi generali (antagonisti al libero mercato), che sarebbero altrimenti lesi in modo irreparabile, oppure con costi di riparazione a carico della fiscalità generale, dal libero avvio delle attività economiche. In altri termini, la condizione perché l’opzione zero sia giustificata è che alle attività soggette ad un modello di controllo burocratico davvero ineriscano degli interessi pubblici antagonisti al libero mercato, che la totale libertà economica potrebbe pregiudicare; purché ciò non potrebbe essere evitato confidando sull’autoregolazione⁷ privata.

Come visto nella prima parte della ricerca, infatti, anche la decisione economica di sistema europea, compendiata dall’art. 3 TUE, rifiuta ogni integralismo liberista, dato da una radicale assenza di controlli burocratici, imponendo al legislatore europeo e nazionale, in una visione ordoliberal⁸ dei processi economici, di garantire uno sviluppo sostenibile dell’economia, così da trovare un adeguato equilibrio tra libero mercato ed i (tanti) motivi imperativi d’interesse generale, che ne giustificano una restrizione.

Va da sé che, almeno fino a quando non assunta una diversa decisione economica di sistema europea, il complessivo grado di libertà dell’ordine giuridico⁹ del mercato non potrà mai essere assoluto, ma, semmai, elevato. E la previsione di controlli burocratici sull’accesso al mercato integra uno dei principali strumenti per rendere socialmente

⁴ G. NAPOLITANO, *Diritto amministrativo e processo economico*, in *Dir. amm.*, 2014, 707.

⁵ Cfr., per avere un’idea delle tante e diverse elaborazioni teoriche sulla nozione di liberalizzazione e sul suo rapporto con quella di liberalizzazione, v. *supra*, cap. V, note 4 e 76.

⁶ Secondo i risultati dell’analisi condotta *supra*, § 1.1. ss.

⁷ P. LAZZARA, *La regolazione amministrativa*, cit., *passim*; M. BOMBARDELLI, *Semplificazione normativa*, cit., 1055.

⁸ M. LIBERTINI, voce *Concorrenza*, cit., spec. 214-220 e 238 ss.

⁹ N. IRTI, *L’ordine*, cit., spec. 10 ss.

accettabile l'avvio e lo svolgimento di attività economiche, così da realizzare questo, comunque non facile¹⁰ - e forse mai perfetto - equilibrio.

La sua ricerca, che è riservata alla politica, non è un tecnicismo oppure un tanto sofisticato, quanto astratto e lontano dalla realtà, 'Giuoco delle perle di vetro'; ma presuppone una proficua e circolare interferenza tra politica, società, conflitti immanenti alla seconda e vita delle persone: dapprima, tramite una selezione degli interessi pubblici inerenti alle varie attività imprenditoriali, che concretamente potrebbero essere pregiudicati dal loro avvio e generare intollerabili esternalità negative, soprattutto ambientali; poi, tramite un loro bilanciamento con la libertà economica, secondo il principio di proporzionalità, che ne vieta ogni ingiustificata compressione.

La giurisprudenza della Corte di giustizia, analizzata nel quarto capitolo e relativa alle restrizioni nazionali sull'accesso al mercato, ha consentito una più concreta visione di tale operazione di bilanciamento, che risente della decisione economica europea e della relativa gerarchia di interessi, ancorché l'autonomia regolatoria nazionale sia più ampia quando alle singole attività economiche inseriscano certi interessi sensibili.

2. La semplificazione amministrativa come 'mito' giuridico inaccettabile.

Le conclusioni appena raggiunte, sull'accettabilità dell'opzione zero come 'mito' giuridico, conducono al tema della semplificazione amministrativa, che, nonostante le tante difficoltà nel realizzarla, sembra invece inaccettabile che resti soltanto un 'mito' giuridico ed un ritornello nel dibattito istituzionale. Tanto più se è pure l'ordinamento europeo, soprattutto tramite la direttiva 2006/123/CE, a pretenderla per favorire l'accesso al mercato dei servizi, abbattendo le relative barriere giuridiche; con il più generale obiettivo di ordinare i processi economici in modo maggiormente concorrenziale e transfrontaliero.

Semplificare i procedimenti di controllo non dovrebbe comunque implicare un'automatica e generalizzata riduzione del grado di tutela offerto agli interessi pubblici antagonisti al libero mercato, onde consentire i suddetti obiettivi, in funzione dello sviluppo economico: così l'iniziativa economica sarebbe socialmente insostenibile e si trascurerebbe la complessità dei fenomeni economici e sociali. Ne una prova il fatto che la Corte di giustizia, come visto nel quarto capitolo, non censura quasi mai le discipline nazionali per il fatto che prevedono un controllo burocratico preventivo all'accesso al mercato, secondo il modello autorizzatorio, o altre forme di restrizioni, ma per il *quomodo* di questi controlli e restrizioni, soprattutto in termini di loro proporzionalità.

¹⁰ M. RAMAJOLI, *Liberalizzazioni*, cit., 518-519 e 526-527. Secondo l'Autrice, nell'ambito delle liberalizzazioni (intese come eliminazione o riduzione di regole pubblicistiche sull'accesso al mercato), il rapporto tra libertà e interesse pubblico/utilità sociale è perfino un (518-519) "dilemma" o un "rebus". Tanto che (p. 527) "le liberalizzazioni non avanzano se non superando concretamente il confronto con l'utilità sociale. L'esperienza giuridica delle liberalizzazioni [...] dimostra che non è possibile limitarsi a propugnare l'assioma secondo cui le liberalizzazioni sarebbero utili alla crescita, ma è necessario assicurare la presenza di tutte le condizioni che rendano socialmente sostenibile la liberalizzazione".

La semplificazione dei procedimenti è un'operazione tutta politica, dedicata alla ricerca di un nuovo (ma comunque socialmente accettabile) equilibrio tra questi interessi e la libertà economica: attraverso una ri-regolazione dei procedimenti burocratici, così da individuare la 'giusta misura', senza andare oltre quanto strettamente necessario, della protezione dei primi¹¹ con riguardo a ciascuna attività economica, pena l'ingiustificata restrizione della libertà economica.

Questo avviene principalmente con la sottoposizione di ciascuna attività economica al più adeguato modello controllo burocratico, preventivo o successivo al suo avvio, rispetto al fine perseguito; e con la revisione, sempre per ciascuna attività, dei requisiti da possedere per il suo avvio, riformulandoli con maggiore chiarezza ed organicità¹²; e, intanto, stralciando tutti quelli ora divenuti inutili per la tutela di interessi pubblici. Sotto quest'ultimo profilo, la semplificazione può anche condurre all'eliminazione di regole giuridiche: ad una reale e puntuale *deregulation*¹³ delle attività economiche, con conseguente espansione dell'autonomia privata.

Semplificazione dovrebbe quindi significare 'qualità'¹⁴ della regolazione pubblica in ambito economico¹⁵, ricercandone la certezza, la chiarezza e la rigorosa proporzionalità, per non comprimere ingiustificatamente la libertà economica e consentire agli operatori economici di prevedere l'esito del procedimento di controllo.

Se la semplificazione, in questa accezione, resta purtroppo soltanto un 'mito' giuridico la colpa¹⁶ sembra imputabile anzitutto al legislatore nazionale, alla sua ostinata 'pigrizia'¹⁷, dimostrata, da ultimo, dalla passiva operazione di 'mappatura' dei procedimenti, per opera della tabella A allegata al d.lgs. n. 222/2016, e dalla sua tendenziale incapacità di cogliere gli stimoli derivanti dal diritto europeo derivato.

La pubblica amministrazione, con cui gli operatori economici quotidianamente si relazionano, palesa la 'pigrizia' della politica nella revisione dei procedimenti; revisione appunto da svolgersi con una nuova selezione e bilanciamento degli interessi in gioco per ciascuna attività economica. Talvolta la enfatizza, a causa della propria radicata inefficienza, che ha origini assai lontane¹⁸, tanto da essere percepita come un ostacolo¹⁹ allo sviluppo.

¹¹ Perché, come rileva, sia pure nel parlare in termini generali di liberalizzazioni, M. RAMAJOLI, *Liberalizzazioni*, cit., 518 "il vero problema è l'individuazione (o l'interpretazione) dei motivi imperativi d'interesse generale e del modo e del grado del loro bilanciamento con la libertà economica".

¹² A. TRAVI, *La liberalizzazione*, cit., 653. Cfr. N. RANGONE, *Semplificazione*, cit., § 5, che pone l'attenzione pure sulla "comprensibilità" della regolazione, intesa anche come sua qualità sul piano formale.

¹³ G. CORSO, *Attività economica*, cit., spec. 632-633.

¹⁴ U. MORERA e N. RANGONE, *Sistema regolatorio*, cit., 386 ss.

¹⁵ M. D'ALBERTI, *Poteri pubblici*, cit., 99, secondo cui "la regolazione pubblica dei mercati avente contenuti generali deve rispondere ai criteri di necessità, di proporzionalità, di qualità di predeterminazione dei modi di attuazione, di pro-concorrenzialità. L'onere di provare la conformità a tali criteri incombe sul regolatore pubblico".

¹⁶ F. FRACCHIA, *L'amministrazione come ostacolo*, cit., 561

¹⁷ B.G. MATTARELLA, *La scia*, cit., 1328 ss.

¹⁸ Ben compendiate e con precisi riferimenti bibliografici da G. VESPERINI, *La semplificazione dei procedimenti*, cit., spec. 655-662.

¹⁹ F. FRACCHIA, *L'amministrazione come ostacolo*, cit., *passim*.

Ma la politica, nella pochezza di risorse economiche di cui può disporre, in ragione del debito pubblico e dei connessi vincoli di bilancio, ora sanciti pure a livello costituzionale, all'art. 81 Cost., da un canto, cerca spesso rimedio a tale inefficienza in modo sviato²⁰: senza interventi sull'organizzazione e sulla responsabilità²¹ di apparati e funzionari, ma insistendo soltanto sulla semplificazione dei procedimenti, spesso con l'aumento di adempimenti/costi²² a carico del privato, che della semplificazione dovrebbe invece essere il primo beneficiario.

Dall'altro, il legislatore nazionale spesso ricorre a disposizioni di principio e a *slogan*²³; e realizza politiche di semplificazione davvero troppo generali²⁴ per essere efficaci e conformare in senso concorrenziale i processi economici: perché quasi mai dedicate alla revisione delle tante - e spesso risalenti - discipline settoriali, dei lunghi e minuziosi elenchi, ivi previsti, di requisiti da osservare per l'accesso al mercato.

Così il 'mito' della semplificazione amministrativa si consolida. Così la politica nazionale somministra ai processi economici una 'cattiva' - benché a costo erariale zero - semplificazione, anche come panacea per le inefficienze degli apparati burocratici nella gestione dei procedimenti inerenti all'iniziativa economica privata. Così la semplificazione non svolge adeguatamente, alla prova dei fatti, la funzione di *competition advocacy* desiderata e necessaria per conformare, in senso concorrenziale, i processi economici. Così il diritto europeo derivato, nella parte in cui impone un'operazione di puntuale revisione dei regimi autorizzatori nazionali, secondo il principio di proporzionalità, rimane non effettivo. Non solo: in un'economia definitivamente globalizzata, così v'è il rischio di indurre gli operatori economici stranieri (ed anche quelli nazionali) a ritenere poco *market friendly* la regolazione nazionale e ad investire altrove, onde massimizzare i propri profitti: a scegliere un diverso diritto pubblico per i propri affari, ancorché nell'ambito del mercato unico europeo.

L'eccessiva posologia della semplificazione con misure di principio e come rimedio per le inefficienze degli apparati burocratici, se non il suo abuso politico, sembra consolidarne il 'mito' giuridico, a svantaggio non solo degli operatori economici, che ne sentono un quotidiano "bisogno pratico"²⁵, ma pure della collettività, per il nesso tra sviluppo economico e sistema sociale

²⁰ A. TRAVI, *La semplificazione amministrativa*, cit., § 7.

²¹ S. BATTINI, *Responsabilità*, cit. 53 ss.

²² I costi che il privato deve sostenere per attestazioni e asseverazioni, ai sensi dell'art. 19, c. 1, l. n. 241/1990, sono stati qualificati come "tassa di certazione": F. MERUSI, *Metamorfosi nell'intervento*, cit., § 7. Aveva in precedente parlato criticamente di "tassa" B.G. MATTARELLA, *La scia*, cit., 1130-1131. Rilevava in passato E. CASSETTA, *La difficoltà*, cit., 354, che il controllo successivo, allora fondato sulla d.i.a., sposta "pesanti responsabilità" in capo al privato che dovrebbe beneficiarne. Esso paga un (p. 355) "prezzo", perché "si assume la responsabilità anche penale di attestare la sussistenza dei presupposti e dei requisiti richiesti dalla legge".

²³ M. RAMAJOLI, *Liberalizzazioni*, cit., spec. 523-525 e N. LONGOBARDI, *Liberalizzazioni*, cit., 622.

²⁴ È il *generic approach*, cui efficacemente alludeva B.G. MATTARELLA, *La scia*, cit., 1329-1330, nel criticare il modo con cui il legislatore, con molte riscritture dell'art. 19, l. 241/1990, definisce l'ambito di operatività della s.c.i.a.

²⁵ S. ROMANO, voce *Mitologia giuridica*, cit., 127.

INDICE DEGLI AUTORI

- AA. VV., *Air pollution and lung cancer incidence in 17 european cohorts: prospective analyses from the european study of cohorts for air pollution effects*, in *The lancet oncology*, 2013, 813 ss.
- AA. VV., *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, Milano 2017
- AA. VV., *Dalla crisi economica al pareggio di bilancio: prospettive, percorsi e responsabilità*, Milano 2013
- AA. VV., *The service directive consequences for the Welfare state and the european social model*, Copenhagen 2008
- AA. VV., *La grande distribuzione organizzata e l'industria alimentare in Italia*, 2012, in www.bancaditalia.it.
- G. ACQUARONE, *La denuncia di inizio attività. Profili teorici*, Milano 2000
- D. AGUS, *Una global governance della concorrenza?*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2007, 345 ss.
- N. AICARDI, *Energia*, in (a cura di G. GRECO e M.P. CHITI) *Trattato di diritto amministrativo europeo. Parte speciale*, vol. II, Milano 2007, 1007 ss.
- M. AINIS, *La legge oscura. Come e perché non funziona*, Roma-Bari 2010
- R.C. ALLEN, *Storia economia globale*, Bologna 2013
- M. ALLENA, *L'annullamento d'ufficio. Dall'autotutela alla tutela*, Napoli 2018
- G. AMATO, *La nuova Costituzione economica*, (a cura di G. DELLA CANANEA e G. NAPOLITANO) *Per una nuova Costituzione economica*, Bologna 1998, 11 ss.
- G. AMATO, *Il mercato nella Costituzione*, in *Quad. cost.*, 1992, 14 ss.
- G. AMATO, *Corte costituzionale e concorrenza*, in *Merc. conc. reg.*, 2017, 435 ss.
- G. AMATO, *Il potere e l'antitrust. I due dilemmi della democrazia liberale nella storia del mercato*, Bologna 1998
- S. AMATO, *La localizzazione degli impianti di distribuzione dei carburanti tra affastellamento delle fonti legislative e interventi razionalizzanti della giurisprudenza. Considerazioni a margine di T.a.r. Campania, Napoli, sez. III, 8 giugno 2016 n. 2885*, in *Riv. giur. ed.*, 2016, 797 ss.
- S. AMOROSINO, *Achille e la tartaruga. Semplificazione amministrativa e competitività del «sistema Italia»*, Milano 2006.
- S. AMOROSINO (a cura di), *La ristrutturazione delle banche pubbliche. L'attuazione della legge n. 218/90*, Milano 1991
- S. AMOROSINO, *Amministrazione in funzione di sviluppo*, Napoli 1985
- S. AMOROSINO, *Le privatizzazioni in Italia: mito e realtà*, in *Foro amm.*, 1999, 1367 ss.
- M. ANDREIS, *L'accesso alle attività economiche private tra liberalizzazione e semplificazione*, in *Dir. econ.*, 2013, 256 ss.
- M. ANDREIS, *Commercio: autorizzazione senza pianificazione*, in *Urb. app.*, 2010, 1151 ss.
- C. ANGELICI, *Divagazioni sulla "responsabilità sociale" d'impresa*, in *Riv. soc.*, 2018, 3 ss.
- A. ANGIULI, *Studi sulla discrezionalità amministrativa nel quando*, Bari 1988, spec. 17 ss.
- S. ANTONIAZZI, *La Banca centrale europea tra politica monetaria e vigilanza bancaria*, Torino 2013
- L. ANTONINI, *Il regionalismo differenziato*, Milano 2000

- M. ANTONIOLI, *Il principio «chi inquina paga» all'esame della Corte di giustizia: proprietario «incolpevole» e obblighi di prevenzione, di ripristino e di messa in sicurezza dei siti contaminati*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2015, 959 ss.
- A. ARGENTATI, *Il principio di concorrenza e la regolazione amministrativa dei mercati*, Torino 2008
- A. ARGENTATI, *Mercato e Costituzione. Il giudice delle leggi di fronte alla sfida delle riforme*, Torino 2017
- A. ARGENTATI, *La storia infinita della liberalizzazione dei servizi in Italia*, in *Merc. conc. reg.*, 2012, 337 ss.
- R. ARTONI (a cura di) *Storia dell'IRI. Crisi e privatizzazione*, Bari-Roma, 2014
- J.B. AUBY, *La globalisation, le droit e l'état*, Paris 2003
- M. AUGÉ, *Non luoghi. Introduzione ad una antropologia della submodernità*, Milano 1993
- A. AVERARDI, *Potere pubblico e politiche industriali*, Napoli 2018
- V. BACHELET, *Leggi e attività amministrativa nella programmazione economica*, Milano 1975
- A. BALDASSARRE, voce *Iniziativa economica privata*, in *Enc. dir.*, vol. XXI, Milano 1971
- B. BAREL, *Diritto europeo, direttiva 'servizi' e disciplina italiana delle concessioni degli arenili*, in *Munus*, 2018, 373 ss.
- G. BAROZZI REGGIANI, *Pratiche commerciali scorrette, regolazione e affidamento delle imprese*, in *Dir. amm.*, 2016, 683 ss.
- A. BATTAGLIA e B.G. MATTARELLA (a cura di), *Le regole dei giochi. La disciplina pubblicistica dei giochi e delle scommesse in Italia*, Napoli 2014
- S. BATTINI e G. VESPERINI (a cura di) *I limiti globali ed europei alla disciplina nazionale dei servizi*, Milano 2008
- S. BATTINI, *Responsabilità e responsabilizzazione dei funzionari e dipendenti pubblici*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2015, 53 ss.
- Z. BAUMAN, *Dentro la globalizzazione. Le conseguenze sulle persone*, Bari-Roma 2001
- Z. BAUMAN, *Modernità liquida*, Roma-Bari, 2000.
- Z. BAUMAN, *Consumo, dunque sono*, Bari-Roma 2018
- L. BECCHETTI, *Il denaro fa la felicità?*, Roma-Bari, 2007
- M. BENEDETTI, *L'attuazione della nuova conferenza di servizi*, in *Giorn. dir. amm.*, 2017, 297 ss.
- A. BENEDETTI, *Certezza pubblica e "certezze" private. Poteri pubblici e certificazioni di mercato*, Milano 2010
- C. BENELLI, *I giochi nei pubblici esercizi: ordine pubblico e riparto delle competenze*, in *Giorn. dir. amm.*, 2009, 160 ss.
- C. BENETAZZO, *Le concessioni demaniali marittime a uso turistico-ricreative tra diritto interno ed europeo*, in *Munus*, 2018, 287 ss.
- C. BENETAZZO, *'Primazia' del diritto U.E. e proroghe ex lege delle concessioni balneari*, in www.federalismi.it, 2018
- F. BENVENUTI, *Eccesso di potere amministrativo per vizio della funzione*, in *Rass. dir. pubbl.*, 1950, 1 ss.
- F. BENVENUTI, *Funzione amministrativa, procedimento, processo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1952, 118 ss.
- F. BENVENUTI, *Il demanio marittimo fra passato e futuro*, in *Riv. dir. nav.*, 1965, 154 ss.
- G. BERGONZINI, *Attività del privato nel procedimento amministrativo*, Padova 1975
- G. BERGONZINI, *Legge dello Stato sull'azione amministrativa e potestà legislativa regionale*, in *Dir. amm.*, 2006, 18 ss.
- A. BERNARDI (a cura di), *L'interpretazione conforme al diritto dell'Unione europea. Profili e limiti di un vincolo problematico*, Napoli 2015
- R. BERTOLI, *S.c.i.a. e tutela del terzo: decadenza del potere inibitorio e pretesa al suo esercizio*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2017, 1381 ss.
- R. BERTOLI, *Segnalazione certificata di inizio attività e concentrazione dei regimi amministrativi: riflessioni a margine dell'art. 19-bis, l. n. 241 del 1990*, in *Riv. giur. urb.*, 2017, 25 ss.

- M. BERTOLISSI, voce *Impresa pubblica*, *Enc. giur.*, vol. XVIII, Roma
- L. BERTONAZZI (*Natura giuridica della s.c.i.a. e tecnica di tutela del terzo nella sentenza dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato n. 15/2011 e nell'art. 19, comma 6-ter della legge n. 241/90*, in *Dir proc. amm.*, 215 ss.
- L. BERTONAZZI, *Silenzio-assenso e nulla osta dell'Ente parco: note a margine di due recenti sentenze dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato*, in www.giustamm.it, 2017
- P. BEVILACQUA, *Miseria dello sviluppo*, Roma-Bari, 2009
- P. BEVILACQUA, *La Terra è finita. Breve storia dell'ambiente*, Roma-Bari, 2008
- G. BEVIVINO, *La responsabilità sociale delle imprese fra autonomia privata, nuovi obblighi di legge e prospettiva rimediabile*, in *Anal. giur. econ.*, 2018, 95 ss.
- P. BIANCHI, *4.0. La nuova rivoluzione industriale*, Bologna 201
- M. BIANCHINI, *La contrattazione d'impresa tra autonomia contrattuale e libertà di iniziativa economica (profili ricostruttivi)*, Torino 2013
- R. BIFULCO, *Diritto e generazioni future, Profili giuridici della responsabilità intergenerazionale*, Milano 2013
- R. BIFULCO, *Costituzioni pluralistiche e modelli economici*, in (a cura di V. ATRIPALDI, G. GAROFALO, C. GNESUITA e P.F. LOTITO) *Governi ed economia*, Padova 1998, 505 ss.
- P. BILANCIA (a cura di) *I diritti sociali tra ordinamento statale ed europeo*, in www.federalismi.it, 2018
- P. BILANCIA, *Modello economico e quadro costituzionale*, Torino 1996
- R. BIN, *'Regionalismo differenziato' e utilizzazione dell'art. 116, terzo comma, Cost. Alcune tesi per aprire il dibattito*, in *Le istituz. feder.* 2008, 9 ss.
- E. BINDI e M. MANCINI, *Principi costituzionali in materia di professioni e possibili contenuti della competenza legislativa statale e regionale alla luce della riforma del Titolo V, ibidem*, 2004, 1443 ss.
- M. BLOCH, *Apologia della storia o Mestiere di storico*, Torino 2009
- N. BOBBIO, *Il futuro della democrazia*, Torino 2014
- E. BOCCHINI e A. PAVONE LA ROSA, voce *Registro delle imprese*, in *Enc giur.*, Ann. IV, Milano 2011, 1001 ss.
- G. BOGNETTI, *La Costituzione economica italiana*, Milano 1995
- M. BOMBARDELLI, *Decisioni e pubblica amministrazione, La determinazione procedimentale dell'interesse pubblico*, Torino 1996
- M. BOMBARDELLI, *La nuova disciplina della conferenza di servizi* in *Giur. it.*, 2016, 2793 ss.
- M. BOMBARDELLI, *Semplificazione normativa e complessità del diritto amministrativo*, in *Dir. pubbl.*, 2015, 985 ss., spec., 993-1005.
- M. BOMBARDELLI, *La nuova disciplina della conferenza di servizi*, in *Giur. it.*, 2016, 2793 ss.
- F. BONELLI, *La privatizzazione delle imprese pubbliche*, Milano, 1996
- T. BONETTI, *Semplificazione amministrativa e competitività del sistema Paese*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2008, 173 ss.
- S. BONFIGLIO, *La disciplina giuridica dei partiti e la qualità della democrazia. Profili comparativi e il caso italiano visto nella prospettiva europea*, in *Nomos*, 2015, n. 3, 16 ss.
- E. BOSCOLO, *Le politiche idriche nella stagione della scarsità. La risorsa comune tra demanialità custodiale, pianificazione e concessioni*, Milano 2012
- E. BOSCOLO, *I decreti attuativi della legge madia: liberalizzazioni e ridisegno del sistema dei titoli edilizi*, in *Riv. giur. ed.*, 2016, 601 ss.
- E. BOSCOLO, *La liberalizzazione delle attività economiche e la riduzione dei compliance cost: la difficile strada verso la giusta misura delle procedure di controllo*, in *Urb. app.*, 2012, 506 ss.
- E. BOSCOLO, *I diritti soggettivi a regimi amministrativo. L'art. 19 della legge 241/90 e altri modelli di liberalizzazione*, Milano 2001
- E. BOSCOLO, *Vigilanza e sanzione sulle attività soggette a s.c.i.a.*, in (a cura di M.A. SANDULLI) *Codice dell'azione amministrativa*, Milano 2017 992 ss.

- E. BOSCOLO, *La regolamentazione del commercio: barriere di ordine territoriale e tecniche di liberalizzazione*, in *Riv. giur. ed.*, 2013, 1179 ss.
- E. BOSCOLO, *Libertà di svolgimento dell'attività di commercio: limiti e condizioni all'insediamento commerciale*, in *Riv. giur. urb.*, 2018, 228 ss.
- E. BOSCOLO, *Beni pubblici e concorrenza: le concessioni demaniali marittime*, in *Urb. app.*, 2016, 1211 ss.
- M. BRANCA, *Il punto sui controlimiti*, in *Giur. cost.*, 2014, 3899 ss.
- M. BREGANZE, *Insediamiento delle attività commerciali e disciplina urbanistica*, in *Riv. giur. urb.*, 2012, 688 ss.
- M. BREGANZE, *Il riordino dell'attività edilizia libera e semilibera nel decreto c.d. s.c.i.a. 2*, in *Riv. giur. urb.*, 2017, 11 ss.
- M. BRIGNARDELLO, *Le concessioni di aree e di banchine portuali ex art. 18 l. n. 84/1994: problemi interpretativi e prospettive di riforma*, in *Riv. dir. nav.*, 2010, 467 ss.
- L. BRUNI e S. ZAMAGNI, *L'economia civile. Un'altra idea di mercato*, Bologna 2015
- L. BRUNI e S. ZAMAGNI *Economia civile. Efficienza, equità, felicità pubblica*, Bologna 2004
- L. BRUNI, *L'economia e i paradossi della felicità*, in P. SACCO e S. ZAMAGNI (a cura di), *Complessità relazionale e comportamento economico. Verso un nuovo paradigma di razionalità*, Bologna 2002, 173 ss.
- L. BRUNI, *L'economia, la felicità e gli altri. Un'indagine su beni e benessere*, Roma 2004
- E. BRUTI LIBERATI, *La regolazione pro-concorrenziale dei servizi pubblici a rete. Il caso dell'energia elettrica e del gas naturale*, Milano 2006
- F. BUONOMENNA, *Teorie a confronto ex art. 50 TFUE: pre e post Brexit*, in *Riv. coop. giur. int.*, 2017, 28 ss.
- E. BUOSO, *Proporzionalità, efficienza e accordi nell'attività amministrativa*, Padova 2013
- E. BUOSO, *Sfide e innovazioni del procedimento amministrativo*, relazione, in versione provvisoria, al convegno "XVIII Colloquio italo-tedesco di diritto pubblico", Padova 11-12 maggio 2018
- C. BUZZACCHI (a cura di), *La Banca centrale europea. Il custode della Costituzione economica*, Milano 2017
- F. CACCIATORE, *Cosa cambia nella normativa statale sulla better regulation*, in *Giorn. dir. amm.*, 2018, 581 ss.
- M. CAFAGNO, *Principi e strumenti di tutela dell'ambiente*, Torino 2007
- G. CAIA, *Governo del territorio e attività economiche*, in *Dir. amm.*, 2003, 707 ss.
- F. CALABRIA, *Istituto per la ricostruzione industriale (I.r.i.)*, in *Enc. dir.*, vol. XXIII, Milano 1973, 38 ss.
- M. CALABRÒ, *Semplificazione procedimentale e esigenze di tutela dell'ambiente: l'autorizzazione integrata ambientale*, in *Riv. giur. ed.*, 2010, 239 ss.
- M. CALABRÒ, *Linee evolutive del servizio di assistenza farmaceutica. Ipotesi di valorizzazione dell'art. 32 Cost. in senso pro-concorrenziale*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2015, 1243 ss.
- M. CALABRÒ, *Concessioni demaniali marittime con finalità turistico-ricreative e diritto europeo della concorrenza*, in *Munus*, 2012, 453 ss.
- E.L. CAMILLI, *Il recepimento della direttiva servizi in Italia*, in *Giorn. dir. amm.*, 2010, 1239 ss.
- E. CANNIZZARO, *Democrazie e sovranità nei rapporti tra Stati membri e Unione europea*, in *Dir. Un. eur.*, 2000, 241 ss.
- A. CAPITANO, *Nuova interpretazione sull'attività degli «operatori dell'occulto»*, in *Foro amm.*, 1996
- F. CAPRIGLIONE, *Globalizzazione, crisi finanziaria e mercati: una realtà su cui riflettere*, in *Conc. merc.*, 2012, 867 ss.
- M.T.P. CAPUTI JAMBRENGHI, *La funzione amministrativa neutrale*, Bari 2017
- M.T. CAPUTI JAMBRENGHI, *Il principio del legittimo affidamento*, in (a cura M. RENNA e F. SAITTA) *Studi sui principi del diritto amministrativo*, Milano 2012, 159 ss.
- M.T.P. CAPUTI JAMBRENGHI, *Studi sulla disciplina giuridica dell'insediamento commerciale*, Milano 2000
- M. CARABBA, voce *Impresa pubblica*, in *Dig. disc. pubbl.*, vol. VIII, Torino 1993, 175 ss.
- R. CARANTA, voce *Intervento pubblico nell'economia*, in *Dig. disc. pubbl.*, Agg., Torino 2000, 371 ss.

- R. CARANTA, *La tutela della concorrenza, le competenze legislative e la difficile applicazione del titolo V della Costituzione*, in *Le Regioni*, 2004, 990 ss.
- R. CARANTA, *Concessioni di beni e regola della gara*, in *Urb. app.*, 2005, 329 ss.
- R. CARANTA, *I contratti pubblici*, Torino 2012
- B. CARLI, *L'uomo e il clima. Che cosa succede al nostro pianeta?*, Bologna 2017
- E. CARLONI, *Le verità amministrative. L'attività conoscitiva pubblica tra procedimento e processo*, Milano 2011
- E. CARLONI, *Regolazione del lobbying e politiche anticorruzione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2017, 371 ss.
- C. CARRARO (a cura di), *Cambiamenti climatici e strategie di adattamento in Italia. Una valutazione economica*, Bologna 2008
- M. CARTABIA, *Principi inviolabili e integrazione comunitaria*, Milano 1995
- G.F. CARTEI (a cura di), *Cambiamento climatico e sviluppo sostenibile*, Torino 2013
- F.G. CARTEI, *Il problema giuridico del consumo di suolo*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2014, 1261 ss.
- G.F. CARTEI, *Il servizio universale*, Milano 2002
- G.F. CARTEI, *I servizi di interesse economico generale tra riflusso dogmatico e regole di mercato*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2005, 1219 ss.
- G.F. CARTEI, *Il principio di equilibrio economico-finanziario*, in (a cura M. RENNA e F. SAIITA) *Studi sui principi del diritto amministrativo*, Milano 2012, 561 ss.
- B. CARUSO, *Il nuovo regolamento di esenzione delle intese verticali: l'analisi economica e le modifiche mancate*, in *Conc. merc.*, 2011, 765 ss.
- D. CASALINI, *Valorizzazione, interesse pubblico ed esternalità negative nella struttura dei canoni di concessione demaniale marittima*, in *Foro amm.-C.d.s.*, 2011, 1437 ss.
- E. CASSETTA, *La difficoltà di 'semplificare'*, in *Dir. amm.*, 1998, 335 ss.
- L. CASINI, *Potere globale. Regole e decisioni oltre gli Stati*, Bologna 2018
- A. CASSATELLA, *Il dovere di motivazione nell'attività amministrativa*, Padova 2013
- A. CASSATELLA, *Condizioni di apertura di grandi esercizi commerciali: la Corte di giustizia fissa alcuni limiti per legislatori ed amministrazioni statali*, in *Giur. it.*, 2012, 182 ss.
- S. CASSESE e B.G. MATTARELLA, *L'eccesso di regolazione e i rimedi*, in (a cura di) S. CASSESE e S. GALLI, *L'Italia da semplificare. I. Le istituzioni*, Bologna 1998.
- S. CASSESE, *Il sorriso del gatto, ovvero dei metodi nello studio del diritto pubblico*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2006, 597 ss.
- S. CASSESE, *Il diritto globale. Giustizia e democrazia oltre lo Stato*, Torino 2009
- S. CASSESE, *Chi governa il mondo?*, Bologna 2013
- S. CASSESE, *Dallo sviluppo alla coesione. Storia e disciplina vigente dell'intervento pubblico per le aree insufficientemente sviluppate*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2018, 579 ss.
- S. CASSESE (a cura di ID.), *La nuova Costituzione economica*, 2012 Roma-Bari
- S. CASSESE, *La Costituzione economica europea*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2001, 906 ss.
- S. CASSESE, *Partecipazioni pubbliche ed enti di gestione*, Milano 1962
- S. CASSESE, *Le privatizzazioni: arretramento o riorganizzazione dello Stato*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1996, 579 ss.
- S. CASSESE, *Dalle regole del gioco al gioco con le regole*, in *Merc. conc. reg.*, 2002, 265 ss.
- S. CASSESE, *Il diritto amministrativo europeo presenta caratteri originali?*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2003, 35 ss.
- S. CASSESE, *Lo spazio giuridico globale*, Roma-Bari, 2003
- S. CASSESE, *Tendenze e problemi del diritto amministrativo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.* 2004, 903 ss.
- S. CASSESE, *Concessione di beni pubblici e diritto di insistenza*, in *Giorn. dir. amm.*, 2003, 355 ss.
- S. CASSESE, *La semplificazione amministrativa e l'orologio di Taylor*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1998, 699 ss.

- S. CASSESE, *Dalle regole del gioco al gioco con regole*, in *Merc. conc. reg.*, 2002, 276 ss.
- L. CASSETTI, *La cultura del mercato tra interpretazioni della Costituzione e principi comunitari*, Torino 1997
- P. CASSINIS, *La sentenza della Corte nel caso del "Consorzio industrie fiammiferi" (CIF): prevalenza del diritto comunitario e tutela della concorrenza in contesti regolamentati*, in *Foro amm.-C.d.S.*, 2004, 291 ss.
- P. CAVALIERI, *Iniziativa economica privata e Costituzione vivente*, Padova 1978;
- C. CAVALLOTTI, voce *Resilienza*, in *Enciclopedia della scienza e della tecnica*, Roma 2008
- A. CELOTTO e C. MEOLI, voce *Semplificazione normativa (dir. pubbl.)*, in *Dig. disc. pubbl.*, Agg. II, Torino 2008, 806 ss.
- A. CELOTTO e M.A. SANDULLI, *Legge n. 241 del 1990 e competenze regionali: un "nodo di gordio"*, www.giustamm.it, 2008
- V. CERULLI IRELLI, *La lotta alla povertà come politica pubblica*, in *Dem. dir.*, 2005, 57 ss.
- V. CERULLI IRELLI e F. LUCIANI, *La semplificazione dell'azione amministrativa*, in *Dir. amm.*, 2000, 627 ss.
- M. CERUTI, *La procedura negoziata competitiva nel campo dei beni demaniali e pubblici: problemi di definizione, disciplina e prassi nell'ordinamento giuridico nazionale*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2018, 27 ss.
- E. CHELI, *Libertà e limiti dell'iniziativa economica privata nella giurisprudenza della Corte costituzionale e nella dottrina*, in *Rass. dir. pubbl.*, 1960, 290 ss.
- M. CHIRULLI, voce *Farmacia*, in *Dig. disc. pubbl.*, Agg. III, Torino 2017, 159 ss.
- M.P. CHITI, *La legittimazione per risultati dell'unione europea quale 'comunità di diritto amministrativo'*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2016, 397 ss.
- M.P. CHITI, *Il Trattato sull'Unione europea e la sua influenza sulla Costituzione italiana*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1993, 556 ss.
- M.P. CHITI, *Atti di consenso*, in *Dir. amm.*, 1996, 181 ss.
- M.P. CHITI, *Il rinvio pregiudiziale e l'intreccio tra diritto processuale nazionale ed europeo: come custodire i custodi dagli abusi del diritto di difesa?*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2012, 745 ss.
- M.P. CHITI, *Licenze commerciali e libertà di iniziativa economica*, in *Foro amm.*, 1970, 882 ss.
- M.F. CIALDELLA, *Il labile confine tra pianificazione urbanistica e disciplina commerciale alla luce della contrapposizione tra libera concorrenza, tutela dei motivi imperativi di interesse generale e rispetto dei vincoli urbanistici*, in *Riv. giur. urb.*, 2017, 317 ss.
- E. CIANCI, *Nascita dello Stato imprenditore in Italia*, Milano 1977
- A. CIANCIO, *Alle origini dell'interesse dell'Unione europea per i diritti sociali*, 20 ss.
- S. CIERVO, *Rapporti tra la disciplina commerciale e urbanistica alla luce della liberalizzazione del commercio*, in *Riv. giur. ed.*, 2013, 167 ss.
- S. CIMINI, *Il potere sanzionatorio delle amministrazioni pubbliche*, Napoli 2017
- F. CINTIOLI, *Concorrenza, istituzioni e servizio pubblico*, Milano 2010
- F. CINTIOLI, *Giudice amministrativo, tecnica e mercato. Poteri tecnici e 'giurisdizionalizzazione'*, Milano, 2005
- F. CINTIOLI, *L'art. 41 della Costituzione tra il paradosso della libertà di concorrenza e il "diritto della crisi"*, in www.astrid-online.it, 2011
- A. CIOFFI, *L'interesse pubblico nell'azione amministrativa*, in *Dir. amm.*, 2015, 797 ss.
- M.T. CIRENEL, *Le imprese pubbliche*, Milano, 1983
- S. CIVITARESE MATTEUCCI, voce *Conferenza di servizi (dir. amm.)*, in *Enc. dir.*, Ann. II, Milano 2008, 271 ss.
- M. CLARICH e B.G. MATTARELLA, *Un nuovo sistema regolatorio per lo sviluppo economico*, in *Analisi giur. econ.*, 2013, 363 ss.
- M. CLARICH, *Istituzioni, nuove tecnologie, sviluppo economico*, in *Dir. pubbl.*, 2017, 75 ss.
- M. CLARICH, voce *Privatizzazioni*, in *Dig. disc. pubbl.*, vol. XI, Torino 1996, 567 ss.
- M. CLARICH, *Autorizzazioni e concessioni: presidi dell'interesse pubblico o barriere all'accesso al mercato?*, in *Dir. econ.*, 2015, 20 ss.
- M. CLARICH, *Modelli di semplificazione nell'esperienza comparata*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1998, 679 ss.

- A. CLÔ, *Energia e clima. L'altra faccia della medaglia*, Bologna 2017
- M. COCCONI, *L'obbligo di motivazione degli atti amministrativi generali*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2009, 707 ss.
- F. COCOZZA, *Riflessioni sulla nozione di 'Costituzione economica'*, in *Dir. econ.*, 1992, 90 ss.
- S. COGNETTI, *Principio di proporzionalità. Profili di teoria generale e di analisi sistematica*, Torino 2011
- D. COHEN, *Prosperità del vizio. Una breve storia dell'economia*, Milano 2011
- A. COLAVECCHIO, *L'obbligo di provvedere tempestivamente*, Torino 2013
- S. COLOMBARI, *La specialità della disciplina amministrativa sulle farmacie comunali*, in *Dir. amm.*, 2011, 419 ss.
- F. COLOMBINI e A. CALABRÒ, *Crisi finanziarie. Banche e Stati. L'insostenibilità del rischio di credito*, Torino 2011
- G. COLOMBINI, voce *Lido e spiaggia*, in *Dig. disc. pubbl.*, vol. IX, Torino 1994, 262 ss.
- A. COMINO, *Golden powers per dimenticare la golden share: le nuove forme di intervento pubblico sugli assetti societari nei settori della difesa, della sicurezza nazionale, dell'energia, dei trasporti e delle comunicazioni*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2014, 1019 ss.
- C. CONSOLO, *Il primato del diritto comunitario può spingersi fino ad intaccare la 'ferrea' forza del giudicato sostanziale?*, in *Corr. giur.*, 2007, 1187 ss.
- G. CONTALDI, voce *Politica economica e monetaria (diritto dell'Unione europea)*, in *Enc. dir., Ann. VII*, Milano 2014, 811 ss.
- G. CONTALDI, *Effetto diretto e primato del diritto comunitario*, in (a cura di S. CASSESE) *Diz. dir. pubbl.*, vol. III, Milano, 2006, 2124 ss.
- G.B. CONTE, *La Corte dichiara l'illegittimità della proroga delle concessioni di grandi derivazioni idroelettriche previste nella legge finanziaria per il 2006*, in *www.giustamm.it*, 2008
- M. CONTICELLI, *Liberalizzazioni e attività economiche private*, in (a cura di F. MANGANARO, A. ROMANO TASSANO, F. SAIITA), *Liberalizzare o regolamentare: il diritto amministrativo di fronte alla crisi*, Milano 2013, 121 ss.
- M.L. CORBINO, *Il demanio marittimo. Nuovi profili funzionali*, Milano 1990
- D. CORLETTI, *Provvedimenti di secondo grado e tutela dell'affidamento*, in (a cura di ID) *Procedimenti di secondo grado e tutela dell'affidamento in Europa*, Padova 2007, 1 ss.
- A. CORPACI, voce *Proroga e rinnovazione dell'atto amministrativo*, in *Dig. disc. pubbl.*, vol. XII, Torino 1997
- G. CORSO, *Attività economiche e deregulation*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1998, 628 ss.
- G. CORSO, *La tutela della concorrenza come limite della potestà legislativa (delle Regioni e dello Stato)*, in *Dir. pubbl.*, 2002, p. 982 ss.
- G. CORSO, voce *Liberalizzazione amministrativa ed economica*, in S. CASSESE (a cura di), *Diz. dir. pubbl.*, vol. IV, Milano 2006, 3492 ss.
- F. CORTESE, *Il coordinamento amministrativo. Dinamiche e interpretazioni*, Milano 2012, 46
- F. CORTESE, *Social welfare: la difficoltà di liberalizzare e di semplificare*, in *Dir. econ.*, 2014, 457 ss.
- M. COSTA, *Psicologia ambientale e architettonica. Come l'ambiente e l'architettura influenzano la mente e il comportamento*, Milano 2016
- P. CRUTZEN, *Benvenuti nell'Antropocene. L'uomo ha cambiato il clima, la Terra entra in una nuova era*, Milano 2005
- A. CUCINOTTA, *Coase, Hayek e la concezione classica della concorrenza*, in *Merc. conc. reg.*, 2017, 37 ss.
- C. CUDIA, *L'efficacia «dimensionale» dell'atto amministrativo: il caso dei destinatari degli atti amministrativi generali*, in *Dir. amm.*, 2016, 719 ss.
- S. D'ACUNTO, *Direttiva servizi (2006/123/CE): genesi, obiettivi e contenuto*, Milano 2009
- M. D'ALBERTI, *Poteri pubblici, mercati e globalizzazione*, Bologna 2008, spec. 110 ss.
- M. D'ALBERTI, voce *Autorità indipendenti (dir. amm.)*, in *Enc. giur.*, vol. IV, Roma 1995

- M. D'ALBERTI, *L'Unione europea e i diritti*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2016, 761 ss.
- M. D'ALBERTI, *Il diritto amministrativo tra imperativi economici e interessi pubblici*, in *Dir. amm.*, 2008, 51 ss.
- M. D'ALBERTI, voce *Concessioni amministrative*, in *Enc. giur.*, vol. VII, Roma 1998, 2 ss.
- M. D'ALBERTI, voce *Concorrenza*, in (diretto da S. CASSESE) *Diz. dir. pubbl.*, vol. II, Milano 2006, 1140 ss.
- M. D'ALBERTI, *Lezioni di diritto amministrativo*, Torino 2017
- M. D'ALBERTI, *Le concessioni amministrative. Aspetti della contrattualità delle pubbliche amministrazioni*, Napoli 1981
- S. D'ANCONA, *L'annullamento d'ufficio tra vincoli e discrezionalità*, Napoli 2015
- F. D'ANGELO, *Considerazioni in tema di liberalizzazione delle attività produttive e potere amministrativo*, in *Dir. amm.*, 2014, 807 ss.
- M. D'ORSOGNA, *Lo sportello unico tra semplificazione e competitività*, in *Nuove aut.*, 2008, 669 ss.
- M. D'ORSOGNA e R. LOMBARDI, *Il silenzio-assenso*, in (a cura di M.A. SANDULLI), *Codice dell'azione amministrativa*, Milano, 2017, 965 ss.
- D. D'ORSOGNA, *Conferenza di servizi e amministrazione della complessità*, Torino 2002
- D. D'ORSOGNA, *Contributo allo studio dell'operazione amministrativa*, Napoli 2005
- M. D'ORSOGNA, *Le concessioni demaniali marittime nel prisma della concorrenza: un nodo ancora irrisolto*, in *Urb. app.*, 2011, 599 ss.
- G. DALLA TORRE, voce *Magia e sortilegio*, in *Enc. dir.*, vol. XXV, Milano, 1975, 168 ss.
- L. DANIELE, *Diritto del mercato unico europeo e dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia*, Milano 2016
- M. DE BENEDETTO, *Diritto amministrativo e crescita economica*, in *Dir. econ.*, 2014, 193 ss.
- M. DE BENEDETTO e F. DI LASCIO, *La regolazione del demanio marittimo in Italia e Spagna: problemi, riforme e prospettive*, in *Riv. giur. ed.*, 2014, 28 ss.
- M. DE BENEDETTO, *Le liberalizzazioni e la Costituzione*, in *La regolazione intelligente. Un bilancio critico delle liberalizzazioni italiane*, Firenze 2013, 41 ss.
- M. DE BENEDETTO, *Istruttoria amministrativa e ordine del mercato*, Torino 2008
- M. DE BENEDETTO, *Povertà, mobilità sociale e regole del gioco*, in *Dir. soc.*, 2015, 551 ss.
- M. DE BENEDETTO, *Il decreto 'Salva Italia'*, in *Giorn. dir. amm.*, 2012, 229 ss.
- F. DE LEONARDIS, *Economia circolare: saggio sui suoi tre diversi aspetti giuridici. Verso uno Stato circolare?*, in *Dir. amm.*, 2017, 163 ss.
- F. DE LEONARDIS, *Il principio di precauzione nell'amministrazione del rischio*, Milano 2005
- F. DE LEONARDIS, *Il principio di precauzione*, in (a cura di M. RENNA e F. SAITTA) *Studi sui principi del diritto amministrativo*, Milano 2012, 413 ss.
- L. DE LUCIA, *Denunce qualificate e preistruttoria amministrativa*, in *Dir. amm.*, 2002, 717 ss.
- L. DE LUCIA, *La conferenza di servizi nel decreto legislativo 30 giugno 2016, n. 127*, in *Riv. giur. urb.*, 2016, 23 ss.
- L. DE LUCIA, *'Pastorato' e 'disciplinamento' nella governance economica europea. Diritto e razionalità economica a seguito della crisi*, in *Dir. pubbl.*, 2015, 867 ss.
- G.C. DE MARTIN, voce *Enti pubblici territoriali*, in *Dig. disc. pubbl.*, Agg. I, Torino 2011
- S. DE NARDI, *Il sindacato della Corte costituzionale sulla (cosiddette) proroghe regionali demaniali marittime ad uso turistico-ricreativo*, in *Munus*, 2018, 373 ss.
- D. DE PRETIS, *Valutazione amministrativa e discrezionalità tecnica*, Padova 1995
- S. DEL GATTO, *Il metodo aperto di coordinamento. Amministrazioni nazionali e amministrazione europea*, Napoli 2012
- S. DEL GATTO, *La rete europea per la concorrenza: una rete a maglie troppo larghe?*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2016, 1265 ss.
- P. DELL'ANNO, *Contributo allo studio dei procedimenti autorizzatori*, Padova 1989

- D. DELLA PORTA, *I partiti politici*, Bologna 2011
- G. DELLA CANANEA, *Indirizzo e controllo della finanza pubblica. Un tema al centro del dibattito istituzionale: la finanza pubblica italiana e l'Unione economica e monetaria*, Bologna, 1996
- G. DELLA CANANEA, *Gli atti amministrativi generali*, Padova 2000
- G. DELLA CANANEA, *Legittimazione e accountability nell'organizzazione mondiale del commercio*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2003, 731 ss.
- M.G. DELLA SCALA, *L'ambito di applicazione della disciplina generale sul procedimento amministrativo*, in (a cura di A. ROMANO) *L'azione amministrativa*, Torino 2016, 1034 ss.
- L. DELLI PRISCOLI, *Il limite dell'utilità sociale nelle liberalizzazioni*, in *Giur. comm.*, 2014, 352 ss.
- M. DELSIGNORE, *Il contingentamento dell'iniziativa economica privata. Il caso non unico delle farmacie*. Milano 2011
- G. DI GASPARE, *Anamorfosi dello "spread" (Globalizzazione finanziaria, guerre valutarie e tassi di interesse dei debiti sovrani)*, in www.forumcostituzionale.it, 2013
- G. DI GASPARE, *Anamorfosi dello spread 2018*, in www.amministrazioneincammino.it, 2018
- G. DI GASPARE, *Costituzionalizzazione simbolica e decostituzionalizzazione di fatto dell'articolo 41 della Costituzione*, in www.amministrazioneincammino.it, 2011
- G. DI GASPARE, *Diritto dell'economia e dinamiche istituzionali*, Padova 2003
- G. DI GASPARE, *Il nuovo art. 81 della Costituzione: dallo Stato finanziatore allo Stato scommettitore*, in www.amministrazioneincammino.it, 2015
- G. DI GASPARE, *Teoria e critica della globalizzazione finanziaria: dinamiche del potere finanziario e crisi sistemiche*, Padova 2011
- F. DI LASCIO, *Concessioni di demanio marittimo e tutela della concorrenza*, in *Foro amm.-T.a.r.*, 2009, 787 ss.
- F. DI LASCIO, *Una spiaggia è per sempre? Il conflitto in materia di concessioni balneari*, in *Munus*, 2018, I ss.
- L. DI GIOVANNI, *Le concessioni demaniali marittime e il divieto di proroga ex lege*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2016, 912 ss.
- L. DI NELLA, *La scuola di Friburgo o dell'ordoliberalismo*, in *Diritto ed economia, problemi e orientamenti teorici*, Padova 1999, 171 ss.
- A. DI PASCALE, *I diritti sociali nella giurisprudenza della Corte di Giustizia*, in *Riv. dir. int.*, 2014, 1148 ss.
- F. DI PORTO, *Le 'professioni non regolamentate': un modello per la riforma di quelle ordinistiche?*, in (a cura di B.G. MATTARELLA e A. NATALINI) *La regolazione intelligente. Un bilancio critico delle liberalizzazioni italiane*, Firenze 2013, 255 ss.
- R. DICKMANN, *Governance economica europea e misure nazionali per l'equilibrio dei bilanci pubblici*, Napoli 2013
- D. DIVERIO, *La libera prestazione dei servizi tra Comunità europea e O.m.c.*, Milano 2007
- S. DONNELLY, *The regims of european integration: constructing governance of the single market*, Oxford 2010
- P. DURET, *Sussidiarietà e autoamministrazione dei privati*, Padova 2004
- G.M. ESPOSITO, *Il diritto di iniziativa procedimentale*, Napoli 2012
- W. EUCKEN, F. BOHM e H. GROSSMAN-DOERTH, *The Ordo Manifesto of 1936*, in A. PEACOCK e H. WILLGERODT, *Germany's social market economy: Origins and evolution*, Springer 1989, 23 ss.
- S. FABBRINI, *La crisi dell'euro e le sue conseguenze*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2016, 651 ss.
- N. FACCILONGO, G. PELLEGRINI e P. LA SALA, *Economia circolare e scarti delle filiere agroalimentari*, in *L'industria*, 2017, 221 ss.
- G. FALCON, *La regolazione delle attività private e l'art. 19 della legge n. 241 del 1990*, in *Dir. pubbl.*, 1997, 412 ss.

- G. FALCON, *La legge sul procedimento amministrativo e i caratteri del 'federalismo' italiano*, in *Le Regioni*, 2010, 345 ss.
- R. FEDERICI, *Contributo allo studio dei beni minerari*, Padova 1996
- E. FELICE, *Ascesa e declino. Storia economica d'Italia*, Bologna 2015
- E. FELICE, *Storia economica della felicità*, Bologna 2017
- F. FELICE, *L'economia sociale di mercato*, Soveria Mannelli, 2008
- R. FERRARA, *La valutazione di impatto ambientale fra discrezionalità dell'amministrazione e sindacato del giudice amministrativo*, in *Foro amm.-T.a.r.*, 2010, 3179 ss.
- R. FERRARA, *Contributo allo studio della tutela del consumatore. Profili pubblicistici*, Milano 1983
- L. FERRARA, *Diritti soggettivi ad accertamento amministrativo. Autorizzazione ricognitiva, denuncia sostitutiva e modi di produzione degli effetti*, Milano 1996
- R. FERRARA, *Le 'complicazioni' della semplificazione amministrativa: un'amministrazione senza qualità*, in *Dir. proc. amm.*, 1999, 323 ss.
- R. FERRARA, *Procedimento amministrativo, semplificazione e realizzazione del risultato: dalla 'libertà dall'amministrazione' alla 'libertà dell'amministrazione'*, in *Dir. soc.*, 2000, 101 ss.
- R. FERRARA, *La segnalazione certificata di inizio attività e la tutela del terzo: il punto di vista del giudice amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2012
- M.R. FERRARESE, *Le istituzioni della globalizzazione. Diritto e diritti nella società transnazionale*, Bologna 2000
- V. FERRARI, *Diritto e società. Elementi di sociologia del diritto*, Roma-Bari 2006
- F. FERRARO, *Restrizioni quantitative e territoriali nel diritto dell'Unione: dalla libera circolazione delle merci al diritto di stabilimento*, in *Dir. Un. eur.*, 2011, 693 ss.
- G. FERRERO (a cura di), *Marketing e creazione del valore*, Torino 2018
- E. FERRERO, *Concetti giuridici indeterminati e poteri discrezionali delle amministrazioni*, in *Dir. e proc. amm.*, 2014, 759 ss.
- F. FERRO LUZZI, *Regole del mercato, regole nel mercato (prolegomeni in tema di)*, Roma 2009
- G. FIDONE, *Le concessioni di lavori e servizi alla vigilia del recepimento della direttiva 2014/23/UE*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2015, 101 ss.
- P. FOIS (a cura di), *Il principio dello sviluppo sostenibile nel diritto internazionale ed europeo dell'ambiente*, Napoli 2007
- F. FOLLIERI, *Logica del sindacato di legittimità sul provvedimento amministrativo. Ragionamento giuridico e modalità di sindacato*, Padova 2017
- G. FONDERICO, *Il nuovo tempo del procedimento, la d.i.a. e il silenzio assenso (commento a l 14 maggio 2005, n. 80)*, in *Giorn. dir. amm.*, 2005, 1028 ss.
- G. FONDERICO, *La libertà economica e i controlli amministrativi*, in *Giorn. dir. amm.*, 2012, 18 ss.
- G. FONDERICO, *La programmazione territoriale e le norme di 'liberalizzazione'*, in *Giorn. dir. amm.*, 2014, 611 ss.
- F. FONDERICO, *Riflessione economica e modelli di azione amministrativa a tutela dell'ambiente*, in *Trattato di diritto dell'ambiente*, 487 ss.
- U. FORTI, voce *Autorizzazioni (dir. amm.)*, in *Noviss. dig. it.*, Torino 1997, 1581 ss.
- M.M. FRACANZANI, *Analogia e interpretazione estensiva nell'ordinamento giuridico*, Milano 2003
- F. FRACCHIA, *Autorizzazioni amministrative e situazioni giuridiche soggettive*, Napoli 1996
- F. FRACCHIA, *Combattere la povertà ed esclusione: ruolo, strategie e strumenti per i soggetti pubblici*, in *Dir. econ.*, 2004, 41 ss.
- F. FRACCHIA, voce *Concessione amministrativa*, in *Enc. dir.*, Ann. I, Milano 2007, 250 ss.
- F. FRACCHIA, *I servizi pubblici e la retorica della concorrenza*, in *Foro it.*, 2011, 106 ss.
- F. FRACCHIA, *L'amministrazione come ostacolo*, in *Dir. econ.*, 2013, 361 ss.

- F. FRACCHIA, *La liberalizzazione dell'attività di distribuzione dei carburanti*, in *Giorn. dir. amm.*, 1998, 516 ss.
- F. FRACCHIA, *Lo sviluppo sostenibile. La voce flebile dell'altro tra protezione dell'ambiente e tutela della specie umana*, Napoli 2010
- F. FRACCHIA, *Principi di diritto ambientale e sviluppo sostenibile*, in (diretto da P. DELL'ANNO e E. PICOZZA) *Trattato di diritto dell'ambiente*, Padova 2013, 559 ss.
- F. FRACCHIA, *Sviluppo sostenibile e diritti delle generazioni future*, in *Riv. quadr. dir. amb.*, 2010, 13 ss.
- F. FRACCHIA, *Sulla configurazione giuridica unitaria dell'ambiente: art. 2 Cost. e doveri di solidarietà ambientale*, in *Dir. econ.*, 2002, 251 ss.
- F. FRANCIOSI, *Il regime giuridico di cave e torbiere*, Milano 1997
- F. FRANCHINI, *Le autorizzazioni costitutive di rapporti giuridici tra l'amministrazione e i privati*, Milano 1957
- M. FRANZINI e M. RAITANO (a cura di), *Il mercato rende diseguali? La distribuzione dei redditi in Italia*, Bologna 2018
- E. FREDIANI, *Decisione condizionale e tutela integrata di interessi sensibili*, in *Dir. amm.*, 2017, 447 ss.
- E. FREDIANI, *Liberalizzazione e incertezza delle regole: la vicenda delle zone a burocrazia zero*, in *Dir. soc.*, 2014, 653 ss.
- E. FREDIANI, *Liberalizzazione e incertezza delle regole: la vicenda delle zone a burocrazia zero*, in *Dir. soc.*, 2014, 653 ss.
- S.A. FREGO LUPPI, *L'amministrazione regolatrice*, Torino 1999
- L.M. FRIEDMAN, *Il sistema giuridico nella prospettiva delle scienze sociali*, Bologna, 1978
- F. GAFFURI, *L'acquiescenza al provvedimento amministrativo e la tutela dell'affidamento*, Milano 2006, 136 ss.
- F. GAFFURI, *La denuncia di inizio attività dopo le riforme del 2005 alla l. n. 241 del 1990: considerazioni sulla natura dell'istituto*, in *Dir. amm.*, 2007, 379 ss.
- G. GAJA, *Aspetti problematici della tutela dei diritti fondamentali nell'ordinamento comunitario*, in *Riv. dir. internaz.*, 1988, 574 ss.
- D.U. GALETTA, *La tutela dei diritti fondamentali (in generale e dei diritti sociali in particolare) nel diritto UE dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2006, 1176 ss.
- D.U. GALETTA, *Principio di proporzionalità e sindacato giurisdizionale nel diritto amministrativo*, Padova 1998
- D.U. GALETTA, *La tutela dell'affidamento nella prospettiva del diritto amministrativo italiano, tedesco e comunitario: un'analisi comparata*, in *Dir. amm.*, 2008, 757 ss.
- D.U. GALETTA, *Il Principio di proporzionalità*, in (a cura M. RENNA e F. SAITTA) *Studi sui principi del diritto amministrativo*, Milano 2012, 398 ss.
- D.U. GALETTA, *L'autonomia procedurale degli Stati membri dell'Unione: Paradise lost? Studio sulla c.d. autonomia procedurale, ovvero sulla competenza procedurale funzionalizzata*, Torino 2009
- D.U. GALETTA, *La tutela dell'affidamento nella prospettiva del diritto amministrativo italiano, tedesco e comunitario: un'analisi comparata*, in *Dir. amm.*, 2008, 757 ss.
- F. GALGANO (diretto da) *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia, La Costituzione economica*, vol. I, Padova 1977
- F. GALGANO, *Commento art. 41*, in (a cura di G. BRANCA) *Commentario della Costituzione*, vol. II, Bologna 1982, 1 ss.
- C.E. GALLO, *Leggi di liberalizzazione e potere della pubblica amministrazione*, in *www.giustamm*, 2012
- D. GALLO, *I servizi di interesse economico generale. Stato, mercato e welfare nel diritto dell'Unione europea*, Milano 2010
- E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *Le trasformazioni della giustizia amministrativa* (trad. it. di Simone Rodolfo Masera), Milano 2010

- G. GARDINI, *Rinvio pregiudiziale, disapplicazione, interpretazione conforme: i deboli anticorpi europei e la "forza sovrana" dell'atto amministrativo inoppugnabile*, in *Dir. amm.*, 2014, 217 ss.
- A.M. GAROFALO, *Le regole costitutive del contratto. Contributo allo studio dell'autonomia privata*, Napoli 2018
- F. GASPARI, *Tutela dell'ambiente, regolazione e controlli pubblici: recenti sviluppi in materia di EU emission trading scheme (ets)*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2011, 1149 ss.
- W. GASPARRI, *Suolo bene comune? Contenimento del consumo di suolo e funzione sociale della proprietà*, in *Dir. pubbl.*, 2016, 69 ss.
- P. GASPARRI, voce *Autorizzazione*, in *Enc. dir.*, vol. IV, Milano 1959
- C. GAUCCI, *La tutela avverso l'inerzia della pubblica amministrazione secondo il Codice del processo amministrativo*, Torino 2012
- M. GIAMPIERETTI, *Il principio costituzionale di libera concorrenza: fondamenti, interpretazioni, applicazioni*, in *Dir. soc.*, 2003, 439 ss.
- L. GIANI, *Attività amministrativa e regolazione di sistema*, Torino 2002
- L. GIANI, *Funzione amministrativa ed obblighi di correttezza. Profili di tutela del privato*, Napoli 2005
- A. GIANNELLI, *Concessioni di beni e concorrenza. Contributo in tema di compatibilità tra logica pro-concorrenziale e principi di diritto interno in tema di gestione dei beni pubblici*, Napoli 2017
- M.S. GIANNINI, *Diritto pubblico dell'economia*, Bologna 1995
- M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, Milano 1993
- M.S. GIANNINI, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione*, Milano 1939
- A. GIANNOTTI, *Le 'professioni' tra legislazione statale e regionale dopo la riforma del Titolo V della Costituzione*, in *Le Regioni*, 2004, 123 ss.
- E. GIARDINO, *L'individuazione, la semplificazione e l'accelerazione dei procedimenti*, in *Giorn. dir. amm.*, 2017, 26 ss.
- M. GIGANTE, *Mutamenti nella regolazione dei rapporti giuridici e legittimo affidamento. Tra diritto comunitario e diritto interno*, Milano 2008
- M. GIGANTE, voce *Norma tecnica*, in (diretto da S. CASSESE) *Diz. dir. pubbl.*, vol. IV, Milano 2006, 3806 ss.
- M. GIGANTE, *Mutamenti nella regolazione dei rapporti giuridici e legittimo affidamento. Tra diritto comunitario e diritto interno*, Milano 2008
- A. GIGLI, *Nuove prospettive di tutela del legittimo affidamento nei confronti del potere amministrativo*, Napoli 2016
- F. GIGLIONI, *Regole migliori producono risultati migliori? La sfida della nuova 'agenda' europea sulla 'better regulation'*, in *Giorn. dir. amm.*, 2015, 597 ss.
- F. GIGLIONI, *L'obbligo di predeterminazione dei criteri per i provvedimenti attributivi di vantaggi economici*, in (a cura di M.A. SANDULLI), *Codice dell'azione amministrativa*, Milano 2017, 669 ss.
- B. GILIBERTI, *Il merito amministrativo*, Padova 2013
- B. GILIBERTI, *Sulla pienezza del sindacato giurisdizionale sugli atti amministrativi. Annotazioni a Corte di cassazione, Sezioni Unite, 20 gennaio 2014, n. 1013*, in *Dir. proc. amm.*, 2014, 1057 ss.
- E. GIOVANNINI, *L'utopia sostenibile*, Bari-Roma 2018
- S. GIUBBONI, *Diritti e solidarietà in Europa*, Bologna 2012
- W. GIULIETTI, *Danno ambientale e azione amministrativa*, Napoli 2012
- W. GIULIETTI, *Crisi economica e liberalizzazioni*, in *Dir. econ.*, 2012, 113 ss.
- W. GIULIETTI, *Attività private e potere amministrativo. Il modello della dichiarazione di inizio attività*, Torino 2008
- W. GIULIETTI, *La concentrazione dei regimi amministrativi*, in (a cura di M.A. SANDULLI) *Codice dell'azione amministrativa*, Milano 2017, 958 ss.
- M. GNES, *La scelta del diritto: concorrenza tra ordinamenti, arbitraggi, diritto comune europeo*, Milano 2004
- F. GOISIS, *Il potere di iniziativa dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato ex art. 2-bis l. 287 del 1990: profili sostanziali e processuali*, in *Dir. proc. amm.*, 2013, 471 ss.

- A. GORZ, *Ecologica*, Milano 2009
- D. GRANARA, *I beni demaniali marittimi ed il relativo regime giuridico*, in *Riv. giur. ed.*, 2011, 277.
- A. GRECO, *L'analisi di impatto della regolamentazione: origini e tendenze recenti*, in www.federalismi.it, 2009
- GI. GRECO, *Servizi sociali e disciplina della concorrenza: dalla esclusione alla (possibile) eccezione*, in *Dir. comm. int.*, 2015, 822 ss.
- G. GRECO, *L'accertamento delle violazioni del diritto della concorrenza e il sindacato del giudice amministrativo*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2016, 999 ss.
- G. GRECO, *Argomenti di diritto amministrativo*, vol. I, Milano 2013
- G. GRECO, *La direttiva in materia di "concessioni"*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2015, 1095 ss.
- G. GRECO, *I contratti dell'amministrazione tra diritto pubblico e privato. I contratti ad evidenza pubblica*, Milano 1986
- G. GRUNER, *L'affidamento ed il rinnovo delle concessioni demaniali marittime tra normativa interna e principi del diritto dell'Unione europea*, in *Foro amm.-C.d.S.*, 2010, 678 ss.
- V. GUGLIELMI, *Il giudice 'liberalizzatore': l'abolizione delle distanze minime nella distribuzione di carburanti*, in *Giorn. dir. amm.*, 2012, 1216 ss.
- N. GULLO, *Indirizzo politico ed interesse pubblico economico*, in (a cura di A. CONTIERI, F. FRANCIARIO, M. IMMORDINO e A. ZITO), *L'interesse pubblico tra politica e amministrazione*, Napoli 2010
- F. GULLO, *Contributo allo studio delle concessioni amministrative*, Padova 1959
- F.F. GUZZI, *Il contenimento del consumo di suolo alla luce della recente legislazione nazionale e regionale*, in *Riv. giur. urb.*, 2016, 25 ss.
- F.F. GUZZI, *La direttiva Bolkestein e la nuova disciplina dei servizi economici privati*, Milano 2016
- F.F. GUZZI, *Libertà di iniziativa economica in materia di commercio e limiti pubblicitari connessi alla c.d. urbanistica commerciale nella giurisprudenza amministrativa*, in *Riv. giur. urb.*, 2017, 410 ss.
- A. HEIMLER, *La direttiva Bolkestein*, in *Merc. conc. reg.*, 2006, 95 ss.
- A. HEIMLER, voce *Cattura (teoria della)*, in *Dizionario di economia e finanza*, in www.treccani.it, 2012
- D. HELD e A. MCGREW, *Globalismo e antiglobalismo*, Bologna 2010
- F. HIRSCH, *Limiti sociali allo sviluppo*, Milano 2001
- L. IANNOTTA, *Scienza e realtà: l'oggetto della scienza del diritto amministrativo tra essere e divenire*, in *Dir. amm.*, 1996, 594.
- L. IANNOTTA, *Dialogo sul metodo: osservazione e ricostruzione delle vicende giuridiche reali*, in *Dir. amm.*, 2003, 133 ss.
- I. INGRAVALLO, *L'effetto utile nell'interpretazione del diritto dell'Unione europea*, Bari 2017
- N. IRTI, *L'ordine giuridico del mercato*, Roma-Bari, 2004
- N. IRTI, *Diritto e mercato*, in (a cura di C. RABITTI BEDOGNI e P. BARUCCI) *20 anni di antitrust. L'evoluzione dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato*, vol. I, Torino 2010, 37 ss.
- V. JACOMETTI, *Lo scambio di quote di emissione. Analisi di un nuovo strumento di tutela ambientale in prospettiva comparatistica*, Milano 2010
- G. JELLINEK, *La dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino*, Bari-Roma 2002
- J.M. KEYNES, *Teoria generale dell'occupazione, dell'interesse e della moneta*, Torino 2013
- G. LA ROSA, *Il nuovo volto dell'autotutela decisoria a seguito della l. 164/2014: il privato è davvero più tutelato dal pentimento dell'amministrazione?*, in *Dir. econ.*, 2015, 575 ss.

- G. LA ROSA, *La revoca del provvedimento amministrativo. L'instabilità delle decisioni amministrative tra esigenze di funzionalizzazione e tutela degli interessi privati*, Milano 2013.
- S. LA PORTA, *Il commercio: una materia al vaglio del "custode della tutela della concorrenza"*, in *www.rivistaaic.it*, 2012
- A. LALLI, *I beni pubblici. Imperativi del mercato e diritti della collettività*, Napoli 2015
- E. LAMARQUE, *L'ambito di applicazione della legge sul procedimento amministrativo*, in (a cura di M.A. SANDULLI), *Codice dell'azione amministrativa*, Milano 2017, 479 ss.
- R. LANE, *The loss of happiness in market democracies*, New Haven 2001
- S. LATOUCHE, *Breve trattato sulla decrescita serena e come sopravvivere allo sviluppo*, Torino 2015
- P. LAZZARA, *Autorità indipendenti e discrezionalità*, Padova 2002
- P. LAZZARA, *I procedimenti amministrativi ad istanza di parte. Dalla disciplina generale sul procedimento (l. 241/90) alla direttiva 'servizi' (2006/123/CE)*, Napoli 2008
- P. LAZZARA, *Il principio di semplificazione*, in (a cura di M. RENNA e F. SAITTA) *Studi sui principi del diritto amministrativo*, Milano 2012, 547 ss.
- P. LAZZARA, *Principio di semplificazione e situazioni giuridico-soggettive*, in *Dir. amm.*, 201, 679 ss.
- P. LAZZARA, *La regolazione amministrativa: contenuto e regime*, in *Dir. amm.*, 2018, 337 ss.
- P. LAZZARA, *La disciplina del procedimento amministrativo nel riparto delle competenze Stato-Regione*, in *Dir. amm.*, 2007, 105 ss.
- F. LEVI, *L'attività conoscitiva della pubblica Amministrazione*, Torino 1967
- M. LIBERTINI, *Impresa e finalità sociali. Riflessioni sulla teoria della responsabilità sociale dell'impresa*, in *Anal. giur. econ.*, 2009, 1 ss.
- M. LIBERTINI, voce *Concorrenza*, in *Enc. dir., Ann.*, vol. III, 2010 Milano
- M. LIBERTINI, *A "highly competitive social market economy" as a founding element of the european economic constitution*, in *Conc. merc.*, 2011, 491 ss.
- M. LIBERTINI, *Gli aiuti pubblici alle imprese e l'ordinamento italiano*, in *Conc. merc.*, 2013, 825 ss.
- M. LIBERTINI, *I fini sociali come limite eccezionale alla tutela della concorrenza: il caso Alitalia*, in *Giur. cost.*, 2010, 3296 ss.
- M. LIBERTINI, *La tutela della concorrenza nella Costituzione. Una rassegna critica della giurisprudenza costituzionale italiana dell'ultimo decennio*, in *Merc. conc. reg.*, 2014, 505 ss.
- M. LIBERTINI, *La tutela della concorrenza nella Costituzione italiana*, in *Giur. cost.*, 2005, 1428 ss.
- M. LIBERTINI, *Economia sociale di mercato e responsabilità sociale dell'impresa*, in *Orizz. dir. comm.*, 2013.
- P.G. LIGNANI, voce *Silenzio (dir. amm.)*, in *Enc. Dir.*, Agg. III, Milano, 1999, 978 ss.
- F. LIGUORI, *Attività liberalizzate e compiti della amministrazione*, Napoli 2000
- F. LIGUORI, *Le incertezze, degli strumenti di semplificazione: lo strano caso della d.i.a. - s.c.i.a.*, in *Dir. proc. amm.*, 2015, 1223 ss.
- F. LIGUORI, *L'accesso al mercato: dal controllo ex ante al controllo ex post*, in (a cura di ID., e C. ACOCELLA) *Liberalizzazioni*, Napoli 2015, 19 ss.
- P. LILLO, *Libertà religiosa e «abuso della credulità popolare»*, *Dir. eccl.*, 1996, 596 ss.
- A. LOLLI, *L'amministrazione attraverso strumenti economici: nuove forme di coordinamento degli interessi pubblici e privati*, Bologna 2008
- R. LOMBARDI, *Ambiente e mercato: una nuova prospettiva d'indagine sui beni comuni*, in *Dir. econ.*, 2014, 215 ss.
- N. LONGOBARDI, *Autorità amministrative indipendenti e sistema giuridico-istituzionale*, Torino 2004
- N. LONGOBARDI, *Indirizzo politico e regolazione economica*, in *Dir. e proc. amm.*, 2007, 881 ss.
- N. LONGOBARDI, *Liberalizzazioni e attività d'impresa*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2013, 603 ss.
- N. LONGOBARDI, *Attività economiche e semplificazione amministrativa. La «direttiva Bolkestein» modello di semplificazione*, in *Dir. e proc. amm.*, 2009, 695 ss.

- L. LORENZONI, *I controlli pubblici sull'attività dei privati e l'effettività della regolazione*, in *Dir. pubbl.*, 2017, 779 ss.
- L. LORENZONI, *Distanze minime tra edicole fissate con legge regionale e tutela della concorrenza*, in *Giorn. dir. amm.*, 2016, 63 ss.
- M. LOTTINI, *Il mercato europeo. Profili pubblicistici*, Napoli 2010
- B. LUBRANO, *Le sovvenzioni nel diritto amministrativo. Profili teorici ed evoluzione storica nel contesto del diritto europeo*, Torino 2008
- S. LUCATTINI, *Garante della concorrenza e certezza economica: alla ricerca delle giustizie per i mercati*, in *Dir. amm.*, 2013, 509 ss.
- M. LUCIANI, voce *Economia nel diritto costituzionale*, in *Dig. disc. pubbl.*, vol. V, Torino 1993, 373 ss.
- M. LUCIANI, *La produzione economica privata nel sistema costituzionale*, Milano 1983
- M. MAGRI, *L'interesse legittimo oltre la teoria generale. Neutralità metodologica e giustizia amministrativa. 'Per una piena realizzazione dello Stato di diritto'*, Rimini 2017
- M. MAGRI, *Direttiva Bolkestein e legittimo affidamento dell'impresa turistico balneare: verso una importante decisione della Corte di giustizia U.e.*, in *Riv. giur. ed.*, 2016, 359 ss.
- C. MALINCONICO, *Aiuti di Stato*, in (a cura di) M.P. CHITI, G. GRECO, *Trattato di diritto amministrativo europeo*, vol. I, Milano 2007, 65 ss.
- F. MANGANARO, *Principio di buona fede e attività delle amministrazioni pubbliche*, Napoli 1995
- F. MANGANARO, *Principio di legalità e semplificazione dell'azione amministrativa. Profili critici e principi ricostruttivi*, Napoli 2000
- G. MANGIALARDI, *Obbligatoria la gara per il rinnovo di concessione demaniale*, in *Urb. app.*, 2009, 1209 ss.
- G. MARCHEGIANI, *Le concessioni di beni del demanio marittimo alla luce del diritto UE*, in www.giustamm.it, 2016
- E.M. MARENGHI, *Nuove tendenze nei rapporti tra urbanistica e commercio*, in *Riv. giur. urb.*, 1999, 227 ss.
- L. MARTELL, *Sociologia della globalizzazione*, Torino 2011
- F. MARTINES, *La segnalazione di certificata di inizio attività. Nuove prospettive del rapporto pubblico-privato*, Milano 2011
- P. MARZARO, *Epistemologie del paesaggio: natura e limiti del potere di valutazione delle amministrazioni*, in *Dir. pubbl.*, 2014, 843 ss.
- P. MARZARO, *Silenzio assenso tra Amministrazioni: dimensioni e contenuti di una nuova figura di coordinamento 'orizzontale' all'interno della 'nuova amministrazione' disegnata dal Consiglio di Stato*, in www.federalismi.it, 2016
- P. MARZARO, *La denuncia d'inizio di attività edilizia. Profili sistematici, sostanziali e processuali*, Milano 2005
- P. MARZARO, *Leale collaborazione e raccordo tra Amministrazioni; su un principio del sistema a margine delle 'riforme Madia'*, in www.federalismi.it, 2017
- S.R. MASERA, *Concessioni idroelettriche. Evoluzioni e prospettive*, Pisa 2018, 81 ss.
- A.H. MASLOW, *A theory of human motivation*, in *Psychological Review*, 1943, 370 ss.
- R. MASTROIANNI, *La libera prestazione dei servizi nella giurisprudenza comunitaria: i principi generali*, in *Studi integr. eur.*, 2007, 523 ss.
- A. MASUCCI, *Procedimento amministrativo e nuove tecnologie. Il procedimento amministrativo elettronico ad istanza di parte*, Torino 2011, spec. 15 ss.
- A. MASUCCI, *Enti locali territoriali*, in *Enc. dir.*, vol. XIV, Milano, 977 ss.
- B.G. MATTARELLA e A. NATALINI (a cura di) *La regolazione intelligente. Un bilancio critico delle liberalizzazioni italiane*, Firenze 2013
- B.G. MATTARELLA, *Il problema della povertà nel diritto amministrativo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2012, 359 ss.

- B.G. MATTARELLA, *Il rapporto autorità-libertà e il diritto amministrativo europeo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2006, 909 ss.
- B.G. MATTARELLA, *Burocrazia e riforme. L'innovazione nella pubblica amministrazione*, Bologna 2017
- B.G. MATTARELLA, *La scia, ovvero dell'ostinazione del legislatore pigro*, in *Giorn. dir. amm.*, 2010, 1328 ss.
- B.G. MATTARELLA, *La trappola delle leggi. Molte, oscure, complicate*, Bologna 2011
- B.G. MATTARELLA, *I procedimenti delle regioni e degli enti locali*, in *Giorn. dir. amm.*, 2009, 1139 ss.
- F. MATTASSOGLIO, *Dalla Banca d'Italia alla Banca centrale europea: come sono cambiate le modalità di finanziamento del debito pubblico*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2016, 1145 ss.
- A. MATTERA RICIGLIANO, *Il mercato unico europeo. Norme e funzionamento*, Torino 1990
- M. MAZZAMUTO, *La riduzione della sfera pubblica*, Torino 2000
- A. MELONCELLI, *L'iniziativa amministrativa*, Milano 1976
- C. MEOLI, voce *Ordine pubblico (dir. amm.)*, in *Enc. giur.*, 2012, in www.treccani.it
- F. MERUSI, *Democrazia e autorità indipendenti. Un romanzo "quasi" giallo*, Bologna, 2000
- F. MERUSI, *Diritto contro economia. Resistenze istituzionali all'innovazione economica*, Torino 2006.
- F. MERUSI, *Metamorfosi nell'intervento pubblico nell'economia. Dall'autorizzazione alla riserva di provvedimento inibitorio*, in *Dir. amm.*, 2015, 578 ss.
- F. MERUSI, *Il sogno di Diocleziano. Il diritto nelle crisi economiche*, Torino 2013
- F. MERUSI, *Lo schema della regolazione dei servizi di interesse economico generale*, in *Dir. amm.*, 2010, 313 ss.
- F. MERUSI, *L'affidamento del cittadino*, Milano 1970
- D. MESSINEO, *'Livelli essenziali di semplificazione: un ossimoro costituzionale?'*, in *Giur. cost.*, 2012, 4956 ss.
- C. MICCICHÈ, *L'ambiente come bene a utilità collettiva e la gestione delle lesioni ambientali*, in www.ildirittodelleconomia.it, 2018, 1 ss.
- R. MICCÙ, *Economia e Costituzione: una lettura della cultura giuspubblicistica tedesca*, in *Quaderni del pluralismo*, 1996, 243 ss.
- E. MIDENA, *Analisi di impatto della regolazione e analisi tecnico-normativa*, in *Giorn. dir. amm.*, 2001, 85 ss.
- M. MIDIRI, *Nuove tecnologie e regolazione: il caso Uber*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2018, 1017 ss.
- G. MIELE, *Problemi costituzionali e amministrativi della pianificazione economica*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1954, 782 ss.
- F. MIGLIARESE CAPUTI, *Diritto degli enti locali. Dall'autarchia alla sussidiarietà*, Torino 2016
- A. MILONE, *Le valutazioni ambientali*, in (diretto da R. FERRARA e M.A. SANDULLI) *Trattato di diritto dell'ambiente*, vol. II (a cura di S. GRASSI e M.A. SANDULLI) *Procedimenti amministrativi per la tutela dell'ambiente*, Milano 2014, 135 ss.
- V. MIRRA, *Autorizzazione per installazioni pubblicitarie e disciplina della concorrenza*, in *Riv. giur. urb.*, 2018, 233 ss.
- E. MOAVERO MILANESI, voce *Privatizzazioni. III) Diritto comunitario*, in *Enc. giur.*, Roma 1995
- P. MOLINO, *Ancora in tema di giochi e scommesse: le tante ambiguità del legislatore interno e qualche incertezza del giudice comunitario*, in *Giur. mer.*, 2013, 376 ss.
- A. MOLITERNI, *Semplificazione amministrativa e tutela degli interessi sensibili: alla ricerca di un equilibrio*, in *Dir. amm.*, 2017, 699 ss.
- R. MONACO, voce *Mercato interno europeo*, in *Enc. giur.*, Roma, vol. XX, 1990
- A. MONICA, *Le concessioni demaniali marittime in fuga dalla concorrenza*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2013, 437 ss.
- M. MONTINI, *Profili di diritto internazionale*, in (diretto da P. DELL'ANNO e E. PICOZZA) *Trattato di diritto dell'ambiente*, vol. I, Padova 2012
- S. MONZANI, *Il rapporto tra disciplina urbanistica e pianificazione commerciale nel contesto di liberalizzazione e di promozione della concorrenza*, in *Foro amm.-C.d.S.*, 2012, 2397 ss.

- G. MORBIDELLI, voce *Iniziativa economica privata*, in *Enc. giur.*, vol. XIX, Roma 1990
- G. MORBIDELLI, *Rapporti tra disciplina urbanistica e disciplina del commercio*, in *Riv. giur. urb.*, 1990, 163 ss.
- G. MORBIDELLI, *Il principio di legalità e i c.d. poteri impliciti*, in *Dir. amm.*, 2007, 703 ss.
- U. MORERA e N. RANGONE, *Sistema regolatorio e crisi economica*, in *Analisi giur. econ.*, 2013, 383 ss.
- E. MORLICCHIO, *Sociologia della povertà*, Bologna 2012
- G.D. MOSCO, *Notarelle sulla legge in materia di professioni non organizzate*, in *Giur. comm.*, 2013, 888 ss.
- L. MUSSELLI, *L'ordinamento speciale delle televendite aventi ad oggetto servizi di astrologia, cartomanzia e di pronostici: limitazioni orarie di programmazione in funzione di tutela dei minori*, in *Foro amm. - T.a.r.*, 2005, 3967 ss.
- I. MUSU, *Crescita economica*, Bologna 2007.
- G. NAPOLITANO e M. ABRESCIA, *Analisi economica del diritto pubblico. Teorie, applicazioni e limiti*, Bologna 2000
- G. NAPOLITANO, *Diritto amministrativo e processo economico*, in *Dir. amm.*, 2014, 695 ss.
- B. NASCIMBENE, *La direttiva 2006/123/CE sui servizi nel mercato interno*, in *Contr. impr. Eur.*, 2007, 861 ss.
- E. NAVARRO, A. FONT, J. FOLGUERA, J. BRIONES, *Merger control in the european Union: law, economics and practice*, Oxford 2005.
- A. NEGRELLI, *Economia di mercato e liberalizzazioni: le (principali) ricadute sul sistema amministrativo italiano*, in *Riv. it dir. pubbl. com.*, 2013, 679 ss.
- A. NEGRELLI, *Accesso al mercato e autorizzazioni amministrative nazionali*, Milano 2016
- R. NIRO, *Profili costituzionali della disciplina antitrust*, Milano, 1994
- M. NUNZIATA, *I principi europei di precauzione, prevenzione e «chi inquina paga»*, in *Giorn. dir. amm.*, 2014, 656 ss.
- M. NUNZIATA, *Profili civilistici della 'ciarlaneria'*, in *Giust. civ.*, 1996, 77 ss.
- M. NUZZO, *Utilità sociale e autonomia privata*, Milano 1975
- M. OLIVI, *Profili evolutivi dei beni demaniali marittimi*, in *Dir. mar.*, 2004, 43 ss.
- V. ONIDA, *Un conflitto tra poteri sotto la veste di questione di costituzionalità: amministrazione e giurisdizione per la tutela dell'ambiente*, in www.rivistaaic.it, 2013
- G. OPPO, *L'iniziativa economica*, in *Riv. dir. civ.*, 1988, 309 ss.
- A. ORSI BATTAGLINI, voce *Autorizzazione amministrativa*, in *Dig. disc. pubbl.*, vol. II, Torino 1987
- C. OSTI, voce *Abuso di posizione dominante*, in *Enc. dir., Ann. V*, Milano 2012, 1 ss.
- V. OTTAVIANO, voce *Impresa pubblica*, *Enc. dir.*, vol. XX, Milano 1970
- T. PADOA-SCHIOPPA, *La lunga via per l'euro*, Bologna 2004
- L. PALADIN, *Il deficit democratico nell'ordinamento comunitario*, in *Le Regioni*, 1996, 1031 ss.
- L. PALADIN, *Il territorio degli enti autonomi*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1961, 641 ss.
- G. PALEOLOGO, voce *Istanza*, in *Enc. giur.*, vol. XX, Roma 1990
- V. PAMPANIN, *Autorizzazione integrata e regolazione ambientale*, Roma 2014
- N. PAOLANTONIO e W. GIULIETTI, *La segnalazione certificata di inizio attività*, in (a cura di M.A. SANDULLI), *Codice dell'azione amministrativa*, Milano, 2017, 902 ss.
- N. PAOLANTONIO, *L'amministrazione pubblica e la crescita economica: insediamenti produttivi, opere pubbliche e avvio delle attività imprenditoriali*, in www.giustamm.it, 2016
- N. PAOLANTONIO, *La segnalazione certificata di inizio attività*, in (a cura di M.A. SANDULLI) *Codice dell'azione amministrativa*, Milano 2017

- N. PAOLANTONIO, *Il sindacato di legittimità sul provvedimento amministrativo*, Padova 2000
- A. PARENTI, *IL WTO*, Bologna 2002
- D. PARIS, *Il parametro negletto, Diritto dell'Unione europea e giudizio in via principale*, Torino 2018
- V. PARISIO, *Direttiva 'Bolkestein', silenzio-assenso, d.i.a., 'liberalizzazioni temperate', dopo la sentenza del Consiglio di Stato, Ad. plen. 29 luglio 2011 n. 15*, in *Foro amm.-T.a.r.*, 2011, 2978 ss.
- V. PARISIO, *I silenzi della pubblica amministrazione: la rinuncia alla garanzia dell'atto scritto*, Milano, 1996
- S. PELLIZZARI, *Make it better and simpler. Semplificazione amministrativa e principio di semplicità dell'azione dei pubblici poteri nell'ambito dell'ordinamento dell'Unione Europea*, in *Dir. pubbl.*, 2012, 265 ss.
- P. PENNETTA, voce *Unione doganale*, *Enc. dir.*, Agg. V, Milano 2001, 1073 ss.
- R. PEREZ, *Il nuovo Patto di stabilità e crescita*, in *Gior. dir. amm.*, 2005, 777 ss.
- R. PEREZ, *La crisi del debito pubblico*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2016, 669 ss.
- L. PERFETTI, *L'azione amministrativa tra libertà e funzione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2017, 99 ss.
- L.R. PERFETTI, *Diritto d'insistenza e rinnovo della concessione di pubblici servizi*, in *Foro amm.-C.d.S.*, 2003, 621 ss.
- S. PERONGINI, *La formula «ora per allora» nel diritto pubblico. Vol. I. Le diverse tipologie di provvedimenti «ora per allora»*, Napoli 1996.
- S. PERONGINI, *La formula «ora per allora» nel diritto pubblico. Vol. II. Il provvedimento amministrativo «ora per allora»*, Napoli 1999
- G. PESCE, *La sostenibilità del debito pubblico della pubblica amministrazione nella nuova costituzione finanziaria dello stato*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2015, 531 ss.
- P. PICONE e A. LIGUSTRO, *Diritto dell'Organizzazione mondiale del commercio*, Padova, 2002
- P. PICONE e A. LIGUSTRO, *Diritto dell'Organizzazione mondiale del commercio*, Padova, 2002
- E. PICOZZA, *Vicende e procedure delle programmazioni economiche*, in *Trattato di diritto commerciale*, cit., 263 ss.
- C. PINELLI, *Liberalizzazione delle attività produttive e semplificazione. Possibilità e limiti di un approccio giuridico*, in *Dir. amm.*, 2014, spec. 559-662
- L. PINESCHI, *I principi del diritto internazionale dell'ambiente: dal divieto di inquinamento transfrontaliero alla tutela dell'ambiente common concern*, in (diretto da R. FERRARA e M.A. SANDULLI) *Trattato di diritto dell'ambiente*, vol. I (a cura di R. FERRARA e C.E. GALLO) *Le politiche ambientali, lo sviluppo sostenibile e il danno*, Milano 2014, 93 ss.
- G. PIPERATA, voce *Sportello unico*, in *Diz. dir. pubbl.* (a cura di S. CASSESE), Milano 2006, 5687 ss.
- G. PIPERATA, *Lo sportello unico*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2002, 41 ss.
- P. PISCIONE, voce *Professioni*, in *Enc. dir.*, vol. XXXVI, Milano 1997
- F. PIZZOLATO e C. BUZZACCHI, *L'oggettivazione della concorrenza nella giurisprudenza 2013 della Corte costituzionale*, in *Dir. econ.*, 2013, 813.
- A. PLAIA (a cura di) *La competizione tra ordinamenti giuridici. Mutuo riconoscimento e scelta della norma più favorevole nello spazio giuridico europeo*, Milano 2007
- A. POLICE, *Tutela della concorrenza e pubblici poteri*, Torino 2007
- A. POLICE, *La valutazione di impatto ambientale*, in (diretto da P. DELL'ANNO e E. PICOZZA) *Trattato di diritto dell'ambiente - Discipline ambientali di settore*, vol. II, Padova 2013, 527 ss.
- A. POLICE, *Dai silenzi significativi ai poteri sostitutivi. Una nuova dimensione per il dovere di provvedere della p.a.*, in (a cura di A. RALLO e A. SCOGNAMIGLIO) *I rimedi contro la cattiva amministrazione. Procedimento amministrativo ed attività produttive e imprenditoriali*, Napoli 2016, 35 ss.
- A. POLICE, *La predeterminazione delle decisioni amministrative. Gradualità e trasparenza nell'esercizio del potere discrezionale*, Napoli 1996
- P.L. PORTALURI, *Primaute della pianificazione urbanistica e regolazione delle attività commerciali*, in *Riv. giur. ed.*, 2012, 233 ss.
- U. POTOTSCHNIG, *I pubblici servizi*, Padova, 1964
- A. PREDIERI, *L'erompere delle autorità amministrative indipendenti*, Firenze, 1997

- A. PREDIERI, *Pianificazione e Costituzione*, Milano 1963
- A. PREDIERI, *Il programma economico 1966-1970. Aspetti giuridici*, Milano 1967
- A. PREDIERI, voce *Collettivizzazione*, in *Enc. dir.*, vol. VII, Milano 1960
- A. PRETO e B. CAROTTI, *Il sindacato giurisdizionale sulle autorità indipendenti: il caso dell'Agcom*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2016, 123 ss.
- A. PROVENZALE (a cura di), *Il mutamento climatico. Processi naturali e intervento umano*, Bologna 2013
- M. PUGNO, *Crescita economica e disoccupazione*, in *Econ. pol.*, 1998, 119 ss.
- M.G. PULVIRENTI, *Intangibilità del giudicato, primato del diritto comunitario e teoria dei controlimiti costituzionali*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2009, 341 ss.
- M. PULVIRENTI, *Brevi note sulle autorizzazioni di polizia per l'esercizio di giochi e scommesse*, in *Foro amm.-T.a.r.*, 2009, 2623 ss.
- F.A. QUERCI, voce *Demanio marittimo*, in *Enc. dir.*, vol. XII, Milano, 1964, 92 ss.
- M. RAMAJOLI e B. TONOLETTI, *Qualificazione e regime giuridico degli atti amministrativi generali*, in *Dir. amm.*, 2013, 53 ss.
- M. RAMAJOLI, *La regolazione amministrativa dell'economia e la pianificazione economica nell'interpretazione dell'art. 41 Cost.*, in *Dir. amm.*, 2008, 122 ss.
- M. RAMAJOLI, *Liberalizzazioni: una lettura giuridica*, in *Dir. econ.*, 2012, spec. 508 ss.
- M. RAMAJOLI, *Attività amministrativa e disciplina antitrust*, Milano 1998
- O. RANELLETTI, *Teoria generale delle autorizzazioni e concessioni amministrative. Parte I: concetto e natura delle autorizzazioni e delle concessioni amministrative*, in *Giur. it.*, 1984, IV, 31 ss.
- O. RANELLETTI, *Teoria generale delle autorizzazioni e concessioni amministrative. Parte II: Capacità e volontà nelle autorizzazioni e nelle concessioni amministrative*, in *Riv. it. sc. giur.*, 1985, 315 ss.
- O. RANELLETTI, *Teoria generale delle autorizzazioni e concessioni amministrative. Parte III: Facoltà create dalle autorizzazioni e concessioni amministrative*, *Riv. it. sc. giur.*, 1985, 328 ss.
- N. RANGONE, *La valutazione successiva delle regole*, in *Giorn. dir. amm.*, 2010, 916 ss.
- N. RANGONE, *Le programmazioni economiche. L'intervento pubblico in economia tra piani e regolazioni*, Bologna 2007
- N. RANGONE, *Nuove frontiere per la competition advocacy. Il contributo dell'analisi di impatto della concorrenza ed il ruolo delle autorità antitrust*, in *Merc. conc. reg.*, 2012, 241 ss.
- N. RANGONE, voce *Semplificazione amministrativa*, 2014, in www.treccani.it
- N. RANGONE., *Regolatori indipendenti e analisi preventiva degli impatti delle regole. Prospettive, limiti e possibili sviluppi dell'air*, in *Conc. merc.*, 2012, 675 ss.
- M. RENNA, *Il responsabile del procedimento a (quasi) dieci anni dall'entrata in vigore della legge n. 241*, in *Dir. amm.*, 2000, 505 ss.
- G.U. RESCIGNO, *Come i governanti hanno tentato furbescamente di aggirare la Costituzione e come la Corte ha risposto in modo debole e inadeguato*, in *Giur. cost.*, 2012, 2940 ss.
- G. RITZER, *Le cattedrali del consumo*, Bologna 2000
- S. ROMANO, voce *Mitologia giuridica*, in *Frammenti di un Dizionario giuridico*, Milano 1947, 126 ss.
- S. ROMANO, voce *Uomo della strada, uomo qualunque*, in *Framm. diz. giur.*, Milano 1984, 234 ss.
- M.C. ROMANO, *Art. 13 - ambito di applicazione delle norme sulla partecipazione*, in (a cura di A. ROMANO) *L'azione amministrativa*, Torino 2016, 436 ss.
- A. ROMANO TASSONE, *Motivazione dei provvedimenti amministrativi e sindacato di legittimità*, Milano 1987
- A. ROMEO, *Contestare le liberalizzazioni: profili processuali*, in *Dir. proc. amm.*, 2015, 171 ss.
- O. ROSELLI, voce *Commercio (profili amm.)*, in *Enc. dir.*, Ann. III, Milano 2010, 170 ss.
- H.S. ROSEN e T. GAYER, *Scienza delle finanze*, Milano 2010

G. ROSSI, *Il conflitto di obiettivi nell'esperienza decisionale delle Autorità*, in *Regolazione e garanzia del pluralismo. Le autorità amministrative indipendenti*, Milano 1997, 36 ss.

M.N. ROTHBARD, *L'etica della libertà*, Macerata, 1996

D. RUSSO, *La promozione della responsabilità sociale d'impresa nell'Unione europea*, *Dir. Un. Eur.*, 2011, 477 ss.

G. SACERDOTI, *Il regime degli scambi del Regno Unito con l'Unione europea e i paesi terzi dopo la brexit: opzioni e vincoli internazionali*, in *Riv. dir. int.*, 2018, 685 ss.

F. SAITTO, *la Corte costituzionale, la tutela della concorrenza e il «principio generale della liberalizzazione» tra Stato e Regioni*, in www.rivistaaic.it, 2012

R. SALLY, *Ordoliberalism and the social market. Classical political economy for Germany*, in *New political economy*, 1996, 8 ss.

L. SALTARI, *il decreto 'Cresci Italia'*, in *Giorn. dir. amm.*, 2012, 579 ss.

L. SALTARI, *Il regime giuridico dei giochi e delle scommesse. Ragioni per un cambiamento*, in *Munus*, 2012, 309 ss.

L. SALTARI, *Accesso e interconnessione. La regolazione delle reti di comunicazioni elettroniche*, Milano 2008

A. SANDULLI, *La proporzionalità dell'azione amministrativa*, Padova 1998

M.A. SANDULLI, *Gli effetti diretti della L. 7 agosto 2015 n. 124 sulle attività economiche: le novità in tema di s.c.i.a., silenzio-assenso e autotutela*, in www.federalismi.it, 2015.

A.M. SANDULLI, *Notazioni in tema di provvedimenti autorizzativi*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1957, 784 ss.

M.A. SANDULLI, *L'autorizzazione al commercio di vendita a posto fisso*, Milano 1990

M.A. SANDULLI, *Il procedimento amministrativo e la semplificazione*, in www.ius-publicum.it, 2013

M.A. SANDULLI e F. FRANCIOSI (a cura di) *Principio di ragionevolezza delle decisioni giurisdizionali e diritto alla sicurezza giuridica*, Napoli 2018

M. SANINO, voce *Proroga*, in *Enc. dir.*, vol. XXXVII, Milano 1988, 411 ss.

C.P. SANTACROCE, *Le limitazioni all'esercizio del commercio nelle aree di interesse culturale*, in *Riv. giur. urb.*, 2016, p. 97 ss.

C.P. SANTACROCE, *Annullamento d'ufficio e tutela dell'affidamento dopo la legge n. 124 del 2015*, in *Dir. e proc. amm.*, 2017

F. SATTA, *Liberalizzare e semplificare*, in *Dir. amm.*, 2012, 177 ss.

F. SCALIA, *Prospettive e profili problematici della nuova conferenza di servizi*, in *Riv. giur. ed.*, 2016, 625 ss.

J.A. SCHUMPETER, *Capitalismo, socialismo e democrazia*, Milano 2001

G. SCIULLO, *L'organizzazione amministrativa. Principi*, Torino 2013

G. SCIULLO, *Interessi differenziati e procedimento amministrativo*, in *Riv. giur. urb.*, 2016, 58 ss.

F.G. COCA, *Analisi giuridica della conferenza di servizi*, in *Dir. amm.*, 1999, 255 ss.

F.G. COCA, *Il silenzio della pubblica amministrazione*, Milano, 1971, 272 ss.

F.G. COCA, *L'interesse legittimo. Storia e teoria*, Torino 2017

A. SCOGNAMIGLIO, voce *Istanze alla pubblica amministrazione*, in (a cura di) S. CASSESE, *Diz. dir. pubbl.*, vol. IV, Milano 2006

E. SCOTTI, *Silenzio-assenso*, in A. ROMANO (a cura di), *L'azione amministrativa*, Torino, 2017, 653 ss.

E. SCOTTI, *La segnalazione di inizio attività*, in (a cura di A. ROMANO) *L'azione amministrativa*, Torino 2016, 583 ss.

E. SCOTTI, *La nuova disciplina della conferenza di servizi tra semplificazione e pluralismo*, in www.federalismi.it, 2016

E. SCOTTI, *La conferenza di servizi*, in (a cura di A. ROMANO) *L'azione amministrativa*, Torino 2016, 458 ss.

A. SEN, *Etica ed economia*, Bari-Roma, 2015.

A. SENATORE, *Lotta alla ludopatia e potere amministrativo*, in *Urb. app.*, 2015, 625 ss.

- D. SICLARI, *La regolazione bancaria e dei mercati finanziari: dalla 'neutralizzazione' dell'indirizzo politico sul mercato all'unificazione europea*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2016, 189 ss.
- C. SILVANO, *Silenio-assenso e interesse ambientale tra orientamenti giurisprudenziali e scelte del legislatore*, in *Riv. giur. urb.*, 2017
- A. SIMONATI, *La disciplina della scia edilizia fra principi del governo del territorio e semplificazione amministrativa*, in *Le Regioni*, 2016, 589 ss.
- G. SMORTO, voce *Certificazione di qualità e normazione tecnica*, in *Dig. disc. priv. - sez. civ.*, Agg. II, Torino 2003, 205 ss.
- D. SORACE e C. MARZUOLI, voce *Concessioni amministrative*, in *Dig. disc. pubbl.*, vol. III, Torino, 1989, 285 ss.
- V. SPAGNUOLO VIGORITA, *L'iniziativa economica privata nel diritto pubblico*, Napoli 1959
- V. SPAGNUOLO VIGORITA, *Attività economica privata e potere amministrativo*, Napoli 1962
- M.R. SPASIANO, *La semplificazione amministrativa e la garanzia dell'effettività dell'esercizio del potere pubblico*, in *Foro amm.-T.a.r.*, 2010, 3041 ss.
- G.C. SPATTINI, *Poteri pubblici dopo la privatizzazione. Saggio di diritto amministrativo dell'economia*, Torino 2006
- G.C. SPATTINI, voce *Economia (intervento pubblico nell')*, in (a cura di S. CASSESE) *Diz. dir. pubbl.*, vol. III, Milano 2006, 284 ss.
- G. SPINA, *La semplificazione amministrativa come principio dell'essere e dell'agire dell'amministrazione. Studio sull'evoluzione delle logiche di semplificazione amministrativa in Italia dal 1990 ad oggi*, Napoli 2013
- S. SPUNTARELLI, *Poteri pubblici e costituzione dell'economia nel 'singolare' caso Alitalia*, in *Foro amm.-T.a.r.*, 2009, 1444 ss.
- P. STELLA RICHTER (a cura di), *Pianificazione urbanistica e attività economiche*, Milano 2016
- E. STICCHI DAMIANI (a cura di), *Studi in tema di liberalizzazioni. Riflessi giuridici dell'evoluzione della disciplina*, Torino 2008
- J.E. STIGLITZ, *La globalizzazione e i suoi oppositori. Antiglobalizzazione nell'era di Trump*, Torino 2018
- J.E. STIGLITZ, *Il prezzo della disuguaglianza*, Torino 2013
- S. STRANGE, *Chi governa l'economia mondiale?*, Bologna 1998, spec. 60 ss.
- G. STRAZZA, *Il potere di intervento tardivo sulla s.c.i.a. tra disciplina statale, regionale ed esigenza di certezza*, in *Riv. giur. ed.*, 2016, 14 ss.
- G. TAGLIANETTI, *Regolazione del territorio e limiti all'iniziativa privata: il rapporto tra pianificazione urbanistica e disciplina del commercio, alla luce della normativa tendente alla liberalizzazione delle attività economiche*, in *Riv. giur. ed.*, 2017, 57 ss.
- E. TANZARELLA, *La direttiva sui servizi e la libertà d'impresa*, in *Foro amm.-T.a.r.*, 2010, 1904 ss.
- S. TARULLO, voce *Sportello unico*, in *Enc. dir.*, Ann. I, 2007, 1083 ss.
- S. TARULLO, *Analisi giuridica dello sportello unico*, parte I e parte II, in *Nuove aut.*, 2006, 343 ss.
- G. TESAURO, *Diritto dell'Unione europea*, Padova, 2012, 365 ss.
- C. TIMELLINI, voce *Liberi professionisti*, in *Dig. disc. priv. - sez. comm.*, Agg., Torino 2008
- M. TIMO, *Contributo allo studio della comunicazione di inizio lavori asseverata nel quadro della 'liberalizzazione' dell'attività edilizia*, Milano 2018
- M. TIMO, *Concessioni demaniali marittime: tra tutela della concorrenza e protezione della costa*, in *Giur. it.*, 2017, 2191 ss.
- F. TIRIO, *La regolamentazione dopo la direttiva servizi*, Torino 2017
- L. TOFFOLETTI, *Progresso tecnico e bilanciamento di interessi nell'applicazione dei divieti antitrust*, Milano 2009
- P. TONNARA, *Liberalizzazioni e tutela di concorrenti interessi pubblici: il caso delle limitazioni al commercio nel centro storico di Roma capitale*, in *Urb. app.*, 2016, 1203 ss.
- B. TONOLETTI, voce *Silenio della pubblica amministrazione*, in *Dig. disc. pubbl.*, Torino, 1999, 179 ss.

- B. TONOLETTI, *Beni pubblici e concessioni*, Padova 2008
- L. TORCHIA, *Introduzione. Il sistema amministrativo e le attività produttive: le barriere, gli ostacoli, i nodi. Studi di caso per uscire dal labirinto*, in (a cura di ID.) *I nodi della pubblica amministrazione*, Napoli 2016
- L. TORCHIA, *Le tendenze recenti della semplificazione amministrativa*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1998, 385 ss.
- S. TORRICELLI, *Libertà economiche europee e regime del provvedimento amministrativo nazionale*, Rimini 2013, 19-54.
- G.L. TOSATO e R. BASSO, voce *Unione economica e monetaria*, in *Enc. dir.*, Agg. V, Milano 2001
- D.M. TRAINA, *Disciplina del commercio, programmazione e urbanistica*, in *Riv. giur. ed.*, 2011, 119 ss.
- A. TRAVI, *Attività commerciali e strumenti urbanistici: ovvero, 'il diritto preso sul serio'*, in *Urb. app.*, 2014, 21 ss.
- A. TRAVI, voce *Dichiarazione di inizio attività (dir. amm.)*, in *Enc. dir.*, *Ann.*, vol. II, 2008, 343 ss.
- A. TRAVI, *La liberalizzazione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1998, 646 ss.
- A. TRAVI, *La semplificazione amministrativa come strumento per far fronte alla crisi economici*, in www.giustamm.it, 2016
- A. TRAVI, *La tutela nei confronti della d.i.a. tra modelli positivi e modelli culturali*, in *Dir. pubbl.*, 2014, 17 ss.
- A. TRAVI, *La tutela del terzo nei confronti della d.i.a. (o della s.c.i.a.). Il codice del processo amministrativo e la quadratura del cerchio*, in *Foro it.*, 2011, III, 517, ss.
- A. TRAVI, *La tutela dell'affidamento del cittadino nei confronti della pubblica amministrazione*, in *Dir. pubbl.*, 2018, 121 ss.
- A. TRAVI, *Silenzio-assenso ed esercizio della funzione amministrativa*, Padova, 1985
- A. TRAVI, *Silenzio assenso e legittimazione ex lege nella disciplina delle attività private in base al d.P.R. 26 aprile 1992, n. 300*, in *Foro amm.*, 1993, 601 ss.
- R. TREVES, *Sociologia del diritto. Origini, ricerche e problemi*, Torino 1990
- E. TRIGGIANI, *La complessa vicenda dei diritti sociali fondamentali nell'Unione europea*, in *Studi int. eur.*, 2014, 9 ss.
- F. TRIMARCHI BANFI, *Il "terzo" nel diritto amministrativo: a proposito di semplificazioni*, in *Dir. proc. amm.*, 2014, 25 ss.
- F. TRIMARCHI BANFI, *Il "principio di concorrenza": proprietà e fondamento*, in *Dir. amm.*, 2013, 15 ss.
- F. TRIMARCHI BANFI, *Procedure concorrenziali e regole di concorrenza nel diritto dell'Unione e nella Costituzione (all'indomani della dichiarazione di illegittimità delle norme sulla gestione dei servizi pubblici economici)*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2012, 723 ss.
- F. TRIMARCHI BANFI, *Ragionevolezza e bilanciamento nell'attuazione dei principi costituzionali. Il principio di concorrenza nei giudizi in via principale*, in *Dir. amm.*, 2014, 623 ss.
- F. TRIMARCHI BANFI, *Canone di proporzione e test di proporzionalità nel diritto amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2016, 361 ss.
- F. TRIMARCHI BANFI, *Lezioni di diritto pubblico dell'economia*, Torino 2014
- M. TRIMARCHI, *Premesse per uno studio su amministrazione e vincoli finanziari: il quadro costituzionale*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2017, 623 ss.
- M. TRIMARCHI, *Stabilità del provvedimento e certezze dei mercati*, in *Dir. amm.*, 2016, 321 ss.
- M. TRIMARCHI, *La sospensione del provvedimento dopo la legge 7 agosto 2015, n. 124*, in www.federalismi.it, 2016.
- M. TRIMARCHI, *L'inesauribilità del potere amministrativo*, Milano 2018
- W. TROISE MANGONI, *L'esercizio retroattivo del potere amministrativo. Limiti e garanzie a tutela dell'individuo*, Torino 2017
- G. TROPEA, *La discrezionalità amministrativa tra semplificazioni e liberalizzazioni, anche alla luce della legge n. 124/2015*, in *Dir. amm.*, 2016, 118 ss.
- C. TUBERTINI, *La proposta di autonomia differenziata delle Regioni del Nord*, in www.federalismi.it, 2018

P. URBANI, *Governo del territorio e delle attività produttive. Tra regole, libertà d'iniziativa economica e disciplina della proprietà*, in *Urb. app.*, 2016, 1309 ss.

A. VACCA, *Proroga delle concessioni del servizio di distribuzione del gas naturale e diritto comunitario*, in *Foro amm. -T.a.r.*, 2006, 3792 ss.

S. VALAGUZZA, *La frammentazione della fattispecie nel diritto amministrativo a conformazione europea*, Milano 2008

S. VALAGUZZA, *La teoria dei controlimiti nella giurisprudenza del Consiglio di Stato: la primauté del diritto nazionale*, in *Dir. proc. amm.*, 2006, 816 ss.

S. VALENTINI, *L'impresa pubblica*, Milano 1980

M. VATIERO, *The Ordoliberal notion of market power: an institutionalist reassessment*, in *European competition Journal*, 2010, p. 689 ss.

T. VEBLÉN, *La teoria della classe agiata*, Torino 2007

E. VENAFRO, *L'impresa del crimine. Il crimine nell'impresa*, Torino 2012

B. VENEZIANI e A. ANDREONI (a cura di), *Libertà economiche e diritti sociali nell'Unione europea: dopo le sentenze Laval, Viking, Rüffert e Lussemburgo*, Roma 2009

A. VENTURI, *La segnalazione certificata di inizio attività (scia) tra livelli essenziali delle prestazioni e 'dematerializzazione'*, in *Riv. giur. ed.*, 2012

G. VENTURINI (a cura di) *L'Organizzazione mondiale del commercio*, Milano 2015

S. VERNILE, *l'autorizzazione integrata ambientale tra obiettivi europei e istanze nazionali: tutela dell'ambiente vs. semplificazione amministrativa e sostenibilità socio-economica*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2015, 1697 ss.

D. VESE, *Sull'efficienza amministrativa in senso oggettivo*, Milano 2018

G. VESPERINI, *Celerità dell'azione amministrativa, tutela di interessi ambientali e regole di utilizzazione del silenzio assenso: alcune osservazioni in margine ad una recente decisione della Corte di giustizia delle Comunità europee*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1992, 909 ss.

G. VESPERINI, *Il vincolo europeo sui diritti amministrativi nazionali*, Milano 2011

G. VESPERINI, *La nuova conferenza di servizi*, in *Giorn. dir. amm.*, 2016, 578 ss.

G. VESPERINI, *La semplificazione dei procedimenti amministrativi*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1998, 655 ss.

G. VESPERINI, *Le eccezioni al regime di liberalizzazione delle attività private*, in *Giorn. dir. amm.*, 1996, 1106 ss.

G. VESPERINI, voce *Semplificazione amministrativa*, in (a cura di S. CASSESE) *Diz. dir. pubbl.*, vol. VI, Milano 2006, 5479 ss.

F. VETRÒ, *Il servizio pubblico a rete. Il caso paradigmatico dell'energia elettrica*, Torino 2005

C. VIDETTA, *Lo sviluppo sostenibile. Dal diritto internazionale al diritto interno*, in (a cura di R. FERRARA e M.A. SANDULLI) *Trattato di diritto dell'ambiente*, vol. I, Milano 2014, 221 ss.

G. VIGNOCCHI, *La natura giuridica delle autorizzazioni amministrative*, Padova 1944

S. VILLAMENA, *Contributo in tema di proporzionalità amministrativa. Ordinamento comunitario, italiano e inglese*, Milano 2008

H. VILLAREJO GALENDE, *La directiva de servicios y su impacto sobre el comercio europeo*, Granada, 2009

R. VILLATA, *Autorizzazioni amministrative ed iniziativa economica privata*, Milano 1974

S. VINTI, *I procedimenti amministrativi di valutazione comparativa e concorrenziale*, Padova 2002

L. VIOLINI, voce *Distributori di carburante*, in *Dig. disc. pubbl.*, vol. V, Torino 1990

P.M. VIPIANA, *Bonifica dei siti inquinati - la soluzione 'all'italiana' della posizione del proprietario di un sito inquinato non responsabile dell'inquinamento: il suggello della Corte di Giustizia*, in *Giur. it.*, 2015, 1480 ss.

P.M. VIPIANA, *La figura del proprietario di un sito inquinato non responsabile dell'inquinamento: la parola definitiva dell'Adunanza Plenaria sull'interpretazione della normativa italiana*, in *Giur. it.*, 2014, 948 ss.

P.M. VIPIANA, *I poteri amministrativi a seguito di scia al vaglio della Consulta*, in *Giur.it*, 2016, 2233 ss.

P.M. VIPIANA, *L'autolimita della pubblica amministrazione*, Milano 1990

F. VOLPE, *Ammissioni e autorizzazioni*, Torino 2018

M. WEBER, *La scienza come professione. La politica come professione*. Torino 2004

E.O. WILSON, *Biodiversità*, Firenze 1999

E.O. WILSON, *La diversità della vita: per una nuova etica ecologica*, Milano 2011

V. WRIGHT, *La fine del dirigismo? La Francia degli anni novanta*, in *Stato merc.*, 1998, 351 ss.

R. ZACCARIA (a cura di), *La buona scrittura delle leggi*, Roma, 2012

G. ZAGREBELSKY, *Diritti e Costituzione nell'U.E.*, Roma-Bari 2003

A. ZITO e G. TINELLI, *L'ambito di applicazione delle norme sulla partecipazione*, in (a cura di A.M. SANDULLI) *Codice dell'azione amministrativa*, Milano 2017, 681 ss.

A. ZITO, *Attività amministrativa e rilevanza dell'interesse del consumatore nella disciplina antitrust*, Torino 1998

A. ZOPPINI (a cura di) *La concorrenza tra ordinamenti giuridici*, Roma-Bari 2004

A. ZOPPINI, *Autonomia contrattuale, regolazione del mercato, diritto alla concorrenza (il rapporto tra autonomia contrattuale e diritto della concorrenza)*, in (a cura di C. RABITTI BEDOGNI e P. BARUCCI) *20 anni di antitrust. L'evoluzione dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato*, vol. II, Torino 2010, 1095 ss.