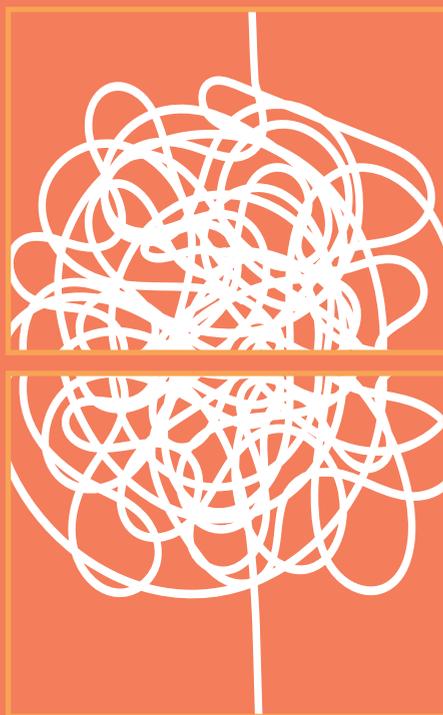


# POTERI PUBBLICI, INIZIATIVA ECONOMICA E IMPRESE



Sveva Del Gatto

18

Collana

L'Unità del Diritto



RomaTrePress

2019

Università degli Studi Roma Tre  
Dipartimento di Giurisprudenza

*L'unità del diritto*

Collana del Dipartimento di Giurisprudenza

18

SVEVA DEL GATTO

POTERI PUBBLICI,  
INIZIATIVA ECONOMICA E IMPRESE



*Roma TrE-Press*

2019

La Collana *L'unità del diritto* è stata varata su iniziativa dei docenti del Dipartimento di Giurisprudenza. Con questa Collana si intende condividere e sostenere scientificamente il progetto editoriale di Roma *TrE-Press*, che si propone di promuovere la cultura giuridica incentivando la ricerca e diffondendo la conoscenza mediante l'uso del formato digitale ad accesso aperto.

*Comitato scientifico della Collana:*

Paolo Alvazzi Del Frate, Paolo Benvenuti, Bruno Bises, Mario Bussoletti, Giovanni Cabras, Giandonato Caggiano, Enzo Cardi, Paolo Carnevale, Antonio Carratta, Mauro Catenacci, Alfonso Celotto, Renato Clarizia, Carlo Colapietro, Emanuele Conte, Giorgio Costantino, Antonietta Di Blase, Carlo Fantappiè, Lorenzo Fascione, Ernesto Felli, Sabino Fortunato, Aurelio Gentili, Elena Granaglia, Giuseppe Grisi, Andrea Guaccero, Luca Luparia Donati, Francesco Macario, Vincenzo Mannino, Luca Marafioti, Enrico Mezzetti, Claudia Morviducci, Giulio Napolitano, Giampiero Proia, Giuseppe Ruffini, Marco Ruotolo, Maria Alessandra Sandulli, Giovanni Serges, Giuseppe Tinelli, Luisa Torchia, Mario Trapani, Vincenzo Zeno-Zencovich, Andrea Zoppini.

Il volume pubblicato è stato sottoposto a previa e positiva valutazione nella modalità di referaggio *double-blind peer review*

*Coordinamento editoriale:*

Gruppo di Lavoro *Roma TrE-Press*

Elaborazione grafica della copertina: **MOSQUITO**, [mosquitoroma.it](http://mosquitoroma.it)

*Impaginazione:* Colitti-Roma [colitti.it](http://colitti.it)

*Edizioni:* Roma *TrE-Press* ©

Roma, luglio 2019

ISBN: 978-88-32136-33-3

<http://romatrepress.uniroma3.it>

Quest'opera è assoggettata alla disciplina *Creative Commons attribution 4.0 International License* (CC BY-NC-ND 4.0) che impone l'attribuzione della paternità dell'opera, proibisce di alterarla, trasformarla o usarla per produrre un'altra opera, e ne esclude l'uso per ricavarne un profitto commerciale.



Collana del Dipartimento di Giurisprudenza  
*L'unità del diritto*

La collana di studi giuridici promossa dal Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università Roma Tre assume un titolo – quello de *L'unità del diritto* – che può apparire particolarmente impegnativo perché il fenomeno giuridico riflette la complessità delle società che il diritto mira a regolare, si sviluppa intorno ad una molteplicità di articolazioni e sembra pertanto sfuggire ad una definizione in termini di unità. Anche la scienza del diritto, intesa come riflessione intorno al diritto, come forma di conoscenza che assume il diritto ad oggetto diretto e immediato di indagine, sia nella prospettiva teorica sia in quella storico-positiva relativa ad un singolo ordinamento, soffre a trovare una sua dimensione unitaria. La riflessione intorno al diritto, da qualunque punto di partenza si intenda affrontarla, ammette una pluralità di opzioni metodologiche, contempla una molteplicità di giudizi di valore, si caratterizza inevitabilmente per una pluralità di soluzioni interpretative. L'unico, generalissimo, elemento che sembra contraddistinguerla in senso unitario è dato dal suo essere rivolta alla conoscenza del diritto, dal suo carattere conoscitivo dell'esperienza giuridica complessivamente intesa, una unità, potrebbe dirsi, figlia della diversità e varietà delle scelte di metodo e del pluralismo interpretativo, ma pur sempre una unità quanto meno in questo suo nucleo irriducibile. Ed è allora questo il senso da attribuire al titolo della collana che prende l'avvio, ossia quello di dare ospitalità a contributi di studiosi diversi per formazione e interessi ma che si riconoscono tutti nella comune esigenza di indagare il fenomeno giuridico applicando con rigore il metodo prescelto, nella consapevolezza della condivisione di un patrimonio formativo e culturale idoneo a creare una adeguata coscienza di sé e sulla cui base costruire l'impegno scientifico del giurista.

In questa prospettiva, la collana si ripromette di ospitare non solo contributi scientifici di tipo monografico, raccolte di scritti collettanee, atti di convegni e seminari ma anche materiali didattici che possano proficuamente essere utilizzati nella formazione dei giovani giuristi.

La collana entra a far parte della struttura della editrice Roma *TrE-Press* che, affiancando alla tradizionale pubblicazione in volumi la pubblicazione in formato digitale on-line, consente un accesso libero ai contributi scientifici contribuendo, così, ad una nuova e più ampia diffusione del sapere giuridico.

Prof. Giovanni Serges  
Direttore del Dipartimento di Giurisprudenza  
Università Roma Tre

*A Beatrice e Livia e a mia sorella Federica*



## Indice

### CAPITOLO PRIMO

#### POTERE PUBBLICO E LIBERTÀ DI INIZIATIVA ECONOMICA. PREMESSE PER LO SVOLGIMENTO DELL'INDAGINE

1. <i>Il tema. La libertà di iniziativa economica privata di fronte all'intervento dei pubblici poteri</i>	11
2. <i>La libertà di iniziativa economica nella Costituzione italiana</i>	15
3. <i>La libertà di iniziativa economica nella costituzione economica europea</i>	21
4. <i>Liberalizzazione, semplificazione e deregulation: la libertà di iniziativa economica nelle c.d. riforme manifesto</i>	26
5. <i>Le domande di ricerca e l'articolazione del lavoro</i>	34

### CAPITOLO SECONDO

#### I CONDIZIONAMENTI PUBBLICISTICI ALL'INIZIATIVA ECONOMICA IN MATERIA DI ATTIVITÀ PRODUTTIVE DI BENI E SERVIZI

1. <i>Premessa</i>	41
2. <i>Potere pubblico e limiti alla libertà di iniziativa economica nel settore dell'industria. L'autorizzazione alla realizzazione degli impianti industriali quale strumento di manovra economica</i>	48
2.1. <i>Autorizzazione alla realizzazione degli impianti industriali e finalità pubblicistiche di adeguata localizzazione degli impianti</i>	50
3. <i>Le autorizzazioni alla realizzazione di impianti nel settore delle comunicazioni elettroniche e in quello della produzione di energia elettrica da fonti rinnovabili</i>	52
3.1. <i>Il divario tra prescrizioni di legge e attuazione amministrativa nel rilascio dell'autorizzazione alla realizzazione di infrastrutture di comunicazione elettronica</i>	53
3.2. <i>Rilascio delle autorizzazioni per la realizzazione di impianti di produzione di energie da fonti rinnovabili e conflitto tra livelli di governo</i>	55
4. <i>L'avvio di attività produttive tra esigenze di sviluppo economico e rispetto dell'ambiente: gli istituti della Via e dell'Aia</i>	60
4.1. <i>Condizionamenti pubblici e condizionamenti privati all'iniziativa economica in presenza di interessi ambientali</i>	65
5. <i>La libertà di iniziativa economica nell'industria estrattiva tra aumento delle garanzie a favore dell'impresa e mantenimento dei poteri conformativi in capo all'amministrazione</i>	70
6. <i>La libertà di iniziativa economica in agricoltura: il caso del contingentamento della produzione vitivinicola</i>	74
7. <i>Potere pubblico e libertà di iniziativa economica nel settore dei servizi a rete. Il modello dell'«accesso normativo» nelle comunicazioni elettroniche</i>	77
7.1. <i>I limiti alla libertà di iniziativa economica nel trasporto ferroviario di persone tra valutazione di presupposti tecnici e valutazioni discrezionali</i>	81

CAPITOLO TERZO  
I CONDIZIONAMENTI PUBBLICISTICI ALL'INIZIATIVA ECONOMICA  
NEL SETTORE DELLA DISTRIBUZIONE COMMERCIALE

1. <i>Premessa</i>	87
2. <i>La prima disciplina del commercio al dettaglio. La valutazione dei bisogni del mercato nel rilascio della licenza</i>	88
2.1. <i>Potere pubblico e iniziativa economica nella riforma del commercio degli anni '70: un rapporto ancora sbilanciato</i>	92
2.1.1. <i>Profili funzionali delle autorizzazioni all'avvio dell'attività di commercio al dettaglio</i>	96
2.1.2. <i>Il commercio come professione regolamentata: l'obbligo per il commerciante di previa iscrizione nel Rec</i>	100
2.2. <i>La nuova riforma del commercio al dettaglio tra liberalizzazioni e semplificazioni</i>	101
2.2.1. <i>La programmazione in luogo della pianificazione: valutazione degli interessi urbanistici o dei bisogni del mercato?</i>	103
2.2.2. <i>Le autorizzazioni all'apertura nella vigente disciplina tra potere discrezionale dell'amministrazione e vincoli normativi a garanzia dell'impresa: il caso dell'insediamento delle medie e grandi strutture</i>	106
2.2.3. <i>Dai controlli ex ante ai controlli ex post: l'affermazione della libertà di iniziativa economica nel caso degli esercizi di vicinato</i>	110
2.3. <i>Libertà di iniziativa economica e potere pubblico in materia di attività di distribuzione commerciale. Considerazioni di sintesi</i>	114
3. <i>I limiti pubblicistici alla libertà di iniziativa economica in materia di distribuzione dei carburanti. L'insindacabilità del potere di concessione nella prima disciplina di settore</i>	116
3.1. <i>La disciplina degli anni settanta: contingentamento delle concessioni e valutazione dei «bisogni del mercato»</i>	119
3.2. <i>Il superamento della regolazione finalistica nella riforma degli anni novanta tra luci e ombre</i>	121
3.3. <i>Libertà di iniziativa economica e potere pubblico in materia di attività di distribuzione di carburanti. Considerazioni di sintesi</i>	125
4. <i>I condizionamenti pubblicistici all'apertura di farmacie nelle discipline pre-riforma</i>	126
4.1. <i>La riforma del settore e la liberalizzazione incompleta</i>	132
4.2. <i>Apertura di una farmacia, condizionamenti pubblici e libertà di iniziativa economica. Considerazioni di sintesi</i>	133

CAPITOLO QUARTO  
I CONDIZIONAMENTI PUBBLICISTICI  
ALL'INIZIATIVA ECONOMICA NELLA REGOLAZIONE DELLE BANCHE

1. <i>Premessa</i>	137
2. <i>La normativa del 1926. Ampia discrezionalità e finalità di tutela del risparmio alla base della disciplina dell'autorizzazione bancaria</i>	138
2.1. <i>L'autorizzazione bancaria come strumento per il perseguimento di finalità di politica economica. La disciplina degli anni trenta</i>	140
2.2. <i>L'evoluzione in senso garantistico e la ricerca dell'equilibrio tra opposti interessi: la spinta liberalizzatrice dell'Unione europea</i>	143
3. <i>L'oggettivizzazione delle condizioni per il rilascio dell'autorizzazione nella vigente disciplina</i>	147
3.1. <i>L'obbligo di presentare un programma di attività e la valutazione della sana e prudente gestione. Il rischio di un eccessivo recupero della discrezionalità in capo all'autorità amministrativa</i>	152
3.2. <i>I limiti all'autonomia statutaria delle imprese bancarie e la potenziale limitazione all'accesso di nuovi operatori sul mercato</i>	154
3.3. <i>Il rilascio dell'autorizzazione all'avvio dell'attività bancaria dopo l'entrata in vigore del meccanismo unico di vigilanza: un procedimento a più voci</i>	156
4. <i>La regolazione speciale delle crisi bancarie</i>	159
4.1. <i>L'impresa bancaria nella fase di risanamento e di intervento precoce tra obblighi di pianificazione e soggezione al potere dell'autorità di risoluzione</i>	162
4.2. <i>La procedura di risoluzione delle banche in crisi</i>	165
5. <i>Il complesso bilanciamento tra tutela della libertà di impresa ed esigenze di stabilità del sistema nella regolazione bancaria</i>	170

CAPITOLO QUINTO  
POTERE PUBBLICO E LIBERTÀ DI INIZIATIVA ECONOMICA PRIVATA  
TRA GARANZIE PER L'IMPRESA E LIMITI A TUTELA DELL'INTERESSE GENERALE

1. <i>Premessa</i>	177
2. <i>Profili funzionali e procedurali del controllo pubblico sull'iniziativa economica privata prima delle riforme degli anni novanta: un potere discrezionale, finalistico e conformativo</i>	178
3. <i>Gli interventi di semplificazione e di liberalizzazione amministrativa tra proclami e risultati effettivi</i>	184
4. <i>Potere pubblico e iniziativa economica privata nella nuova dinamica degli interessi</i>	188

4.1. <i>Discrezionalità amministrativa e autonomia dell'impresa tra esigenze di presidi e rischi di ossificazione</i>	192
4.2. <i>Legge e amministrazione nella disciplina dell'iniziativa economica</i>	195
4.3. <i>Il rafforzamento della posizione giuridica dell'impresa alla prova dell'attuazione</i>	202
5. <i>La necessità dello Stato e la resilienza del mercato nella disciplina dell'economia dopo la crisi</i>	204
<b>BIBLIOGRAFIA</b>	213

## Capitolo Primo

### *Potere pubblico e libertà di iniziativa economica. Premesse per lo svolgimento dell'indagine*

SOMMARIO: 1. Il tema. La libertà di iniziativa economica privata di fronte all'intervento dei pubblici poteri – 2. La libertà di iniziativa economica nella Costituzione italiana – 3. La libertà di iniziativa economica nella costituzione economica europea – 4. Liberalizzazione, semplificazione e *deregulation*: la libertà di iniziativa economica nelle c.d. riforme manifesto – 5. Le domande di ricerca e l'articolazione del lavoro

#### *1. Il tema. La libertà di iniziativa economica privata di fronte all'intervento dei pubblici poteri*

Il momento dell'avvio di un'attività economica rappresenta lo snodo critico, il punto chiave del rapporto tra Stato e impresa e dell'interazione tra poteri amministrativi di controllo e autonomia imprenditoriale. La regolazione di questa fase da parte del legislatore e, in fase di attuazione, il condizionamento di essa da parte delle amministrazioni incidono notevolmente su una pluralità di interessi, sia individuali, sia di rilevanza generale. Dal punto di vista dell'impresa, la disciplina dell'avvio dell'attività economica, in quanto idonea a conformare e condizionare la futura esistenza dell'impresa, è determinante nel configurare l'ampiezza dell'autonomia privata nel perseguimento dei fini individuali, *in primis* quello lucrativo. Dal punto di vista degli interessi pubblici coinvolti, poi, è in questo momento che è possibile accertare l'assenza di conflitti tra il futuro svolgimento dell'attività di impresa e gli interessi di rilevanza generale coinvolti, quali, ad esempio, l'interesse alla tutela dell'ambiente o al governo del territorio e agire affinché questi vengano meno.

La configurazione che assume la disciplina dell'accesso è rilevante anche per le imprese già presenti sul mercato, che potrebbero ricevere dalle norme pubblicistiche una protezione diretta o indiretta dalla concorrenza, e che in

ogni caso, hanno un interesse qualificato a che su quel mercato operino solo soggetti che rispettino i requisiti richiesti dalla legge.

Per l'ordinamento, infine, la facilità di 'fare impresa' e in particolare, quella di avviare un'attività economica è di rilevante interesse in quanto elemento che incide sugli investimenti e sullo sviluppo economico del Paese. Per questo le organizzazioni internazionali, sopranazionali e mondiali, da tempo, sottolineano la connessione tra crescita economica e regolazione pubblica dei mercati evidenziando, in particolare, una relazione inversamente proporzionale tra la presenza di alcuni controlli pubblicistici e lo sviluppo economico e sociale tale per cui, al decrescere del primo termine, corrisponderebbe una crescita di quest'ultimo<sup>1</sup>.

Nei *report* e nelle classifiche stilate, l'Italia è tuttavia, spesso ai posti più bassi come emerge ad esempio, dall'ultima edizione del *Doing Business*<sup>2</sup>, il rapporto annuale pubblicato dalla Banca Mondiale che monitora la facilità di fare impresa in centonovanta Stati e che colloca il nostro Paese alla cinquantunesima posizione della classifica mondiale e solo al sessantasettesimo posto – in discesa rispetto all'anno precedente – per quanto riguarda la facilità di avviare l'impresa.

Non è un caso quindi, che la fase dell'accesso al mercato costituisca l'oggetto privilegiato della disciplina pubblicistica delle imprese e che la scienza giuridica vi abbia dedicato numerose e approfondite ricerche<sup>3</sup>.

Questi approfonditi studi tuttavia, hanno trattato il tema principalmente sotto il profilo del grado di attuazione della concorrenza tra operatori<sup>4</sup>. È stato indagato, *funditus*, il livello di apertura dei mercati – con particolare

<sup>1</sup> In questo senso la letteratura economica è unanime. Per approfondimenti si rinvia S. DJANKOV, C. MCLIESCH, R. RAMALHO, *Regulation and Growth*, The World Bank, 2006 e alla dottrina ivi citata.

<sup>2</sup> *Doing Business* 2019 disponibile *on line* all'indirizzo [http://www.worldbank.org/content/dam/doingBusiness/media/Annual-Reports/English/DB2019-report\\_web-version.pdf](http://www.worldbank.org/content/dam/doingBusiness/media/Annual-Reports/English/DB2019-report_web-version.pdf).

<sup>3</sup> Si richiamano qui, *ex multis*, A. TRAVI, *La liberalizzazione*, in «Rivista trimestrale di diritto pubblico», 1998, 3, pp. 645 ss.; G. CORSO, *Liberalizzazione amministrativa ed economica*, in «Dizionario di dir. pubbl.», diretto da S. CASSESE, Giuffrè, Milano, vol. IV, 2006, pp. 3492 ss.; M. RAMAJOLI, *Liberalizzazioni: una lettura giuridica*, in *Liberalizzare o regolamentare: il diritto amministrativo di fronte alla crisi*, Atti del XVII Convegno di Copanello, 29-30 giugno 2012, a cura di F. MANGANARO, A. ROMANO TASSONE, F. SAITTA, Giuffrè, Milano, 2013, pp. 3 ss., spec. p. 6; cfr. anche F. GIGLIONI, *L'accesso al mercato nei servizi di interesse generale. Una prospettiva per riconsiderare liberalizzazione e servizi pubblici*, Giuffrè, Milano, 2008; E. STICCHI DAMIANI (a cura di), *Studi in tema di liberalizzazioni. Riflessi giuridici dell'evoluzione della disciplina*, Giappichelli, Torino, 2008, pp. 11 ss.; L. DE LUCIA, *La regolazione amministrativa dei servizi di pubblica utilità*, Giappichelli, Torino, 2002.

<sup>4</sup> Si veda in ultimo A. NEGRELLI, *Accesso al mercato e autorizzazioni amministrative nazionali*, Giuffrè, Milano, 2016.

riferimento al rispetto delle coordinate sovranazionali che hanno imposto la liberalizzazione di numerosi settori – valutando gli effetti di tali liberalizzazioni, essenzialmente, in relazione al graduale venir meno degli ostacoli alla concorrenza.

Il concreto atteggiarsi della libertà di iniziativa economica privata in presenza di una regolazione pubblicistica e il rapporto tra pubblici poteri e impresa nella fase di avvio dell'attività, al contrario, è stato oggetto di minor interesse<sup>5</sup>, venendo in rilievo piuttosto quale oggetto mediato degli studi sulla concorrenza.

Il tema della presente ricerca, al contrario, è la libertà di iniziativa economica come situazione giuridica soggettiva individuale<sup>6</sup> nei confronti della quale operano i condizionamenti pubblicistici in entrata e rispetto alla quale l'operare della concorrenza viene senz'altro in rilievo, ma non come oggetto diretto di studio, quanto come interesse pubblico la cui cura, al pari di quella di altri interessi a carattere generale, può determinare o una compressione dell'interesse privato o un beneficio a suo favore.

La libertà di iniziativa economica è qui studiata avendo come principale prospettiva quella dei rapporti verticali che si instaurano tra impresa privata e potere pubblico, tradizionalmente inquadrati nell'ambito della relazione dicotomica tra *autorità e libertà*<sup>7</sup>. Il tema, che si colloca all'interno della più ampia problematica dell'intervento dello Stato nell'economia è infatti, solitamente affrontato in termini di 'scontro' tra autorità pubblica e autonomia privata<sup>8</sup>. Questa prospettiva, in passato giustificata dall'estensione

<sup>5</sup> L'esigenza di riflettere sui contenuti delle situazioni soggettive degli operatori in un regime di mercato, al fine di definire più chiaramente e precisamente le loro posizioni nel rapporto con il potere amministrativo che ne condiziona l'esercizio, è stata di recente segnalata da B. TONOLETTI, *Accesso alle infrastrutture e riconoscimento dei costi nei mercati dell'energia*, in «Munus», 1, 2017. Un approccio diverso rispetto ai contributi più tradizionali, con un'impostazione più pratica, ma comunque focalizzata sulla posizione soggettiva delle imprese era già rinvenibile nel lavoro curato da A. TRAVI, *La cornice amministrativa delle attività imprenditoriali*, Istituto di diritto pubblico, Università di Firenze, 1997.

<sup>6</sup> Utilizza la distinzione tra fenomeno oggettivo e fenomeno soggettivo riferendosi, rispettivamente alla libertà di concorrenza, tutelata dall'ordinamento comunitario e alla libertà di iniziativa economica sottesa all'art. 41 Cost., F. CINTIOLI, *L'art. 41 della Costituzione e il paradosso della libertà di concorrenza*, in «Percorsi costituzionali: quadrium. Diritti e libertà», II, 1, 2009, pp. 91 ss.

<sup>7</sup> G. AMATO, *L'interesse pubblico e le attività economiche private*, in «Pol. dir.», I, 1970, pp. 448 ss. Come l'Autore ha osservato, si tratta di un'impostazione ideologica, a tal punto radicata che anche interventi di sostegno rientranti nel c.d. intervento promozionale, possono correre il rischio di essere concepiti come un «mezzo subdolo [...] per comprimere la libertà del privato».

<sup>8</sup> Le libertà economiche rappresentano uno dei principali terreni in cui si è manifestata ed è stata

e dalla pervasività dei limiti pubblici all'iniziativa economica privata<sup>9</sup> è, tuttavia, nel corso del lavoro, sottoposta a revisione critica, al fine di verificarne l'attuale validità.

La realtà odierna mostra infatti, come le relazioni che si instaurano in presenza di una regolazione pubblicistica dell'avvio delle attività economiche private configurino un fenomeno più complesso. In primo luogo, perché, come già da tempo rilevato, i rapporti nell'ambito della regolazione del mercato non sono più riducibili ad una dimensione solo 'bi-polare' Stato-imprese<sup>10</sup>, in quanto sono arricchiti dalle relazioni che per via diretta o

---

studiata la dicotomia autorità-libertà. Già Spagnuolo Vigorita osservava che «è in corrispondenza di questo settore dell'attività dello Stato, per evidente conseguenza delle proporzioni da esso assunte, che si incontra il punto della maggiore compressione della contrapposta libertà individuale. Segnatamente, l'ingerenza pubblica nella vita economica, infatti, rende evidente il processo di restrizione dell'autonomia individuale, come s'è visto connesso a tutto il rinnovato orientamento statale; acuisce l'urto tra il singolo e lo Stato portatore delle istanze collettive; ne puntualizza il conflitto sul terreno dei più immediati e scottanti interessi». V. SPAGNUOLO VIGORITA, *L'iniziativa economica privata nel diritto pubblico*, Jovene, Napoli, 1959, ora in ID., *Opere giuridiche 1954-1994*, ES, Napoli, 2001, vol. I, pp. 47 ss.

<sup>9</sup> SPAGNUOLO VIGORITA, *L'iniziativa economica privata*, cit., p. 20. L'insofferenza verso le misure di intervento che limitavano l'avvio e lo svolgimento dell'attività imprenditoriale, emergeva con chiarezza dalle affermazioni di quanti predicavano la 'ritirata' dello Stato dalle questioni dell'economia e dai mercati, significativamente definiti quali luoghi in cui avrebbe dovuto realizzarsi un ordine spontaneo non ordinato gerarchicamente, fondato sulla priorità logica ed etica dell'individuo e sulla sua libertà. Un ordine autoritativo contrapposto alla priorità dell'individuo e alle sue libertà, da tutelare nei confronti dello Stato secondo una visione in base alla quale il rapporto tra pubblico potere e impresa privata si esaurisce in una relazione bilaterale di tipo verticale, in cui l'impresa è posta in posizione di soggezione rispetto ai pubblici poteri e può trarre beneficio solo da una riduzione della sfera di intervento di questi. In questo senso, senza pretesa di completezza si rinvia a F.A. VON HAYEK, *Scientism and the Study of Society*, in *The Counter-Revolution of Science. Studies on the Abuse of Reason*, The Free Press, Glencoe, 1952, Trad. It., A. CIMINO, *Lo scientismo e lo studio della società*, in «Conoscenza, mercato, pianificazione», Bologna, 1988, pp. 180 ss.; ID., *La via della schiavitù*, Rubbettino, 2010 (trad. it. di *The Road to Serfdom*, London, 1944); L. VON MISES, *Individuo, mercato e Stato di diritto*, antologia a cura di D. ANTISERI, M. BALDINI, 1998; P. VERNAGLIONE, *Il libertarismo. La teoria, gli autori, le politiche*, Rubbettino, Catanzaro, 2013.

<sup>10</sup> Come osservato da S. CASSESE, *La nuova costituzione economica*, Laterza, Roma-Bari, 2000, p. 170, il quale ha rilevato il superamento della dialettica binaria tra potere pubblico e interesse dei privati a favore di un rapporto tripolare, che si instaura nel mercato, tra pubblico potere e gruppi di interessati, ad esempio, le imprese, e tra queste le une nei confronti delle altre, come accade con la regolazione pro-concorrenziale delle autorità indipendenti. Questo fenomeno è stato approfondito, con riferimento, in particolare, al controllo pubblico della finanza privata, da L. TORCHIA, *Il controllo pubblico della finanza privata*, CEDAM, Padova, 1992. Il carattere tripolare delle relazioni oggetto di regolazione pubblicistica, in alternativa all'inquadramento classico in termini di autorità-libertà, è stato

indiretta, si instaurano con gli altri operatori del mercato, gli imprenditori, ma anche i consumatori-utenti.

In secondo luogo, come la ricerca mira a verificare, perché oggi la posizione dell'impresa che intende entrare in un mercato e avviare una nuova iniziativa economica non sembra potersi descrivere più in termini di mera soggezione nei confronti del potere pubblico<sup>11</sup>. Il privato infatti, sceglie di rivolgersi all'amministrazione o al regolatore per accedere ad una risorsa di cui non dispone, nel rispetto di condizioni che oggi sono normativamente predeterminate<sup>12</sup> e godendo di una serie di garanzie in passato assenti.

Nei paragrafi che seguono dunque, dopo aver brevemente dato conto del contesto normativo in cui si inserisce la libertà di iniziativa economica, si indicano le domande di ricerca, l'articolazione del lavoro e il metodo seguito nell'indagine.

## 2. *La libertà di iniziativa economica nella Costituzione italiana*

La Costituzione italiana, in controtendenza con l'atteggiamento assenteistico tenuto al riguardo dagli Stati democratici borghesi sino a quel momento, disciplina espressamente<sup>13</sup> i rapporti economici, ai quali dedica

---

messo in luce, con *focus* specifico sulla sicurezza alimentare anche da M. SAVINO, *Autorità e libertà nell'Unione europea: la sicurezza alimentare*, in «Riv. trim. dir. pubbl.», 2007, pp. 413 ss.

<sup>11</sup> Si pensi all'impresa che richiede un'autorizzazione prevista a tutela di un interesse sensibile il cui rilascio, ove non legato a rigidi criteri quantitativi, consente all'operatore l'avvio dell'attività, che altrimenti gli sarebbe precluso, conformandosi alle richieste dell'amministrazione a tutela dell'interesse pubblico.

<sup>12</sup> La contrapposizione tra stato e mercato e tra amministrazione e impresa in termini di autorità e libertà, del resto, oscura un aspetto interessante del rapporto tra i due poli, che al contrario emerge ove ci si concentri, come l'indagine si propone di fare, sulle regole di azione dei pubblici poteri di intervento nel mercato. Se si attenua la prospettiva dicotomica, che contrappone i poteri pubblici agli operatori economici, e ci si sofferma anche sulle modalità e sulle ragioni che guidano i primi nel bilanciamento degli interessi alla base delle decisioni che incidono sulla libera iniziativa economica, si dà maggiore rilevanza al compito che l'amministrazione svolge, anche in questo settore, di allocare le risorse rispondendo ad un'istanza del privato che da ciò ricava un beneficio.

<sup>13</sup> La disciplina espressa dei rapporti economici rappresentava una novità rispetto ad esempio, allo Statuto albertino del Regno, o alle costituzioni anteriori o contemporanee allo Statuto nell'esperienza italiana precedente e non solo, e si poneva invece sul solco della Costituzione di Weimar che disciplinava i rapporti economici espressamente nella parte V. Di tale novità si mostrarono consapevoli i costituenti, i quali ripetutamente segnalavano la modernità, l'attualità, il realismo e il carattere rivoluzionario del Titolo

un intero titolo<sup>14</sup>.

III ed il suo preminente rilievo nell'economia della Carta costituzionale come si ricava dagli Atti dell'Assemblea Costituente. Sull'innovatività del titolo della Costituzione che disciplina i rapporti economici, si rinvia a G. BALLADORE PALLIERI, *Diritto costituzionale*, Giuffrè, Milano, 1953, pp. 120 ss.; F. PERGOLESÌ, *Diritto costituzionale*, CEDAM, Padova, 1956, pp. 485 ss.; A. AMORTH, *La Costituzione italiana*, Giuffrè, Milano, 1948, pp. 76 ss. Al di là di questo aspetto e della scelta di separare l'iniziativa economica dalla proprietà come assi portanti della disciplina dell'economia, l'art. 41 della Costituzione raccoglie e consolida le esperienze del passato. La libertà di iniziativa economica privata apparteneva, infatti, alla tradizione del costituzionalismo europeo, risalente al secolo XVIII, che non fu rifiutata, né soppressa neanche dal fascismo. Non nuova è anche la previsione di limiti negativi (gli obblighi di non fare) previsti dal secondo comma, considerando che già nella Costituzione di Weimar la vita economica era piegata ad «assicurare a tutti un'esistenza degna dell'uomo». Appartiene infine, ad esperienze già note, il terzo comma nella parte in cui configura l'economia come una totalità, indirizzabile e coordinabile a fini sociali. In questa disposizione, la dottrina ha colto l'eco delle pianificazioni sovietiche e della Carta del lavoro, nonché del dibattito degli anni trenta intorno all'economia programmata. Questi aspetti, qui, necessariamente solo accennati, sono stati approfonditi nei numerosi studi sul tema ad alcuni dei quali si rinvia, senza pretesa di completezza. V. PANUCCIO ET AL., *Studi sull'art. 41 della Costituzione*, Pàtron Editore, Bologna, 1969; P. BARCELLONA, *Intervento statale e autonomia privata nella disciplina dei rapporti economici*, Giuffrè, Milano, 1969<sup>2</sup>; P. DE CARLI, *Costituzione e attività economiche*, CEDAM, Padova, 1978; A. PACE, *Iniziativa privata e governo pubblico dell'economia. Considerazioni preliminari*, in *Scritti in onore di Egidio Tosato, Libertà e autonomie nella Costituzione*, vol. II, Milano, 1982, pp. 531 ss.; E. CHELI, *Libertà e limiti dell'iniziativa economica privata nella giurisprudenza della Corte costituzionale e nella dottrina*, in «Rass. dir. pubbl.», 1960, p. 303 ss.; A. BALDASSARRE, *Iniziativa economica privata*, in «Enc. dir.», vol. XXI, Milano, 1971, pp. 593 ss.; M. LUCIANI, *La produzione economica privata nel sistema costituzionale*, CEDAM, Padova, 1983; F. TRIMARCHI BANFI, *Organizzazione economica ad iniziativa privata e organizzazione economica ad iniziativa riservata negli articoli 41 e 43 della Costituzione*, in «Pol. dir.», 1992, pp. 3 ss.; F. GALGANO, *La libertà di iniziativa economica privata nel sistema delle libertà costituzionali*, in *Trattato di dir. comm. e di dir. pubbl. dell'economia*, diretto da F. GALGANO, vol. I, CEDAM, Padova, 1977, pp. 512 ss.; ID., *Commento all'art. 41, Rapporti economici*, in *Commentario alla Costituzione*, a cura di G. BRANCA, t. II, Zanichelli, Bologna, 1982, pp. 11 ss.; V. OTTAVIANO, *La regolazione del mercato. I principi costituzionali*, in *Trattato di dir. comm. e di dir. pubbl. dell'economia*, diretto da F. GALGANO, vol. III, CEDAM, Padova, 1979, pp. 452 ss.; M. LUCIANI, *Economia (nel diritto costituzionale)*, in «Dig. disc. pubbl.», vol. V, UTET, Torino, 1991, pp. 373 ss.; T. PADOA SCHIOPPA, *Il governo dell'economia*, in *Lo Stato delle istituzioni italiane. Problemi e prospettive*, Giuffrè, Milano, 1994, pp. 294 ss.; P. BILANCIA, *Modello economico e quadro costituzionale*, Giappichelli, Torino, 1996.

<sup>14</sup> Il Titolo III, in tredici articoli, dal 35 al 47, disciplina quasi tutti i momenti dell'attività economica (dal lavoro alla proprietà, alle attività immediatamente connesse al suo sfruttamento, quali l'iniziativa economica e l'impresa, regolate dall'art. 41 e dall'art. 43). L'impresa e i limiti a cui questa può essere soggetta sono indirettamente oggetto anche dell'art. 46, che riconosce il diritto dei lavoratori alla collaborazione nella gestione delle imprese, dell'art. 47, che impone la disciplina e il controllo pubblico del credito e dell'art.

Nel disegno costituzionale del Titolo III, lo Stato è soggetto dell'economia sotto un duplice profilo: come gestore dell'attività economica pubblica e come soggetto deputato a fissare i programmi e i controlli ai quali deve soggiacere l'attività economica privata per la realizzazione dei fini sociali. In questo quadro, l'art. 41 stabilisce che «l'iniziativa economica privata è libera», ma «non può svolgersi in contrasto con l'utilità sociale<sup>15</sup> o in modo da recare danno alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana». Al legislatore è affidato il compito di determinare i programmi e i controlli opportuni affinché l'attività economica possa essere indirizzata e coordinata a fini sociali<sup>16</sup>. L'iniziativa economica privata, dunque, è annoverata tra le libertà dell'individuo, ma non rappresenta un diritto inviolabile, in quanto situazione soggettiva suscettibile di essere limitata, conformata e indirizzata nei casi previsti dalla legge.

L'art. 41 della Costituzione rappresenta una norma di continuità che ha raccolto e consolidato le esperienze del passato. Una norma di compromesso, pensata per un'economia solo nazionale, in cui il processo economico, secondo la visione dei costituenti, era e sarebbe continuato ad essere circoscritto all'interno dei confini dello Stato-nazione<sup>17</sup>. In quest'ottica,

---

45, che incoraggia le imprese cooperative, riconoscendone la funzione sociale, e quelle artigiane, di cui la legge deve assumere la tutela. L'isolamento della materia dei rapporti economici rispecchia la volontà di sottrarre questo settore della disciplina giuridica alla matrice liberal-individualistica delle dichiarazioni dei diritti, dando spazio a forme di controllo pubblicistico delle attività private.

<sup>15</sup> La nozione di «utilità sociale» è stata riferita ai valori della solidarietà economica e della solidarietà sociale. V. BUONOCORE, *Iniziativa economica privata e impresa*, in ID., *Iniziativa economica e impresa nella giurisprudenza costituzionale*, ESI, Napoli, 2006, pp. 12 ss. Già la lettura degli atti parlamentari mostra le perplessità alle quali tale formula ha dato da subito luogo. All'epoca, in particolare, si osservò che il concetto di 'utilità sociale' nella sua genericità, avrebbe creato problemi al legislatore ordinario che doveva utilizzarlo come parametro per calibrare e limitare l'iniziativa economica privata. G. AMATO, *Il mercato nella Costituzione*, in «Quad. cost.», 1992, pp. 7 ss.

<sup>16</sup> Con decisioni costanti la Corte costituzionale ha affermato che il comma 1 dell'articolo 41, che sancisce la libertà di iniziativa economica, va sempre collegato – costituendo con esse un tutto unitario – alle norme contenute negli altri due commi, i quali si è detto, prevedono che la legge ordinaria può, a tutela degli interessi della società, regolare e disciplinare con opportune limitazioni, la libera iniziativa economica. Cfr. Corte cost., 26 gennaio 1957, n. 29; 13 aprile 1957, n. 50; 30 giugno 1958, n. 78; 14 luglio 1958, n. 52; 18 maggio 1959, n. 32; 7 giugno 1962, n. 54.

<sup>17</sup> La disposizione, considerata come l'affermazione di un modello di economia mista, fu notoriamente il frutto del compromesso tra le idee che caratterizzavano il contesto socio-economico successivo alla chiusura del secondo conflitto mondiale, ovvero le ideologie proprie della sinistra comunista e socialista, quelle del cattolicesimo sociale e quelle del progresso liberalismo. Nel dibattito sul modello di politica economica al quale la Costituzione avrebbe

la soluzione prescelta per contemperare le diverse anime presenti nella redazione del testo costituzionale è stata quella di un'economia sociale di mercato, un sistema di economia mista<sup>18</sup> che rifiutava sia il modello liberale ottocentesco, sia quello dello Stato socialista. Una disposizione che non richiamava neanche implicitamente<sup>19</sup> i principi dell'economia di mercato e in particolare, il principio di libera concorrenza e che, seppur favorevole alla

---

dovuto essere ispirata, in particolare, si contrapposero tre tesi. Una a favore del liberismo (sostenuta da Luigi Einaudi), in netto contrasto con l'interventismo che aveva caratterizzato il ventennio fascista. Una posizione intermedia, secondo la quale la ricostruzione avrebbe dovuto essere accompagnata da un intervento statale nell'economia con funzione di stimolo e sostegno e la tesi di coloro che pur sostenendo una ricostruzione fondata principalmente sull'iniziativa privata, avrebbero voluto garantire una maggior partecipazione della classe operaia. Le tesi più estreme, quella a favore del liberismo economico in senso stretto e del *laissez-faire* e quella della presenza di uno Stato eccessivamente ingombrante nell'economia, furono invece, accantonate nel dibattito costituzionale. La prima perché in controtendenza con le esperienze che si andavano affermando nell'Europa post-bellica, caratterizzate dal superamento del modello liberale puro e dall'affermazione di uno Stato democratico sociale. La seconda perché, oltre a contraddire essa stessa l'affermazione di uno Stato democratico-sociale, rinnegava la scelta di fondare la nuova Costituzione sui principi democratici della *rule of law*, della tutela delle libertà e dei diritti individuali. Critico nei confronti di questa soluzione compromissoria N. IRTI, *L'ordine giuridico del mercato*, Laterza, Bari-Roma, 2016, p. 35. Secondo l'A. l'art. 41 si fonda su una forma di «dirigismo totalitario» che affida alla legge e dunque, allo Stato, come fonte produttiva di norme, il disegno globale dell'economia e il dovere di indirizzarla e coordinarla a fini sociali. La legge non si limiterebbe a vietare alcuni mezzi o a consigliare e promuovere l'impiego di altri, ma imporrebbe all'impresa il perseguimento di fini sociali i quali per loro natura, sono diversi dai fini individuali, perseguiti dai singoli imprenditori. Nel confluire di tradizione liberale, solidarismo cattolico e dirigismo socialista, l'art. 41 oscillando tra l'uno e l'altro impulso, esprimerebbe in realtà una visione imperativa e totalitaria dell'economia, come di «un tutto organico indirizzabile verso fini sociali». *Contra* G. GUARINO, *Pubblico e privato nell'economia. La sovranità tra Costituzione ed istituzioni comunitarie*, in «Quad. cost.», 1992, pp. 35 ss., secondo cui la norma costituzionale porrebbe al centro il mercato rispetto alla disciplina pubblicistica.

<sup>18</sup> Si è parlato al riguardo anche di «protezionismo liberale» ad indicare un'economia non pianificata nella quale l'intervento pubblico, giustificato da finalità ideali si esercitava prevalentemente allo scopo di proteggere interessi economicamente o elettoralmente rilevanti. AMATO, *La nuova costituzione economica*, cit., p. 13.

<sup>19</sup> In questo senso N. IRTI, *Iniziativa economica e concorrenza*, in *Per una nuova costituzione economica*, a cura di G. DELLA CANANEA, G. NAPOLITANO, Il Mulino, Bologna, 1998, p. 24; cfr. anche G. DE VERGOTTINI, *La costituzione economica italiana: passato e attualità*, in «Dir. e società», 2010, pp. 333 ss., il quale pone in risalto il carattere recessivo della concorrenza nei lavori della costituente. In senso conforme G. BOGNETTI, *La costituzione economica tra ordinamento nazionale e ordinamento comunitario*, in *La costituzione economica*, Atti del Convegno dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti, Ferrara, 11-12 ottobre 1991, CEDAM, Padova, 1997; B. LIBONATI, *Ordine giuridico e legge economica del mercato*, in «Riv. soc.», 1998, pp. 1555 ss.

libertà di iniziativa economica, ne accentuava la funzionalizzazione verso il perseguimento di scopi pubblici<sup>20</sup>.

Secondo questa impostazione, l'attività economica privata non poteva essere svolta nel solo interesse dell'imprenditore, sul presupposto che la ricerca dell'efficienza avrebbe portato indirettamente anche benefici di carattere ultra-individuale, ma doveva essere direttamente funzionale alla realizzazione di interessi di rilevanza generale. In questa chiave, i limiti dell'utilità sociale, della sicurezza, della libertà e della dignità umana rappresentavano fini da conseguire in aggiunta al fine principale dell'impresa, consistente nel conseguimento di un utile economico<sup>21</sup>. La previsione di programmi e controlli e con essa, di limiti interni all'autonomia privata, consentiva allo Stato di avvalersi dell'impresa per raggiungere obiettivi di politica economica, come ad esempio, la riqualificazione di determinate aree territoriali, lo sviluppo di alcune industrie, il perseguimento di politiche occupazionali e così via. Una concezione, quella della funzionalizzazione dell'impresa, alimentata anche dall'impostazione corporativa sottesa al quasi coevo codice civile dove espressamente l'impresa era chiamata a svolgere una funzione di interesse per lo Stato, il quale era dunque, allo stesso tempo imprenditore e interprete della produzione nazionale, a cui le imprese private dovevano conformare i loro indirizzi<sup>22</sup>.

<sup>20</sup> La norma, dunque, accanto ai limiti esterni (o negativi), avrebbe previsto anche limiti interni (o positivi) mediante i quali l'autorità pubblica poteva stabilire finalità e modi d'uso dell'impresa. Il dibattito sul punto è stato molto acceso. Si rinvia per un approfondimento a G. MINERVINI, *Contro la «funzionalizzazione» dell'impresa privata*, in «Riv. dir. civ.», 1958, I, pp. 621 ss.; V. BUONOCORE, *Di alcune norme del codice civile in tema di impresa in rapporto al principio di utilità sociale di cui al 2° comma dell'art. 41 della Costituzione*, in «Banca borsa tit. cred.», 1971, pp. 194 ss.; M. NUZZO, *Utilità sociale e autonomia privata*, ESI, Napoli, 2011, pp. 26 ss. Contro la tesi (e la stessa possibilità) della funzionalizzazione dell'impresa S. CASSESE, *I beni pubblici. Circolazione e tutela*, Giuffrè, Milano, 1969, p. 33 e nota 27 bis; GALGANO, *La libertà di iniziativa economica.*, cit., p. 513, secondo il quale nella pretesa di chi desume dal secondo comma dell'art. 41, che l'iniziativa economica privata è legittima in quanto socialmente utile, ci sarebbe stato un manifesto salto logico. La funzionalizzazione è stata rifiutata anche con riferimento al terzo comma dell'art. 41. In questi termini, A. BARBERA, *Leggi di piano e sistema delle fonti*, Giuffrè, Milano, 1968, pp. 5 ss. Secondo l'A. i fini sociali sarebbero inquadrabili come principi che guidano l'operatore privato senza tuttavia privarlo dell'autonomia decisionale, della libertà di scelta e della libertà di organizzarsi.

<sup>21</sup> Da qui la distinzione tra limiti esterni e negativi e limiti interni e positivi riferiti entrambi alla 'libertà' e non all' 'autonomia'. Così BUONOCORE, *Iniziativa economica privata e impresa*, cit., p. 10; BALDASSARRE, *Iniziativa economica privata*, cit., pp. 593 ss.; CASSESE, *I beni pubblici.*, cit., p. 40.

<sup>22</sup> In base all'art. 2085 c.c., il controllo sull'indirizzo della produzione e degli scambi in relazione all'interesse unitario dell'economia nazionale è esercitato dallo Stato, nei modi

L'impostazione protezionistica della Costituzione e l'assenza di riferimenti ai rapporti tra imprese e al rispetto delle regole della concorrenza consentivano agli imprenditori di essere posti al riparo dal libero gioco delle forze economiche nel mercato proprio grazie all'intervento dello Stato<sup>23</sup>. La dimensione orizzontale dei rapporti tra operatori risultava, quindi, inevitabilmente deformata, se non del tutto schiacciata, dalla prospettiva verticale allora prevalente, che operava sia in senso ascendente, sia in senso discendente. La visione sottesa alla norma era dunque del tutto opposta rispetto a quella che sarebbe stata alla base della successiva costituzione economica europea: nell'impostazione dei costituenti italiani, la funzione politica assegnata al diritto dell'economia era quella di contribuire alla formazione della base industriale del Paese e allo sviluppo economico, non invece quella di garantire la libertà di mercato. Ciò è evidente se si guarda all'intervento pubblico nell'economia a partire dal secondo dopoguerra che si è sviluppato e intensificato quale «processo irresistibile»<sup>24</sup>, caratterizzato da misure finalistiche, con funzioni di redistribuzione e stabilità del sistema e da decisioni amministrative connotate, sotto il profilo del metodo, da un'ampia discrezionalità e da contenuti compromissori, sollecitati dalle spinte spesso contrapposte dei diversi gruppi di pressione.

L'effetto di questi interventi nei confronti dell'iniziativa economica privata era duplice. Da un lato, la libertà dell'impresa era ampiamente conculcata, dall'altro, però, come sopra accennato, l'attività dell'impresa era garantita e protetta rispetto al possibile ingresso di altre imprese concorrenti.

Allo sviluppo crescente dell'intervento pubblico nell'economia è corrisposta una crescita imponente della macchina dello Stato, spesso tuttavia incapace di gestire efficientemente gli strumenti in suo possesso e

---

previsti dalla legge e dalle norme corporative. I richiami alle norme corporative sono stati successivamente abrogati, così come deve intendersi sostanzialmente non più vigente l'art. 2088 c.c., secondo cui «[l']imprenditore deve uniformarsi nell'esercizio dell'impresa, ai principi dell'ordinamento corporativo e agli obblighi che ne derivano, e risponde verso lo Stato dell'indirizzo della produzione e degli scambi in conformità della legge e delle norme corporative».

<sup>23</sup> AMATO, *Il mercato nella Costituzione.*, cit., p. 17. *Contra*, nel senso che l'art. 41 impone una pubblicizzazione accentuata dell'economia, al fine di una redistribuzione della ricchezza necessaria per il soddisfacimento dei diritti sociali, C. LAVAGNA, *Istituzioni di diritto pubblico*, UTET, Torino, 1985, pp. 439 ss.; LUCIANI, *Economia (nel diritto costituzionale)*, cit., pp. 373 ss.

<sup>24</sup> R. VILLATA, *Autorizzazioni amministrative e iniziativa economica privata. Profili generali*, Giuffrè, Milano, 1974, p. 6, il quale pone l'accento sul moltiplicarsi dei condizionamenti autoritativi che solleva il problema di definire in modo soddisfacente il significato degli artt. 41 e seguenti dalla Costituzione.

che in difficoltà nel fare, finiva con l'impedire di fare.

La concorrenza, infine, assente nelle previsioni costituzionali, non rappresentava un valore, né un fine da perseguire, quanto, piuttosto, un rischio da scongiurare.

### 3. *La libertà di iniziativa economica nella costituzione economica europea*

Il venir meno della coincidenza tra confini dei mercati e confini degli Stati e l'affermazione della politica della concorrenza hanno determinato, nel periodo a cavallo tra gli anni ottanta e novanta, un concreto rivolgimento ridisegnando modelli e ruoli dell'intervento pubblico nell'economia e valorizzando la libertà di iniziativa economica privata di fronte ai condizionamenti pubblicistici<sup>25</sup>.

Alla dimensione verticale e statica dell'iniziativa economica, relativa ai rapporti tra l'impresa e lo Stato<sup>26</sup>, è stata affiancata una dimensione orizzontale e dinamica estesa quindi ai rapporti tra imprenditori<sup>27</sup>. Attraverso

<sup>25</sup> Come osservato, tuttavia, la disciplina della concorrenza, pur ponendosi al primo posto tra le fondamenta del diritto comunitario, ha iniziato a produrre effetti con molto ritardo e solo negli anni '80 e '90 da essa è stata tratta la conseguenza che occorresse consentire libertà di iniziativa economica anche in settori riservati. S. CASSESE, *Regolazione e concorrenza*, in *Regolazione e concorrenza*, a cura di G. TESAURO, M. D'ALBERTI, Il Mulino, Bologna, 2000, p. 15.

<sup>26</sup> L'impostazione prevalente, fino all'entrata in vigore della Costituzione, esplicitata già nella logica autarchica del codice civile, voleva del resto, l'impresa protetta dalla concorrenza, anziché esposta ad essa e chiamata a confrontarsi con il mercato. Al libero gioco delle forze economiche nel mercato avrebbe dovuto affiancarsi e sostituirsi la programmazione, volta a predeterminare e indirizzare l'attività economica anche per finalità sociali. Dall'art. 41, dunque, si poteva ricavare un dovere negativo di rispettare l'altrui libertà, ma non un criterio di disciplina delle attività concorrenti. Ciò si riteneva in linea con il contenuto delle libertà costituzionali che corrispondono a doveri di astensione dello Stato, ma nulla dicono circa le relazioni di coesistenza o di conflitto con gli altri titolari della medesima libertà. Così IRTI, *L'ordine giuridico*, cit., p. 19, secondo cui «l'eguaglianza nella libertà di iniziativa economica» stabilita nel primo comma dell'art. 41 Cost., non equivale a concorrenza «poiché le identiche e pari libertà, disponendosi come elementi di una raggiera confluyente verso lo Stato, si trovano l'una parallela all'altra, e non in rapporto l'una con l'altra».

<sup>27</sup> G. OPPO, *Iniziativa economica*, in «Riv. dir. civ.», 1988, pt. I, p. 329; M. LUCIANI, *Unità nazionale e struttura economica. La prospettiva della Costituzione repubblicana*, in «Diritto e società», 2011, 4, pp. 635 ss.; E. BRUTI LIBERATI, *Politica di concorrenza e politica industriale tra unità e differenziazione*, in <http://www.rivistadellaregolazioneimercati.it>, 2/2015. Cfr. anche N. IRTI, *Economia di mercato e interesse pubblico*, in «Riv. trim. dir. e proc. civ.», 2000, 2, pp. 435 ss. il quale evidenzia come i trattati europei abbiano posto il metodo della concorrenza al centro della costituzione economica, permettendo di definire, come interessi

l'affermazione di un'economia di mercato aperta e in libera concorrenza<sup>28</sup>, la libertà individuale di impresa è stata elevata a diritto fondamentale<sup>29</sup>, intesa non solo come libertà di promuovere o non promuovere un'attività industriale, commerciale o finanziaria, ma quale libertà di accesso al mercato e libertà di competere, al suo interno, con altri operatori<sup>30</sup>. Il funzionamento concorrenziale dei mercati è stato interpretato come un interesse generale, il mezzo per perseguire obiettivi di benessere della comunità attraverso un più efficiente utilizzo delle risorse e allo stesso tempo, come un prolungamento delle libertà naturali dell'individuo, prima fra tutte, quella di iniziativa economica che dall'affermazione del primato della concorrenza ha tratto un

---

pubblici, l'interesse all'introduzione e alla garanzia del libero competere e l'interesse alla liberalizzazione.

<sup>28</sup> *Ex multis* S. CASSESE, *La costituzione economica europea*, in «Riv. it. dir. pubbl. com.», 2001, 6, pp. 911 ss. La rilevanza di tale influenza, seppur unanimemente accettata, è stata percepita in modo diverso dalla scienza giuridica. Secondo alcuni autori, le previsioni di cui all'art. 41 Cost. e, in particolare, la disposizione che prevede l'attribuzione di poteri di programmazione e di controllo allo Stato sull'attività economica, sarebbero entrati in uno stato di quiescenza in forza dell'applicazione dei principi dell'UE. Secondo altri autori, invece, i principi di derivazione comunitaria sarebbero in conflitto con le norme costituzionali che quindi andrebbero disapplicate. In particolare, è stato sostenuto come la cultura del mercato fosse completamente assente all'epoca dei costituenti i quali anzi giudicavano il mercato come un disvalore. La visione 'aggiornata' del mercato quale motore della crescita economica e sociale, sarebbe stata acquisita solo in un secondo momento grazie all'ingresso nell'ordinamento italiano dei principi comunitari i quali avrebbero concorso a valorizzare quella componente dell'originaria costituzione ispirata ai principi liberali, che era stata sopraffatta dalla lettura in chiave socialista data nei decenni precedenti dalla legislazione e dalla giurisprudenza. AMATO, *Il mercato nella Costituzione*, cit., p. 19; G. CORSO, *Attività amministrativa e mercato*, in «Riv. giur. quadr. serv. pubbl.», 1998, pp. 1 ss. Secondo l'A. la concorrenza quale «tecnica di coordinamento delle attività economiche» è da considerarsi «radicalmente alternativa ai programmi e controlli pubblici perché implica un coordinamento spontaneo e decentrato dei comportamenti dei soggetti economici». Nel senso, invece, che l'adesione dell'Italia alla allora Comunità economica europea abbia rinforzato la spinta liberista in materia di rapporti tra Stato e mercato, tuttavia già presente nelle disposizioni costituzionali italiane, BUONOCORE, *Iniziativa economica privata e impresa*, cit., pp. 3 ss., spec. p. 9.

<sup>29</sup> L. DANIELE, *La tutela del diritto di proprietà e del diritto al libero esercizio delle attività economiche nell'ordinamento comunitario e nel sistema della Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in «Dir. Un. eu.», 1998, pp. 55 ss. La libertà di impresa è esplicitamente qualificata come libertà fondamentale dell'individuo nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea all'art. 16, in senso sostanzialmente diverso rispetto all'originaria visione dei costituenti che la volevano come libertà minore subordinata ai pubblici poteri. Cfr. in giurisprudenza CGUE, 27 novembre 2003, C-34 e 38/01; Corte cost., 13 gennaio 2004, n. 14; Cons. St., VI, 10 ottobre 2005, n. 5467.

<sup>30</sup> LUCIANI, *Unità nazionale e struttura economica.*, cit., p. 58.

innegabile beneficio<sup>31</sup>. Con l'obiettivo di realizzare un mercato unico senza barriere e una maggiore competitività, ritenuta essenziale per promuovere la crescita economica e creare posti di lavoro, l'allora ordinamento comunitario ha dato avvio ad un'imponente politica di liberalizzazioni<sup>32</sup>, a partire dalla soppressione di tutte le restrizioni alle quattro libertà fondamentali<sup>33</sup>.

Secondo l'Unione europea, ancora oggi, la chiave della ripresa economica in Europa va cercata nella competitività industriale, nell'innovazione e nell'imprenditorialità. Per queste ragioni l'Unione mira a migliorare il contesto imprenditoriale e a promuovere l'economia non solo, attraverso la rimozione degli ostacoli allo scambio intraeuropeo delle merci, ma anche sollecitando un mercato basato sulla trasparenza e su regole semplici e chiare<sup>34</sup>, sul presupposto che la *performance* amministrativa non è un dato neutro, ma un elemento pregno di conseguenze anche

---

<sup>31</sup> F. MERUSI, *Le leggi del mercato. Innovazione comunitaria e autarchia nazionale*, Il Mulino, Bologna, 2002.

<sup>32</sup> Le politiche di liberalizzazione hanno le loro radici nei principi generali del diritto dell'Unione europea. Al riguardo è stato osservato che alla Comunità (ora Unione) europea non fu assegnata un'esplicita competenza generale in materia di politica economica, ma un forte controllo sul rispetto puntuale dei tempi e dei modi della liberalizzazione del mercato comune, insieme al potere di vigilare sul mantenimento rigoroso delle condizioni di concorrenza. G. TESAURO, *Intervento pubblico nell'economia e art. 90, n. 2, del Trattato CE*, in «Il dir. dell'Unione europea», 1996, 3, pp. 719 ss.

<sup>33</sup> La liberalizzazione più importante per dimensioni e impatto economico è quella che ha interessato i servizi d'interesse economico generale, come comunicazioni, gas ed energia, trasporti e poste. In questi settori, la liberalizzazione ha significato il passaggio da un regime di monopolio legale a un regime caratterizzato da una pluralità di operatori economici, indifferentemente pubblici o privati. Il tema è stato ampiamente studiato e approfondito dalla scienza giuridica. La letteratura sul punto è ampia; senza pretesa di completezza si rinvia pertanto a G. NAPOLITANO, *Regole e mercato nei servizi pubblici*, Il Mulino, Bologna, 2005; E. BRUTI LIBERATI, *La regolazione pro-concorrenziale dei servizi pubblici a rete*, Giuffrè, Milano, 2006; S. CASSESE, *La trasformazione dei servizi pubblici in Italia*, in «Econ. pubbl.», 1996, pp. 5 ss.; M. CLARICH, *Servizi pubblici e diritto europeo della concorrenza: l'esperienza italiana e tedesca a confronto*, in «Riv. trim. dir. pubbl.», 2003, pp. 91 ss.; DE LUCIA, *La regolazione amministrativa dei servizi di pubblica utilità*, cit.

<sup>34</sup> Cfr. art. 173, TFUE.

sotto il profilo economico<sup>35</sup>. In quest'ottica, la Direttiva *Bolkestein*<sup>36</sup>, con riferimento alle attività economiche, ha imposto agli Stati membri di ridurre i controlli amministrativi discrezionali *ex ante* e di semplificare i procedimenti amministrativi per l'accesso al mercato, ritenuti uno dei maggiori impedimenti allo sviluppo di attività transfrontaliere<sup>37</sup>.

La direttiva servizi non si limita a circoscrivere il perimetro dei regimi autorizzatori nazionali, ma li conforma. Essa indica infatti, i principi, da quello di proporzionalità, a quello di non discriminazione, al principio di trasparenza, che gli Stati devono rispettare nel ridefinire i controlli *ex post* e quelli *ex ante*, ammessi in via d'eccezione, affinché il potere amministrativo

<sup>35</sup> Secondo alcuni studi sul nostro Paese, gli investimenti stranieri, già diminuiti dopo la crisi economica, si sono oggi ulteriormente ridotti e non è infrequente che l'impresa insediata nel nostro Paese, dopo poco, si trasferisca altrove. Dati Sole24ore. Emblematiche alcune vicende note anche alla cronaca: dai tratti autostradali fermi da dieci anni alle vicende dei rigassificatori di Brindisi (l'inglese British Gas) e di Trieste (la spagnola Gas Natural Fenosa) o alle autorizzazioni negate per gli investimenti di Ikea a Pisa e a Torino, a tanti altri piccoli e grandi «nodi». In argomento, L. TORCHIA (a cura di), *I nodi della pubblica amministrazione*, ES, Napoli, 2016.

<sup>36</sup> Direttiva 2006/123/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 12 dicembre 2006, relativa ai servizi nel mercato interno. Anticipata dalla Comunicazione della Commissione *Una strategia per il mercato interno dei servizi*, 29 dicembre 2000, COM (2000) 88 def. Cfr. anche al Relazione della Commissione europea al Consiglio e al Parlamento europeo, *Lo stato del mercato interno dei servizi*, 30 luglio 2002, COM (2002) 441 def. Tra i primi commenti alla direttiva e al recepimento delle disposizioni in Italia, si rinvia in dottrina a G. TIBERI, *L'Unione europea e la liberalizzazione dei servizi: la sfida della creazione di un «mercato interno dei servizi»*, in *La regolazione intelligente. Un bilancio critico delle liberalizzazioni italiane*, a cura di B. G. MATTARELLA e A. NATALINI, Ed. Passigli, Firenze 2013, pp. 87 ss.; E.L. CAMILLI, *Il recepimento della direttiva servizi in Italia*, in «Giorn. dir. amm.», 2010, 12, pp. 1239 ss.; G. FONDERICO, *Il manuale della Commissione per l'attuazione della direttiva servizi*, ivi, 2008, 8, pp. 921 ss.

<sup>37</sup> Alla base dell'adozione della direttiva servizi vi era la volontà di superare i fallimenti della Strategia di Lisbona sfruttando appieno le potenzialità del mercato unico. L'approvazione della direttiva è stata, tuttavia, alquanto controversa in ragione delle contrapposizioni tra Paesi fondatori e nuovi entranti, tra fautori dell'anima sociale del mercato e sostenitori della piena liberalizzazione. Il compromesso tra queste istanze, che ha dato luogo al testo vigente, si è attestato lungo tre coordinate: facilitare il diritto di stabilimento e la libertà di prestazione di servizi all'interno dell'Unione, così da aumentare la competitività delle imprese e lo sviluppo dei settori interessati; garantire gli utenti anche attraverso una maggiore qualità dei servizi; instaurare e migliorare la cooperazione amministrativa tra Stati membri. Per un approfondimento sulle trattative che hanno portato all'approvazione del testo finale della direttiva si rinvia a S. D'ACUNTO, *Direttiva «servizi» (2006/123/Ce): genesi obiettivi e contenuto*, Giuffrè, Milano, 2009; B. DE WITTE, *Setting the Scene: How Did Services Get to Bolkestein and Why?*, EUI Working Papers, LAW, 20, Florence, 2007.

non sia esercitato in modo arbitrario<sup>38</sup>.

Intendere l'appartenenza all'Unione europea come un'adesione totale e incondizionata al neo-liberismo, contraria a qualsiasi forma di intervento pubblico nell'economia, comporterebbe, tuttavia, una lettura parziale, se non del tutto errata, della costituzione economica europea, soprattutto in seguito all'entrata in vigore del Trattato di Lisbona. La costituzione economica europea riconosce, infatti, la necessità di contemperare la libertà di concorrenza con esigenze imperative<sup>39</sup>, purché ciò non dia luogo a forme di discriminazione. Già nelle prime versioni dei Trattati, del resto, l'intervento dei pubblici poteri sul mercato non era aprioristicamente condannato, né totalmente espunto, ma inquadrato all'interno di una cornice precisa, quella regolatoria, in cui la libertà di iniziativa economica era garantita ampiamente, ma non incondizionatamente<sup>40</sup>.

Le modifiche intervenute con il Trattato di Lisbona hanno confermato e rafforzato questo impianto. L'art. 3, comma 3, TFUE, si richiama, infatti, ad un'economia sociale di mercato fortemente competitiva, che mira alla piena occupazione e al progresso sociale. La dimensione sociale dell'ordinamento e dell'intervento pubblico sono, pertanto, collocate in un sistema in cui l'impresa stessa rappresenta un motore di sviluppo sociale fondamentale e in quanto tale tollera restrizioni da parte dei pubblici poteri, seppur solo in presenza di interessi imperativi e nei limiti della proporzionalità e della necessità delle misure adottate.

La stessa direttiva *Bolkestein*, prima citata in relazione alla spinta data dall'ordinamento sopranazionale all'apertura dei mercati e alla semplificazione nella fase di avvio dell'impresa a beneficio della libertà di iniziativa economica, consente che, in presenza di interessi generali, siano mantenuti controlli amministrativi anche di tipo preventivo.

Pur nella previsione della possibilità di deroghe alla concorrenza e al libero esplicarsi dell'iniziativa economica, la differenza con l'impostazione sottesa all'art. 41 Cost. resta sostanziale. Se la costituzione economica italiana era improntata sugli obiettivi e sui fini dell'intervento pubblico nell'economia,

<sup>38</sup> Ne consegue una chiara impostazione liberale del diritto dell'Unione come evidenziato da M. SAVINO, *I caratteri del diritto amministrativo europeo*, in *L'amministrazione europea e le sue regole*, a cura di B. MARCHETTI, L. DE LUCIA, Il Mulino, Bologna, 2015, p. 232.

<sup>39</sup> L'elenco delle ragioni imperative che possono giustificare una deroga alla libertà di circolazione delle merci è contenuto nell'art. 36 TFUE. Lo stesso schema regola/eccezione è previsto per le altre libertà fondamentali (libera circolazione di servizi, persone e capitali). Al riguardo, CGUE, 9 dicembre 1997, C-265/95; CGUE, 25 luglio 1991, C-353/89.

<sup>40</sup> DANIELE, *La tutela del diritto di proprietà e del diritto al libero esercizio delle attività economiche nell'ordinamento comunitario.*, cit., pp. 55 ss.

quella europea si fonda sugli strumenti e sui mezzi di questo intervento. Mentre per i costituenti italiani i rischi per l'interesse pubblico potevano derivare dall'impresa privata, per quello europeo il rischio da arginare è piuttosto rappresentato dalle tentazioni protezionistiche degli Stati-nazione. L'utilità sociale è un valore condiviso sia a livello sopranazionale, sia a livello nazionale, ma la Costituzione italiana del '48, la perseguiva limitando e controllando il mercato, ritenuto implicitamente antisociale, e espandendo l'intervento pubblico, diretto e indiretto, nell'economia, mentre sulla base della costituzione economica europea, essa va realizzata attraverso l'affermazione della libera economia di mercato e la garanzia della libertà di iniziativa economica delle imprese.

#### 4. *Liberalizzazione, semplificazione e deregulation: la libertà di iniziativa economica nelle c.d. riforme manifesto*

In questo quadro, la libertà di iniziativa economica è stata negli ultimi anni oggetto di numerosi interventi da parte del legislatore ordinario volti a valorizzare la posizione dell'impresa e a garantirla da indebite ingerenze dei pubblici poteri. Le direttrici della liberalizzazione economica e amministrativa<sup>41</sup>,

<sup>41</sup> Sulla differenza tra liberalizzazione economica e liberalizzazione amministrativa TRAVI, *La liberalizzazione*, cit., pp. 645 ss.; CORSO, *Liberalizzazione amministrativa ed economica*, cit., pp. 3492 ss.; cfr. anche S. CASSESE, *Quattro paradossi sui rapporti tra poteri pubblici e autonomie private*, in «Riv. trim. dir. pubbl.», 2000, p. 393. Come ricordato dall'Autore, con il termine liberalizzazione economica si indica l'abolizione delle barriere in entrata che, tuttavia, può dover richiedere una pesante disciplina pubblicistica dell'attività. Con il termine liberalizzazione amministrativa, al contrario, si indica la soppressione di vincoli pubblici gravanti su operatori privati, con la conclusione che può accadere che ciò che «si guadagna in termini di libertà, sotto il profilo dell'accesso, si perde sotto quello dell'attività». La rimozione o la riduzione degli interventi pubblicistici sull'attività economica privata sono quindi, viste come occasioni «per bonificare i mercati da ogni forma di protezionismo e privilegio e riconsegnare all'individuo nuove opportunità di ingresso nei mercati, reali forme di competizione civile e sicure garanzie per un'allocatione virtuosa dei beni e dei mercati personali: un'allocatione non distorta che non può non transitare attraverso i percorsi liberali di un'uguaglianza sostanziale». Così F. MAIOCOCE, *Le liberalizzazioni tra libertà e responsabilità*, in «Contratto e impresa», 2012, pp. 989 ss., spec. p. 999. In sostanza, dietro alle misure di liberalizzazione e semplificazione vi è una precisa concezione circa il valore della libertà di mercato per la crescita economica: la liberalizzazione modifica il rapporto autorità e libertà, a favore di quest'ultima e a scapito dell'autorità che arretra. Così già RAMAJOLI, *Liberalizzazioni*, cit., pp. 3 ss. Cfr. anche L. SALTARI, *Lo «stato del mercato». Commento a d.l. 24 gennaio 2012, n. 1*, in «Giorn. dir. amm.», 2012, 6, p. 583.

della semplificazione e della *deregulation*<sup>42</sup> sono state, in particolare, alla base di una serie di decreti, c.d. del 'fare' e del 'crescere' che, con l'obiettivo di rilanciare l'economia attraverso il potenziamento dell'iniziativa economica privata, hanno enfaticamente sancito l'abrogazione di tutte le restrizioni ingiustificate all'accesso al mercato e all'esercizio delle professioni e delle attività economiche<sup>43</sup>.

In base a quanto previsto dai decreti richiamati, in materia di attività economiche private «è ammesso tutto ciò che non è espressamente vietato per legge»<sup>44</sup>. L'attività economica è libera, ma può essere limitata

<sup>42</sup> Dalla fine del secolo scorso ai giorni nostri, le vicende dell'economia italiana ed europea sono state caratterizzate dall'affermazione apparentemente indiscussa del modello liberaldemocratico, dal successo dell'ideologia di mercato e della c.d. *triade* di *deregulation*, liberalizzazione e privatizzazione (richiamando U. BECK, *Un mondo a rischio*, Einaudi, Torino, 2003). Sullo stretto intreccio di questi tre fenomeni si vedano anche le interessanti osservazioni di G. CORSO, *Attività economica privata e deregulation*, in «Riv. trim. dir. pubbl.», 1998, pp. 629 ss.; F. MARTINES, *Considerazioni in tema di liberalizzazioni e ruolo della p.a. È tempo di svolte epocali?*, in *Liberalizzare o regolamentare.*, cit., pp. 243 ss.

<sup>43</sup> Cfr. art. 3, d.l. 13 agosto 2011, n. 138 (l. conv. 14 settembre 2011, n. 148) in base al quale: «[l]a legge specifica, poi, quali sono i casi in cui il divieto *ex lege* è ammesso, come in caso di tutela dell'utilità sociale, della sicurezza, della libertà e della dignità umana», e secondo cui il principio di cui al richiamato art. 3 è un «principio fondamentale per lo sviluppo economico e attua la piena tutela della concorrenza tra imprese». Già qualche mese prima era stato emanato il d.l. 6 luglio 2011, n. 98. Nello stesso anno, cfr. anche art. 34, comma 2, d.l. 6 dicembre 2011, n. 201 in base al quale «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».

<sup>44</sup> Art. 3, n. 138/2011 cit. La norma è stata oggetto di scrutinio da parte della Corte costituzionale (sentenza 20 luglio 2012, n. 200) la quale ha dichiarato legittimo il principio di cui sopra per cui «è permesso tutto ciò che non è espressamente vietato», in considerazione del fatto che «la liberalizzazione, intesa come razionalizzazione della regolazione, costituisce uno degli strumenti di promozione della concorrenza capace di produrre effetti virtuosi per il circuito democratico». La sentenza ha tuttavia, dichiarato l'incostituzionalità del terzo comma dell'art. 3, andando di fatto a privare di effettività i commi 1 e 2, salvati dalla declaratoria di incostituzionalità. In senso critico, sull'opportunità di riproporre attraverso legge ordinaria un principio sostanzialmente modificativo di una norma costituzionale, G.U. RESCIGNO, *Come i governanti hanno tentato furbescamente di aggirare la Costituzione come la Corte ha risposto in modo debole e non adeguato*, Oss. a Corte cost. n. 200 del 2012, in «Giur. cost.», 2012, pp. 2945 ss. Sulla stessa linea si è poi mosso il legislatore con il d.l. 24 gennaio 2012 n. 1 (Disposizioni urgenti per la concorrenza, lo sviluppo delle infrastrutture e la competitività). Sulla scarsa utilità dell'intervento normativo in questione, SALTARI, *Lo «stato del mercato»*, cit., p. 587. Il decreto legge riproduceva il testo della proposta di riforma dell'art. 41 della Costituzione contenuta nel Disegno di legge presentato il 7.3.2011, XVI Legislatura, AC n. 4144 non approvato. Il disegno di legge costituzionale di revisione

in caso lo richieda la tutela di interessi imperativi<sup>45</sup>. Le previsioni di limiti numerici, autorizzazioni, licenze, nulla osta o preventivi atti di assenso dell'amministrazione per l'avvio di un'attività economica che non siano giustificate da un interesse generale, costituzionalmente rilevante e compatibile con l'ordinamento comunitario, nel rispetto del principio di proporzionalità, sono, di conseguenza, da ritenersi automaticamente abrogate. 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 con finalità economiche o a prevalente contenuto economico, che pongono limiti, programmi e controlli non ragionevoli, non adeguati o non proporzionati rispetto alle finalità pubbliche perseguite 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, sono considerate incompatibili con i principi sopranazionali in materia di svolgimento delle attività economiche<sup>46</sup>.

---

degli artt. 41, 97 e 118 Cost., in particolare proponeva di sostituire l'art. 41 come segue: «L'iniziativa economica e l'attività economica privata sono libere ed è permesso tutto ciò che non è espressamente vietato dalla legge. Non possono svolgersi in contrasto con l'utilità sociale, con i principi fondamentali della Costituzione o in modo da recare danno alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana. La legge si conforma ai principi di fiducia e di leale collaborazione tra le pubbliche amministrazioni e i cittadini prevedendo di norma, controlli successivi». La proposta di modifica della norma costituzionale ha suscitato numerose critiche. Si vedano le osservazioni svolte da LUCIANI, *Unità nazionale e struttura economica*, cit., pp. 58 ss.; G. DI GASPARE, *Costituzionalizzazione simbolica e decostituzionalizzazione di fatto dell'art. 41 della Costituzione*, in <http://www.amministrazioneincammino.luiss.it/>; M. BARTOLOMEI, *Riflessioni ed esercizi di stile sulla «riscrittura» dell'art. 41 della Costituzione*, in «Quad. cost.», 2011, 2, p. 394.

<sup>45</sup> In questa stessa direzione si era già mosso il decreto che ha dato attuazione in Italia alla direttiva servizi, per il quale «l'accesso e l'esercizio delle attività di servizi costituiscono espressione della libertà di iniziativa economica e non possono essere sottoposti a limitazioni non giustificate o discriminatorie». D.lgs. 26 marzo 2010 n. 59, «Attuazione della direttiva 2006/123/CE relativa ai servizi nel mercato interno».

<sup>46</sup> Cfr. art. 1, d.l. n. 1/2012 (c.d. Decreto Cresci Italia) cit. Per un commento cfr. C.E. GALLO, *Leggi di liberalizzazione e potere della pubblica amministrazione*, in «Giustamm.it», 2012, p. 10; E. BOSCOLO, *Il decreto-legge liberalizzazioni*, in «Urb. e app.», 2012, pp. 501 ss.; SALTARI, *Lo «stato del mercato»*, cit., pp. 583 ss. Tra gli interventi di riforma del 2012 che si sono mossi su questa stessa linea direttrice, cfr. anche d.l. 9 febbraio 2012 n. 5, «Disposizioni urgenti in materia di semplificazione e di sviluppo», c.d. Decreto Semplifica Italia, su cui, in dottrina, M. CLARICH, *Il decreto «Semplifica Italia»*, in «Giorn. dir. amm.», 2012, 7, pp. 691 ss.; B. CAROTTI, *La semplificazione per le imprese*, ivi, 8, 2012, pp. 702 ss.; A. BARTOLINI, *Il decreto-legge semplificazioni. Semplificazioni in materia di autorizzazioni*

Un impulso al rafforzamento dell'iniziativa economica è stato dato poi, dalle riforme volte a semplificare le procedure per l'avvio e lo svolgimento delle attività produttive, miranti ad agevolare l'impresa nei rapporti con l'amministrazione.

Alla fine degli anni novanta<sup>47</sup> il legislatore ha, infatti, intrapreso un processo di semplificazione dei procedimenti amministrativi necessari per ottenere l'autorizzazione all'avvio delle attività produttive, finalizzato alla riduzione dei numerosi oneri burocratici a carico delle imprese in questa fase dell'attività<sup>48</sup>. Le principali novità sono state l'istituzione dello Sportello unico per le attività produttive (c.d. SUAP), unico destinatario dell'istanza del privato a fronte della pluralità di amministrazioni coinvolte, e la previsione di un procedimento amministrativo unificato in materia di autorizzazione all'insediamento di attività produttive<sup>49</sup>.

---

*per l'esercizio di attività economiche*, in «Urb. e app.», 2012, pp. 623 ss.; G. FONDERICO, *La «manovra di agosto»*, in «Giorn. dir. amm.», 2012, 1, pp. 11 ss. Sulla complessità del disegno normativo che ne deriva, con conseguenti ricadute negative sulla semplificazione e dunque, sugli imprenditori, F. DI LASCIO, *Il «decreto Salva Italia»*, ivi, 2012, 2, pp. 229 ss.; G. VESPERINI, *La fatica di semplificare*, ivi, 2013, 3, pp. 345 ss. Critiche sono state mosse anche con riferimento al progetto di riforma dell'art. 41 da C. PINELLI, *Liberalizzazione delle attività produttive e semplificazione amministrativa. Possibilità e limiti di un approccio giuridico*, in «Dir. amm.», 2014, 1-2, pp. 355 ss.

<sup>47</sup> Cfr. artt. 25 ss., d.lgs. 31 marzo 1998, n. 112.

<sup>48</sup> Un'interessante griglia della moltitudine di procedimenti che l'impresa era tenuta ad avviare prima della riforma del 1998 è contenuta in L. ZANETTI, *Il procedimento unificato per gli impianti produttivi*, in *Lo sportello unico per le attività produttive*, a cura di G. GARDINI, G. PIPERATA, Giappichelli, Torino 2002, pp. 115 ss. L'eccessiva burocratizzazione e la complessità dei procedimenti necessari per avviare l'attività ha suscitato forti critiche da parte degli operatori del settore. Sulla necessità di semplificare i procedimenti, riducendo l'elevato numero di autorizzazioni richieste a cui corrispondeva un altrettanto elevato numero di amministrazioni con le quali l'impresa era chiamata ad interagire, si rinvia ai contributi contenuti nella ricerca promossa dal Centro Studi Confindustria, AA.VV., *L'Italia da semplificare*, Il Mulino, Bologna, 1998; precedentemente, si v. anche il lavoro promosso da Federchimica, curato da S. AMOROSINO, G.F. FERRARI, *Ipotesi di un progetto di legge delega per la razionalizzazione dei procedimenti amministrativi relativi alle attività industriali*, in «Economia pubblica», n. 6/1995, pp. 5 ss.

<sup>49</sup> Nella cui fase istruttoria si tiene conto sia dei profili urbanistici, sia di quelli sanitari, di tutela ambientale e della sicurezza. Nel corso del procedimento deve essere assicurata la trasparenza e la partecipazione dell'interessato nonché dei portatori di interessi diffusi. L'istante deve potersi avvalere, nei limiti dei principi in materia, delle autocertificazioni, fatto salvo il rilascio della valutazione favorevole di impatto ambientale, ove prevista, e della concessione edilizia. Questo procedimento, con l'obiettivo di un'ulteriore semplificazione, è stato in seguito suddiviso in due sotto modelli, quello del procedimento semplificato, anche detto per conferenza di servizi, relativo a interventi di maggior ampiezza e complessità, e quello del procedimento mediante autocertificazione, per iniziative imprenditoriali di

Questa prima ondata di semplificazioni non ha tuttavia conseguito gli effetti attesi. Nei primi anni di operatività, l'efficacia della semplificazione e i benefici a favore delle imprese sono stati molto limitati, soprattutto a causa del lento recepimento della disciplina da parte degli enti locali<sup>50</sup>.

La sostanziale inattuazione della riforma ha spinto il legislatore ad intervenire nuovamente modificando la disciplina dello sportello unico e quella dei procedimenti per ottenere le autorizzazioni<sup>51</sup>. Le nuove norme hanno mantenuto il ruolo centrale del SUAP quale referente unico per le imprese e hanno confermato la previsione di un procedimento unico per l'avvio delle attività produttive e di prestazione di servizi, la cui disciplina è stata ulteriormente semplificata con la previsione dell'uso esclusivo di strumenti telematici in tutte le fasi del procedimento amministrativo<sup>52</sup>.

---

minor rilevanza e impatto sugli interessi pubblici coinvolti. Nella disciplina originaria del procedimento semplificato, era previsto che l'attività di valutazione del progetto restasse interamente a carico dell'amministrazione procedente e che nella fase decisoria si privilegiasse il ricorso alla conferenza di servizi al fine superare eventuali 'blocchi decisionali'. La semplificazione, nel procedimento per autocertificazione, era invece, perseguita attraverso il ricorso ad autocertificazioni da parte del privato nella fase istruttoria, con le quali si attestava la conformità dell'intervento alla normativa in materia di attività produttiva, insediamenti urbanistici, sicurezza, tutela sanitaria, tutela ambientale; e all'operare, in fase decisoria, dell'istituto del silenzio assenso. Quest'ultimo procedimento, dunque, rispetto a quello c.d. semplificato, operava una semplificazione aggiuntiva a favore delle imprese rispetto alla sola unificazione dei procedimenti in precedenza previsti come necessari, in ragione dell'operare al suo interno anche di istituti di semplificazione procedimentale come l'autocertificazione e il silenzio assenso. Per questa ragione il procedimento era precluso nell'ipotesi in cui l'intervento progettato comportasse significativi rischi ambientali o igienico-sanitari, ad esempio quando si rendesse necessaria la VIA o nel caso di utilizzo di sostanze pericolose. In argomento, M. BOMBARDELLI, *Il procedimento mediante autocertificazione*, in *Lo sportello unico*, cit., pp. 177 ss.

<sup>50</sup> Sull'attuazione della riforma si vedano i dati Formez, Sportello impresa, *Osservatorio sul processo di attuazione dello sportello unico*, 2001. Una ricognizione dello stato di attuazione a pochi anni dalla riforma è stata svolta da C. IUVONE, *L'attuazione dello sportello unico per le attività produttive*, in *Lo sportello unico*, cit., pp. 259 ss. In argomento, anche P. MASCIOCCHI, *Lo sportello unico per le attività produttive*, Giuffrè, Milano, 2000, p. 76.

<sup>51</sup> Cfr. D.P.R., 7 settembre 2010, n. 160, modificato in ultimo dal D.lgs. 30 giugno 2016, n. 127.

<sup>52</sup> Un'ulteriore novità della riforma è stata l'istituzione delle agenzie per le imprese, soggetti privati accreditati dal ministero a seguito di un procedimento previsto dalla legge. Cfr. art. 1, comma 1, lett. a), D.P.R., 9 luglio 2010, n. 159 il quale definisce «agenzia per le imprese» il «soggetto privato accreditato [...] che svolge funzioni di natura istruttoria e di asseverazione nei procedimenti amministrativi concernenti l'accertamento dei requisiti e dei presupposti di legge per la realizzazione, la trasformazione, il trasferimento e la cessazione delle attività di produzione di beni e servizi da esercitare in forma di impresa». Le agenzie, una volta accreditate, iniziano a svolgere la loro attività sotto la vigilanza e il controllo del

Analogamente a quanto previsto nel precedente decreto sono stati previsti due modelli di procedimento unico, il procedimento automatizzato e il procedimento ordinario<sup>53</sup>.

L'istanza di semplificazione ha ricevuto nell'ultimo decennio nuove sollecitazioni in conseguenza della crisi economica del 2008<sup>54</sup> che ha ulteriormente evidenziato l'importanza di amministrazioni efficienti, soprattutto (ma non solo) nei rapporti con le imprese<sup>55</sup>.

Le riforme più recenti sono nuovamente intervenute accentuando la rilevanza della conferenza di servizi, anche rispetto al SUAP<sup>56</sup>, quale istituto

---

MISE. L'istituto dell'accREDITAMENTO non è nuovo nel nostro ordinamento dove è stato ad esempio, previsto per i servizi sanitari e per i servizi sociali. L'accREDITAMENTO, in particolare, può essere qualificato quale atto unilaterale dell'amministrazione grazie al quale i soggetti privati entrano a far parte del sistema pubblico. In questo senso M. D'ANGELOSANTE, *Servizi sanitari, libertà di iniziativa economica e mercato*, in *Oltre l'aziendalizzazione del servizio sanitario. Un primo bilancio*, a cura di A. PIOGGIA, M. DUGATO, G. RACCA, S. CIVITARESE MATTEUCCI, Franco Angeli, Milano, 2008, pp. 400 ss.

<sup>53</sup> La scelta tra i due procedimenti è legata alla possibilità o meno di avvalersi della SCIA. Nel caso sia possibile, si può procedere con il procedimento automatizzato. In caso contrario e dunque, nel caso degli impianti di maggiore rilevanza, si deve seguire la procedura del procedimento ordinario durante il quale l'amministrazione può ricorrere alla conferenza di servizi. In entrambi i casi, il provvedimento finale è, ad ogni effetto, titolo unico per la realizzazione dell'intervento e per lo svolgimento dell'attività produttiva.

<sup>54</sup> Come è stato osservato, anzi, la prospettiva di una maggiore efficienza degli apparati pubblici finisce con il rappresentare una sorta di conseguenza virtuosa della crisi economica, tanto più interessante in quanto destinata a produrre conseguenze anche dopo l'auspicato superamento della crisi. Così, A. TRAVI, *La semplificazione amministrativa come strumento per far fronte alla crisi economica*, in «Giustamm.it», 2016, 5, pp. 6 e ss.

<sup>55</sup> Si rimanda sul tema a A. NATALINI, *Le semplificazioni amministrative*, Il Mulino, Bologna, 2002; N. RANGONE, *Semplificazione amministrativa*, in «Enc. giur.», Roma, 2014; M.A. SANDULLI, *La semplificazione dell'azione amministrativa: considerazioni generali*, in «Nuove autonomie», 2008, 3-4, pp. 405 ss. L'obiettivo della semplificazione è al centro dell'agenda delle riforme anche in altri ordinamenti. Significativa in particolare è l'esperienza della Francia che nel 2014 ha istituito il *Conseil de la simplification pour les entreprises* che nel corso di questi cinque anni ha elaborato numerose misure di semplificazione per le imprese. Per un'analisi comparata si rinvia a F. SARPI, *La crociata contro gli oneri amministrativi. Attori, processi, tecniche e risultati della misurazione degli oneri amministrativi in alcuni Paesi europei: un'analisi comparata*, in *La tela di Penelope. Primo Rapporto Astrid sulla semplificazione legislativa burocratica*, a cura di A. NATALINI, G. TIBERI, Il Mulino, Bologna, 2010, pp. 333 ss.; cfr. anche 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, pp. 265 ss.

<sup>56</sup> Sulle criticità emerse in relazione al ricorso al SUAP si vedano i dati raccolti nel Rapporto della Confederazione Nazionale dell'Artigianato e della Piccola e Media Impresa (CNA), *Comune che vai burocrazia che trovi. Osservatorio che misura il peso della burocrazia sull'avvio di impresa, 1° Rapporto 2018*, 2018. Tra le principali inefficienze sono state segnalate le

centrale per adottare un'unica decisione nel caso in cui serva l'assenso di due o più amministrazioni. Le nuove regole<sup>57</sup> mirano a risolvere il problema dell'eccessiva durata della conferenza dei servizi, introducendo termini più brevi e limitando la possibilità per l'amministrazione di modificare o integrare le determinazioni espresse in sede di conferenza preliminare. È stata poi, introdotta una forma 'semplificata' di conferenza di servizi, durante la quale è previsto in luogo delle riunioni solo l'invio dei documenti per via telematica<sup>58</sup>, i tempi per la decisione sono ridotti e si considera acquisito l'assenso delle amministrazioni che non si sono espresse nei tempi previsti.

La concreta efficacia delle liberalizzazioni e delle semplificazioni, sia in termini di benefici per l'economia, sia in termini di vantaggi per l'impresa, è stata tuttavia, messa in discussione.

I risultati delle semplificazioni, anche dopo i più recenti interventi di riforma, continuano a non essere soddisfacenti<sup>59</sup>, mentre degli interventi di liberalizzazione sopra richiamati è stata frequentemente criticata la valenza

---

divergenze tra Regioni nell'attuazione delle riforme; le divergenze attuative all'interno dello stesso territorio anche tra SUAP comunali e SUAP istituiti presso le camere di commercio; la lunghezza dei tempi; la complessità delle procedure; la presenza di operatori non qualificati. Per questa ragione si è altresì, proceduto ad una standardizzazione della modulistica sul territorio nazionale e all'adozione di linee guida per l'impresa. Sulle ragioni e sull'utilità di questi interventi, cfr. Indagine MISE – «SUAP: risultati dell'attività di indagine sul funzionamento dei servizi di front office» – 2013, in cui si legge che il problema non è l'*informatizzazione* del SUAP, ma la *standardizzazione* dei servizi all'utenza. Un'impresa che abbia la necessità di operare in territori diversi è costretta ad apprendere tante modalità operative diverse quanti sono i SUAP con cui si deve rapportare. Lo stesso discorso vale per le modulistiche che deve 'rintracciare' presso sportelli unici diversi, che a volte hanno prassi operative che in relazione allo stesso adempimento differiscono anche in modo sostanziale.

<sup>57</sup> D.lgs. 30 giugno 2016, n. 127 e d.lgs. 16 giugno 2017, n. 104, su cui l'analisi critica di L. DE LUCIA, *La conferenza di servizi nel decreto legislativo 30 giugno 2016, n. 127*, in «Riv. giur. urb.», 2016, pp. 12 ss.

<sup>58</sup> Si procede con la conferenza dei servizi simultanea solo nel caso di decisioni di particolare complessità o quando nella conferenza semplificata si è verificato un dissenso o comunque sono state indicate condizioni (o richieste modifiche progettuali) che rendono necessaria una nuova valutazione da parte delle amministrazioni. Alla riunione della conferenza partecipa un solo rappresentante per le amministrazioni dello Stato, uno per ciascuna regione e uno per ciascun ente locale.

<sup>59</sup> Si rinvia nuovamente alle risultanze del 1° Rapporto 2018 della CNA. Lo studio evidenzia ad esempio, come le amministrazioni in larga parte non si siano ancora preparate per garantire il rispetto dell'obbligo di presentazione delle domande in via telematica. La mancata informatizzazione incide anche sulla realizzazione della standardizzazione delle procedure, altro elemento di semplificazione perseguito dalle riforme. Dall'indagine emerge anche che i SUAP spesso suddividono il procedimento originale in una serie di sub-procedimenti gestiti singolarmente dagli uffici di riferimento, spingendo l'utente a rivolgersi prima ai singoli enti per ottenere autorizzazioni o atti di assenso e poi a presentare la SCIA al SUAP.

meramente proclamatoria<sup>60</sup>. Le riforme sono state considerate sbrigative e fonte di incertezza per le imprese<sup>61</sup>, in quanto fondate su un'analisi non approfondita delle diverse esigenze proprie dei singoli settori e delle dinamiche della regolazione dei mercati, nonché dell'effettiva situazione di contesto amministrativa ed istituzionale<sup>62</sup>.

La libertà di iniziativa economica in Italia, nonostante l'affermazione dei principi della costituzione economica europea e i numerosi interventi di riforma finalizzati a darvi attuazione liberalizzando e semplificando l'avvio dell'attività economica, non sembrerebbe, dunque, ancora adeguatamente garantita, ma risulterebbe piuttosto ancora imbrigliata in quei «lacci e laccioli»<sup>63</sup> capaci di

<sup>60</sup> La scelta liberalizzatrice è infatti, spesso apparsa più declamata che altro. Si è parlato di 'liberalizzazione-manifesto' riferendosi agli interventi normativi degli ultimi anni (sopra in gran parte citati), rimasti inattuati a causa della loro estrema genericità e della necessaria adozione di regolamenti attuativi per produrre effetti concreti. Si pensi inoltre, alle già richiamate proposte di riforma dell'art. 41 Cost. secondo le quali la norma avrebbe dovuto affermare che è «permesso tutto ciò che non è espressamente vietato dalla legge». La contraddittorietà tra le aspirazioni di queste norme e i loro risultati è stata messa in evidenza da G. FONDERICO, *Libertà economica e controlli amministrativi*, in «Giorn. dir. amm.», 2012, 1, pp. 18 ss.; in termini analoghi anche SALTARI, *Lo «stato del mercato»*, cit., p. 589, il quale parla di interventi meramente «manutentivi» che hanno tuttavia, il pregio di imprimere la direzione da seguire, ovvero quella a favore del mercato. Significative le osservazioni di Franco Bassanini per cui «[è] incontestabile, tuttavia, che i risultati ottenuti non sono stati, nel complesso, all'altezza dei proclami e degli impegni politici. Dopo anni di *stop and go* – tra le “lenzuolate” dei Governi di centrosinistra e le frenate dei governi di centro destra, l'immagine della “Tela di Penelope”, che abbiamo scelto come titolo per il primo Rapporto Astrid sulla qualità della legislazione, sembra ancora la più appropriata». F. BASSANINI, *La regolazione intelligente e la «qualità» delle liberalizzazioni*, in *La regolazione intelligente. Un bilancio critico delle liberalizzazioni italiane.*, cit.

<sup>61</sup> Le criticità di questi interventi sono state ben sintetizzate da B. MATTARELLA, A. NATALINI, *Introduzione*, in *La regolazione intelligente.*, cit., p. 22. Come osservato, la liberalizzazione fatta con norme generali è «inutile se non dannosa; facile, ma fasulla».

<sup>62</sup> MATTARELLA, NATALINI, *op. ult. cit.*, p. 31.

<sup>63</sup> L'espressione «lacci e laccioli», coniata da Tommaso Campanella negli *Aforismi politici*, è stata utilizzata da Guido Carli nelle *Considerazioni finali* alla Relazione della Banca d'Italia del maggio del 1973: «Ancora una volta è apparso che la politica economica [...] preferisce mantenere una condizione generalizzata di sofferenza per il sistema produttivo, promuovendo [...] interventi misericordiosi, atti a conquistare gratitudine alle arciconfraternite che li compiono. Ogni sorta di scrupolo trattiene, quando sono invocati provvedimenti destinati alla generalità; ma gli scrupoli cadono, quando [...] si propongono aumenti di fondi di dotazione di enti. Resta intatta la predilezione antica per le leggi tiranniche che sono molti laccioli che ad uno o a pochi sono utili». I «lacci e laccioli» non erano solo quelli imposti dallo Stato, ma anche quelli imposti dagli imprenditori già presenti sul mercato. Erano quelli che impedivano ai giovani capaci di conquistare un posto nella società. Già nel 1942, Guido Carli aveva scritto: «[...] si dovranno rivedere gli impacci creati dalle leggi, togliendo gli ostacoli all'affermazione delle forze nascenti dalle libere iniziative [...]. Non si tratta solo

decretare non solo la fine dell'iniziativa ma, ancor prima, il suo mancato avvio.

### 5. *Le domande di ricerca e l'articolazione del lavoro*

È in questo quadro che si colloca il presente studio sull'iniziativa economica privata e sui condizionamenti pubblicistici all'impresa nella fase di avvio dell'attività. La panoramica qui brevemente svolta, in particolare, consente ora di indicare le domande di ricerca e i problemi legati al tema scelto.

La domanda centrale che muove il lavoro attiene, come si è anticipato, alla qualificazione della situazione soggettiva dell'impresa in un regime di mercato in relazione al rapporto con i pubblici poteri che ne condizionano l'attività. Si intende quindi approfondire la configurazione attuale del rapporto tra potere pubblico e impresa, valutando se sia possibile andare oltre lo schema 'autorità *vs* libertà' all'interno del quale questo rapporto è stato solitamente inquadrato<sup>64</sup>.

A tal fine, nel corso dell'indagine, ci si interroga sugli interessi alla base dei condizionamenti pubblici alla libertà di iniziativa economica privata e sulle modalità di esercizio del potere nei confronti delle imprese.

Sotto il primo profilo, si vuole verificare come si configurano gli interessi che oggi giustificano la previsione di poteri pubblicistici di controllo sull'iniziativa economica privata. L'intervento pubblico persegue ancora politiche di governo dell'economia o è finalizzato alla sola tutela di interessi generali? E come si caratterizzano questi interessi: che rilevanza hanno, ad esempio, nelle più recenti discipline gli interessi privati che assurgono a rilevanza generale? In che misura, gli interessi tutelati consentono una compressione dell'autonomia privata dell'impresa? Esiste, nei fatti, una gerarchia tra i diversi interessi alla base dei controlli pubblicistici

---

di consentire alle imprese esistenti di sopravvivere [...] ma di consentire alla nuova classe imprenditrice, agli uomini di intelletto e di volontà che non hanno avuto la culla nella casa di un imprenditore affermato, di ottenere i capitali per mezzo dei quali porre in atto i propri propositi di innovazione». Così G. CARLI, *Aspetti della pianificazione dell'economia tedesca. La riprivatizzazione delle imprese*, in «Rivista italiana di scienze economiche», 1942, 1, pp. 67-68.

<sup>64</sup> Un'antitesi che, data la misura dell'intervento pubblico nell'economia, percepito in passato come diffuso, ramificato e pervasivo, era descritta come un vero e proprio conflitto tra i pubblici poteri e le imprese, i quali apparivano ontologicamente impossibilitati a perseguire le stesse finalità. In questo senso emblematiche le affermazioni di SPAGNUOLO VIGORITA, *L'iniziativa economica privata.*, cit., p. 20 il quale osservava: «considerando il posto che lo Stato ha conquistato nella vita economica ed il ruolo che vi esercita sembra di poter a ragione parlare di un vero conflitto tra esso e gli agenti economici privati».

sull'iniziativa economica?

Sotto il secondo profilo di interesse per il lavoro, quello delle modalità di esercizio del potere di controllo e condizionamento dell'iniziativa economica, la ricerca intende soffermarsi sul 'metodo' di azione e di decisione delle amministrazioni. Quali limiti incontra l'amministrazione nel decidere e quanto sono efficaci le garanzie previste dalla legge a favore del privato?

Strettamente connesso ad entrambi i profili di indagine è il tema del rapporto tra legge e amministrazione nella regolazione e nel condizionamento dell'iniziativa economica privata. Al riguardo, punto di partenza è nuovamente l'art. 41 della Costituzione italiana il quale, si è ricordato, prevede una riserva di legge a garanzia del privato<sup>65</sup>, tale per cui spetta al legislatore il compito di stabilire i limiti e i condizionamenti alle prerogative individuali dell'imprenditore. Sul carattere relativo o assoluto della riserva di legge si è a lungo dibattuto. La soluzione prevalsa a favore della relatività della riserva, se apparentemente meno garantistica, è però più rispettosa delle esigenze della disciplina economica dei mercati che, presentando aspetti di notevole complessità e tecnicismo, mal si presta a regole predeterminate troppo rigide anche per l'evolversi delle problematiche di questi settori<sup>66</sup>. Alla legge, dunque, il compito di fissare le norme di principio, le linee guida e di individuare gli interessi rilevanti; all'amministrazione quello di darvi attuazione curando in concreto l'interesse

<sup>65</sup> È evidente l'impatto garantista per la libertà individuale che il riconoscimento della riserva di legge ha assolto in questo campo. Attraverso la riserva di legge si vuole precludere ai pubblici poteri la possibilità di apporre limiti senza passare per il filtro di una disposizione di legge e dunque, di un'adeguata ponderazione dell'organo legislativo rispetto al grado ammissibile di limitazione e il contemperamento di tutti gli interessi in gioco pur rimanendo ferma la concezione personale della libertà. In questi termini già CINTIOLI, *L'art. 41.*, cit., p. 377.

<sup>66</sup> Secondo l'interpretazione prevalente, l'art. 41, comma 2, non ha come destinatari gli imprenditori privati, ma il legislatore. Una prima lettura, al contrario, riteneva che la norma fosse riferita agli imprenditori. Da ciò si traeva la conseguenza per cui gli atti di impresa avrebbero potuto essere sindacati dall'autorità giudiziaria sotto il profilo dell'eccesso di potere. In argomento, PACE, *Iniziativa privata e governo pubblico dell'economia. Considerazioni preliminari.*, cit., p. 531. Secondo la Corte costituzionale, al contrario, l'iniziativa economica privata può essere sindacata non in quanto non conforme all'utilità sociale, ma solo in quanto non conforme alla legge che ha previamente valutato ciò che contrasta e ciò che è conforme all'utilità sociale. Così, tra le prime pronunce, cfr. Corte cost., 14 febbraio 1962, n. 4 con nota di commento in senso critico di C. ESPOSITO, *I tre commi dell'art. 41 della Costituzione*, in «Giur. cost.», 1962, pp. 33 ss. Di segno analogo, Corte cost., 5 febbraio 1962, n. 5; 23 maggio 1964, n. 40; 9 maggio 1967, n. 24; 12 luglio 1967, n. 111. In precedenza, dello stesso tenore, cfr. Corte cost., 12 dicembre 1957, n. 129 e, seppur in termini meno netti, Corte cost., 13 aprile 1957 n. 50 e 17 gennaio 1958, n. 4.

pubblico. Nella sua opera di interpretazione, la Corte costituzionale ha negli anni limitato l'ambito di azione dell'amministrazione, chiarendo che la legge, richiamata dall'art. 41 come presidio contro l'arbitrio pubblico, non deve contenere obiettivi generici, ma specifici, e che deve precisare i criteri da seguire nel raggiungimento dei fini, oltre a indicare i mezzi e gli organi preposti a dare attuazione ai programmi e a svolgere i controlli<sup>67</sup>. Ma come è stato attuato in concreto l'equilibrio tra legge e amministrazione? E quali effetti questo equilibrio ha avuto sulla posizione soggettiva degli operatori economici? Un maggior grado di dettaglio delle norme in materia è, infatti, una garanzia per l'impresa, ma può diventare un rischio ove si traduca in un eccesso di regolazione. La legge svolge un ruolo centrale nell'evitare che la discrezionalità dell'amministrazione si trasformi in arbitrio, ma d'altra parte la marginalizzazione dell'amministrazione al ruolo di mero esecutore può rappresentare un nocumento, non solo per l'interesse pubblico, ma anche per quello dell'impresa.

Quest'ultima considerazione consente di introdurre un ulteriore aspetto di interesse per la ricerca dato dalla rilevanza che le scelte operative dell'amministrazione possono rivestire nella concreta configurazione della posizione soggettiva dell'impresa nella fase di avvio dell'attività.

L'intervento dello Stato nell'economia e le modifiche che lo hanno interessato, sono state, poi, sempre legate a doppio filo all'amministrazione. In primo luogo, perché ogni volta che sono stati modificati l'estensione, i modelli e le funzioni di questo intervento, si sono avuti riflessi anche sull'apparato amministrativo (si pensi, solo per fare alcuni esempi, alla creazione dell'imponente apparato deputato all'esercizio delle funzioni di intervento nell'economia nel secondo dopoguerra, o alla creazione di autorità indipendenti in seguito alle privatizzazioni e alle liberalizzazioni degli anni novanta). In secondo luogo, perché l'efficacia della liberalizzazione amministrativa e l'effettività dei benefici delle semplificazioni a favore dell'impresa dipendono in gran parte dalla risposta delle amministrazioni e dalla loro capacità di accogliere il cambiamento senza ostacolarlo<sup>68</sup>. Un'attuazione non conforme, se non la stessa mancanza di attuazione, sono in grado di vanificare del tutto i risultati delle politiche di apertura dei mercati e di riduzione degli oneri burocratici in capo alle imprese, penalizzando significativamente la libertà di iniziativa economica privata o avvantaggiando alcune imprese a scapito di altre<sup>69</sup>.

<sup>67</sup> Corte cost., 9 giugno 1961, n. 35.

<sup>68</sup> Come osservato da N. LONGOBARDI, *Liberalizzazioni e libertà di impresa*, in «Riv. it. dir. pubbl. com.», 2013, pp. 603 ss.

<sup>69</sup> Come avviene quando, a causa di un comportamento opportunistico dell'amministrazione

La ricerca si pone allora l'obiettivo di saggiare il grado di *compliance* dell'amministrazione rispetto alle riforme in materia di liberalizzazione e di semplificazione oggetto dei successivi capitoli, e di valutare le principali ragioni di un'eventuale resistenza della burocrazia. L'analisi economica del diritto ha, da tempo, evidenziato come le amministrazioni, agiscano come attori razionali che perseguono il proprio interesse<sup>70</sup>. Ciò può portare a situazioni in cui la scelta delle amministrazioni è basata principalmente su valutazioni di convenienza, anche politica, dell'amministratore, che può consapevolmente decidere di voler compiacere il proprio *principal*, sia esso il committente politico o l'elettorato<sup>71</sup>, ostacolando così l'attività economica senza una reale esigenza di tutela di un interesse pubblico.

In passato, ad esempio, il coinvolgimento di organi a carattere corporativo ha favorito la cattura dei pubblici poteri da parte degli interessi di categoria. Oggi che questi organismi sono venuti meno, è possibile che istituti procedurali come la conferenza dei servizi, o garanzie partecipative rafforzate, come quelle previste in materia ambientale, possano, di fatto, generare rischi analoghi? Il rischio di farsi guidare da logiche 'appropriative', finendo per esercitare non più la cura dell'interesse pubblico, ma una funzione di spartizione di vantaggi tra gruppi di interessi diversi, poi, è trasversale a tutti i settori, o è minore in alcuni, anche ad esempio in ragione dell'operare di autorità indipendenti in luogo delle amministrazioni tradizionali?

La ridotta *compliance* dell'amministrazione può inoltre, dipendere, da un'oggettiva difficoltà. Un'amministrazione che «tende a difendersi più che a fare»<sup>72</sup>, bloccata dalla paura di assumere una decisione che non sia di mero

---

o facendo leva su inefficienze o asimmetrie informative, l'impresa già operante sul mercato trae vantaggio dal comportamento dell'amministrazione a scapito di altre imprese. Sul fenomeno della cattura delle amministrazioni da parte di alcuni amministratori e sui rischi di queste condotte, S. CASSESE, *Amministrazione pubblica e interessi in Italia*, in «Dir. e soc.», 1992, 2, pp. 223 ss.; G. CORSO, *Politici e burocrati: interessi professionali e interesse pubblico*, in «Annuario dell'Associazione italiana dei professori di diritto amministrativo», Anno 2006, Giuffrè, Milano, 2007, pp. 8 ss.

<sup>70</sup> G.J. STIGLER, *La teoria della regolamentazione economica* (1971), ora in Id., *Mercato, informazione, regolamentazione*, Il Mulino, Bologna, 1994, pp. 349 ss.; G. NAPOLITANO, *La logica del diritto amministrativo*, Il Mulino, Bologna, 2014.

<sup>71</sup> Per una lettura dell'azione dell'amministrazione e degli istituti del diritto amministrativo che la regolano, in chiave di analisi economica del diritto, per tutti G. NAPOLITANO, M. ABRESCIA, *Analisi economica del diritto pubblico*, Il Mulino, Bologna, 2009. Cfr. anche M. D'ALBERTI, *Diritto pubblico dei mercati e analisi economica*, in «Riv. dir. comm. e dir. generale delle obbligazioni», 2007, 4/6, pp. 239 ss.

<sup>72</sup> Come osservato dall'allora Presidente del Consiglio di Stato, Alessandro Pajno nella relazione tenuta in occasione della cerimonia di inaugurazione dell'anno giudiziario, a Roma, Palazzo Spada, il 31 gennaio 2017. Emblematica al riguardo la definizione di S. CASSESE,

diniego, a causa di una formulazione ambigua o troppo complessa per le a volte scarse competenze in capo agli amministratori. Quanto è diffuso oggi questo fenomeno e quanto pesa come limite all'iniziativa economica privata?

A conclusione dell'analisi infine, sulla base dei risultati conseguiti si intendono svolgere alcune riflessioni sui rapporti tra Stato ed economia nell'attuale periodo storico.

Il tema del rapporto tra Stato e mercato è un tema centrale ampiamente studiato dalla scienza giuridica. Riferendosi ad esso, la dottrina ha spesso usato la figura del pendolo, richiamando le oscillazioni nei diversi periodi storici, ora a favore del mercato, ora a favore dello Stato. Già da tempo è stato tuttavia, messo in luce come nella realtà degli ordinamenti 'protezionismo' e 'liberismo' non siano mai esistiti 'allo stato puro', assistendosi sempre ad un'ibridazione di quanto predicato da queste ideologie<sup>73</sup>. La contrapposizione tra Stato e mercato è apparsa, piuttosto, una semplificazione, una formula sintetica che non coglie appieno la complessità della materia. L'analisi mira allora, a verificare se non sia più rispondente alla sostanza delle cose l'immagine della «commistione» tra Stato e mercato<sup>74</sup>, ad indicare come i due termini non siano separabili, né contrapponibili, ma necessitino l'uno dell'altro e che dalla loro embricazione non può prescindere, per esplicitarsi appieno, l'iniziativa economica privata. Se è così che si può configurare l'attuale relazione tra Stato, mercato e iniziativa economica, l'art. 41 della Costituzione dalla quale si è partiti e di cui pur è stato valorizzato il carattere *anfibiologico*, di norma *bonne à tout faire*, clausola ampia, seppur non illimitata, capace di tollerare nella sua attuazione sia interventi neoliberali<sup>75</sup>, sia misure di stampo più interventistico, può ancora avere una sua autonomia rilevanza e ragion d'essere o va considerata ormai del tutto

---

*Sulla buona amministrazione e sulle riforme*, in *Antidoti alla cattiva amministrazione: una sfida per le riforme* (Convegno AIPDA, Roma, 7 /8 ottobre 2016), consultabile online all'indirizzo <<http://www.diritto-amministrativo.org/index.php?page=17>>. Cfr. anche ID., *L'imbutto dello Stato inefficiente*, in «Il Corriere della Sera», 3 gennaio 2017, in cui l'A., dopo aver ricordato che l'Italia è tra i primi dieci Paesi industriali, ma crolla verso il cinquantesimo posto se valuta l'efficacia della sua strumentazione amministrativa, lucidamente afferma che «solo una buona amministrazione, attenta ai bisogni dei cittadini, può salvare il Paese dal declino».

<sup>73</sup> I due termini rappresenterebbero quindi, niente più che sintesi verbali (che «ripugnano la scienza del diritto») utili solo a fini descrittivi. In questo senso M.S. GIANNINI, *Sull'azione dei pubblici poteri nel campo dell'economia*, in «Riv. dir. comm.», 1959, 9-10, pp. 313 ss.

<sup>74</sup> L. FIORENTINO, L. SALTARI, *Politiche di concorrenza: dallo stallo al rilancio*, in *Uscire dalla crisi. Politiche pubbliche e trasformazioni istituzionali*, a cura di G. NAPOLITANO, Il Mulino, Bologna, 2012, pp. 251 ss.

<sup>75</sup> Ma non derive di liberalismo puro secondo la teoria classica, né d'altra parte forme di collettivismo o socialismo come rilevato da G. BOGNETTI, *La Costituzione economica italiana*<sup>2</sup>, Giuffrè, Milano, 1995, pp. 21 ss.

superata? E in questo caso, è necessaria una sua riscrittura, come pure si è più volte proposto, o ciò sarebbe inutile, in quanto questa disposizione può considerarsi ormai tacitamente abrogata dalla costituzione economica europea?

Al fine di rispondere alle questioni sopra poste nel proseguo del lavoro sono analizzati i condizionamenti pubblici all'iniziativa economica privata in alcuni settori scelti in quanto considerati nel loro complesso, rappresentativi dei rapporti tra Stato ed economia: il settore delle attività produttive (industria, servizi e agricoltura) è oggetto del secondo capitolo; nel terzo capitolo ci si occupa del terziario e in particolare, della distribuzione commerciale con specifico riferimento al commercio al dettaglio, ai distributori di carburante e alle farmacie. Il quarto capitolo ha ad oggetto infine, i condizionamenti pubblici all'iniziativa economica privata nel settore del credito. Nell'ultimo capitolo sono svolte alcune riflessioni di sintesi con riguardo alle domande di ricerca sopra esposte.

Per ogni settore è analizzata la normativa e la giurisprudenza.

L'indagine sulle norme è condotta avendo riguardo all'evoluzione giuridica degli istituti analizzati, a partire dalle prime disposizioni che li hanno interessati, sino a quelle attualmente in vigore. L'analisi del dettato normativo in termini evolutivi è funzionale far meglio emergere i cambiamenti principali che hanno interessato il rapporto tra potere pubblico e impresa. L'obiettivo della ricerca, come si è anticipato, non è, infatti, quello di verificare se i vincoli pubblicistici all'iniziativa economica privata siano, da un punto di vista 'quantitativo', diminuiti, quanto piuttosto quello di valutarne, da un punto di vista 'qualitativo', l'evoluzione, per comprendere come, in presenza di questi condizionamenti, l'impresa privata e il pubblico potere si relazionino oggi.

Lo studio affianca al dato normativo, che pur si è detto centrale, quello giurisprudenziale. L'analisi della giurisprudenza è particolarmente utile per misurare l'effettiva attuazione delle previsioni di legge da parte dell'amministrazione. Essa consente inoltre, di valutare gli 'effetti indiretti' della regolazione in materia di avvio dell'impresa e individuare eventuali fenomeni di eterogenesi dei fini, che si verificano, ad esempio, quando le imprese sfruttano il regime amministrativo dell'accesso a determinati mercati per tutelare la propria rendita di posizione e opporsi all'ingresso di nuovi *competitor*, a scapito della concorrenza.



## Capitolo Secondo

### *I condizionamenti pubblicistici all'iniziativa economica in materia di attività produttive di beni e servizi*

SOMMARIO: 1. Premessa – 2. Potere pubblico e limiti alla libertà di iniziativa economica nel settore dell'industria. L'autorizzazione alla realizzazione degli impianti industriali quale strumento di manovra economica – 2.1. Autorizzazione alla realizzazione degli impianti industriali e finalità pubblicistiche di adeguata localizzazione degli impianti – 3. Le autorizzazioni alla realizzazione di impianti nel settore delle comunicazioni elettroniche e in quello della produzione di energia elettrica da fonti rinnovabili – 3.1. Il divario tra prescrizioni di legge e attuazione amministrativa nel rilascio dell'autorizzazione alla realizzazione di infrastrutture di comunicazione elettronica – 3.2. Rilascio delle autorizzazioni per la realizzazione di impianti di produzione di energie da fonti rinnovabili e conflitto tra livelli di governo – 4. L'avvio di attività produttive tra esigenze di sviluppo economico e rispetto dell'ambiente: gli istituti della VIA e dell'ATA – 4.1. Condizionamenti pubblici e condizionamenti privati all'iniziativa economica in presenza di interessi ambientali – 5. La libertà di iniziativa economica nell'industria estrattiva tra aumento delle garanzie a favore dell'impresa e mantenimento dei poteri conformativi in capo all'amministrazione – 6. La libertà di iniziativa economica in agricoltura: il caso del contingentamento della produzione vitivinicola – 7. Potere pubblico e libertà di iniziativa economica nel settore dei servizi a rete. Il modello dell'«accesso normativo» nelle comunicazioni elettroniche – 7.1. I limiti alla libertà di iniziativa economica nel trasporto ferroviario di persone tra valutazione di presupposti tecnici e valutazioni di discrezionali

#### 1. *Premessa*

Dopo la conclusione delle due guerre mondiali, l'intervento pubblico in materia di attività produttive e in particolare nell'industria, considerata un volano per lo sviluppo economico del paese, è stato, molto esteso<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> Il tema, a cui per le esigenze di questo scritto si accenna soltanto, è molto vasto ed è stato oggetto di studi dedicati, sia al governo pubblico dell'industria in generale, sia all'intervento nei singoli settori. Un'approfondita ricostruzione delle vicende del settore

Le misure poste in essere a partire dalla metà del novecento sono state di vario tipo<sup>2</sup>: da forme di intervento diretto<sup>3</sup>, a misure di ausilio alle imprese caratterizzate da interventi di tipo settoriale<sup>4</sup>, a interventi indiretti, volti a dirigere le imprese<sup>5</sup> e a controllare l'offerta all'interno dei mercati<sup>6</sup>.

Nella legislazione di quegli anni, l'avvio di attività produttive era di norma condizionato alla preventiva richiesta di autorizzazioni o di licenze rilasciate in base a valutazioni di politica economica. Numerosi erano gli esempi: gli impianti industriali di panificazione erano soggetti ad autorizzazione di competenza della Camera di commercio che ne accertava l'opportunità rapportata alla «densità dei panifici esistenti e al volume della produzione nella zona»<sup>7</sup>. Accanto all'autorizzazione era poi, prevista

---

industriale italiano è contenuta in G. BERTA, *L'Italia delle fabbriche. La parabola dell'industrialismo nel Novecento*, Il Mulino, Bologna, 2013. Sullo sviluppo dell'industria in Italia dall'unità agli anni immediatamente prima del primo conflitto mondiale, si veda anche P. BIANCHI, *Industria e sviluppo industriale nel dibattito economico nei primi cinquant'anni dell'Italia unita (1861-1911)*, in «L'Industria», 2014, pp. 187 ss. in cui l'A. traccia un interessante parallelismo tra le vicende di quegli anni e alcuni sbocchi presi dall'industria manifatturiera a livello globale dopo la crisi.

<sup>2</sup> Osservava Massimo Severo Giannini come «Nell'industria vi è una rilevante frammentazione di attribuzioni con un'incoerente distribuzione fra pubblici poteri». M.S. GIANNINI, *Diritto pubblico dell'economia*, Il Mulino, Bologna, 1995. Cfr. anche G. AMATO, *Il governo dell'industria in Italia*, Il Mulino, Bologna, 1972.

<sup>3</sup> L'intervento diretto nelle industrie, che, è noto, tramite l'IRI, spaziava dal settore siderurgico all'energia, dalla cantieristica alle telecomunicazioni, si intensificò notevolmente in seguito alla seconda guerra mondiale. Su queste vicende, *ex multis*, CASSESE, *La nuova costituzione economica.*, cit., *passim*; R. CARANTA, *L'intervento pubblico nell'economia*, in «Dig. disc. pubbl.», UTET, Torino, 2000, *ad vocem*. Una ricostruzione della parabola storica delle industrie italiane (tra cui Ilva, Nuovo Pignone Italiano e Iritecna) è stata svolta da M. AFFINITO, M. DE CECCO, A. DRINGOLI, *Le privatizzazioni nell'industria manifatturiera italiana*, Donzelli, Roma, 2000; S. CASSESE, *Partecipazioni statali ed enti di gestione*, in «Riv. trim. dir. pubbl.», 1958, pp. 907 ss.

<sup>4</sup> In particolare, negli anni settanta, in seguito alle due crisi petrolifere, aumentarono gli strumenti di incentivazione finalizzati ad agevolare il processo di ristrutturazione delle industrie più colpite dalla crisi, come l'industria siderurgica, quella cantieristica navale e quella automobilistica. Sul fenomeno V. BACHELET, *Industria e industrializzazione*, in «Enc. dir.», vol. XXI, Giuffrè, Milano, 1961, pp. 271 ss.

<sup>5</sup> All'inizio degli anni '70 il «settore pubblico dell'industria' produceva un prodotto lordo [...] per il 14% del totale (dati CIRIEC 1976) e spaziava in tutti i settori industriali, in taluni essendo di fatto dominante (siderurgia e cantieristica), in altri condizionante». Lo ricorda GIANNINI, *Diritto pubblico dell'economia.*, cit.

<sup>6</sup> Con riferimento agli strumenti di politica industriale esistenti oggi si veda il recente lavoro di A. AVERARDI, *Potere pubblico e politiche industriali*, Jovene, Napoli, 2018.

<sup>7</sup> L. 31 luglio 1956, n. 1002, su cui V. SPAGNUOLO VIGORITA, *Considerazioni in tema di forme, finalità e organi della disciplina pubblica dell'attività economica*, in «Riv. trim. dir. pubbl.».

una licenza di panificazione rilasciata sempre dalla Camera di commercio su domanda dell'interessato, valutata da un'apposita commissione, e un'autorizzazione alla chiusura o alla sospensione dell'attività per un periodo superiore a tre giorni.

Anche per svolgere l'attività di macinazione dei cereali era necessaria una licenza che per legge<sup>8</sup> poteva essere negata ove, a giudizio dell'autorità governativa, non fosse dimostrata una buona utilizzazione del prodotto, o i macchinari utilizzati non assicurassero una sufficiente pulitura<sup>9</sup>. Il rilascio dell'autorizzazione all'avvio dell'attività poteva essere altresì, subordinato a verifiche sull'adeguatezza del personale, dei macchinari e dell'impianto a consentire un uso razionale della materia prima utilizzata<sup>10</sup>.

Nel settore della lavorazione degli oli minerali era, invece, necessario il rilascio di una concessione, anch'essa espressione del giudizio insindacabile del ministro dell'industria, nella quale l'autorità indicava nel dettaglio modalità e luogo di costruzione degli impianti<sup>11</sup>.

Per le attività di ricerca mineraria, era necessario un «permesso»<sup>12</sup> rilasciato dal ministro per l'industria in seguito ad un «giudizio insindacabile»<sup>13</sup> e la concessione statale per la coltivazione della miniera. Il permesso, che aveva carattere ampiamente conformativo, indicava al richiedente i termini di

1957, pp. 386 ss., spec. p. 391. Secondo la giurisprudenza, la valutazione doveva essere fatta sulla base del consumo effettivo e non sulla potenzialità degli impianti e si doveva tenere conto non di una zona limitata nel quale doveva sorgere il nuovo panificio, ma dell'intero comune ed eventualmente delle zone limitrofe, qualora queste fossero sprovviste di panifici.

<sup>8</sup> D.l. 12 agosto 1927, n. 1580.

<sup>9</sup> Cfr. MINISTERO DELL'ECONOMIA NAZIONALE, *Disciplina del commercio, disposizioni annonarie*, Roma, 1928, citato da R. LEVI, *I controlli dello stato sulla produzione industriale: contributo allo studio della disciplina corporativa della produzione*, Giuffrè, Milano, 1938, p. 34. Si veda anche la disciplina sulla panificazione contenuta nel R.d.l., 29 luglio 1928, n. 1843.

<sup>10</sup> È il caso della disciplina in materia di industria della seta di cui al D.l., 9 maggio 1918, n. 1382.

<sup>11</sup> R.d., 2 novembre 1933, n. 1741, conv. in l. 8 febbraio 1934, n. 367. Sulla concessione per la lavorazione degli oli minerali, si veda A. SANDULLI, *Abilitazioni. Autorizzazioni. Licenze*, in «Rass. dir. pubbl.», 1958, pp. 11 ss.

<sup>12</sup> Di cui al R.d. 29 luglio 1927, n. 1443.

<sup>13</sup> R.d., n. 1443/27 cit., artt. 4 e ss.; D.M., 28 giugno 1955, n. 620. Su queste tematiche ampiamente F.P. PUGLIESE, *Proprietà e impresa: riflessioni sui procedimenti costitutivi dei beni minerari e del regime amministrativo dell'impresa*, in «Riv. trim. dir. pubbl.», 1971, pp. 919 ss. Sui criteri per il rilascio del permesso di ricerca, in giurisprudenza si veda Cass. SS.UU., 8 luglio 1953, n. 2144; 2 aprile 1959, n. 973; Cons. giust. amm. Reg. Sic., 22 dicembre 1955, n. 196; Cons. St., VI, 25 gennaio 1956, n. 56. Contrario alla tesi giurisprudenziale, R. ALESSI, *Sulla qualificazione giuridica del permesso di ricerca mineraria*, in «Riv. dir. min.», 1953, pp. 63 ss. secondo cui il permesso di ricerca avrebbe avuto natura di concessione traslativa dell'esercizio di una pubblica funzione.

inizio dei lavori, i mezzi di esercizio della miniera, il grado di rendimento della medesima e ogni altra prescrizione che l'autorità ritenesse necessaria. L'autorità governativa che aveva emanato l'atto aveva poteri di direzione sulla successiva attività e poteva imporre al concessionario una serie di obblighi quali la costruzione di opere aggiuntive destinate ad incrementare la produzione, l'aumento della mano d'opera, la modificazione dei turni di lavoro, fino alla possibilità di effettuare prelievi di prodotto a prezzi concordati da destinare a pubblici servizi.

Altre volte, il limite pubblico all'avvio di un'attività produttiva si concretizzava nell'obbligo dell'iscrizione ad albi o registri da parte dell'impresa. L'iscrizione aveva funzione costitutiva, come nel caso dell'iscrizione nell'elenco dei produttori e dei commercianti di marmi e graniti<sup>14</sup>. In questo settore, in base alla legge di fine anni trenta, solo di recente abrogata, l'esercizio dell'attività era consentito unicamente ai soggetti iscritti nell'elenco. L'iscrizione, attraverso la quale lo Stato mirava a favorire un più ordinato svolgimento della produzione marmifera e della vendita dei relativi prodotti, era subordinata ad una valutazione discrezionale svolta da una commissione appositamente costituita e composta da organi politici e da rappresentanti di categoria.

Oltre alle previsioni di settore che condizionavano l'avvio di singole attività produttive, era previsto per tutte le imprese che volessero svolgere attività industriali l'obbligo di richiedere un'autorizzazione per la realizzazione di impianti industriali<sup>15</sup>.

Anche nel settore dell'agricoltura l'intervento pubblico era esteso, sebbene si caratterizzasse principalmente nell'adozione di misure di sostegno<sup>16</sup>. Le modalità e le finalità dell'intervento pubblico in agricoltura sono in parte cambiate in seguito all'istituzione del mercato comune dopo l'entrata in vigore del Trattato di Roma e la nascita della Comunità economica europea. Le politiche pubbliche in materia di agricoltura sono state considerate incompatibili con il mercato comune e trasposte a livello comunitario, dando avvio alla prima politica per la quale è stato sperimentato il processo di integrazione europea<sup>17</sup>, la politica agricola

---

<sup>14</sup> R.d., 20 aprile 1936, n. 707.

<sup>15</sup> Su cui *infra* § 2.

<sup>16</sup> Come osservato da GIANNINI, *Diritto pubblico dell'economia.*, cit., l'impresa agraria è sempre stata caratterizzata quale impresa capitalistica 'debole' e come tale oggetto di politiche di sostegno, sia a livello nazionale, sia sopranazionale.

<sup>17</sup> L'art. 3 del Trattato di Roma assegnava alla Comunità il compito di promuovere, mediante l'instaurazione di un mercato comune e il graduale ravvicinamento delle politiche economiche degli stati membri, uno sviluppo armonioso delle attività economiche. Per

comune (PAC)<sup>18</sup>. A livello sopranazionale, l'intervento in agricoltura è stato caratterizzato dal ricorso sia a misure incentivanti<sup>19</sup> che a misure protezionistiche<sup>20</sup>. Con l'obiettivo di proteggere alcuni settori e gli operatori

---

raggiungere tale scopo, occorre abolire i dazi doganali tra gli Stati membri, istituire tariffe doganali e politiche commerciali nei confronti degli Stati terzi, eliminare tra gli Stati membri gli ostacoli alla libera circolazione di persone, servizi e capitali, instaurare una politica comune nel settore dei trasporti e in quello dell'agricoltura, creare un Fondo sociale europeo e una Banca europea, per promuovere gli investimenti. L'inclusione dei prodotti agricoli nel mercato comune è avvenuta, quindi, nella consapevolezza dell'impossibilità di estendere *in toto* le regole del mercato interno all'agricoltura. La stabilizzazione dei mercati e la garanzia di prezzi accessibili ai consumatori e remunerativi per i produttori furono considerati obiettivi prioritari rispetto all'abbattimento delle barriere e alla realizzazione della concorrenza. La scelta seguita ha rappresentato un compromesso giustificato dalle peculiarità del settore, arretrato e debole se paragonato ad altre attività economiche come quelle industriali. I termini del dibattito sono stati ripercorsi da L. COSTATO, *La PAC riformata ovvero la rinuncia a una politica attiva*, in «Riv. dir. agr.», 2012, 1, pp. 393 ss.

<sup>18</sup> Su cui *ex multis* G. OLMI, *Agricoltura in diritto comunitario, ad vocem*, in «Dig. disc. pubbl.», vol. I, UTET, Torino, 1987.

<sup>19</sup> La riforma cosiddetta di medio termine del 2003 (Reg. Consiglio (CE), 23 settembre 2003, n. 1786 successivamente modificato nel 2009 e poi abrogato e sostituito dal Reg. UE, 17 dicembre 2013, n. 1307), ha, tuttavia, significativamente modificato il regime degli aiuti in agricoltura, che per molti prodotti è passato al c.d. sistema del «disaccoppiamento» consistente nella possibilità di concedere aiuti a prescindere dalla produzione (il c.d. *decoupling*, o disaccoppiamento degli aiuti alla produzione comporta che i sostegni agli agricoltori siano commisurati agli ettari ammissibili detenuti anche se non coltivati. In sostanza si disincentiva a coltivare nelle zone meno fertili, dove le coltivazioni sono maggiormente a rischio). Una particolare attenzione è stata posta poi, ai profili ambientali, ad esempio, condizionando il rilascio degli aiuti al rispetto di norme a tutela dell'ambiente. In argomento, I. GARZON, *Reforming the Common Agricultural Policy: History of a Paradigm Change*, Palgrave MacMillan, 2006, *passim.*; C.F. BACH, S.E. FRANSEN, H.G. JENSEN, *Agricultural and Economy-Wide Effects of European Enlargement: Modelling the Common Agricultural Policy*, «Journal of Agricultural Economics», vol. 51, 2000, 2, pp. 162 ss. In senso critico rispetto a questa riforma, L. COSTATO, *Le conseguenze della trasformazione della PAC*, in «Riv. dir. agr.», 2017, 3, pp. 526 ss.

<sup>20</sup> Previste dal c.d. primo Piano Mansholt adottato dalla Commissione che prende il nome del commissario dell'agricoltura Sicco Mansholt. Per un approfondimento si rinvia a L. COSTATO, *L'organizzazione dei mercati dei prodotti agricoli nella Comunità economica europea*, in *Manuale di diritto agrario*, a cura di N. IRTI, UTET, Torino, 1978, pp. 604 ss. La prima politica attuata dalla Comunità europea per il raggiungimento dei fini sottesi alla PAC è stata quella dei prezzi. A partire dai primi anni sessanta, per ciascun prodotto agricolo, furono istituite le c.d. organizzazioni comuni dei mercati (OCM) oggetto di regole specifiche, volte a controllare e normalizzare il mercato dei singoli prodotti sottraendo agli Stati la competenza a intervenire ed eliminando le precedenti organizzazioni nazionali. A seconda del settore e del prodotto, le OCM assunsero forme diverse: da un semplice complesso di regole comuni diretto ad assicurare, anche attraverso norme comuni di qualità, uguali condizioni di concorrenza tra i produttori e ad evitare lo sviamento dei traffici, al

presenti su quei mercati sono state introdotte barriere di ingresso<sup>21</sup> e limiti all'avvio dell'attività<sup>22</sup>.

Nell'ambito dei servizi a rete, infine, vertendosi in settori inizialmente interessati da un regime di riserva statale, la libertà di iniziativa economica ha potuto esplicarsi solo in tempi relativamente recenti<sup>23</sup> grazie alle politiche di liberalizzazione avviate negli anni ottanta e novanta su impulso dell'Unione europea, le quali hanno determinato la fine dei monopoli pubblici<sup>24</sup> a favore

---

coordinamento delle diverse organizzazioni nazionali di mercato, fino alla sostituzione di queste ultime, modello che infine si è affermato per la quasi totalità delle OCM. Con l'obiettivo di dare unitarietà alla materia il legislatore europeo è, infine, intervenuto creando nel 2007 la c.d. OCM unica, oggi disciplinata dal Reg. UE, 17 dicembre 2013, n. 1308. In argomento, si rinvia a G. ZANETTI, *Prezzi amministrati: obiettivi e limiti dell'azione pubblica*, in *La regolamentazione giuridica dell'attività economica*, a cura di C. FERRARI, Giuffrè, Milano, 1987, pp. 212 ss.; F. MERUSI, *Su alcuni aspetti problematici della determinazione autoritativa dei prezzi*, in «Foro amm.», 1965, II, pp. 158 ss.; C. FERRARI, *La determinazione autoritativa dei prezzi*, in *La regolamentazione giuridica dell'attività economica*, cit., p. 196; M. GIUSTI, *Alcune considerazioni economiche finanziarie sulla disciplina autoritativa dei prezzi*, in A. AMATO ET AL., *Studi giuridici in onore di Gaetano Zingali, Economia, finanza e statistica*, t. I, Giuffrè, Milano, 1965, p. 387; P. BILANCIA, *Determinazione dei prezzi e libertà di impresa*, CEDAM, Padova, 1986.

<sup>21</sup> È il caso delle quote latte oggi non più in vigore, dove, quale effetto indiretto, si determinava una rendita di posizione per le aziende che avevano acquisito le quote, a scapito di potenziali nuovi entranti. Il limite alla produzione secondo il meccanismo delle quote veniva così, di fatto a tutelare alcuni imprenditori a scapito di altri, come di frequente accade in presenza di contingentamenti autoritativi dell'offerta. Al riguardo interessante, Cons. St., VI, 13 settembre 2003, n. 6208, secondo il quale i limiti all'autonomia imprenditoriale in materia di quote di produzione sarebbero disposti in funzione sociale e «compensati dal vantaggio di equilibrare il mercato lattiero caseario, ed attraverso il prezzo garantito e le quantità garantite a livello nazionale, di assicurare a tutti i produttori un'adeguata remunerazione». Il sistema delle quote latte si è rivelato macchinoso e imperfetto e ha incontrato, soprattutto in alcuni paesi, l'opposizione dei produttori critici per le sottostime originarie del potenziale produttivo e i limiti che il sistema poneva al mercato, sia impedendo alle imprese esistenti di espandersi, sia ostacolando l'ingresso nuove imprese sprovviste dell'autorizzazione alla rispettiva quota. È nota la vicenda italiana degli allevatori del nord in 'rivolta' contro le quote latte, e i casi di inadempimento alla disciplina da parte dell'Italia, per questo in più occasioni, sanzionata. Sulle quote latte e sul loro concreto funzionamento si rinvia a L. COSTATO, *Le quote latte e l'anomala applicazione di esse in Italia*, in «Riv. dir. agr.», 1992, pp. 146 ss.; A. JANNARELLI, *Quote di produzione*, in «Dig. disc. priv.», ad vocem, vol. XVI, Torino, UTET, 1997; I. CANFORA, *La cessione delle quote di produzione*, in *Trattato di diritto agrario*, a cura di L. COSTATO, A. GERMANÒ, E. ROOK BASILE, vol. I, UTET, Torino, pp. 329 ss.

<sup>22</sup> Come nel caso dei «diritti» in materia di viticoltura su cui *infra* § 6.

<sup>23</sup> La relativa disciplina rientrava dunque, non nell'art. 41, ma nell'art. 43 della Costituzione e l'esercizio dell'attività da parte del privato, quando consentito, era sottoposto a concessione.

<sup>24</sup> Sul modello dell'art. 43 Cost. che riserva ai pubblici poteri la titolarità esclusiva di

della libera concorrenza e il cambiamento del ruolo dello Stato nel mercato da imprenditore a regolatore<sup>25</sup>.

La spinta verso le liberalizzazioni, le semplificazioni e la *deregulation*, richiamata nel primo capitolo, ha profondamente modificato la normativa in materia di avvio di un'attività produttiva nei mercati sopra richiamati. Alcune misure pubblicistiche sono state eliminate, (si pensi all'autorizzazione all'installazione di impianti industriali). Altre sono state mantenute, ma riformate. In altri casi ancora, si è detto, gli interventi di privatizzazione e di liberalizzazione hanno determinato l'apertura alla concorrenza di mercati originariamente chiusi, oggetto di intervento diretto da parte dello Stato e sottratti al regime di cui all'art. 41 della Costituzione nella quale, invece, oggi ricadono.

In ragione di questi significativi cambiamenti, qui sinteticamente ricordati, nei paragrafi che seguono, si intende approfondire in che modo si esplica la libertà di iniziativa economica nel settore delle attività produttive di beni e servizi e indagare l'ampiezza dell'autonomia del privato di fronte ai condizionamenti pubblicistici. A tal fine, si analizzano alcune tra le principali misure che in questo settore condizionano la prima fase della vita dell'impresa, quali l'autorizzazione all'apertura di impianti industriali, oggi, si è detto, abrogata, le autorizzazioni per la realizzazione di impianti di telecomunicazioni e di impianti per la produzione di energia elettrica da fonti rinnovabili, le autorizzazioni ambientali per l'installazione e l'esercizio di impianti di produzione, i provvedimenti di permesso e concessione per l'esercizio dell'attività estrattiva, l'autorizzazione per l'impianto di vitigni e, infine, nell'ambito dei servizi a rete, l'autorizzazione per lo svolgimento di servizi di comunicazioni elettroniche e, con riferimento al servizio di trasporto ferroviario di persone, la licenza e il certificato di sicurezza.

---

attività economiche il cui esercizio viene conferito discrezionalmente a imprese pubbliche o private che svolgono in forma imprenditoriale il servizio in virtù di un atto di consenso dell'autorità allo svolgimento di attività economiche si veda S. CASSESE, *Partecipazioni pubbliche ed enti di gestione*, Ed. Comunità, Milano, 1962, pp. 172 ss.

<sup>25</sup> La vicenda è nota e la dottrina in argomento molto vasta. Per tutti si rinvia a CASSESE, *La nuova costituzione economica.*, cit., *passim*; A. LA SPINA, G. MAJONE, *Lo Stato regolatore*, Il Mulino, Bologna, 2000. DE LUCIA, *La regolazione amministrativa dei servizi di pubblica utilità.*, cit., *passim*.

## 2. *Potere pubblico e limiti alla libertà di iniziativa economica nel settore dell'industria. L'autorizzazione alla realizzazione degli impianti industriali quale strumento di manovra economica*

Con lo scopo di adeguare l'attrezzatura industriale della nazione alle condizioni economiche generali, nel 1933<sup>26</sup>, l'autorizzazione per l'installazione di nuovi stabilimenti industriali, già prevista a livello settoriale per alcune realtà produttive<sup>27</sup>, è stata estesa a tutte le industrie.

Sulla domanda di autorizzazione decideva il ministro per le corporazioni sentito il parere di un'apposita commissione composta in prevalenza da rappresentanti dei ministeri interessati, ma anche da esponenti del mondo dell'industria, sia imprenditori, sia sindacati<sup>28</sup>. Il ministro era titolare di un penetrante potere di controllo di tipo finalistico sulle istanze di autorizzazione<sup>29</sup> e, quindi, sulle singole iniziative individuali nel campo dell'industria. La sua valutazione verteva sull'idoneità dell'investimento e sulla sua capacità nel lungo periodo di non determinare effetti perturbativi del mercato<sup>30</sup>.

<sup>26</sup> L. 12 gennaio 1933, n. 141 e R.d. 15 maggio 1933, n. 590.

<sup>27</sup> Già in precedenza, nel 1927, la costruzione di nuovi stabilimenti industriali negli agglomerati urbani con più di centomila abitanti era stata sottoposta ad autorizzazione governativa in virtù del R.d.l. 3 novembre 1927, n. 207. Altri esempi settoriali erano rinvenibili nel R.d.l. 11 marzo 1926, n. 413 sull'autorizzazione per la costituzione di società e l'aumento di capitali, nel R.d.l. 18 novembre 1929, n. 2488 sull'autorizzazione per l'impianto e l'ampliamento di industrie fondamentali per la difesa nazionale, nel R.d.l. 3 novembre 1927, n. 207 sull'autorizzazione per i nuovi impianti nei centri urbani e nell'art. 8, L. 16 giugno 1932, n. 835 sui consorzi.

<sup>28</sup> Art. 5, R.d. n. 590/33 cit. Si creava, quindi, un organismo *ad hoc* per valutare l'apertura di nuovi impianti industriali e l'ampliamento di quelli esistenti, funzionale ad adeguare l'inserimento di nuove entità industriali nel sistema economico alle necessità e alle possibilità di assorbimento della nazione e ad evitare saturazioni nei singoli rami di industria. A. SANTARELLI, *Dati e considerazioni intorno alla disciplina corporativa delle nuove iniziative industriali*, già in «Riv. int. scienze sociali», 1941, poi pubblicato in *La disciplina degli impianti industriali*, CEDAM, Padova, 1947, pp. 3 ss.

<sup>29</sup> Il controllo era volto ad impedire le intraprese economicamente non desiderabili o che potessero avere effetti negativi per lo sviluppo dell'attività produttiva. L'autorizzazione allora richiesta, infatti, non era finalizzata a tutelare interessi pubblici potenzialmente in conflitto con l'interesse delle imprese, quanto piuttosto a perseguire attraverso l'impresa privata determinate finalità e scopi economici di rilevante interesse per lo Stato, nella specie l'unità economica nazionale. Su questi aspetti, G. VESPERINI, *Industria (interventi pubblici nell')*, in «Enc. giur.», *ad vocem*, vol. XVI, Roma, 1989. L' A. espressamente qualifica l'istituto dell'autorizzazione alla realizzazione di impianti industriali come uno strumento indiretto di politica industriale.

<sup>30</sup> G. AMATO, *L'autorizzazione agli impianti industriali: una cronaca*, in «Riv. trim. dir. pubbl.», 1973, pp. 319 ss.

Attraverso lo strumento dell'autorizzazione alla realizzazione di impianti industriali, al governo era, pertanto, attribuito il potere di adeguare l'attività industriale alle condizioni economiche generali del Paese e di adattare il volume della produzione alle possibilità di assorbimento del mercato, comprimendo, tramite il blocco delle imprese inefficienti, i costi di produzione<sup>31</sup>. La scelta in merito al rilascio dell'autorizzazione era ampiamente discrezionale e basata sulla valutazione di elementi solo in parte legati alle capacità tecniche e professionali dell'impresa<sup>32</sup>. Ciò ha consentito un uso distorto dello strumento da parte delle amministrazioni, catturate dalle industrie già presenti sul mercato che, sfruttando i rapporti intercorrenti tra organi di governo e interessi imprenditoriali, sono state avvantaggiate dall'istituto del quale hanno quindi favorito l'estensione e incentivato l'uso con l'obiettivo di ostacolare la concorrenza<sup>33</sup>.

Alla fine della guerra la riaffermazione di istanze liberali ha condotto all'abrogazione della disciplina del '33 e al mantenimento dell'autorizzazione per i soli impianti petroliferi e per alcuni impianti di produzioni alimentari. Al di fuori di questi casi, la costruzione, l'ampiamiento o il trasferimento di un impianto industriale era subordinato unicamente ad un previo avviso al ministero dell'industria e del commercio, contenente gli elementi da

<sup>31</sup> Così G. ZANOBINI, *Corso di diritto corporativo*, Giuffrè, Milano, 1940<sup>5</sup>, p. 44. La finalità perseguita dall'amministrazione fu individuata nella tutela nei confronti dei rischi di un'eccessiva concorrenza e nella prevenzione degli squilibri che si sarebbero potuti verificare, a causa dell'elevato numero di imprenditori, nella produzione relativa ad alcuni mercati. Così, Cons. St., IV, 21 giugno 1936, n. 363. In dottrina, LEVI, *I controlli dello Stato sulla produzione industriale.*, cit., p. 42.

<sup>32</sup> Ciò si evince dalla lettura dei contenuti che l'istanza doveva obbligatoriamente avere. Cfr. art. 4, R.d. n. 590/33 il quale dopo aver previsto che le domande per ottenere la prescritta autorizzazione dovevano essere presentate al competente Circolo dell'Ispettorato corporativo, ne fissava i contenuti obbligatori stabilendo che esse avrebbero dovuto essere corredate da una particolareggiata relazione contenente l'indicazione dei prodotti che si intendevano fabbricare, la denominazione e la sede dell'impresa, l'ubicazione dello stabilimento, il capitale investito e da investire, la disponibilità finanziaria dell'impresa, i macchinari che sarebbero stati utilizzati, indicando se fossero di produzione nazionale o estera, la forza motrice, in qualità e quantità, le materie prime da impiegare, il numero dei dirigenti tecnici e degli operai, indicando, se ed in quale misura, si intendesse impiegare personale estero, e per quali funzioni, la descrizione del ciclo produttivo, la potenzialità di produzione dell'impianto e infine, la possibilità di collocamento dei prodotti sia nell'ambito del territorio nazionale, sia all'estero.

<sup>33</sup> L'autorizzazione alla realizzazione di impianti industriali dunque, ha rappresentato allo stesso tempo, uno strumento dirigistico nelle mani del pubblico potere e uno strumento protezionistico in capo agli industriali. In argomento, SANTARELLI, *Dati e considerazioni intorno alla disciplina corporativa delle nuove iniziative industriali.*, cit., pp. 48 ss.; L. EINAUDI, *Intorno alla disciplina degli impianti industriali*, in «Giorn. degli economisti», 1941, pp. 458.

cui ricavare le caratteristiche tecniche dell'impianto e i contenuti del piano industriale<sup>34</sup>. Secondo un meccanismo che ricorda l'attuale SCIA, il ministro aveva la facoltà entro trenta giorni di vietare l'avvio dell'attività senza tuttavia essere tenuto ad indicare le motivazioni alla base del divieto<sup>35</sup> il quale era spesso legato, più che a valutazioni circa la compatibilità dell'impianto con l'interesse pubblico, a considerazioni di politica economica e di opportunità dell'investimento, anche in relazione alle esigenze del territorio e alle sue capacità di assorbimento.

### *2.1. Autorizzazione alla realizzazione degli impianti industriali e finalità pubblicistiche di adeguata localizzazione degli impianti*

L'autorizzazione per la realizzazione degli impianti industriali è stata nuovamente introdotta negli anni settanta<sup>36</sup>, ma con finalità in parte diverse rispetto a quanto previsto dalla precedente disciplina, miranti prevalentemente a regolare, attraverso l'istituto, la localizzazione degli impianti sul territorio nazionale, favorendo la creazione di industrie nel sud del Paese<sup>37</sup>.

<sup>34</sup> Nel 1946, il d.lgs. lt. 12 marzo 1946, n. 211 introdusse, al posto dell'autorizzazione preventiva, l'obbligo di denuncia di costruzione o di trasformazione di opifici industriali e attribuì al ministro per l'industria il potere di vietare entro trenta giorni dalla denuncia, la prosecuzione dei lavori. AMATO, *L'autorizzazione agli impianti industriali: una cronaca*, cit., pp. 320 ss.

<sup>35</sup> Art. 3, d.lgs. lt. n. 211/46 cit.

<sup>36</sup> D.P.R. 15 aprile 1971, n. 322. Cfr. anche art. 14, l. 6 ottobre 1971, n. 853, la cui disciplina è stata poi ripresa dal D.l. 30 aprile 1976, n. 156 (conv. in l. 24 maggio 1976, n. 350) che ha modificato la precedente normativa innalzando il tetto per cui era richiesta l'autorizzazione. Per il resto le linee informatrici della disciplina sono rimaste sostanzialmente invariate. In argomento, F. SALVIA, *L'autorizzazione agli impianti industriali*, in «Riv. trim. dir. pubbl.», 1978, pp. 560 ss.

<sup>37</sup> A differenza della normativa degli anni trenta, infatti, le disposizioni successive sono state finalizzate ad attuare uno stretto collegamento tra l'azione pubblica volta allo sviluppo del mezzogiorno e le iniziative che le imprese pubbliche e private intendevano realizzare nelle zone più industrializzate del Paese. Attraverso l'autorizzazione si tendeva a scoraggiare gli investimenti al nord per dirottarli al sud, invertendo la logica della concentrazione industriale e contrastando la naturale propensione delle nuove industrie a collocarsi in territori dove esistono già altri complessi industriali, realizzando così, economie esterne e dove sanno sia disponibile manodopera qualificata. Se ciò risponde all'interesse dei privati, può, tuttavia, creare problemi di ordine pubblico, legati all'alta concentrazione urbana, al problema dell'assorbimento di manodopera di altre regioni e infine, ad uno squilibrio economico crescente tra aree del Paese. Su questi problemi e sulle ragioni della concentrazione di industrie, BACHELET, *Industria e industrializzazione*, cit., pp.

In base alla nuova disciplina, ogni progetto di investimento concernente la creazione di nuovi impianti industriali per importi superiori a dieci miliardi di lire, da chiunque predisposto, doveva essere comunicato al ministro per il bilancio e la programmazione economica e da questi sottoposto all'esame del C.I.P.E. Quest'ultimo aveva il compito di verificare la conformità dei progetti di investimento agli indirizzi della programmazione economica<sup>38</sup>, in relazione al livello di congestione del territorio scelto, nonché in relazione alla disponibilità della manodopera nella zona<sup>39</sup>. L'amministrazione, oltre ad operare un controllo di conformità con la disciplina urbanistica, già oggetto della concessione edilizia, valutava gli effetti della realizzazione dell'impianto sul territorio e sull'ambiente<sup>40</sup>. Durante l'istruttoria, per decidere sull'opportunità o meno dell'investimento, si teneva poi conto degli effetti indiretti che un'iniziativa industriale di grandi dimensioni avrebbe potuto produrre in quel dato ambito territoriale.

Rispetto alla disciplina corporativa del periodo fascista in precedenza analizzata, la nuova disciplina presentava analogie e differenze. L'autorizzazione

272 ss. Sulla disciplina di quegli anni e sugli obiettivi che perseguiva, si veda, AMATO, *L'autorizzazione agli impianti industriali.*, cit., p. 320. Significativa al riguardo è la Nota «*Problemi e prospettive dello sviluppo economico italiano*», in MINISTERO DEL BILANCIO, *La programmazione economica in Italia*, Roma, 1967, pt. II, pp. 89 ss., presentata al Parlamento il 22 maggio 1962 dall'allora ministro per il bilancio, on. La Malfa, che si aggiungeva alla *Relazione annuale sulla situazione economica del Paese*. La nota è richiamata anche da G. AMATO, *L'autorizzazione agli impianti industriali. Una cronaca*, in AA.VV., *Studi in onore di Giuseppe Chiarelli*, Milano, 1973, vol. I, pp. 29 ss.

<sup>38</sup> Cfr. Delibera CIPE, 12 maggio 1977 in cui si afferma che si terrà conto di programmi specifici e di settore approvati dallo stesso CIPE e delle indicazioni di carattere settoriale desumibili dai documenti programmatici. Più che di criteri oggettivi e predeterminati, eventualmente utili all'impresa, si trattava di indicazioni utili allo stesso Comitato per non cadere nella censura di eccesso di potere per contraddittorietà. Quanto alla valenza urbanistica dell'autorizzazione, implicitamente rinvenibile nel testo di legge, il Comitato doveva considerare tra l'altro, la legislazione vincolistica in materia urbanistica e di assetto del territorio ambientale, con particolare riferimento agli effetti che l'iniziativa economica poteva determinare sulle condizioni ambientali, specialmente per quanto atteneva ai livelli di inquinamento. Sul fallimento delle politiche di programmazione economica con particolare riferimento al *Programma economico 1966-70* e alla successiva assenza di altre esperienze significative, si rinvia a F. SALVIA, *Crisi della programmazione e nuovi strumenti di coordinamento*, in «Riv. trim. dir. pubbl.», 1975, pp. 502 ss.

<sup>39</sup> L'autorizzazione si intendeva rilasciata sulla base di un meccanismo di silenzio assenso, se il CIPE, entro tre mesi dalla comunicazione, non esprimeva la propria valutazione di difformità.

<sup>40</sup> Per questo il provvedimento è stato considerato non assimilabile ai tradizionali provvedimenti autorizzatori preordinati alla tutela di specifici interessi pubblici. Così G. CORSO, F. SALVIA, F. TERESI, *Aspetti urbanistici della nuova legge per il mezzogiorno*, in «Riv. trim. dir. pubbl.», 1973, pp. 1957 ss.

manteneva carattere discrezionale e oggetto di valutazione erano ancora anche interessi di tipo economico attinenti all'equilibrio tra domanda e offerta nei settori coinvolti. L'autorizzazione poteva essere negata, infatti, in caso di difformità del progetto imprenditoriale rispetto agli indirizzi della programmazione economica nazionale, oltre che nell'ipotesi in cui la presenza di impianti analoghi sul territorio, anche in considerazione della disponibilità o meno di manodopera in zona, fosse ritenuta sufficiente<sup>41</sup>. La libertà di iniziativa economica e l'autonomia dell'impresa continuavano, dunque, a soggiacere a significative limitazioni sorrette dall'esigenza di attuare politiche di manovra economica del settore.

Rispetto a quanto previsto nel sistema dell'economia corporativa, tuttavia, il condizionamento nei confronti della posizione giuridica dell'impresa era più attenuato.

Nella disciplina degli anni settanta, infatti, al mancato rilascio dell'autorizzazione non corrispondeva l'impossibilità di realizzare l'impianto e avviare l'attività. L'avvio dell'attività in mancanza o in contrasto con la determinazione amministrativa generava solo l'obbligo di pagare allo Stato una percentuale dell'ammontare dell'investimento. La *ratio* di questa scelta risiedeva nella volontà di non compromettere, con un meccanismo troppo rigido, il principio della libertà di scelta della sede dell'impianto giudicato bene da tutelare prioritariamente<sup>42</sup>.

### *3. Le autorizzazioni alla realizzazione di impianti nel settore delle comunicazioni elettroniche e in quello della produzione di energia elettrica da fonti rinnovabili*

L'autorizzazione alla realizzazione di impianti industriali è stata, in seguito, abrogata. Lo svolgimento di attività produttive, ove richieda la realizzazione di impianti, resta comunque soggetto al rilascio di autorizzazioni la cui disciplina varia però, oggi, a seconda del settore, come nel caso dell'autorizzazione alla realizzazione di impianti per la produzione di energia da fonti rinnovabili e l'autorizzazione per la realizzazione degli elettrodi nel mercato delle comunicazioni elettroniche. In entrambi i casi, l'impresa è tenuta ad ottenere un'autorizzazione preventiva in esito ad un procedimento, caratterizzato, tuttavia, da un basso margine di

---

<sup>41</sup> Art. 14, l. n. 322/71 cit.

<sup>42</sup> SALVIA, *op. ult. cit.*, p. 564.

discrezionalità dell'amministrazione e dalla previsione di meccanismi di semplificazione procedimentale a favore degli operatori privati. Nei fatti, tuttavia, la posizione del privato è ostacolata dalla cattiva attuazione della disciplina da parte delle pubbliche amministrazioni.

### 3.1. *Il divario tra prescrizioni di legge e attuazione amministrativa nel rilascio dell'autorizzazione alla realizzazione di infrastrutture di comunicazione elettronica*

La realizzazione di nuove infrastrutture di comunicazione elettronica per impianti radioelettrici è soggetta ad un procedimento autorizzatorio disciplinato dal Codice delle comunicazioni elettroniche<sup>43</sup>. L'operatore privato che intenda ottenere l'autorizzazione deve presentare un'istanza al comune<sup>44</sup>, affinché quest'ultimo possa svolgere i necessari controlli prima di pronunciarsi. Le norme in materia sono caratterizzate dall'obiettivo di agevolare e accelerare, tramite procedure semplificate e tempistiche brevi, l'installazione delle infrastrutture<sup>45</sup>, in ragione del loro carattere di pubblica utilità e di preminente interesse generale, attribuito loro dallo stesso Codice, che espressamente le qualifica come «opere di urbanizzazione primaria»<sup>46</sup>.

A tal fine nel Codice sono disciplinati istituti di superamento del

<sup>43</sup> Art. 87, d.lgs. 1 agosto 2003, n. 259. Prima dell'entrata in vigore del Codice delle comunicazioni, la disciplina relativa alla realizzazione di infrastrutture di comunicazione elettronica si basava su un procedimento di autocertificazione di competenza dell'ente comunale, disciplinato dal D.P.R. 20 ottobre 1998, n. 447. Successivamente, il c.d. Decreto Gasparri ha introdotto una nuova autorizzazione per gli impianti strategici, ritenuti opere di preminente interesse nazionale. La disciplina è stata tuttavia, dichiarata incostituzionale per eccesso di delega (cfr. Corte cost., 1 ottobre 2003, n. 1).

<sup>44</sup> La norma fa riferimento genericamente agli «enti locali». Per giurisprudenza consolidata l'ente locale al quale il soggetto interessato deve presentare istanza di autorizzazione è il Comune. Cfr. *ex multis*, Cons. Stato, VI, 28 aprile 2010, n. 2436; Cons. Stato, VI, 27 aprile 2010, n. 2371.

<sup>45</sup> Come osservato «l'art. 87 introduce un procedimento amministrativo speciale, particolarmente semplificato e accelerato, che costituisce una sorta di *unicum*, nell'ambito della tutela ambientale». In questi termini, F. MATTASOGLIO, *Inquinamento elettromagnetico*, in *Discipline ambientali di settore, Trattato di diritto dell'ambiente*, a cura di P. DELL'ANNO, E. PRICOZZA, vol. II, CEDAM, Padova, 2013, pp. 375 ss., spec. p. 407.

<sup>46</sup> Art. 86, comma 3, del d.lgs. n. 259/2003 cit. Sulla compatibilità delle infrastrutture tecnologiche con qualsiasi destinazione urbanistica, *ex multis*, cfr. Cons. Stato, III, 30 settembre 2015, n. 4577; Tar Abruzzo, l'Aquila, I, 14 ottobre 2015, n. 695.

dissenso<sup>47</sup>, termini brevi e meccanismi di silenzio assenso<sup>48</sup>.

Nel procedimento descritto, il legislatore pur lasciando il concreto contemperamento tra interessi coinvolti – quello allo sviluppo di servizi di comunicazione elettronica di ultima generazione, funzionali, a loro volta, allo sviluppo socio-economico del paese, e gli interessi ambientale, paesaggistico e di corretta utilizzazione del territorio – all'amministrazione, la vincola a monte, all'utilizzo di una procedura rapida ed estremamente semplificata<sup>49</sup> funzionale a garantire, in caso di compatibilità dell'attività economica con gli interessi pubblici coinvolti, che quest'ultima sia avviata nel minor tempo possibile e, nel caso di incompatibilità, che l'impresa non sia tenuta a lungo nell'incertezza.

Nonostante questo quadro normativo particolarmente favorevole alla libertà di iniziativa economica del privato, nei fatti, l'amministrazione ha spesso abusato della discrezionalità lasciatale dal legislatore pur nell'ambito di un quadro procedimentale ben definito. La previsione di un controllo preventivo di tipo autorizzatorio è stata infatti, di frequente utilizzata

---

<sup>47</sup> Nel caso in cui un'amministrazione interessata esprima motivato dissenso, il responsabile del procedimento convoca una conferenza di servizi, alla quale prendono parte i rappresentanti delle amministrazioni locali interessate e un rappresentante dell'amministrazione dissenziente. La legge disciplina i termini entro cui la conferenza deve essere convocata ed entro i quali deve pronunciarsi. La conferenza di servizi decide a maggioranza dei presenti e la decisione presa, che vale inoltre come dichiarazione di pubblica utilità, indifferibilità ed urgenza dei lavori, sostituisce ad ogni effetto gli atti di competenza delle singole amministrazioni. È tuttavia, previsto ad eccezione della regola della maggioranza che, se ad esprimere parere negativo sia un'amministrazione preposta alla tutela ambientale, alla tutela della salute o alla tutela del patrimonio storico-artistico, la decisione sia rimessa al Consiglio dei ministri.

<sup>48</sup> Nel caso in cui, entro i termini stabiliti per legge, che decorrono dalla presentazione del progetto e della relativa domanda, l'amministrazione non si sia pronunciata sull'istanza, opera un meccanismo di silenzio assenso. Le opere oggetto dell'istanza a questo punto devono essere realizzate, a pena di decadenza, nel termine perentorio di dodici mesi dalla ricezione del provvedimento autorizzatorio espresso, ovvero dalla formazione del silenzio-assenso.

<sup>49</sup> Significativo al riguardo che, pur trattandosi di impianti destinati ad incidere anche notevolmente sull'ambiente, le limitazioni alla semplificazione procedimentale che operano, ad esempio, quando si deve ricorrere all'autorizzazione integrata ambientale, qui non ricorrono. Oltre alle previsioni nelle diverse fasi procedurali di termini estremamente brevi e a carattere perentorio, nel procedimento è previsto il silenzio assenso e la SCIA e la concentrazione istruttoria e decisoria è perseguita attraverso la conferenza di servizi. È poi, fatta salva la possibilità per gli enti locali di abbreviare ulteriormente i termini e di adottare forme di semplificazione amministrativa aggiuntive. La procedura di autorizzazione per la realizzazione degli elettrodi è, infine, l'unica procedura autorizzatoria che l'impresa deve intraprendere, non essendo più necessario la richiesta del permesso di costruire. Così Corte cost., 6 luglio 2006, n. 267 e 28 marzo 2006, n. 129.

dalle amministrazioni locali per impedire l'avvio di attività economiche sul territorio, facendo richiamo, in modo strumentale, a generiche quanto spesso inesistenti esigenze di tutela dell'ambiente, del paesaggio o della salute<sup>50</sup>.

### 3.2 Rilascio delle autorizzazioni per la realizzazione di impianti di produzione di energie da fonti rinnovabili e conflitto tra livelli di governo

Anche la costruzione e l'esercizio degli impianti per la produzione di energia elettrica da fonti convenzionali e di energia elettrica da fonti rinnovabili sono oggetto di un procedimento di autorizzazione. La realizzazione e la gestione di impianti di produzione di energia elettrica da fonti rinnovabili, in particolare, è subordinata al rilascio un'autorizzazione unica, di competenza della regione o del MISE a seconda della minore o maggiore potenza dell'impianto, adottata in esito ad un procedimento a carattere semplificato e accelerato<sup>51</sup>. La semplificazione a favore dell'impresa deriva dalla previsione dell'obbligatoria convocazione della conferenza dei servizi e di un provvedimento autorizzatorio unico che sostituisce gli altri

<sup>50</sup> È quanto emerge dalle numerose pronunce del giudice amministrativo che hanno accolto i ricorsi presentati contro i dinieghi di autorizzazione motivati unicamente con richiami generici a superiori interessi pubblici. Si vedano ad esempio, Cons. St., VI, 9 gennaio 2013, n. 44. Cfr. anche Tar Calabria, Catanzaro, I, 10 novembre 2012, n. 1092; Cons. St., VI, 19 giugno 2009, n. 4056; Cons. St., VI, 17 dicembre 2009, n. 8214; Cons. St., VI, 17 dicembre 2009, n. 8215; Cons. St., VI, 5 giugno 2006, n. 3452; Cons. St., VI, 19 maggio 2008, n. 2287; Cons. St., VI, 17 luglio 2008, n. 3596. Come osservato al riguardo da E. GIARDINO, *La realizzazione delle infrastrutture di comunicazione elettronica tra poteri statali e veti locali*, in «GiustAmm.it», 2017, 11, pp. 47 ss., la giurisprudenza ha distinto fra 'criteri localizzativi' e 'limiti alla localizzazione'. I primi sono stati ritenuti ammissibili «in quanto recanti criteri specifici rispetto a localizzazioni puntuali», viceversa, i secondi sono stati censurati «in quanto recanti divieti generalizzati per intere aree». Emblematica al riguardo è la vicenda tra Telecom Italia e il Comune di Aggius in Sardegna. In quell'occasione l'amministrazione ha respinto, con quattro provvedimenti distinti (tutti annullati in sede giurisdizionale), l'unica istanza di autorizzazione richiesta da Telecom. Il procedimento è durato complessivamente, a fronte dei novanta giorni previsti dalla legge, oltre cinquecento giorni. Per l'analisi della vicenda e delle problematiche evidenziate, nonché per il richiamo a casi analoghi avvenuti sul territorio italiano, si rinvia a S. DEL GATTO, E. GIARDINO, G. SCIASCIA, S. SCREPANTI, F.V. VIRZÌ, *Comunicare è difficile se non c'è la rete. Il caso «Telecom-Comune di Aggius»*, in *I nodi della pubblica amministrazione.*, cit., pp. 127 ss.

<sup>51</sup> In argomento, con particolare riferimento ai modelli procedurali adottati, alle esigenze di semplificazione e ai problemi applicativi che ne sono derivati, M.P. VIPIANA, *La disciplina delle energie rinnovabili: modelli procedurali a confronto*, in «Quad. reg.», 2011, 2, pp. 465 ss.

provvedimenti in precedenza richiesti e che per legge, costituisce titolo a costruire ed esercire l'impianto in conformità al progetto approvato<sup>52</sup>.

Nei fatti, tuttavia, non sempre le imprese hanno potuto trarre benefici dalla semplificazione. Come per l'autorizzazione alla realizzazione di elettrodi, anche in questo caso, il ricorso alla conferenza di servizi, pensata dal legislatore quale «sede propria ed esclusiva in cui le amministrazioni interessate devono manifestare l'assenso o il dissenso rispetto al rilascio del domandato titolo abilitativo alla realizzazione dell'intervento»<sup>53</sup>, ha piuttosto, rappresentato uno strumento di dilatazione dei tempi procedurali per giungere al provvedimento, a scapito degli operatori interessati<sup>54</sup> e dell'interesse pubblico allo sviluppo economico del settore<sup>55</sup>.

<sup>52</sup> D.M. 10 settembre 2010 «Linee guida per l'autorizzazione degli impianti alimentati da fonti rinnovabili». In argomento, C. VIVANI, *I procedimenti di autorizzazione alla realizzazione e alla gestione degli impianti di produzione di energia da fonti rinnovabili*, in «Urb. e app.», 2011, pp. 775 ss.; F. ARECCO, *Autorizzazione di impianti di produzione di energia alimentati da fonti rinnovabili*, in *Energia sostenibile e fonti rinnovabili*, a cura di F. ARECCO, G. DALL'O', Giuffrè, Milano, 2012, pp. 355 ss.; A. FARÌ, *Il procedimento di autorizzazione per gli impianti da fonti energetiche rinnovabili. Complessità e spunti di riflessione*, in *La sfida dell'energia pulita. Ambiente, clima e energie rinnovabili: problemi economici e giuridici*, a cura di A. MACCHIATI, G. ROSSI, Il Mulino, Bologna, 2009.

<sup>53</sup> Cons. St., VI, 1 agosto 2012, n. 4400 per cui «l'interazione contestuale tra le diverse valutazioni costituisce [...] l'essenza e la ragione stessa della conferenza dei servizi». Sulla conferenza di servizi in relazione alle istanze di semplificazione si rinvia a D. D'ORSOGNA, *Conferenza di servizi e amministrazione della complessità*, Giappichelli, Torino, 2002.

<sup>54</sup> L'incapacità della conferenza di servizi di rappresentare un adeguato strumento di contemperamento di interessi è stata evidenziata, con riferimento alle energie rinnovabili, da V. CERULLI IRELLI, *L'autorizzazione alla produzione e il riconoscimento di incentivi*, in *Regole e mercato delle energie rinnovabili*, a cura di G. NAPOLITANO, A. ZOPPINI, Il Mulino, Bologna, 2013, pp. 165 ss.; *contra* W. TROISE MANGONI, *I profili autorizzatori relativi alla costruzione e all'esercizio di impianti alimentati da fonte eolica*, in *Libertà di impresa e regolazione del nuovo diritto dell'energia*, a cura di M. DE FOCATIIS, A. MAESTRONI, Giuffrè, Milano, 2011, pp. 155 ss.

<sup>55</sup> Come osservato «la gestione corretta della conferenza di servizi decisoria rende il procedimento unico e l'autorizzazione unica strumenti efficienti e veloci, probabilmente più di ogni altro. Al contrario, un'errata interpretazione del ruolo di tale conferenza li depotenzia e intralcia, e non di rado genera ritardi di anni a fronte di termini per la conclusione del procedimento estremamente ridotti a fini acceleratori e addirittura qualificati come perentori». C. VIVANI, *Alla ricerca della semplificazione nei processi autorizzativi: brevi spunti sulle autorizzazioni «uniche» e sulle conferenze di servizi decisorie*, in «Dir. econ.», 2013, 2, pp. 573 ss., spec. p. 582. Sul problema dei concreti effetti della conferenza di servizi, anche in relazione alla conformazione normativa dell'istituto, si vedano le riflessioni di A. TRAVI, *La conferenza di servizi*, in *Incontri sull'attività amministrativa e sul procedimento*, Giappichelli, Torino, 2006, pp. 113 ss. L'A. evidenzia come le riforme che hanno interessato questo istituto ne hanno nella sostanza, snaturato la ragion d'essere iniziale, quale strumento in particolare, di semplificazione. Depongono nel senso che la conferenza di servizi è spesso

L'obiettivo della semplificazione legato alla previsione di un'autorizzazione unica è stato, poi, in parte frustrato dal permanere di obblighi ulteriori in capo all'impresa tenuta ad ottenere comunque permessi aggiuntivi per avviare l'attività<sup>56</sup>.

Problemi sono derivati, anche, dagli ostacoli frapposti a livello regionale e locale all'attuazione della disciplina e dal ritardo con il quale sono state attuate, a livello nazionale, le linee guida previste dalla legge<sup>57</sup>.

Le regioni, agevolate dall'assenza delle linee guida, si sono mosse autonomamente, adottando leggi e provvedimenti in contrasto con gli obiettivi delle norme nazionali finalizzate ad assicurare la maggior diffusione possibile agli impianti di produzione di energie rinnovabili, nel rispetto dell'ambiente e del paesaggio, e a semplificare gli adempimenti in carico alle imprese<sup>58</sup>. I numerosi interventi locali hanno introdotto barriere dirette e indirette all'accesso al mercato e ingiustificate distorsioni della concorrenza

---

nei fatti, un ostacolo alla celerità e alla semplificazione dei procedimenti, oltre che alla possibilità stessa di decidere, i casi analizzati e i dati riportati in TORCHIA (a cura di), *I nodi*, cit., *passim*.

<sup>56</sup> Al riguardo si pensi al problema, legato alla mancanza di una gerarchizzazione dei diversi interessi pubblici coinvolti, dato dalla difficoltà di procedere con soluzioni alternative al rilascio di permessi da parte delle pubbliche amministrazioni, quali la negoziazione tra le parti coinvolte. Sul punto G. NAPOLITANO, *Energie rinnovabili: un problema di governance*, in *Regole e mercato delle energie rinnovabili*, cit., pp. 281 ss., spec. p. 283.

<sup>57</sup> Il decreto contenente le linee guida (D.M. 10.9.2010 cit.) è stato adottato dopo sette anni dall'entrata in vigore del d.lgs. 387/03 cit. che ne prevedeva l'adozione. Le linee guida, approvate in conferenza unificata, su proposta del Ministro delle attività produttive, hanno ad oggetto lo svolgimento del procedimento e mirano ad assicurare un corretto inserimento degli impianti nel paesaggio, con specifico riguardo agli impianti eolici. La loro attuazione è demandata alle regioni. Si è posto, al riguardo, il problema della loro natura e, in particolare, quello del carattere vincolante o meno nei confronti dell'ente territoriale. Sul punto, G. DE VERGOTTINI, *Il governo delle energie rinnovabili tra Stato e regioni*, in *Regole e mercato delle energie rinnovabili*, cit., pp. 17 ss. Secondo l'Autore vi è un «rischio evidente [...] che queste linee guida, non previste dall'elenco delle fonti [...], stabilendo delle indicazioni per il futuro e fissando delle direttrici per lo svolgimento di successivi procedimenti amministrativi, svolgano una funzione che sarebbe riservata alla legge».

<sup>58</sup> Critico al riguardo G.F. CARTEI, *Ambiente e mercato nella disciplina delle energie rinnovabili*, in «Dir. econ.», 2013, 3, pp. 589 ss. Cfr. anche S. CASSESE, *L'energia elettrica nella legge costituzionale n. 3 del 2001*, in «Rass. giur. en. el.», 2002, pp. 499 ss.; F. DI PORTO, F. SILVA, *Riformare le utilities è difficile: il caso elettrico italiano*, in «Mercato concorrenza regole», 2005, pp. 11 ss. Le problematiche in materia sono state valutate dalla Corte costituzionale facendo riferimento al principio di leale collaborazione con soluzioni che, di fatto, hanno temperato la portata concorrente della competenza a favore della competenza statale esclusiva. In argomento, N. RANGONE, *Fonti rinnovabili di energia: stato della regolazione e prospettive di riforma*, in «Giur. cost.», 2010, pp. 1492 ss.; NAPOLITANO, *Energie rinnovabili: un problema di governance*, cit., pp. 281 ss.

tra operatori localizzati nelle varie aree del territorio nazionale<sup>59</sup>. Sono stati ad esempio, previsti limitazioni quantitative all'installazione degli impianti<sup>60</sup>, requisiti, difforni da regione a regione, o documentazione ulteriore rispetto a quella richiesta dalla disciplina nazionale, la subordinazione dell'autorizzazione unica ad atti o a pareri aggiuntivi e la previsione di criteri di preferenza discriminatori<sup>61</sup>, moratorie<sup>62</sup> o discipline procedurali più gravose rispetto al modello contenuto nella disciplina nazionale.

Anche in seguito all'adozione delle linee guida, regioni ed enti locali hanno continuato ad ostacolare l'installazione di impianti di produzione di energia da fonti rinnovabili<sup>63</sup>, in contrasto con i principi fissati dalla normativa nazionale e precisati dalle linee guida ministeriali<sup>64</sup>. I

<sup>59</sup> In questi termini espressamente la segnalazione dell'AGCM, AS 680 del 16 aprile 2010 (anteriore all'emanazione delle linee guida da parte del governo).

<sup>60</sup> Previsioni di cui è stata, volta per volta, dichiarata l'illegittimità. Cfr. Corte cost., 11 dicembre 2013, n. 298; Corte cost. 11 ottobre 2012, n. 224; Corte cost., 12 aprile 2012, n. 85; Corte cost., 26 marzo 2010, n. 119. La Corte ha ritenuto prevalente l'interesse allo sviluppo delle energie rinnovabile, rispetto alla tutela dell'ambiente in mancanza di precise linee guida che indicassero diversi criteri volti a guidare la ponderazione regionale. Sul tema, L. NANNIPIERI, *Energia rinnovabile: sono (ancora una volta) dichiarate incostituzionali norme regionali che pongono limitazioni alla localizzazione di impianti da fonti rinnovabili, dettati in assenza delle linee guida statali*, in «Rivista AIC», 2010, 4-5; F. DI DIO, *Il «paradosso fotovoltaico» dopo la consulta: criteri di bilanciamento tra impatto paesaggistico ambientale e sviluppo delle energie rinnovabili*, in «Riv. giur. amb.», 2010, pp. 775 ss.; E. DI SALVATORE, *La materia della «produzione, trasporto e distribuzione nazionale dell'energia» nella giurisprudenza della Corte costituzionale (gennaio-maggio 2010)*, in «Rivista dell'AIC», 2010, 4.

<sup>61</sup> Cfr. segnalazione dell'AGCM, AS 680/10 cit.

<sup>62</sup> Alcuni enti territoriali ad esempio, hanno sospeso la possibilità di installare impianti per la produzione di energia da fonti rinnovabili per un periodo provvisorio, ma dalla durata indeterminata. Si veda, ad esempio, la moratoria prevista dall'art. 27, L.R. Piemonte, 3 agosto 2010, n. 18 dichiarata incostituzionale con sentenza della Corte cost., 11 febbraio 2011, n. 44. In argomento le riflessioni di S. GUARINO, «*Moratoria eolica: incostituzionale se disposta con legge, ricompare come provvedimento amministrativo*», in «Riv. giur. amb.», 2009, pp. 374 ss.

<sup>63</sup> Si veda ad esempio, la l. reg. Campania, 1 luglio 2011, n. 11 dichiarata costituzionalmente illegittima dalla Corte cost. 30 gennaio 2014, n. 13. Secondo la Consulta, la legge censurata, impone un vincolo ulteriore da applicarsi in via generale su tutto il territorio regionale in violazione dei principi fondamentali della legislazione statale e delle linee guida. In merito alla possibilità di aggravare le discipline procedurali, si segnala però, in controtendenza rispetto all'orientamento prevalente qui richiamato, Tar Puglia, Bari, I, 10 luglio 2012, n. 1397.

<sup>64</sup> Le linee guida affermano innanzitutto, la natura libera delle attività di produzione di energia da fonti rinnovabili, conseguentemente vietando l'indizione di procedure concessorie. Fissano poi, i criteri per l'individuazione da parte delle regioni delle aree non idonee, rispetto alle quali è precisato che «l'individuazione delle aree e dei siti non idonei

provvedimenti adottati dagli enti territoriali sono stati censurati sia dalla Corte costituzionale<sup>65</sup>, sia dal giudice amministrativo. Quest'ultimo in particolare, prendendo le mosse dal *favor* per la produzione di energia da fonti rinnovabili mostrato dal legislatore, ha censurato i provvedimenti tesi a limitare l'installazione degli impianti per motivi diversi rispetto a quelli previsti nelle linee guida governative o addirittura in contrasto con esse<sup>66</sup>, svolgendo un sindacato effettivo e non solo formale sull'esercizio del potere amministrativo, valutando caso per caso, se l'amministrazione avesse svolto un'istruttoria adeguata e sufficiente e se il provvedimento di diniego fosse congruamente motivato in relazione non ad un astratto interesse ambientale e alla tutela del paesaggio, ma alla vicenda concreta<sup>67</sup>.

---

mira non già a rallentare la realizzazione degli impianti, bensì ad offrire agli operatori un quadro certo e chiaro di riferimento e orientamento per la localizzazione dei progetti».

<sup>65</sup> Corte cost., 1 aprile 2010, n. 124; Corte cost., 15 giugno 2011, n. 192; Corte cost., 1 aprile 2011, n. 107. Critica verso questa giurisprudenza, considerata fonte di incertezza, L. AMMANNATI, *L'incertezza del diritto. A proposito della politica per le energie rinnovabili*, in *Scritti in onore di Paolo Stella Richter*, vol. II, ES, Napoli, 2013, pp. 963 ss. Si veda anche A. COLAVECCHIO, *Il «punto» sulla giurisprudenza costituzionale in tema di impianti da fonti rinnovabili*, in «Riv. quadr. dir. amb.», 2011, pp. 1 ss.

<sup>66</sup> Cfr. *ex multis*, Tar Toscana, Firenze, III, 13 gennaio 2015, n. 36, per cui il contemperamento tra l'esigenza di incentivare gli impianti di produzione di energie rinnovabili e quella alla tutela del paesaggio deve avvenire attraverso una procedura volta a dare concreta evidenza, sulla base di criteri puntualmente determinati, delle ragioni ambientali per cui gli enti preposti ritengono di precludere in determinate aree l'installazione di impianti fotovoltaici.; cfr. anche Tar Lombardia, Brescia, I, 30 marzo 2017, n. 437. In dottrina, V. MOLASCHI, *Paesaggio versus ambiente: osservazioni alla luce della giurisprudenza in materia di realizzazione di impianti eolici*, in «Riv. giur. edil.», 2009, pp. 172 ss.

<sup>67</sup> Si veda ad esempio, Cons. St., IV, 3 novembre 2015, n. 5001, che ha annullato il parere negativo emesso dalla soprintendenza in una conferenza di servizi ritenendo che la soprintendenza si fosse arrestata a una valutazione tipica («la realizzazione di due parchi eolici nella stessa area d'intervento determinerebbe, in ogni caso, un effetto selva non compatibile con il contesto paesaggistico tutelato») e non fosse scesa a considerare le caratteristiche della specifica vicenda. Secondo il giudice, una valutazione che prescindia dalla congrua analisi del caso concreto, rappresenta una non consentita «irragionevole limitazione» alla installazione di un impianto di produzione di energie alternative. In senso analogo Cons. St., IV, 9 settembre 2014, n. 4566.

#### 4. L'avvio di attività produttive tra esigenze di sviluppo economico e rispetto dell'ambiente: gli istituti della VIA e dell'AIA

I casi appena esaminati hanno evidenziato la rilevanza dell'interesse ambientale nelle ipotesi in cui l'avvio dell'attività economica sia subordinata alla realizzazione di un'opera. L'interesse alla tutela dell'ambiente è tuttavia un limite che può condizionare in modo trasversale l'avvio di ogni attività produttiva, in ragione della necessità di contemperare le esigenze di sviluppo economico e con quelle di tutela del bene ambientale.

La ricerca di un giusto equilibrio tra i diversi interessi coinvolti, pubblici e privati, è rimesso dal legislatore a forme di controllo pubblico preventivo<sup>68</sup> che assumono principalmente, ma non esclusivamente, la forma di autorizzazioni.

Tra i presidi a tutela dell'ambiente, il legislatore ha in particolare previsto la valutazione di impatto ambientale (VIA) e l'autorizzazione integrata ambientale (AIA)<sup>69</sup>.

La VIA consiste nella valutazione globale e integrata degli impatti

---

<sup>68</sup> Il carattere preventivo, in attuazione del principio di precauzione che caratterizza la tutela dell'ambiente, determina che i limiti pubblicistici giustificati da queste esigenze siano posti a monte e non a valle dell'attività industriale. Come è stato osservato poiché «il pregiudizio dell'interesse ambientale si connota nella maggioranza dei casi come irreversibile, un'efficace tutela può essere approntata predisponendo un controllo a monte dell'incidenza degli altri interessi su quello ambientale». Così, G. ROSSI (a cura di), *Diritto dell'ambiente*<sup>4</sup>, 2017, Giappichelli, Torino, p. 9. L'importanza dei principi di precauzione e di correzione alla fonte dei danni ambientali, già riconosciuta da diritto sovranazionale e internazionale in materia, è stata confermata dal Codice dell'ambiente. L'art. 3 *ter* al riguardo richiama i principi dell'azione preventiva della correzione in via prioritaria alla fonte dei danni causati all'ambiente, del principio del chi inquina paga e, in ultimo, del principio dello sviluppo sostenibile. Sui principi che governano la materia ambientale si rinvia a M. CAFAGNO, *Principi e strumenti di tutela dell'ambiente*, Giappichelli, Torino, 2007; P. DELL'ANNO, *Principi di diritto ambientale europeo e nazionale*, Giuffrè, Milano, 2004; D. SORACE, *Tutela dell'ambiente e principi generali sul procedimento amministrativo*, in *Trattato di diritto dell'ambiente*, a cura di R. FERRARA, M.A. SANDULLI, vol. II, Giuffrè, Milano, 2014, pp. 3 ss.; R. FERRARA, *I principi comunitari della tutela dell'ambiente*, in «Dir. amm.», 2005, 3, pp. 509 ss.

<sup>69</sup> Strumenti che non esauriscono il novero dei provvedimenti autorizzatori o di valutazione di piani, programmi e progetti relativi allo svolgimento di attività economiche idonee a produrre effetti sull'ambiente. Si pensi alla Vas o alle numerose autorizzazioni previste in base al tipo di inquinamento che si mira a prevenire. La disciplina di questi provvedimenti è per lo più contenuta nel Codice dell'ambiente, ma non mancano normative di settore, come nel caso dell'inquinamento acustico, o relative a specifici istituti, come nel caso dell'AUA. Per una classificazione delle diverse tipologie di autorizzazioni ambientali esistenti si rinvia a P.L. PORTALURI, *Autorizzazioni ambientali: tipologie e principi*, in *Trattato*, cit., pp. 33 ss.

ambientali che la realizzazione di un'opera può avere sull'ambiente e sul patrimonio culturale<sup>70</sup>. Obiettivo della VIA è quello garantire uno sviluppo sostenibile e assicurare che gli effetti derivanti dalla realizzazione e dall'esercizio di opere e interventi sull'ecosistema siano presi in considerazione in un momento in cui è ancora possibile intervenire, ovvero durante la loro progettazione e prima dell'approvazione dei relativi progetti<sup>71</sup>.

Il procedimento di VIA prevede due fasi preliminari – la verifica di assoggettabilità (o *screening*)<sup>72</sup> e la definizione dei contenuti del redigendo studio di impatto ambientale (o *scooping*)<sup>73</sup> aventi ad oggetto il progetto non definitivo – e un procedimento ordinario. La procedura avviene in contraddittorio con tutte le parti interessate, pubbliche e private, che possono prendere visione dello studio preliminare ambientale e della documentazione presentata e formulare le proprie osservazioni all'amministrazione procedente. Il provvedimento di verifica di assoggettabilità a VIA, sia che sia positivo, sia che sia di segno contrario, deve essere analiticamente motivato ed è reso pubblico. In caso di decisione di assoggettabilità a VIA del progetto si procede con il procedimento ordinario di VIA. Questo ha avvio con la presentazione da parte del proponente, di un'istanza contenente i documenti e le informazioni necessarie<sup>74</sup> che forma oggetto della successiva consultazione<sup>75</sup>. A conclusione di questa fase, in caso

<sup>70</sup> Secondo la definizione accolta nel Codice dell'ambiente. Sulla VIA, senza pretesa di completezza si rinvia a R. FERRARA (a cura di), *La valutazione di impatto ambientale*, CEDAM, Padova, 2000; P. DELL'ANNO, *Valutazione di impatto ambientale*, in I «nuovi diritti» nello Stato sociale in trasformazione, a cura di R. FERRARA, P.M. VIPIANA, CEDAM, Padova, 2002, pp. 208 ss.; F. FONDERICO, *Valutazione di impatto ambientale e amministrazione precauzionale*, in «Giorn. dir. amm.», 2012, 1, pp. 69 ss.; E. BOSCOLO, *V.I.A. e V.A.S. riformate: limiti e potenzialità degli strumenti applicativi del principio di precauzione*, in «Urb. e app.», 2008, 5, pp. 544 ss.; A. POLICE, *La valutazione di impatto ambientale*, in *Trattato di diritto dell'ambiente*, diretto da P. DELL'ANNO, E. PICOZZA, vol. II, CEDAM, Padova, 2013, pp. 527 ss.; M.A. SANDULLI, *Brevi riflessioni sulla V.I.A.*, Relazione alla giornata di studio sul tema: «V.I.A. e pianificazione urbanistica», Università degli studi di Napoli, 26 giugno 1989, in «Riv. giur. edil.», 1989, 5, pt. 2, pp. 133 ss.

<sup>71</sup> La disciplina in materia, contenuta nel Codice dell'ambiente (d.lgs. 3 aprile 2006, n. 152) è stata significativamente modificata dal d.lgs. 16 giugno 2017, n. 104, di recepimento della direttiva 2014/52/UE in materia di valutazione dell'impatto ambientale che ha ridefinito anche l'ambito di applicazione dell'istituto e il riparto di competenze a livello territoriale.

<sup>72</sup> Art. 19, d.lgs. 152/2006 cit. (come modificato dal d.lgs. n. 104/2017 cit.).

<sup>73</sup> Art. 22.

<sup>74</sup> Art. 23. La domanda deve contenere gli elaborati progettuali, lo studio di impatto ambientale, le informazioni sugli eventuali impatti transfrontalieri del progetto, l'avviso al pubblico e i risultati della procedura di dibattito pubblico eventualmente svolta.

<sup>75</sup> Cfr. art. 24 (relativo alla consultazione pubblica, all'acquisizione dei pareri e alle con-

di VIA statale<sup>76</sup>, il ministro dell'ambiente adotta il provvedimento di VIA di concerto con il ministro dei beni e delle attività culturali e del turismo, su proposta dell'autorità competente. Il provvedimento di VIA, che deve essere motivato anche in relazione alle osservazioni pervenute durante la fase di consultazione, ha contenuti conformativi e può prevedere misure e condizioni per la realizzazione, l'esercizio e la dismissione del progetto<sup>77</sup> e per evitare, prevenire, ridurre e, se possibile, compensare l'impatto ambientale.

Con l'adozione dell'AIA, invece, l'amministrazione autorizza l'esercizio di un impianto o di parte di esso a determinate condizioni che ne devono garantire la conformità alla legge. La caratteristica principale di questo istituto è quella di consentire all'amministrazione di considerare in modo unitario e aggregato ogni tipo di inquinamento proveniente da acqua, aria, suolo, rifiuti, o rumore. L'istanza di semplificazione a favore dell'impresa, sottesa ad altre fattispecie autorizzatorie, come l'AUA, nell'AIA è presente, ma non prevalente. L'introduzione di una 'tutela integrata' risponde, infatti, più che a esigenze di semplificazione, alla necessità di garantire una tutela globale del bene 'ambiente'<sup>78</sup> consentita grazie al passaggio da un regime autorizzatorio settoriale ad un regime integrato che aumenta il livello di protezione e prevenzione rispetto a quello assicurato dalle autorizzazioni singole<sup>79</sup>.

---

sultazioni transfrontaliere) e art. 24 *bis* (in materia di inchiesta pubblica).

<sup>76</sup> L'art. 7 *bis*, disciplina il riparto di competenze tra Stato e regioni. Sul punto sono state sollevate dinanzi alla Corte costituzionale numerose censure aventi ad oggetto la ritenuta violazione ad opera del d.lgs. n. 104/2017 cit. dei principi costituzionali che regolano il riparto di competenze. La Corte ha tuttavia, dichiarato in parte inammissibili e in parte infondate le richieste di pronuncia di illegittimità. Cfr. Corte cost., 14 novembre 2018, n. 198.

<sup>77</sup> Il rispetto delle condizioni apposte al provvedimento è oggetto di monitoraggio periodico. In caso di inottemperanza, il Codice prevede sanzioni diverse in base alla gravità dell'inadempimento che vanno dalla semplice diffida, alla diffida con contestuale sospensione dell'attività per un tempo determinato, ove si manifesti il rischio di impatti ambientali significativi e negativi, alla revoca del provvedimento di verifica di assoggettabilità a VIA e del provvedimento di VIA, in caso di mancato adeguamento alle prescrizioni imposte con la diffida e in caso di reiterate violazioni che determinino situazioni di pericolo o di danno per l'ambiente. Sono inoltre previste sanzioni pecuniarie.

<sup>78</sup> A. ZATTI, *Aspetti economici della normativa IPPC e dell'autorizzazione integrata ambientale*, in «Ambiente e sviluppo», 2005, pp. 12 ss. Come evidenziato dall'autore, l'AIA garantisce coerenza all'azione amministrativa e consente il rispetto dell'unicità dell'azione amministrativa con l'ulteriore risultato pratico di semplificare i rapporti «tra industria e autorità ambientali».

<sup>79</sup> Un sistema basato su differenti autorizzazioni per ogni singola forma di inquinamento oltre che appesantire il procedimento non realizza una compiuta funzione di prevenzione, dal momento che gli effetti di esse non corrispondono alla loro semplice somma, ma sono il frutto della loro interazione. In questo senso, già Rossi, *op. cit.*, p. 87. Cfr. anche A. SCARCELLA, *L'autorizzazione integrata ambientale. Il nuovo sistema unitario di prevenzione*

Il procedimento, che si apre con l'istanza dell'impresa all'amministrazione competente<sup>80</sup>, prevede l'obbligo di consultazione pubblica, il ricorso alla conferenza di servizi<sup>81</sup> e deve concludersi entro centocinquanta giorni dalla presentazione della domanda<sup>82</sup>. Nel rilascio dell'Aia l'amministrazione tiene conto di *standard* ambientali prefissati che stabiliscono i limiti massimi (c.d. valori limite) e i limiti tendenziali (c.d. valori obiettivo) della quantità di inquinamento consentita<sup>83</sup>. Gli *standard* sono individuati facendo costante riferimento al concetto di «migliore tecnologia disponibile» (c.d. BAT - *best available techniques*)<sup>84</sup>. Il richiamo alle BAT incentiva il ricorso al progresso scientifico e tecnologico nel settore<sup>85</sup>, imponendo un miglioramento

*e controllo delle fonti inquinanti dell'ambiente*, Giuffrè, Milano, 2005; M. GABRIOTTI, *L'autorizzazione integrata ambientale*, in «Ambiente», 2000, 5, pp. 425 ss.; V. PAMPANIN, *Autorizzazione integrata e regolazione ambientale*, Aracne editrice, Roma, 2014.

<sup>80</sup> La competenza è ripartita in base al tipo di impianto e alla relativa potenza tra livello statale (gli impianti con maggiori capacità produttive) e livello regionale. Per la competenza statale cfr. Allegato XII alla parte seconda del d.lgs 152/2006 cit.

<sup>81</sup> Per quanto riguarda la conferenza di servizi, la previsione, recentemente introdotta, per cui in caso di dissenso qualificato, l'onere di ricorrere al Consiglio dei ministri grava sull'amministrazione dissenziente che deve proporre opposizione entro un termine ristretto altrimenti la decisione acquista efficacia, va valutata positivamente in quanto rende meno squilibrato il rapporto tra interesse economico del privato alla realizzazione dell'opera e interesse ambientale.

<sup>82</sup> La realtà mostra tuttavia, tempi più lunghi. Nel caso di domande di riesame per modifiche sostanziali i tempi sono di circa dodici mesi. Negli altri casi, in caso di richiesta di nuova Aia, ma anche di riesame o di rinnovo, dalla data in cui è presentata l'istanza alla data in cui è adottato il provvedimento possono decorrere anche tre anni (cfr. elenco dei provvedimenti, con riferimento alla data di avvio e alla data di adozione del provvedimento finale, consultabile all'indirizzo <http://aia.minambiente.it/ListaProvvedimenti.aspx>).

<sup>83</sup> Per una tassonomia degli *standard* in materia ambientale si rinvia a F. FONDERICO, *Limiti e standard*, in *Trattato*, cit., pp. 57 ss. in cui si evidenzia il graduale passaggio da *standard* autoritativi a *standard* elaborati in seguito alla partecipazione dei soggetti interessati. Sulle tipologie e sulle funzioni degli *standard* in materia ambientale, M. RENNA, *Il sistema degli «standard ambientali» tra fonti europee e competenze nazionali*, in *L'ambiente nel nuovo titolo V della Costituzione*, «Quaderni della Rivista Giuridica dell'Ambiente», a cura di B. Pozzo, M. RENNA, 2004, 15, pp. 93 ss.

<sup>84</sup> Per il significato di migliori tecniche disponibili cfr. art. 5, comma 1, lett. l *ter*, Codice dell'ambiente.

<sup>85</sup> Il richiamo alle migliori tecnologie disponibili, criterio usato per l'individuazione degli *standard* e dei valori limite, si pone ad ulteriore giustificazione del carattere temporaneo che caratterizza tutte le autorizzazioni ambientali. La necessità di tener conto dello sviluppo tecnologico del settore e dell'acquisizione di nuove conoscenze, insieme al carattere preventivo della tutela dell'ambiente richiede, infatti, non solo che durante la durata dell'autorizzazione siano svolti controlli periodici, ma anche che l'amministrazione possa pronunciarsi *ex novo* decorso un tempo congruo fissato dal legislatore. La previsione di una durata limitata nel tempo per tutte le autorizzazioni ambientali si accompagna a quella

continuo degli impianti in termini di compatibilità ambientale. Il riferimento alle «tecniche» e non alle tecnologie, inoltre, consente di ampliare il concetto sino a ricomprensivi strumenti organizzativi o procedurali.

Il provvedimento adottato, se positivo, ha natura autorizzatoria e insieme conformativa: con l'AIA, l'amministrazione indica all'impresa istante gli interventi necessari per la protezione dell'ambiente e fissa i valori limite di emissione per le sostanze inquinanti che possono essere emesse dall'impianto, le misure da adottare per l'avvio dell'impianto nei casi di malfunzionamento, i requisiti per il controllo e la metodologia di misurazione.

Il procedimento per la valutazione d'impatto ambientale e quello per il rilascio dell'autorizzazione integrata ambientale sono preordinati ad accertamenti diversi ed autonomi e pertanto, l'autorizzazione integrata ambientale può essere negata anche in presenza di una VIA positiva<sup>86</sup>. L'AIA,

---

del rinnovo, istituito anch'esso trasversale alle varie autorizzazioni ambientali. Il rinnovo è a tutti gli effetti una nuova autorizzazione, salvo quanto previsto per la proroga legale degli effetti e delle prescrizioni contenute nel precedente provvedimento autorizzatorio. Il provvedimento di rinnovo può, quindi, contenere anche nuove prescrizioni e non è previsto alcun regime agevolato. In merito alla possibilità di adeguare l'autorizzazione vigente alle nuove tecnologie, cfr. Cons. St., V, 29 aprile 2009, n. 2746. Il giudice amministrativo ha, in particolare, previsto la facoltà per l'amministrazione di rivedere in qualsiasi momento le prescrizioni dell'autorizzazione in caso di nuove sopravvenienze. Si tratta secondo la giurisprudenza di «un portato essenziale della *diuturnitas* della potestà amministrativa che mai si consuma e si esaurisce con l'adozione del provvedimento, restando sempre aperta la strada del suo motivato riesercizio fino al [...] ritiro in autotutela dell'atto adottato».

<sup>86</sup> La giurisprudenza ha così risolto un problema sorto in ragione della formulazione poco chiara della disciplina previgente in base alla quale il provvedimento di VIA positivo assorbiva l'AIA, ma solo nel caso in cui entrambi fossero di competenza statale. Nel caso di AIA di competenza regionale, invece, l'assorbimento nella VIA era precluso. In relazione al rapporto tra questi due provvedimenti ci si era allora chiesti se, in caso di esito positivo della VIA, si potesse negare comunque l'AIA e, al contrario, se in caso di esito negativo della VIA, si potesse rilasciare o meno l'autorizzazione integrata. Il giudice amministrativo ha ritenuto che la VIA positiva costituisce il presupposto dell'AIA con la conseguenza che una valutazione di impatto ambientale negativa preclude il rilascio dell'autorizzazione integrata ambientale, nonostante le differenze tra i due istituti. Cfr. *ex multis*, Cons. St., IV, 18 luglio 2017, n. 3559; Cons. St., V, 6 luglio 2016, n. 3000; Cons. St., V, 26 gennaio 2015, n. 313; Tar Emilia Romagna, Bologna, I, 26 novembre 2007, n. 3365. Il problema è stato, in ogni caso, oggi superato dalla nuova formulazione normativa degli artt. 27 e 27 *bis*, Cod. amb., in base ai quali il proponente ha la facoltà, sia nel caso di procedimenti di VIA di competenza statale, sia nel caso di procedimenti di VIA di competenza regionale, di richiedere all'amministrazione che la valutazione di impatto ambientale sia rilasciata con un provvedimento unico comprensivo di ogni autorizzazione, intesa, parere, concerto, nulla osta, o atto di assenso in materia ambientale necessario per la realizzazione e l'esercizio del progetto, compresa l'autorizzazione integrata ambientale.

infatti, pur condividendo le finalità della VIA, diverge da essa sia per ambito oggettivo di applicazione, in quanto non interessa i profili localizzativi e strutturali dell'impianto, ma riguarda profili gestionali legati alle modalità di funzionamento; sia per il tipo di controllo svolto dall'amministrazione, in quanto l'autorizzazione integrata ha ad oggetto il controllo delle emissioni sulle tipiche matrici ambientali e implica periodiche verifiche e aggiornamenti<sup>87</sup>, mentre la VIA implica una valutazione a più ampio raggio, volta a verificare l'impatto dell'impianto progettato sulle diverse componenti del contesto ambientale e si esaurisce in una valutazione *una tantum*.

#### 4.1. *Condizionamenti pubblici e condizionamenti privati all'iniziativa economica in presenza di interessi ambientali*

L'impresa, sia in caso di VIA, sia in caso di AIA, è destinataria di un potere amministrativo di tipo autoritativo<sup>88</sup>, a contenuto discrezionale, ma con ambiti significativi di discrezionalità tecnica, con effetti anche di tipo conformativo.

Con il rilascio dell'autorizzazione o in caso di esito positivo della VIA, l'impresa è infatti, assoggettata ad una serie di condizioni e di prescrizioni<sup>89</sup>. In entrambi i casi sono indicati i piani per il monitoraggio e il controllo da svolgere durante la vita dell'impianto al fine di verificare la conformazione dell'attività del gestore agli obblighi indicati a monte, dall'amministrazione

<sup>87</sup> Come evidenziato da G. DE GIORGI, *Le procedure integrate*, in *Trattato.*, cit., pp. 191 ss., spec. pp. 215 -216.

<sup>88</sup> Il ricorso a misure riconducibili allo schema classico del *command and control* non esaurisce il novero degli strumenti a tutela dell'ambiente, oggi affiancati e, in alcuni ordinamenti in gran parte sostituiti, da misure c.d. incentivanti, come osservato da M. CLARICH, *La tutela dell'ambiente attraverso il mercato*, in «Dir. pubbl.», 2007, 1, pp. 219 ss.; R.B. STEWART, *Ambiente*, in «Enc. delle scienze sociali», *ad vocem*, Treccani, Roma, 1991; ID., *Environmental Regulation and International Competitiveness*, in «Yale Law Journal», 1993, vol. 102, n. 8, pp. 2039 ss.

<sup>89</sup> Si tratta di ordini di fare e non fare che integrano il contenuto dell'autorizzazione e che possono consistere in condizioni sospensive all'attivazione dell'impianto, prescrizioni relative alla gestione dell'attività consentita (come la previsione di un quantitativo massimo di rifiuti trattabili o l'imposizione delle tipologie di quantità di emissioni in atmosfera). Sul punto le discipline relative alle autorizzazioni per i singoli fattori di inquinamento divergono. Si va da prescrizioni meno dettagliate, come la norma in materia di autorizzazioni allo scarico di acque reflue industriali, che non dice nulla in merito ai possibili contenuti del provvedimento autorizzatorio, a prescrizioni puntuali, come nel caso della previsione relativa all'autorizzazione alle emissioni in atmosfera, o, ancor più, nel caso dell'AIA. Il rispetto delle prescrizioni contenute nell'autorizzazione è, poi, soggetto a controlli e ispezioni periodici. L'inosservanza delle prescrizioni può dar luogo alla revoca dell'autorizzazione oltre che all'irrogazione di sanzioni. Cfr. art. 269, commi da 4 a 6, Cod. Amb.

con il provvedimento di autorizzazione o di valutazione positiva.

Il potere conformativo dell'amministrazione tuttavia, non si spinge a imporre l'uso di tecnologie o di specifiche modalità di produzione come, in passato, accadeva con l'autorizzazione alla realizzazione di impianti industriali o nel settore dell'industria estrattiva<sup>90</sup>. Per quanto intenso, dunque, il condizionamento della posizione giuridica dell'impresa, rappresenta un limite esterno, giustificato alla luce di interessi pubblici costituzionalmente garantiti, che non si traduce nella funzionalizzazione dell'attività economica e che non prevale rispetto all'effetto assentivo dell'autorizzazione<sup>91</sup>. La possibilità di apporre condizioni all'autorizzazione inoltre, in quanto introduce un meccanismo di flessibilità, può avvantaggiare lo stesso imprenditore il quale può realizzare l'impianto e svolgere l'attività superando l'iniziale conflitto con l'interesse ambientale attraverso il corretto adempimento delle condizioni fissate.

La posizione di soggezione del privato di fronte all'amministrazione è attenuata anche dalla previsione della discrezionalità tecnica che offre all'impresa una maggiore certezza e prevedibilità in merito alle scelte dell'amministrazione<sup>92</sup>. Questa, tuttavia, non esprime, nei procedimenti di VIA e di AIA, un mero giudizio tecnico<sup>93</sup>. La pluralità degli interessi coinvolti

<sup>90</sup> Cfr. *infra* paragrafo seguente.

<sup>91</sup> Emerge in particolare, la differenza con alcune autorizzazioni allo svolgimento di attività economiche vigenti in passato rispetto alle quali era stato infatti, osservato che «l'effetto permissivo [...] perde rilevanza, scolora, a fronte dell'effetto conformativo. Il procedimento di consenso conforma il diritto di impresa oggettivando in tal modo la gestione che deve corrispondere in alcuni suoi accadimenti a moduli prefissati e assume separata evidenza rispetto al soggetto titolare la cui volontà risulta in definitiva giuridicamente irrilevante per il raggiungimento di fini pubblici garantiti invece da siffatta connotazione oggettiva». VILLATA, *Autorizzazioni amministrative e iniziativa economica privata.*, cit., pp. 190-191.

<sup>92</sup> Il richiamo alle migliori tecniche 'disponibili', ad esempio tutela l'impresa nei confronti di richieste eccessivamente dispendiose da parte dell'amministrazione. La c.d. disponibilità presente nella definizione di BAT deve, infatti, essere intesa non solo con riferimento alla disponibilità tecnologica, ma anche con riferimento alla disponibilità economica, per cui le migliori tecniche disponibili non devono comportare un costo eccessivo per l'impresa. Così M.A. LABARILE, *Autorizzazione integrata ambientale, come cambia il ruolo delle BAT (Best Available Techniques)*, in «Riv. giur. amb.», 2013, 1, pp. 1 ss.; A. ZATTI, *Aspetti economici della normativa IPPC e dell'autorizzazione integrata ambientale*, in A. MILONE ET AL. *Autorizzazione integrata ambientale: nuove regole, strumenti, attori*, «Ambiente e sviluppo», 2005, p. 12.

<sup>93</sup> La giurisprudenza, a proposito della VIA, ha più volte ricordato che quello effettuato dall'amministrazione non rappresenta solo giudizio tecnico, suscettibile in quanto tale di verificazione sulla base di oggettivi criteri di misurazione, ma presenta «profili di discrezionalità amministrativa particolarmente intensi, sia sul piano dell'apprezzamento degli interessi pubblici in rilievo, sia per quanto attiene alla loro ponderazione rispetto all'interesse all'esecuzione dell'intervento da realizzare». *Ex multis*, Cons. St., IV, 27

e il carattere sensibile di alcuni di essi rende necessaria quella ponderazione tipica della discrezionalità amministrativa che consente di individuare, caso per caso, l'interesse prevalente rifuggendo da «gerarchie statiche»<sup>94</sup>. Ciò se da un lato, può favorire anche l'impresa, garantendole la flessibilità a cui sopra si faceva riferimento, dall'altro genera, nella prassi operativa, il rischio di decisioni arbitrarie da parte delle amministrazioni<sup>95</sup>. Questo rischio risulta,

---

marzo 2017, n. 1392; Tar Calabria, Catanzaro, I, 2 novembre 2016, n. 2057; Tar Emilia Romagna, Parma, I, 30 giugno 2016, n. 218. Ciò, come noto, si riflette sul sindacato del giudice amministrativo limitato alle ipotesi di manifesta illogicità o travisamento dei fatti. Si nota, da questo punto di vista, una sorta di *self-restraint* del giudice amministrativo il cui sindacato sembra arrestarsi di fronte ai richiamati elevati profili di discrezionalità amministrativa dell'amministrazione procedente. Critico rispetto alla deferenza del giudice amministrativo, R. FERRARA, *La valutazione di impatto ambientale fra discrezionalità dell'amministrazione e sindacato del giudice amministrativo*, in «Il Foro amministrativo T.A.R.», 2010, 10, pp. 3179 ss. Si veda tuttavia, Cons. St., VI, 22 settembre 2014, n. 4775 secondo cui, sebbene la valutazione di impatto ambientale del progetto di realizzazione di un impianto eolico sia improntata ad ampia discrezionalità, sia tecnica che amministrativa, la successiva cognizione del giudice amministrativo non è limitata alla logicità, congruità e completezza dell'istruttoria, ma si estende anche alla valutazione dell'eventuale erroneità dell'apprezzamento dell'amministrazione. Sul concreto atteggiarsi del rapporto tra giudice e amministrazione, anche in presenza di elevati profili di discrezionalità, E. ROTOLO, S. DEL GATTO, *Il giudice e l'amministrazione*, in *La dinamica del diritto amministrativo. Dieci lezioni*, a cura di L. TORCHIA, Il Mulino, Bologna, 2017, pp. 255 ss., spec. pp. 282 ss.

<sup>94</sup> Con riferimento alla nota vicenda Ilva, la Corte costituzionale ha posto l'accento sulla necessità di un «bilanciamento mobile» e ha ricordato che «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». Corte cost., 9 maggio 2013, n. 85. In argomento si vedano le riflessioni svolte da V. ONIDA, *Un conflitto tra poteri sotto la veste di questione di costituzionalità: amministrazione e giurisdizione per la tutela dell'ambiente. Nota a Corte costituzionale, sentenza n. 85 del 2013*, in «Riv. AIC», 2013, pp. 3 ss.; M. BONI, *Le politiche pubbliche dell'emergenza tra bilanciamento e «ragionevole» compressione dei diritti: brevi riflessioni a margine della sentenza della Corte costituzionale sul caso Ilva (n. 85/2013)*, in «Federalismi.it», 2014, n. 3. Sul carattere dinamico dell'autorizzazione integrata ambientale quale prerogativa tipizzante del provvedimento, tale per cui cambiamenti nelle condizioni ambientali o nelle conoscenze scientifiche o nel progresso tecnologico impongono l'adeguamento del provvedimento temporaneo, in dottrina, 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, 6, pp. 1697 ss., spec. p. 1705. Cfr. anche (citato anche dalla stessa Autrice), E. FREDIANI, *Autorizzazione integrata ambientale e tutela «sistemica» nella vicenda dell'Ilva di Taranto*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it).

<sup>95</sup> Emblematici al riguardo gran parte dei casi analizzati nella citata ricerca svolta tra il 2015 e il 2016, coordinata da Luisa Torchia su «I nodi della pubblica amministrazione» (ES, Napoli, 2016, cit.). Ad essere messa in luce dallo studio è stata principalmente, la divaricazione tra

in particolare, aggravato dalla previsione di alcune garanzie procedurali rafforzate introdotte in ragione della rilevanza dell'interesse ambientale e della sua dimensione collettiva e trasversale<sup>96</sup>. Nel procedimento per l'adozione dell'AIA, ad esempio, è stata prevista, in aggiunta alle ordinarie forme di intervento degli interessati, la consultazione pubblica<sup>97</sup>, mentre nel

---

istanze a favore dello sviluppo economico e istanze a favore della protezione di altri interessi, tra cui, principalmente, quello ambientale e l'uso strumentale che di questo interesse viene spesso fatto. Il fenomeno era stato osservato in precedenza anche da Rossi (a cura di), *Diritto dell'ambiente*, cit., p. 60, il quale parla al riguardo di una sorta di eterogenesi dei fini della VIA e dell'AIA con esiti alquanto criticabili. Significativa di questa tendenza è la già ricordata, vicenda Ilva che ben ha evidenziato come, soprattutto nel caso di settori industriali strategici per l'ordinamento, le valutazioni svolte dalle amministrazioni coinvolte siano spesso adottate per ragioni politiche, e che le soluzioni ricercate e con forza portate avanti possano non essere il risultato di un'effettiva comparazione degli interessi in conseguenza di un'adeguata istruttoria anche tecnica, quanto piuttosto l'evidenza di posizioni precostituite e inamovibili. Per un commento in chiave critica del c.d. Decreto salva Ilva (d.l. 3 dicembre 2012, n. 207, convertito, con modificazioni, in l. 24 dicembre 2012, n. 231) si rinvia a F. DI CRISTINA, *Il decreto «salva Ilva»*, in «Giorn. dir. amm.», 4, 2013, pp. 369 ss.

<sup>96</sup> La rilevanza riconosciuta all'interesse ambientale, ha, inoltre, imposto significativi limiti alla semplificazione. Non opera ad esempio, il silenzio assenso in quanto quando opera questo istituto, manca quella ponderazione di interessi considerata invece, imprescindibile in materia ambientale. Così con orientamento risalente e costante, si è pronunciata la Corte di Giustizia UE, già a partire dalla sentenza 28 febbraio 1991, C-360/87. Sul difficile rapporto tra esigenze di semplificazione e garanzia di tutela dell'interesse ambientale, E. CASETTA, *La difficoltà di semplificare*, in «Dir. amm.», 1998, 3-4, pp. 335 ss.; M. RENNA, *Semplificazione e ambiente*, in «Riv. giur. edil.», 2008, 1, pp. 37; M. SINISI, *L'autorizzazione paesaggistica tra liberalizzazione e semplificazione (D.P.R. 13 febbraio 2017 n. 31): la «questione aperta» del rapporto tra semplificazione amministrativa e tutela del paesaggio*, in «Riv. giur. edil.», 2017, 4, pt. 2, pp. 235 ss. La semplificazione può, però, consistere in una semplificazione procedimentale, come nel caso dell'autorizzazione unica ambientale (AUA) prevista per gli impianti che devono ottenere almeno una delle autorizzazioni o comunicazioni ambientali in materia di scarichi in ambiente idrico, emissioni in atmosfera (inclusa l'autorizzazione generale), gestione dei rifiuti in regime semplificato, impiego dei fanghi in agricoltura, nulla osta in materia di inquinamento acustico. L'istituto è rivolto alle piccole e medie imprese e in generale, agli impianti non soggetti ad AIA (ovvero quelli di maggiori dimensioni). Sull'AUA, senza pretesa di completezza, si rinvia a A. MURATORI, *Decreto «Semplificazioni»: in arrivo l'Autorizzazione Unica Ambientale*, in «Ambiente e Sviluppo», 2012, 3, pp. 205 ss.; E. SCHNEIDER, *L'autorizzazione unica ambientale. Decreto del Presidente della Repubblica 13 marzo 2013, n. 59. Aua: linee guida operative*, in «Giorn. dir. amm.», 2014, 5, pp. 454 ss.; I. DE CHIARO, *La nuova autorizzazione unica ambientale (A.U.A.). Quadro normativo e spunti critici*, in «Riv. giur. edil.», 2013, 3, pp. 3 ss.; R. MONTANARO, *La nuova autorizzazione unica ambientale*, in «Dir. econ.», vol. 26, n. 81, 2013, pp. 495 ss., spec. p. 506.

<sup>97</sup> L'amministrazione competente, entro trenta giorni dal ricevimento della domanda, pubblica sul proprio sito web l'indicazione della localizzazione dell'installazione e il nominativo del gestore, nonché degli uffici dove è possibile prendere visione degli atti e

procedimento di VIA, ha recentemente fatto ingresso l'inchiesta pubblica<sup>98</sup>, al fine di assicurare forme di consultazione e partecipazione più avanzate, sull'esempio di quanto avvenuto da tempo, in altri ordinamenti<sup>99</sup>.

Il rafforzamento dei diritti di partecipazione non ha tuttavia, sempre, effetti positivi per l'impresa o per l'amministrazione procedente. L'elevata conflittualità generata da alcuni progetti di rilevante impatto ambientale infatti, in alcuni casi ha trasformato questi istituti da misure di ricerca del consenso, a strumenti di manifestazione del dissenso, utilizzati per impedire la realizzazione del progetto. L'uso strumentale della finalità 'difensiva' e di quella 'deliberativa' della partecipazione<sup>100</sup> ha generato dunque, un limite ulteriore per l'iniziativa economica e per lo sviluppo economico che deriva, però, in questo caso, non dall'amministrazione procedente, ma da altri soggetti anche privati<sup>101</sup>.

---

trasmettere le osservazioni. Entro trenta giorni dalla data di pubblicazione dell'annuncio, i soggetti interessati possono presentare osservazioni in forma scritta.

<sup>98</sup> Art. 24 *bis*, Cod. amb., inserito dall'art. 13, comma 2, d.lgs. 16 giugno 2017, n. 104.

<sup>99</sup> Su cui L. CASINI, *L'inchiesta pubblica. Analisi comparata*, in «Riv. trim. dir. pubbl.», 2007, pp. 43 ss.; sulla partecipazione dei privati alla costruzione di grandi opere in prospettiva comparata, S. CASSESE, *La partecipazione dei privati alle decisioni pubbliche. Saggio di diritto comparato*, in «Riv. trim. dir. pubbl.», 2007, pp. 3 ss.; A. AVERARDI, *Amministrare il conflitto: costruzioni di grandi opere e partecipazione democratica*, in «Riv. trim. dir. pubbl.», 2015, pp. 1173 ss.

<sup>100</sup> Si fa riferimento alle tre funzioni della partecipazione dei privati al procedimento amministrativo individuate da CASSESE, *op. ult. cit.* Come evidenziato dall'Autore, la partecipazione serve all'amministrazione in quanto fornisce informazioni di cui questa non beneficia, serve a difendere il privato e gli consente di farsi ascoltare dall'autorità decidente.

<sup>101</sup> Le imprese concorrenti, ad esempio, possono sfruttare la discrezionalità amministrativa (e le sue patologie) e avvalersi delle procedure a tutela dell'ambiente per finalità egoistiche, con l'obiettivo di bloccare la realizzazione di impianti sul territorio in cui svolgono la loro attività, per evitare di essere danneggiate economicamente dalla concorrenza. Emblematico al riguardo il caso deciso da Tar Toscana, I, 19 gennaio 2017, n. 64, con commento di G. MOCAVINI, *L'impatto ambientale delle attività estrattive e la funzione delle misure di compensazione*, in «Giorn. dir. amm.», 2017, 3, pp. 380 ss.

5. *La libertà di iniziativa economica nell'industria estrattiva tra aumento delle garanzie a favore dell'impresa e mantenimento dei poteri conformativi in capo all'amministrazione*

Oltre alle autorizzazioni trasversali a più settori e a quelle specifiche sin qui viste legate alla realizzazione di un impianto e all'impatto di questo sul territorio e sull'ambiente, il potere pubblico può limitare (e ha limitato) l'avvio di un'attività produttiva in ragione del tipo di attività svolta o del bene prodotto, come avviene ad esempio, nell'industria estrattiva, oggetto, sin dall'inizio dello scorso secolo, di un significativo intervento pubblico indiretto<sup>102</sup>.

L'avvio dell'attività estrattiva richiede, infatti, il previo rilascio di due provvedimenti amministrativi di assenso, il permesso di ricerca<sup>103</sup> e la concessione di coltivazione, in ragione della natura pubblica dei beni oggetto dell'attività di estrazione<sup>104</sup>.

La disciplina dei due provvedimenti autorizzatori è ancora contenuta nella prima legge unitaria in materia adottata nel periodo fascista<sup>105</sup>, ma

<sup>102</sup> P. GIAMPIETRO, *Per l'unificazione e la riforma del diritto minerario italiano*, Athenaeum, Roma, 1919, p. 4. Come osservato dall'Autore, in quell'epoca, era forte il legame tra lo sviluppo delle imprese di estrazione e «l'indipendenza economica e politica delle nazioni». Mentre in molti ordinamenti l'intervento dello Stato andava riducendosi in quanto «paralizzava le molle naturali dell'attività di scambio, la libera concorrenza e lo spirito di intrapresa», in Italia, nei diversi territori si applicava, ora la legge francese, ora quella austriaca, entrambe caratterizzate da una forte ingerenza pubblica.

<sup>103</sup> Come osservato in giurisprudenza, il termine permesso era usato dal legislatore per indicare in realtà una licenza o una autorizzazione. Cfr. Cass., III, 23 gennaio 1962, n. 95 in «Giust. civ.», 1962, I, pp. 919 ss., con nota di O. DI SALVO, *Appunti sulla natura giuridica del permesso di ricerca mineraria*. In dottrina è prevalsa la tesi che si trattasse di autorizzazione. In questo senso G. GUARINO, *La disciplina giuridica dei permessi di ricerca e delle concessioni minerarie*, in *Scritti di diritto pubblico dell'economia e diritto dell'energia*, Giuffrè, Milano, 1962, pp. 267 ss.; G. BARUCCHI, *Osservazioni intorno al problema della qualificazione giuridica del permesso di ricerca mineraria*, in «Riv. int. di scienze economiche e sociali», 1959, pp. 801; E. CASETTA, *Sulla natura giuridica del permesso di ricerca mineraria*, in «Riv. dir. min.», 1950, pp. 57 ss. In senso contrario alla giurisprudenza in merito alla qualificazione del permesso di ricerca, B. ALESSI, *Sulla qualificazione giuridica del permesso di ricerca mineraria*, in «Riv. dir. min.», 1953, pp. 63 ss. secondo cui il permesso di ricerca avrebbe avuto natura di concessione traslativa dell'esercizio di una pubblica funzione.

<sup>104</sup> Il R.d. n. 1443/27, cit. distingueva tra attività di ricerca mineraria, sottoposta a permesso, e coltivazione della miniera oggetto invece di concessione statale. Tale distinzione di fondo venne confermata dalla disciplina successiva.

<sup>105</sup> Legge mineraria 29 luglio 1927, n. 1443. La legge del 1927 va collocata nel preciso contesto storico in cui nasce, segnata dall'economia di guerra e volta a dare soluzione al problema della pluralità di regimi unificando la disciplina dei beni minerari. La guerra aveva reso evidente e

ha subito importanti modifiche in seguito all'adozione del regolamento di esecuzione nella metà degli anni novanta<sup>106</sup>.

Prima dell'approvazione del regolamento di attuazione, il permesso era rilasciato dal ministro per l'economia nazionale<sup>107</sup> dopo aver verificato le capacità tecniche ed economiche dell'istante, con l'obiettivo di consentire solo l'avvio di investimenti e attività fruttiferi per lo sviluppo economico del Paese<sup>108</sup>. In caso di concorrenza di più domande e in assenza di specifici criteri normativi, si riteneva che non potesse essere seguito il c.d. criterio cronologico legato alla data di presentazione dell'istanza, ma che dovesse essere svolto un esame comparativo delle capacità degli aspiranti

---

urgente la necessità di mettere a frutto i giacimenti minerari nazionali al fine di contribuire a risollevarne la produzione industriale italiana nell'immediato dopoguerra. In seguito al primo conflitto mondiale, la legislazione mineraria fu trasfusa nel R.d.l. 19 novembre 1921, n. 1605 che sostanzialmente recepiva la legislazione precedente (d.lt. n. 35 del 7 gennaio 1917 e d.lt. 18 luglio 1918, n. 1194) mentre si lavorava per un progetto di legge generale e di unificazione della disciplina dei beni minerari che poi sarebbe intervenuto nel 1927. Su queste vicende e sulle ragioni storiche della legge del 1927, si rinvia a D. SIMONCELLI, *Lo Stato e l'industria mineraria*, vol. I, Treves, Milano, 1929, pp. 334 ss.; G. BERIO, *La riforma della legislazione mineraria*, Ist. editoriale scientifico, Milano, 1928, pp. 33 ss. Nel previgente sistema tuttavia, poiché la proprietà restava in capo al privato, la concessione ivi prevista aveva la funzione di costituire un particolare regime amministrativo di un'attività svolta in forma di impresa che consentiva all'amministrazione di esercitare penetranti poteri sia sulla gestione (determinazione dei messi di coltivazione, determinazione del rendimento), sia sulla stessa organizzazione dell'impresa. Nel '27 invece si scelse un sistema di appartenenza di tipo demaniale. L'impresa privata restava al centro dell'uso di questi beni e diventava quindi centrale disciplinarne l'esercizio al fine di garantire la soddisfazione di interessi sociali. La disciplina del bene miniera era quindi, in realtà, la disciplina dell'impresa mineraria. Su questi aspetti, ampiamente PUGLIESE, *Proprietà e impresa*, cit., pp. 919 ss., secondo il quale la pubblicizzazione del bene era servita come mezzo per arrivare alla disciplina dell'impresa privata di sfruttamento della miniera. Per l'A. «ciò che importava all'autorità non era la tutela dei beni pubblici concessi all'impresa bensì proprio l'utilizzazione dei medesimi ad opera dell'impresa [...]».

<sup>106</sup> D.P.R., 18 aprile 1994, n. 382.

<sup>107</sup> Artt. 4 e ss. La norma, a differenza di quanto previsto per la concessione, non contemplava il necessario parere del Consiglio superiore delle miniere. Si riteneva, tuttavia, che ove sentito, l'amministrazione ne avrebbe dovuto tenere conto. Così Cons. St., IV, 26 marzo 1947, in «Riv. dir. min.», 1950, p. 54 ss.

<sup>108</sup> Cfr. SPAGNUOLO VIGORITA, *Iniziativa economica*, cit., che inserisce i permessi di ricerca tra le autorizzazioni economiche con esame del bisogno. Sui criteri per il rilascio del permesso e sulla natura del provvedimento, Cass. SS.UU., 8 luglio 1953, n. 2144; 2 aprile 1959, n. 973; Cons. giust. amm. Reg. sic., 22 dicembre 1955, n. 196; Cons. St., VI, 25 gennaio 1956, n. 56. Con riferimento alla posizione soggettiva dell'impresa, PUGLIESE, *Proprietà e impresa: riflessioni sui procedimenti costitutivi dei beni minerari*, cit., pp. 919 ss.

con riferimento ai rispettivi programmi<sup>109</sup>. Il giudizio era ampiamente discrezionale ed espressamente qualificato come insindacabile.

Analogamente, la concessione per la coltivazione delle miniere<sup>110</sup> era rilasciata dal ministro, sentito il parere del Consiglio superiore delle miniere, a colui che, a suo insindacabile giudizio, avesse l'idoneità tecnica ed economica per condurre l'impresa.

L'ampia discrezionalità di cui godeva l'autorità amministrativa nella fase di rilascio del permesso e in sede di emanazione della concessione è stata dapprima significativamente circoscritta dalla giurisprudenza<sup>111</sup> e poi ulteriormente limitata dal regolamento di esecuzione attraverso la previsione di regole procedurali dettagliate a garanzia del privato.

Ancora oggi, l'attività di estrazione può essere iniziata solo da chi possiede le capacità tecniche ed economiche necessarie, ma la predeterminazione dei criteri di valutazione ad opera del regolamento circoscrive in modo significativo il potere discrezionale dell'autorità amministrativa<sup>112</sup>. In questo senso va letta anche l'introduzione dell'obbligo, previsto sia per il rilascio del permesso, sia

<sup>109</sup> Cons. St., VI, 18 aprile 1962, n. 345; 9 maggio 1962, n. 362; n. 196/56 cit.; Cons. giust. Amm. Reg. Sic., n. 56/56, cit. La dottrina al riguardo è stata critica. Cfr. D. SIMONCELLI, *Permessi di ricerca mineraria e domande in concorrenza*, in «Riv. beni pubblici», 1936, pp. 567 ss.; A. GILARDONI, *Trattato di diritto minerario*, vol. II, Sapienza, Roma, 1928, pp. 258 ss.; G. NEGRI, *Sulla concorrenza di domande di permesso di ricerca*, in «Riv. dir. min.», 1956, pp. 98 ss.

<sup>110</sup> La dottrina era unanime sulla natura concessoria del provvedimento in linea con quanto previsto dalla legge. Si sarebbe trattato in particolare di concessione di bene patrimoniale indisponibile. Concorde GUARINO, *La disciplina giuridica*, cit., p. 267; A. MONTEL, *Concessione mineraria, natura del diritto del concessionario e portata del vincolo sul soprasuolo*, in «Riv. dir. min.», 1951, pp. 252 ss. In giurisprudenza il concessionario era qualificato come un privato esercente una pubblica funzione, non invece, come un organo dell'amministrazione. Così, Cons. St., IV, 26 aprile 1935, n. 212.

<sup>111</sup> Secondo la giurisprudenza l'amministrazione era comunque tenuta a rispettare le norme di cui agli artt. 15 e 26 della legislazione mineraria. In particolare la valutazione del programma presentato dall'istante doveva basarsi sull'accertamento della sua adeguatezza all'importanza del giacimento e non poteva al contrario, limitarsi a stabilire in astratto, l'idoneità del richiedente all'attuazione del programma. Così Cons. St., VI, 22 ottobre 1960, n. 841. Lo stesso Consiglio superiore delle miniere nell'adozione di alcuni pareri (cfr. parere 1° giugno 1934, in «Mass. Cons. Superiore Miniere», 1934, p. 20; parere 15 novembre 1935, *ivi*, 1935, p. 19) aveva sottolineato la necessità che la concessione fosse rilasciata solo a chi offrisse le maggiori garanzie di idoneità tecnica e di mezzi da impiegare nell'impresa. Si evidenziava inoltre, che la capacità finanziaria del ricorrente doveva essere tale da dare pieno affidamento sia per quanto riguardava lo sfruttamento della miniera, sia per ciò che atteneva alla cauzione e alla garanzia che doveva essere corrisposta ai proprietari superficiali per eventuali danni.

<sup>112</sup> Cfr. art. 4 per il permesso di ricerca e art. 11 per la concessione.

per quello della concessione, di convocare una conferenza di servizi al fine di acquisire le determinazioni delle altre amministrazioni coinvolte.

La posizione giuridica dell'impresa, maggiormente garantita rispetto al passato, in sede di rilascio dei provvedimenti di assenso, resta però ancora fortemente condizionata in fase di svolgimento dell'attività. Il regolamento di esecuzione non ha infatti, introdotto novità di rilievo per quanto riguarda i poteri che l'amministrazione può esercitare nei confronti del ricercatore e del concessionario, successivamente all'adozione del permesso e della concessione. Attraverso questi atti assumono rilevanza momenti organizzativi e gestori dell'impresa e si concretizzano programmi, indirizzi e controlli sull'attività di impresa, anche tramite l'accordo con il privato che dà luogo al contratto accessivo alla concessione<sup>113</sup>. Il ricercatore<sup>114</sup>, ad esempio, non può disporre delle sostanze estratte senza l'autorizzazione dell'amministrazione. Il permesso minerario indica i termini di inizio dei lavori, i mezzi di esercizio della miniera, il grado di rendimento della medesima e ogni altra prescrizione che l'autorità ritenga necessaria che sia osservata dal concessionario. Il concessionario deve coltivare la miniera con «mezzi tecnici ed economici adeguati all'importanza del giacimento»<sup>115</sup> e deve fornire all'amministrazione tutti i dati richiesti e consentire le ispezioni. Il trasferimento deve essere autorizzato, pena la nullità e la decadenza della concessione<sup>116</sup>.

La rilevanza del condizionamento sulla posizione giuridica dell'impresa discende poi, dalla disciplina della proroga, della decadenza e della rinuncia alla concessione. Il permesso, che ha natura temporanea e non può essere ceduto se non previa autorizzazione ministeriale, è prorogabile solo previo accertamento delle opere eseguite e dei risultati ottenuti. La decadenza espressamente prevista, opera oltre che in presenza di violazioni di legge, anche quando i lavori non siano iniziati nel termine stabilito o comunque entro tre mesi; o quando siano rimasti sospesi per oltre tre mesi, sul presupposto che l'interesse nazionale non possa subire pregiudizi dall'inerzia o dall'incapacità del concessionario. Il provvedimento di decadenza deve essere pronunciato

<sup>113</sup> PUGLIESE, *Proprietà e impresa.*, cit., p. 1015.

<sup>114</sup> Oggi, tuttavia non più considerato soggetto che svolge una pubblica funzione. Sulla qualificazione del ricercatore quale «mandatario della pubblica amministrazione», Cass. SS.UU., 26 luglio 1941, n. 2351. In dottrina, GILARDONI, *Trattato di diritto minerario.*, cit., p. 227; G. ABBATE, *Sulla nozione di ricercatore minerario*, in «Sinossi giuridica», 1954, p. 400.

<sup>115</sup> Art. 26, 2° comma

<sup>116</sup> Secondo il Consiglio superiore delle miniere le norme sul trasferimento si ispiravano al principio dell'unicità del concessionario per cui la pluralità di intestatari avrebbe urtato con lo spirito del sistema e con l'obiettivo di evitare il frazionamento. Cfr. parere 17 maggio 1939, in «Mass. Cons. Sup. Min.», 1939, p. 10.

previa contestazione dei motivi secondo un procedimento già previsto nella legge del 1927<sup>117</sup>, ma oggi ulteriormente specificato, in senso garantistico per l'interessato, dal regolamento di esecuzione<sup>118</sup>.

La rinuncia alla concessione richiede, infine, ancora oggi, al pari di quanto previsto dalla disciplina del 1927, l'accettazione del ministro (c.d. «decreto di accettazione della rinuncia»)<sup>119</sup>.

In questo settore, dunque, la previsione di criteri oggettivi per il rilascio dei provvedimenti di assenso, l'ampliamento delle garanzie procedurali e l'estensione della tutela giurisdizionale in passato esclusa<sup>120</sup>, hanno modificato solo in parte il rapporto tra impresa e autorità amministrativa che resta, rispetto ad altri mercati, ancora caratterizzato da significativi squilibri.

Anche nel caso dell'industria estrattiva, inoltre, la presenza di un regime amministrativo dell'entrata ha determinato, come effetto indiretto della disciplina, la possibilità che le imprese concorrenti, grazie alla legittimazione loro riconosciuta dalla giurisprudenza ad agire contro le decisioni dell'autorità amministrativa sul rilascio o sulla proroga dei permessi insistenti sulla stessa area o su aree limitrofe, censurino i provvedimenti amministrativi favorevoli all'ingresso di nuove imprese, per tutelarsi dalla concorrenza<sup>121</sup>.

## 6. *La libertà di iniziativa economica in agricoltura: il caso del contingentamento della produzione vitivinicola*

Nell'ambito delle attività agricole produttive, quello della produzione

<sup>117</sup> Cfr. artt. 40 e ss. e 9 – il procedimento di decadenza dal permesso si estende alla concessione. Fino a quando non sia pronunciato il provvedimento di decadenza il concessionario conserva un diritto soggettivo perfetto all'esercizio della concessione che si affievolisce e viene meno solo con il decreto del ministro. Così Cons. St., IV, 17 febbraio 1960, n. 63.

<sup>118</sup> Cfr. art. 16, D.P.R. n. 382/94 cit.

<sup>119</sup> In passato, l'adozione del decreto di accettazione della rinuncia prevedeva altresì, il parere del Consiglio superiore delle miniere. Il coinvolgimento del Consiglio delle miniere, organo oggi non più in essere, è stato eliminato in seguito all'entrata in vigore del D.P.R. n. 382/94 cit.

<sup>120</sup> Sino all'emanazione del regolamento di esecuzione, contro il provvedimento che pronunciava la decadenza era ammessa opposizione, decisa dallo stesso ministro, sentito il Consiglio superiore delle miniere. La decisione adottata non era ricorribile né in sede amministrativa né in sede giurisdizionale. In argomento, D. SIMONCELLI, *Discrezionalità e insindacabilità dei provvedimenti della pubblica amministrazione in materia di concessioni minerarie*, in «Dir. beni pubbl.», 1937, pp. 493 ss.

<sup>121</sup> B. RIBOLZI, *Sindacabilità da parte del giudice amministrativo dell'esercizio di poteri discrezionali in tema di proroga di permessi di ricerca mineraria*, in «Riv. dir. min.», 1951, pp. 45 ss.

vitivinicola è ancora oggi, un settore oggetto di una disciplina pubblicistica pervasiva che regola non solo, l'ingresso nel mercato e l'offerta, ma anche le strutture di produzione, i processi produttivi e il prodotto<sup>122</sup>.

La possibilità di produrre vino ai fini della commercializzazione è in prima battuta subordinata al rilascio dell'autorizzazione all'impianto dei vigneti che oggi sostituisce i c.d. diritti di impianto<sup>123</sup>, fondati sulla nozione di «potenziale produttivo», da intendere come la capacità produttiva di una superficie vitata aziendale, e sulla fissazione in via autoritativa delle quantità di vigneti impiantabili.

I diritti di impianto equivalevano in sostanza a provvedimenti autorizzatori il cui rilascio consentiva la costituzione di una coltura agricola, in particolare, di un vigneto. Il controllo dell'amministrazione aveva carattere discrezionale e verteva a valutare i c.d. bisogni del mercato. L'obiettivo della disciplina sui diritti di impianto era, infatti, quello di riallineare l'offerta alla domanda di mercato disincentivando in alcuni casi la produzione di vino. Si realizzava, pertanto, una forma d'intervento pubblico di tipo programmatico, volta a pianificare l'offerta in base alla domanda attraverso la limitazione della libertà di avvio dell'attività imprenditoriale privata<sup>124</sup>.

La disciplina dei diritti di impianto è stata riformata con l'istituzione dell'OCM Unica<sup>125</sup>. In base alle nuove regole, i diritti di impianto e reimpianto e la relativa disciplina in materia di riconoscimento e circolazione sono stati abrogati.

La scelta di abbandonare quel sistema di programmazione e di contingentamento delle produzioni è stata determinata principalmente, dall'aumento della domanda di vino e dalla riduzione del peso della produzione dei paesi europei (Francia e Italia in testa) nel mercato mondiale, in calo rispetto anche a paesi emergenti come il Cile e l'Argentina<sup>126</sup>.

All'abrogazione del regime dei diritti di impianto non è seguita, tuttavia,

<sup>122</sup> Per un'analisi a tutto tondo della «regolazione del vino» si rinvia a S. AMOROSINO, *La disciplina giuridica del vino: profili di diritto amministrativo*, in «Riv. dir. alim.», 2014, 1, pp. 61 ss.

<sup>123</sup> Regolamento (C.E.), 22 ottobre 2007, n. 1234 (recante disposizioni sull'«organizzazione comune dei mercati agricoli e disposizioni specifiche per taluni prodotti agricoli»), su cui si vedano i contributi contenuti in L. COSTATO, F. ALBISINNI (a cura di), *Le regole del vino. Disciplina internazionale, comunitaria, nazionale*, Atti del Convegno di Roma, 23-24 novembre 2007, Giuffrè, Milano, 2008.

<sup>124</sup> In questi termini, espressamente Tar Umbria, Perugia, I, 2 settembre 2016, n. 580.

<sup>125</sup> Reg. UE, 17 dicembre 2013, n. 1308.

<sup>126</sup> Si rinvia al riguardo ai dati pubblicati dall'*International Organisation of Vine and Wine* (OIV), consultabili all'indirizzo <http://www.oiv.int/>.

una liberalizzazione del settore<sup>127</sup>. L'impianto di vigneti ai fini della produzione di vino è infatti, ancora soggetto ad un controllo amministrativo *ex ante*, sotto forma di autorizzazione rilasciata al produttore dall'amministrazione regionale o dall'amministrazione statale. L'adozione dell'autorizzazione è disciplinata da alcuni decreti del MIPAAF<sup>128</sup> con i quali è stata data attuazione alle novità introdotte a livello sopranazionale. I decreti regolano il procedimento ordinario per i nuovi impianti con riferimento alla superficie vitata nazionale e il procedimento per ottenere l'autorizzazione al reimpianto<sup>129</sup>.

Per quanto riguarda il procedimento ordinario, l'istanza ha ad oggetto l'autorizzazione all'impianto in nuove superfici vitate e può essere presentata solo in un arco temporale limitato previsto ogni anno. Il rilascio delle autorizzazioni è ancora contingentato in quanto queste possono essere adottate nel limite dell'1% della superficie vitata nazionale, come individuata nell'anno precedente alla presentazione della domanda e precedentemente resa nota. Le norme dei regolamenti e alcune circolari dell'Agenzia per le erogazioni in agricoltura (AGEA) hanno dettato i criteri di priorità da seguire nel rilasciare le autorizzazioni. Una volta ricevuta l'istanza, il MIPAAF ne valuta l'ammissibilità in base ai criteri di legge. Terminata l'istruttoria, l'amministrazione comunica alle regioni competenti l'elenco delle aziende a cui devono essere rilasciate le autorizzazioni che hanno durata triennale.

La procedura per il reimpianto è più semplice e il rilascio, ad opera della regione, è automatico e privo di profili di discrezionalità. L'impresa che estirpa una superficie vitata presenta domanda per il reimpianto alla regione competente, senza limiti temporali a differenza di quanto visto per il procedimento ordinario di autorizzazione. Le regioni entro tre mesi dalla

<sup>127</sup> Si è parlato al riguardo di «liberalizzazione controllata». Così N. LUCIFERO, *Profili pubblicitari e profili privatistici delle autorizzazioni di impianto e di reimpianto di vigneti*, in «Riv. dir. agr.», 2017, 3, pp. 476 ss.

<sup>128</sup> Cfr. D.M. MIPAAF, 19 febbraio 2015, n. 1231; 15 dicembre 2015, n. 12272 e in ultimo 30 gennaio 2017 n. 527.

<sup>129</sup> I decreti disciplinano anche due procedure «minori»: la procedura transitoria con cui i diritti preesistenti sono convertiti in autorizzazioni e la procedura per il reimpianto anticipato. La procedura transitoria riguarda i titolari dei diritti di impianto alla scadenza del 31 dicembre 2015. Questi possono presentare alla regione una richiesta di conversione in autorizzazione. La procedura è destinata ad esaurirsi nel 2020, termine ultimo per presentare le richieste di conversione. La ridotta discrezionalità di cui gode l'amministrazione in questa fase è stata evidenziata dal giudice amministrativo. Si veda ad esempio Tar Puglia, III, 18 novembre 2016, n. 1778. Il procedimento di autorizzazione per reimpianto anticipato consente, invece, di effettuare un nuovo impianto sotto l'impegno di estirpare nello stesso territorio regionale, un'equivalente superficie vitata entro la fine del quarto anno dalla data in cui le viti sono state impiantate. La domanda è presentata telematicamente alla regione competente e garantita attraverso una fidejussione a favore della regione.

richiesta rilasciano l'autorizzazione e aggiornano il Registro informatico pubblico delle autorizzazioni per impianti viticoli. Anche in questo caso, l'autorizzazione ha una validità di tre anni.

Rispetto al precedente sistema, più discrezionale, i nuovi controlli sono più automatici, in quanto legati ad alcuni parametri oggettivi e a criteri guida predeterminati sulla cui base l'amministrazione adotta la scelta. Resta tuttavia, un'importante limitazione all'attività di impresa che non appare giustificabile nell'ambito dei principi di libera concorrenza di mercato in quanto non sorretta dall'esigenza di tutelare interessi imperativi confliggenti<sup>130</sup>.

### *7. Potere pubblico e libertà di iniziativa economica nel settore dei servizi a rete. Il modello dell'«accesso normativo» nelle comunicazioni elettroniche*

Aboliti i diritti speciali e le restrizioni per i gestori di servizi mobili e personali ad installare proprie infrastrutture o ad avvalersi di quelle di terzi, e riconosciuto il diritto di ciascuna impresa di svolgere servizi di telecomunicazioni e di installare reti di telecomunicazioni, il legislatore sopranazionale, con una serie di interventi succedutisi negli anni, ha abrogato il previgente regime di riserva originaria e della relativa concessione e ha proceduto alla graduale apertura del mercato dei servizi di comunicazione elettronica, imponendo il rispetto di criteri di obiettività, trasparenza, non discriminazione e proporzionalità<sup>131</sup>.

Secondo la disciplina vigente, gli operatori che intendono entrare nel mercato delle comunicazioni elettroniche devono ottenere un'autorizzazione generale. L'operatore deve presentare al ministero per lo sviluppo economico (MISE) una dichiarazione contenente l'intenzione di iniziare la fornitura di reti o servizi di comunicazione elettronica. La dichiarazione costituisce segnalazione certificata di inizio attività: l'impresa è, dunque, abilitata ad

<sup>130</sup> Non si condivide pertanto la tesi secondo cui l'autorizzazione, nella *ratio* della nuova disciplina, sarebbe essenzialmente finalizzata a garantire la qualità della produzione e l'aumento ordinato degli impianti viticoli senza speculazioni. In questi termini, LUCIFERO, *Autorizzazioni di impianto*, cit., p. 496. Finalità economiche di equilibrio tra domanda e offerta non sono infatti, del tutto venute meno.

<sup>131</sup> Il regime delle telecomunicazioni passa dunque dall'art. 43 all'art. 41 della Costituzione abbandonando il modello del servizio pubblico per assumere quello del mercato e dell'iniziativa economica privata libera. Sull'evoluzione qui sinteticamente delineata, si rinvia al commento alla prima direttiva di liberalizzazione e al suo recepimento in Italia di S. CASSESE, *La liberalizzazione delle telecomunicazioni*, in *La disciplina giuridica delle telecomunicazioni*, a cura di F. BONELLI, S. CASSESE, Giuffrè, Milano, 1999, pp. 53 ss.

iniziare la propria attività a decorrere dall'avvenuta presentazione della dichiarazione. L'amministrazione mantiene, in linea con la disciplina generale della SCIA, il potere di verificare, entro sessanta giorni dalla presentazione della dichiarazione, la sussistenza dei presupposti e dei requisiti richiesti in capo all'istante<sup>132</sup> e può disporre con provvedimento motivato, il divieto di prosecuzione dell'attività nel caso non ricorrano i presupposti di legge<sup>133</sup>.

Le imprese titolari di autorizzazione sono, poi, tenute all'iscrizione nel registro degli operatori di comunicazione (ROC). L'iscrizione al ROC non è, tuttavia, un elemento della fattispecie abilitativa né, quindi, una condizione per l'avvio dell'attività, ma è al contrario un obbligo che consegue ad essa.

La disciplina in vigore, sottraendo l'avvio dell'attività a qualsivoglia filtro amministrativo, innova sensibilmente rispetto al precedente modello di accesso al mercato basato sull'adozione di un provvedimento amministrativo seppur caratterizzato da un basso margine di discrezionalità<sup>134</sup>.

<sup>132</sup> Per quanto riguarda l'oggetto della verifica ad opera dell'amministrazione, si ritiene che questa possa riguardare solo gli elementi contenuti nella segnalazione di inizio attività e non anche il rispetto delle condizioni dell'autorizzazione generale. A. ALI, *Le autorizzazioni generali di reti e di servizi di comunicazione elettronica*, in *Il codice delle comunicazioni elettroniche*, a cura di M. CLARICH, G.F. CARTEI, Giuffrè, Milano, 2004, pp. 152 ss., spec. p. 172; M. CLARICH, A. BOSO CARETTA, *Il nuovo sistema delle autorizzazioni per le reti e i servizi di comunicazione elettronica*, in «Dir. inf.», 2002, pp. 685 ss.

<sup>133</sup> Il potere di vietare la prosecuzione dell'attività nel caso in cui manchino i requisiti della SCIA è stato oggetto di rilievi critici in dottrina in quanto si tratta di un potere non previsto dalla direttiva autorizzazioni, che contrasta con la nuova impostazione sottesa alla disciplina dell'accesso al mercato e che non appare supportato da adeguate garanzie per il privato. In senso critico, sull'arbitraria estensione all'autorizzazione generale di poteri di controllo propri del regime amministrativo nazionale, M. ARGENTATI, *La libertà di accesso al mercato delle comunicazioni elettroniche tra diritto comunitario e diritto amministrativo nazionale*, in «Dir. econ.», 2005, pp. 502; M. LIBERTINI, *I rapporti tra Ministero e Autorità garante delle comunicazioni*, in «Giorn. dir. amm.», 2001, 11, pp. 1287 ss.

<sup>134</sup> In seguito al recepimento in Italia della prima direttiva in materia di autorizzazioni generali e di licenze individuali (direttiva 97/13/CE), il legislatore aveva introdotto, quali modalità di accesso al mercato, l'autorizzazione generale e la licenza individuale, mentre non aveva recepito il modello della denuncia di inizio attività, che al contrario l'ordinamento comunitario aveva indicato come da preferire (secondo il considerando 7 della direttiva, l'accesso al mercato deve essere favorito preferendo in generale, un regime di disciplina che non preveda il rilascio di alcuna autorizzazione o in alternativa, che preveda il rilascio delle autorizzazioni generali e, solo in via eccezionale, il rilascio delle licenze individuali). Secondo la previgente disciplina dell'autorizzazione generale, prima di avviare il servizio, l'impresa che avesse ritenuto di essere in regola con le condizioni di legge per il rilascio di un'autorizzazione generale, doveva comunicare all'autorità tutte le informazioni relative al servizio, necessarie a verificare la conformità alle condizioni stabilite. A questo punto, era previsto un meccanismo di silenzio assenso tale per cui, in mancanza di un provvedimento negativo decorso un determinato periodo di tempo, l'autorizzazione si

L'attuale sistema accoglie, invece, un modello normativo di accesso<sup>135</sup>, tale per cui l'amministrazione, nonostante la denominazione dell'istituto quale «autorizzazione generale», non autorizza l'avvio dell'attività<sup>136</sup> effettuando un bilanciamento tra interesse dell'impresa e interessi pubblici nel settore, ma si limita a ratificare la presenza dei requisiti di legge in capo al richiedente. L'autorità in particolare, valuta la conformità ad un modello normativo all'interno del quale il potere dell'amministrazione è strutturato in modo da garantire a monte la tutela di alcuni interessi specifici, quali la tutela dei consumatori, la qualità del servizio o la sicurezza. La fonte del diritto in capo all'impresa è, dunque, direttamente la legge a cui è assegnato il compito di effettuare il contemperamento degli interessi in gioco.

L'ampiezza della libertà di iniziativa economica nel settore delle comunicazioni discende altresì, dalla scelta di predeterminare i contenuti dell'autorizzazione che condizionano il successivo svolgimento dell'attività escludendo o riducendo al minimo, anche in questo caso, i margini di discrezionalità in capo all'amministrazione. Al riguardo, la norma distingue tra contenuti a favore del privato, i «diritti», e contenuti che impongono obblighi a quest'ultimo, le c.d. condizioni. Per quanto attiene ai diritti, le norme ne individuano il contenuto minimo<sup>137</sup>, un nucleo essenziale

---

intendeva rilasciata. Non si trattava dunque, di una denuncia di inizio attività, ma di un procedimento amministrativo ad istanza di parte finalizzato all'accertamento dei requisiti indicati dalla legge, al termine del quale operava il diverso, sia per caratteristiche, sia per finalità, istituto del silenzio assenso. Così, R. PEREZ, *Telecomunicazioni e concorrenza*, Giuffrè, Milano, 2002, p. 176. Critico su questa scelta anche F. GIGLIONI, *La regolazione dell'accesso nel mercato delle telecomunicazioni*, in «Dir. amm.», 2001, 1, p. 101. Per un approfondimento sulla disciplina comunitaria relative alle prime liberalizzazioni di settore si rinvia a L.G. RADICATI DI BROZOLO, *Il diritto comunitario delle telecomunicazioni – un modello di liberalizzazione di un servizio pubblico*, Giappichelli, Torino, 1999.

<sup>135</sup> L'autorizzazione generale già nella prospettiva sovranazionale, non era stata pensata come un provvedimento amministrativo, quanto piuttosto come una normativa generale volta a prevedere uguali diritti e obblighi in capo a tutte le imprese di settore. ALÌ, *Le autorizzazioni generali di reti e servizi di comunicazione elettronica*, cit., p. 152; ARGENTATI, *La libertà di accesso al mercato delle comunicazioni elettroniche*, cit., pp. 486 ss.; N. RANGONE, *Gli atti amministrativi per l'attività di impresa nel settore delle telecomunicazioni*, in *La disciplina delle telecomunicazioni*, cit., p. 111; GIGLIONI, *La regolazione*, cit., p. 85; PEREZ, *Telecomunicazioni e concorrenza*, cit., p. 178.

<sup>136</sup> La differenza rispetto alle autorizzazioni tradizionali è stata evidenziata già da RANGONE, *Atti amministrativi per l'attività di impresa*, cit., p. 121.

<sup>137</sup> I diritti attengono alla fornitura di reti e servizi di comunicazione elettronica al pubblico, alla richiesta di specifiche autorizzazioni, alla presentazione delle dichiarazioni occorrenti per esercitare il diritto di installare infrastrutture, alla negoziazione dell'interconnessione con altri fornitori di reti e di servizi di comunicazione elettronica accessibili al pubblico titolari di un'autorizzazione generale, e all'accesso o all'interconnessione alle

riconosciuto agli imprenditori che non può essere diminuito, ma solo ampliato. In termini di rapporto tra potere pubblico e impresa, la previsione di un nucleo intangibile di diritti in capo a quest'ultima si risolve in un evidente avanzamento della libertà a scapito dell'autorità<sup>138</sup>. Analogamente, se si ha riguardo allo schema relazionale multipolare, che coinvolge anche gli altri operatori, emerge come l'impresa sia garantita anche orizzontalmente dall'attribuzione agli altri *competitor* di uguali diritti e dei corrispondenti obblighi.

Per quanto riguarda le «condizioni»<sup>139</sup>, è previsto un elenco tassativo. La legge, dunque, consente all'amministrazione di apporre condizioni al fine di tutelare alcuni interessi pubblici che necessitano di essere garantiti, ma nel rispetto di confini normativi rigorosamente predeterminati<sup>140</sup>. L'obiettivo è quello di limitare la discrezionalità dell'amministrazione tenuta al rispetto del principio di tipicità e nominatività delle condizioni ammissibili, nonché proporzionalità, nella concreta individuazione dei limiti. Anche in questo caso, la posizione del privato ne esce valorizzata. L'imprenditore vede ridotto il potere conformativo in precedenza riconosciuto all'autorità, mentre l'amministrazione è vincolata a monte dal legislatore nelle scelte disponibili.

In caso di scarsità delle risorse è invece ammesso lo strumento della licenza individuale in luogo dell'autorizzazione generale. L'istituto è stato significativamente modificato sia in merito ai presupposti sostanziali, sia per quanto riguarda la procedura di adozione. Il ricorso alla licenza individuale, come anticipato, è ammesso solo in presenza di risorse scarse, nei casi in cui si renda necessario per evitare interferenze dannose, per assicurare la qualità tecnica del servizio, per assicurare un utilizzo efficiente dello spettro, o per conseguire altri obiettivi di interesse generale conformi alla normativa europea. Le licenze

---

reti alle condizioni previste dallo stesso codice. Cfr. art. 26, Cod. com. el.

<sup>138</sup> CLARICH, BOSO CARETTA, *Il nuovo sistema delle autorizzazioni per le reti.*, cit., pp. 685 ss.

<sup>139</sup> Queste sono state riviste rispetto al passato, distinguendosi tra condizioni relative alle autorizzazioni generali, condizioni dei diritti d'uso e c.d. obblighi specifici. L'autorizzazione generale può contenere solo le condizioni specifiche del settore, nei limiti di quelle indicate nel Codice delle comunicazioni elettroniche il quale sul punto riprende sostanzialmente l'elenco contenuto nella direttiva. Le modifiche si sono rese necessarie per ovviare agli inconvenienti e alle criticità generati dalla prima direttiva che conteneva un elenco molto più ampio di condizioni, senza distinzioni al suo interno. La disciplina sovranazionale era stata mal interpretata dalle ANR e le condizioni erano state intese come elementi da imporre senza possibilità di scelta, mentre al contrario, l'obiettivo era quello di consentire alle autorità di regolazione di valutare quali fissare, in relazione alla tipologia di rete o di servizio autorizzato, nel rispetto del principio di proporzionalità.

<sup>140</sup> In questi termini, ARGENTATI, *La libertà di accesso al mercato delle comunicazioni elettroniche.*, cit., p. 483.

possono essere rilasciate solo all'impresa che soddisfi le condizioni normative necessarie per conseguire l'autorizzazione generale, per una durata adeguata al tipo di servizio e comunque non eccedente la durata dell'autorizzazione generale, tenuto conto dell'obiettivo perseguito e della necessità di prevedere un periodo adeguato di ammortamento degli investimenti. La norma prevede che l'adozione della licenza avvenga unicamente a seguito di «procedure aperte, obiettive, trasparenti, non discriminatorie e proporzionate». L'operato dell'amministrazione è, quindi, delimitato da una precisa cornice di principi e regole da seguire. L'Autorità deve consentire a tutte le parti interessate, compresi gli utenti e i consumatori, di esprimere la loro posizione, deve pubblicare qualsiasi decisione relativa alla concessione di un numero limitato di diritti individuali di uso, indicandone le ragioni, deve stabilire procedure basate su criteri di selezione obiettivi, trasparenti, proporzionati e non discriminatori e deve riesaminare le limitazioni a scadenze ragionevoli o a ragionevole richiesta degli operatori interessati.

Il provvedimento vede così ridotto il carattere tipicamente discrezionale e si avvicina all'autorizzazione generale di cui diviene una specie. La discrezionalità non scompare, ma il rischio di abusi, che aveva caratterizzato il rilascio delle licenze sotto la precedente disciplina<sup>141</sup>, è scongiurato dalla previa definizione dei presupposti per via di legge e dall'obbligo di adottare una procedura aperta rispettosa dei principi di proporzionalità, trasparenza e non discriminazione.

### *7.1. I limiti alla libertà di iniziativa economica nel trasporto ferroviario di persone tra valutazione di presupposti tecnici e valutazioni discrezionali*

Anche nel settore del trasporto ferroviario, l'ordinamento sopranazionale ha avviato un processo di apertura graduale del mercato che in luogo dell'originaria riserva statale consente oggi, per quanto riguarda il trasporto

<sup>141</sup> Cfr. art. 6, comma 13, D.P.R. 19 settembre 1997, n. 318. L'autorità amministrativa accertava la presenza dei requisiti necessari e prescriveva i modi di svolgimento dell'attività, conformando l'azione dell'aggiudicatario. Nel provvedimento di rilascio erano indicate le attività che dovevano essere svolte, nonché i modi e i termini da rispettare. Questi aspetti erano negoziati tra il richiedente e il regolatore e andavano a costituire il contenuto della licenza che assumeva le caratteristiche di un provvedimento amministrativo discrezionale, idoneo a consentire all'impresa il compimento di un'attività. Questo sistema aveva dato luogo ad abusi da parte dell'amministrazione, problema che le successive modifiche normative hanno puntato a superare. G. RIZZO, *Accesso al mercato e concorrenza nelle telecomunicazioni. Il ruolo delle autorizzazioni generali nella prospettiva della convergenza*, in «Dir. comm. int.», 2001, 4, pp. 907 ss.

ferroviario di persone a livello nazionale sulle linee di alta velocità, la possibilità che più imprese operino sul mercato purché abbiano ottenuto il rilascio della licenza ferroviaria e del certificato di sicurezza<sup>142</sup>. Si tratta di due provvedimenti individuali che divergono, anche significativamente, tra loro, sia per disciplina procedurale, sia per gli effetti prodotti in capo all'impresa.

Il procedimento per il rilascio della licenza ferroviaria è avviato ad istanza dell'impresa<sup>143</sup> la quale insieme alla domanda è tenuta a presentare al Ministero delle infrastrutture e dei trasporti (MIT) la documentazione necessaria a provare il ricorrere dei requisiti di onorabilità, capacità finanziaria e competenza professionale richiesti dalla legge.

Il requisito della capacità finanziaria è previsto al fine di verificare se l'impresa può far fronte agli impegni effettivi e potenziali per un periodo di almeno dodici mesi. La domanda di licenza deve quindi contenere i dati relativi alle risorse finanziarie disponibili, al capitale di esercizio e ai costi di esercizio.

Per quanto riguarda il requisito della competenza professionale, invece, l'impresa deve provare all'amministrazione di disporre o di essere in grado di disporre al momento dell'inizio dell'attività, di un'organizzazione gestionale efficiente, nonché di possedere le conoscenze e l'esperienza necessarie per svolgere il servizio di trasporto oggetto della licenza. A tale scopo, il richiedente deve fornire informazioni in merito alla natura e allo stato di manutenzione del materiale rotabile, con particolare riguardo alle norme di sicurezza, alle qualifiche del personale responsabile della sicurezza, nonché alle modalità di formazione del personale. In alternativa, l'impresa può presentare un piano organico che specifica i programmi di acquisizione e gestione delle risorse umane e strumentali, inclusa la manutenzione del materiale rotabile, con particolare riferimento alle norme di sicurezza<sup>144</sup>.

---

<sup>142</sup> Art. 6, d.lgs. 15 luglio 2015, n. 112.

<sup>143</sup> Possono chiedere il rilascio della licenza, le imprese con sede in Italia, la cui attività principale consista nella prestazione di servizi per il trasporto su ferrovia, che sono in grado di dimostrare, già prima di iniziare l'attività, i requisiti in materia di onorabilità, capacità finanziaria e competenza professionale, nonché di copertura della propria responsabilità civile. Cfr. art. 7, d.lgs. n. 112/15 cit.

<sup>144</sup> Prima della sua abrogazione, il d.lgs. 8 luglio 2003, n. 188 prevedeva, in aggiunta ai requisiti richiamati alla nota precedente, la necessaria presenza dei c.d. «requisiti formali» (art. 7). Potevano, cioè, richiedere il rilascio della licenza solo quelle imprese che disponessero direttamente o si impegnassero, con la presentazione di un dettagliato piano aziendale, a disporre dal momento dell'inizio dell'attività di materiale rotabile, del personale incaricato della guida e dell'accompagnamento dei convogli. La norma non è stata riproposta nella versione vigente della disciplina probabilmente perché ripetitiva di requisiti già ricompresi nella c.d. capacità professionale.

Il procedimento, che deve concludersi nel termine di novanta giorni con un provvedimento motivato, è di competenza del ministero delle infrastrutture e dei trasporti che rilascia la licenza e ne dà comunicazione all'Agenzia ferroviaria europea (non però se la licenza è solo nazionale), all'Agenzia nazionale per la sicurezza delle ferrovie e al gestore dell'infrastruttura ferroviaria.

A differenza di quanto visto in caso di servizi di comunicazione elettronica, nel settore del trasporto ferroviario nazionale, l'operatore è ancora coinvolto in un procedimento amministrativo volto al rilascio di un provvedimento autoritativo seppur a contenuto discrezionale ridotto in ragione della predeterminazione per legge dei criteri generali per il rilascio. Nel rapporto tra amministrazione e impresa, l'autorità prevale tuttavia, sulla libertà al momento della valutazione da parte dell'amministrazione della capacità professionale, requisito privo del carattere di oggettività che connota gli altri requisiti e che si sostanzia nella valutazione dell'idoneità del soggetto a restare sul mercato e a garantire un servizio di qualità accettabile all'utenza, consentendo potenzialmente all'autorità di controllo di scendere nel merito delle scelte imprenditoriali.

In seguito al rilascio della licenza sorgono in capo all'impresa alcuni obblighi tra cui quello di attivare, entro sei mesi dal rilascio della licenza, a pena di revoca, il servizio di trasporto per cui è stata rilasciata l'autorizzazione (e a comunicarlo alla DGTF). Oltre a ciò, l'impresa ferroviaria è tenuta ad adempiere ad obblighi informativi e in particolare, a comunicare al MIT ogni modifica che attenga alla struttura dell'impresa o all'attività, indicando anche i motivi alla base di eventuali scelte di mutamento da parte dell'azienda stessa<sup>145</sup>. La previsione di questi adempimenti si giustifica con la necessità che l'amministrazione sia sempre aggiornata e al corrente sul mantenimento dei requisiti che hanno consentito il rilascio dell'autorizzazione, in modo da poter procedere, nel caso in cui vengano meno, alla revoca del provvedimento.

Per le stesse ragioni, il MIT procede al riesame delle licenze ogni cinque anni<sup>146</sup> e, in qualsiasi momento, può richiedere all'impresa di provare il

<sup>145</sup> Il comma 11 dell'art. 9, d.lgs. n. 112/15, stabilisce che l'impresa ferroviaria è tenuta a richiedere la conferma della licenza nel caso in cui sopravvengano modifiche della configurazione giuridica dell'impresa stessa e, in particolare, nei casi di fusione, incorporazione o acquisizione del controllo societario da parte di un altro soggetto. L'impresa ferroviaria che richiede la conferma può continuare l'attività, a meno che il Ministero delle infrastrutture e dei trasporti sospenda, con provvedimento motivato, l'efficacia della licenza già rilasciata, se ritiene compromessa la sicurezza del servizio di trasporto. Allo stesso modo, l'impresa ferroviaria, che intende estendere o modificare in modo rilevante la propria attività, deve chiedere la revisione della licenza.

<sup>146</sup> Non si tratta però di una scadenza, in quanto la licenza per legge, ha durata illimitata. Cfr. art. 9 cit.

possesto e il mantenimento dei requisiti di legge ed effettuare verifiche e controlli, anche di carattere ispettivo.

Nel caso in cui, in esito ai controlli o a seguito del riesame, l'amministrazione accerti la mancanza dei titoli e dei requisiti per il suo rilascio, revoca la licenza. La revoca è, inoltre, espressamente prevista nel caso in cui l'impresa ferroviaria risulti assoggettata ad una procedura concorsuale e non vi sia possibilità di una ristrutturazione entro un ragionevole periodo di tempo<sup>147</sup>.

Il secondo provvedimento necessario all'impresa per poter svolgere il servizio di trasporto ferroviario è il certificato di sicurezza con il quale l'autorità amministrativa attesta la conformità alle normative nazionali ed europee, per quanto riguarda i requisiti tecnici e operativi specifici per i servizi ferroviari e i requisiti di sicurezza relativi al personale, al materiale rotabile e all'organizzazione interna dell'impresa, con particolare riguardo agli *standard* in materia di sicurezza della circolazione e alle disposizioni e prescrizioni emanate per le singole linee e per i singoli servizi<sup>148</sup>.

L'originaria disciplina<sup>149</sup> ha subito significative modifiche al fine di renderla conforme alle previsioni sopranazionali. Le novità hanno riguardato il soggetto titolare della competenza al rilascio del certificato e la procedura per il rilascio.

Inizialmente, il certificato era rilasciato dal gestore dell'infrastruttura ferroviaria che in seguito alla richiesta verificava il rispetto degli *standard* e delle norme di sicurezza adottati dal MIT su sua proposta. L'impresa doveva dimostrare che il personale incaricato della guida e dell'accompagnamento dei convogli utilizzati per l'espletamento dei servizi di trasporto possedesse la formazione e le conoscenze necessarie per il rispetto delle disposizioni in materia di sicurezza e di circolazione. Il gestore dell'infrastruttura ferroviaria effettuava un controllo periodico sulla sussistenza dei requisiti per il rilascio del certificato di sicurezza e, nel caso di accertamento della perdita dei requisiti, poteva revocare in tutto o in parte il certificato stesso, salvo informare immediatamente l'autorità che aveva rilasciato la licenza all'impresa ferroviaria. La disciplina del procedimento era alquanto scarna e non erano previste disposizioni circa i criteri di decisione o i contenuti

---

<sup>147</sup> Il Ministero delle infrastrutture e dei trasporti comunica all'Agenzia ferroviaria europea, all'Agenzia nazionale per la sicurezza delle ferrovie ed al gestore dell'infrastruttura ferroviaria i provvedimenti di revoca, sospensione o modifica delle licenze adottate. L'Agenzia ferroviaria europea informa le autorità preposte al rilascio delle licenze degli altri Stati membri. Per la licenza nazionale passeggeri si deroga alla comunicazione all'Agenzia ferroviaria europea.

<sup>148</sup> Scopo del certificato di sicurezza è fornire la prova che l'impresa ferroviaria ha elaborato un proprio sistema di gestione della sicurezza. Cfr. articolo 14, d.lgs. 10 agosto 2007, n. 162.

<sup>149</sup> Contenuta nel d.lgs. n. 188/2003 cit.

minimi obbligatori del provvedimento.

L'attribuzione della competenza al gestore della rete anziché ad un soggetto terzo e indipendente dalle imprese ferroviarie, dotato delle competenze tecniche necessarie determinava un inevitabile conflitto di interessi e generava il rischio che il rilascio del certificato fosse deciso non sulla base di valutazioni tecniche, ma sulla base di valutazioni di opportunità.

Con l'istituzione dell'ANSF<sup>150</sup> la competenza ad adottare il certificato di sicurezza è stata attribuita all'Agenzia. L'indipendenza dell'amministrazione decidente dal gestore e dagli operatori economici e la particolare *expertise* tecnica sulla cui base l'Agenzia deve agire<sup>151</sup> rappresentano un indubbio avanzamento nella garanzia della posizione dell'impresa nei confronti dell'autorità. La posizione dell'impresa risulta poi, ulteriormente rafforzata dalla previsione di alcune garanzie in suo favore nella disciplina del procedimento per il rilascio del certificato<sup>152</sup>, come la predeterminazione dei requisiti<sup>153</sup> e la previsione in fase istruttoria di incontri tra l'Agenzia e

<sup>150</sup> Agenzia nazionale per la sicurezza delle ferrovie. Art. 4, d.lgs. n. 162/07 cit. e art. 12, comma 2, l. 16 novembre 2018, n. 130.

<sup>151</sup> L'Agenzia, dotata di personalità giuridica, autonomia amministrativa, regolamentare, patrimoniale, contabile e finanziaria, è sottoposta ai poteri di indirizzo del MIT, ma ne è dichiarata l'indipendenza dal gestore e dagli operatori del trasporto ferroviario. Svolge funzioni di vigilanza e controllo sulla sicurezza e ha poteri certificativi e autorizzatori. Sulla natura dell'ANSF, E. CARGNIEL, *Sicurezza ferroviaria e prevenzione: ANSF e DGIF*, in «Dir. dei trasporti», 2011, 3, pp. 797 ss.

<sup>152</sup> Cfr. artt. 14 e 16, d.lgs. n. 162/07, cit. Nella domanda il richiedente deve specificare il tipo e la portata delle attività ferroviarie che intende svolgere e allegare tutta la documentazione necessaria per la verifica dei requisiti richiesti. L'Agenzia decide entro quattro mesi dal ricevimento di tutte le informazioni prescritte. La procedura di adozione del certificato è stata ulteriormente definita dalle linee guida adottate dall'ANSF (cfr. linee guida ANSF, adottate il 23 marzo 2010 con provvedimento n. 1766/10. Nella relazione annuale per il 2016, l'Agenzia ha evidenziato la necessità di modificare le linee guida. Il nuovo provvedimento tuttavia, sebbene previsto per il 2017, non è ancora stato adottato). In caso di esito positivo dell'istruttoria, l'ANSF rilascia il certificato che può valere per l'intera rete ferroviaria o soltanto per una parte delimitata, comprende la certificazione che attesta l'accettazione del sistema di gestione della sicurezza dell'impresa ferroviaria e la certificazione che attesta l'accettazione delle misure adottate dall'impresa ferroviaria per soddisfare i requisiti specifici necessari per la prestazione, in condizioni di sicurezza, dei suoi servizi sulla rete in questione. Il certificato di sicurezza dura cinque anni ed è rinnovabile a richiesta dell'impresa. Come per la licenza ferroviaria, anche per quanto riguarda il certificato di sicurezza, in caso di modifiche sostanziali, l'ANSF deve procedere ad un aggiornamento del provvedimento. Se, invece, ritiene che il titolare del certificato di sicurezza non soddisfi più le condizioni per la certificazione che è stata rilasciata, l'Agenzia revoca il certificato, motivando la propria decisione.

<sup>153</sup> Sul proprio sito istituzionale l'ANSF ha elencato tutti i requisiti necessari e messo a disposizione dei richiedenti tutta la documentazione pertinente oltre ad un fascicolo

l'operatore<sup>154</sup>.

La tendenza ad un rafforzamento della posizione dell'impresa in questa fase, deriva infine, dalla previsione per cui essa può richiedere il rilascio del certificato di sicurezza anche prima di richiedere la licenza. Il possesso del certificato di sicurezza al momento della richiesta della licenza, infatti, consente all'impresa di non doversi sottoporre alla decisione ministeriale circa la sussistenza del requisito dell'idoneità professionale, ancora caratterizzata, si è detto, da significativi momenti di discrezionalità.<sup>155</sup> Tale giudizio è invece, rimesso unicamente all'Agenzia secondo valutazioni discrezionali di tipo tecnico a maggiore garanzia dell'impresa.

---

informativo contenente la descrizione e la spiegazione dei requisiti per il rilascio del certificato di sicurezza e l'elenco dei documenti da produrre.

<sup>154</sup> Nelle linee guida relative alla procedura per il rilascio del certificato, è prevista la possibilità che nel corso dell'istruttoria si svolgano uno o più incontri tra il responsabile del procedimento e l'impresa ferroviaria.

<sup>155</sup> Come affermato nel documento del MIT-DGTF «Procedura operativa per il rilascio della licenza ferroviaria. D.lgs. 15 luglio 2015, n. 112», il rilascio del certificato di sicurezza prima della licenza ha come conseguenza che «il requisito di idoneità professionale si intende già soddisfatto».

## Capitolo Terzo

### *I condizionamenti pubblicistici all'iniziativa economica nel settore della distribuzione commerciale*

SOMMARIO: 1. Premessa – 2. La prima disciplina del commercio al dettaglio. La valutazione dei bisogni del mercato nel rilascio della licenza – 2.1. Potere pubblico e iniziativa economica nella riforma del commercio degli anni '70: un rapporto ancora sbilanciato – 2.1.1. Profili funzionali delle autorizzazioni all'avvio dell'attività di commercio al dettaglio – 2.1.2. Il commercio come professione regolamentata: l'obbligo per il commerciante di previa iscrizione nel REC – 2.2. La nuova riforma del commercio al dettaglio tra liberalizzazioni e semplificazioni – 2.2.1. La programmazione in luogo della pianificazione: valutazione degli interessi urbanistici o dei bisogni del mercato? – 2.2.2. Le autorizzazioni all'apertura nella vigente disciplina tra potere discrezionale dell'amministrazione e vincoli normativi a garanzia dell'impresa: il caso dell'insediamento delle medie e grandi strutture – 2.2.3. Dai controlli *ex ante* ai controlli *ex post*: l'affermazione della libertà di iniziativa economica nel caso degli esercizi di vicinato – 2.3. Libertà di iniziativa economica nel settore della distribuzione di carburanti e intervento pubblico. Considerazioni di sintesi – 3. I limiti pubblicistici alla libertà di iniziativa economica in materia di distribuzione dei carburanti. L'insindacabilità del potere di concessione nella prima disciplina di settore – 3.1. La disciplina degli anni settanta: contingentamento delle concessioni e valutazione dei «bisogni del mercato» – 3.2. Il superamento della regolazione finalistica nella riforma degli anni novanta tra luci e ombre – 3.3. Libertà di iniziativa economica e potere pubblico in materia di distribuzione di carburanti. Considerazioni di sintesi – 4. I condizionamenti pubblicistici all'apertura di farmacie nelle discipline pre-riforma – 4.1. La riforma del settore e la liberalizzazione incompleta – 4.2. Apertura di una farmacia, condizionamenti pubblici e libertà di iniziativa economica. Considerazioni di sintesi

#### 1. *Premessa*

I condizionamenti pubblicistici all'iniziativa economica nel settore della distribuzione commerciale hanno origini risalenti<sup>1</sup>. I limiti all'autonomia

<sup>1</sup> In relazione ai settori analizzati, la prima disciplina pubblicistica del commercio è del

privata nella fase di avvio dell'impresa non sono (né sono stati in passato) omogenei, ma variano a seconda del sotto-settore di riferimento in ragione, principalmente, della natura del bene commercializzato. A seconda della natura dell'oggetto dell'attività di distribuzione commerciale, infatti, assumono rilievo interessi pubblici diversi, alcuni dei quali considerati particolarmente sensibili. Ciò si riflette sulle modalità di condizionamento della libertà di iniziativa economica e sull'intensità del controllo pubblico. Lo studio del rapporto tra pubblici poteri e imprenditore nella fase di avvio dell'attività nell'ambito della distribuzione commerciale è quindi svolto prendendo in esame tre settori che consentono di far emergere queste diversità: il settore del commercio al dettaglio, quello della distribuzione di carburanti e, infine, quello della vendita al pubblico di farmaci.

L'analisi, conformemente a quanto anticipato nel primo capitolo, prende le mosse dal dettato normativo e dalla sua evoluzione per svolgere alcune riflessioni sul potere esercitato dall'amministrazione nella fase dell'avvio dell'impresa, sul suo carattere più o meno discrezionale, sugli interessi presi in considerazione, sul rapporto che si instaura tra amministrazione, impresa e controinteressati e sulle garanzie riconosciute al privato a fronte dell'intervento pubblico nella sua sfera di autonomia.

## *2. La prima disciplina del commercio al dettaglio. La valutazione dei bisogni del mercato nel rilascio della licenza*

Nel settore del commercio al dettaglio, i rapporti economici, inizialmente liberi, sono stati assoggettati a disciplina pubblicistica a partire dalla seconda metà degli anni venti del secolo scorso<sup>2</sup>. Questa prima normativa limitava l'iniziativa economica privata attraverso la previsione di una «speciale licenza»<sup>3</sup> di competenza del comune, necessaria per avviare un'attività di vendita di merci sia all'ingrosso, sia al minuto<sup>4</sup>. Il potere di rilascio era

---

1926, quella della distribuzione di carburanti è del 1933 e quella delle farmacie affonda le sue radici nell'Italia preunitaria.

<sup>2</sup> R.d.l., 16 dicembre 1926, n. 2174 (convertito in legge 18 dicembre 1927, n. 2501).

<sup>3</sup> Art. 1.

<sup>4</sup> In dottrina si sono occupati della licenza di commercio di cui alla disciplina del 1927, G. ABBAMONTE, *Libertà di iniziativa economica e diniego della licenza*, in «Foro it.», 1960, III, pp. 68 ss.; P. BODDA, *Le autorizzazioni amministrative con particolare riferimento alle licenze di commercio*, in «Nuova rass.», 1955, pp. 1451 ss.; ID., *La revoca delle licenze di commercio*, in «Riv. trim. dir. pubbl.», 1955, pp. 713 ss.; C. LESSONA, *La licenza di esercizio per la vendita al pubblico*, in «Riv. dir. comm.», 1930, pp. 395 ss.; A. ALLEGRI, *Libertà e*

rimesso al sindaco il quale prima di decidere era tenuto ad acquisire il parere di una commissione<sup>5</sup> costituita in ogni comune e rappresentativa degli interessi pubblici e privati coinvolti<sup>6</sup>.

La licenza poteva essere negata qualora la commissione non avesse riscontrato nel richiedente i requisiti richiesti dalla legge di pubblica sicurezza<sup>7</sup> o nel caso in cui avesse ritenuto che il numero degli spacci già esistenti fosse sufficiente alle esigenze del comune, tenuto conto dello sviluppo edilizio, della densità della popolazione e dell'ubicazione dei mercati rionali. Nella decisione, inoltre, era possibile valutare l'importanza dell'esercizio di rivendita<sup>8</sup>.

La disciplina era pressoché analoga nel caso della grande distribuzione<sup>9</sup> con alcune differenze giustificate dal differente ambito territoriale interessato<sup>10</sup>. La competenza era del prefetto<sup>11</sup>, che decideva secondo i

---

*licenza di commercio*, in «Nuova rass.», 1958, pp. 1147 ss.; G. MINUTELLI, *La disciplina del commercio*, Giuffrè, Milano, 1959; A. VISCO, *Disciplina giuridica degli esercizi commerciali*, Jovene, Napoli, 1963. Per un'analisi della giurisprudenza in materia, R. JUSO, *La più recente giurisprudenza del Consiglio di Stato in tema di licenze di commercio*, in «Riv. trim. dir. pubbl.», 1957, pp. 964 ss.; A. PELAGGI, *Principi ed orientamenti del Consiglio di Stato sulla licenza di commercio*, in «Corr. amm.», 1967, pp. 1326 ss.

<sup>5</sup> La commissione era composta da un rappresentante del comune, due rappresentanti dei commercianti nominati dalle associazioni sindacali e due rappresentanti delle associazioni sindacali dei lavoratori manuali e intellettuali. Il parere era obbligatorio, ma non vincolante, come chiarito in più occasioni dalla giurisprudenza. Si vedano ad esempio, Cons. St., V, 17 novembre 1962, n. 884; 22 ottobre 1960, n. 724; 12 marzo 1965, n. 188. In dottrina sul punto A. AMORTH, *Commercio (diritto amministrativo)*, in «Enc. dir.», Giuffrè, Milano, 1960, vol. VII, pp. 810 ss.; P. LAZZARI, *Commissione per il commercio*, in «Nuova rass.», 1958, pp. 991 ss.

<sup>6</sup> Art. 3.

<sup>7</sup> La norma richiamava l'art. 53 del Testo Unico di Pubblica Sicurezza (TUPS), relativo alle indegnità per precedenti penali, generici e specificamente rilevanti in ordine all'esercizio del commercio, poi confluiti negli artt. 11 e 92 del successivo TUPS.

<sup>8</sup> Cfr. art. 3, R.d.l. n. 2174/26 cit.

<sup>9</sup> È il caso dei magazzini di vendita a prezzo unico di cui alla l. 5 febbraio 1934, n. 327 e al R.d.l., 21 luglio 1938, n. 1468. Sulla disciplina in materia cfr. G. PRANDINI, *Licenza di commercio per i supermercati*, in «Amm. loc.», 1959, pp. 65 ss.; G. CANSACCHI, *Le licenze di vendita dei magazzini a prezzo unico, dei supermarkets e degli spacci di vendita a self service*, in «Dir. ec.», 1961, pp. 1222 ss.; ID., *Il potere limitativo del prefetto in ordine a licenze di commercio dei magazzini a prezzo unico*, in «Giur. it.», 1962, III, pp. 25 ss.

<sup>10</sup> Sulla dimensione degli interessi incisi dall'apertura di magazzini a prezzo unico e sulle conseguenze in termini di soluzioni normative, Corte cost., 19 febbraio 1965, n. 8. Come evidenziato dalla Corte, l'apertura di un grande magazzino può produrre serie modificazioni sulla rete di vendita con conseguenze su un mercato che travalica l'ambito comunale oltre ad essere idonea anche a produrre un effetto calmieratore sui beni di largo e generale consumo. Così anche Cons. St., V, 11 giugno 1968, n. 840; Cons. St., V, 10 ottobre 1969, n. 1038.

<sup>11</sup> Autorità governativa considerata maggiormente in grado di valutare tutti i fattori per

presupposti già visti per la licenza comunale, previo parere obbligatorio, ma non vincolante<sup>12</sup>, della giunta della camera di commercio sulla base dell'istruttoria svolta dall'ufficio provinciale dell'industria e del commercio.

Il procedimento di rilascio della licenza non era oggetto, salvo quanto sin qui detto, di una specifica disciplina. Il potere di rilascio della licenza risultava quindi ampiamente discrezionale, anche in ragione dell'assenza di un'attività pianificatoria a monte e dell'indeterminatezza dei criteri di legge per l'adozione del provvedimento.

Gli interessi pubblici da ponderare erano riconducibili a tre categorie: interessi legati all'ordinato sviluppo del territorio, interessi connessi alle esigenze del consumatore e, infine, interessi di tipo più tipicamente economico, consistenti nella previa e astratta valutazione da parte dell'amministrazione dell'equilibrio tra domanda e offerta.

Quanto ai primi due, la licenza aveva lo scopo di distribuire ordinatamente i punti vendita sul territorio comunale al fine di evitare concentrazioni di esercizi del medesimo oggetto e al tempo stesso assicurare la presenza di un giusto numero di negozi dei vari settori nelle diverse aree del comune. Il rilascio delle licenze commerciali, pur in assenza di espressi riferimenti all'attuazione della pianificazione urbanistica, era dunque, influenzato dagli interessi sottesi al governo del territorio e doveva rispettare criteri tipici di questo settore come le caratteristiche dell'abitato, lo sviluppo edilizio o le distanze tra esercizi.

L'elemento caratterizzante il rilascio della licenza era però, rappresentato dalla possibilità per l'amministrazione di valutare interessi di natura economica. Obiettivo primario dell'introduzione di un regime amministrativo dell'avvio dell'attività di commercio al dettaglio era infatti, quello di conformare il mercato sulla base di quello che l'amministrazione riteneva essere il giusto equilibrio tra punti vendita e consumatori.

In questo quadro, la posizione dell'impresa nei confronti dell'amministrazione era alquanto debole. L'avvio dell'attività era, infatti, subordinata all'esercizio di un potere ampiamente discrezionale assunto sulla base di un parere adottato da una commissione composta in prevalenza da soggetti privati portatori di interessi potenzialmente confliggenti con quello

---

il corretto esercizio del potere, in modo da assicurare un armonico sviluppo del sistema distributivo ed evitare la formazione di grossi organismi economici con tendenza oligopolistica. In questo senso, Corte cost., 10 giugno 1969, n. 97. La Corte in quell'occasione ha ritenuto legittimi i limiti previsti dalla disciplina sui magazzini a prezzo fisso e in particolare, la licenza prefettizia. Sulla decisione si veda il commento di M.P. CHITI, *Licenze commerciali e libertà di iniziativa economica*, in «Foro amm.», 1970, 11, pt. 3, pp. 870 ss.

<sup>12</sup> Così in giurisprudenza, Cons. St., V, 25 marzo 1966, n. 513.

del richiedente e la cui adozione era in larga misura svincolata da criteri oggettivi predeterminati e collegata al soddisfacimento di economici<sup>13</sup>.

Del sistema della licenza con valutazione dei bisogni di mercato, beneficiavano, invece, le imprese già autorizzate che non solo erano protette da un'eccessiva concorrenza con altri operatori, ma, in base all'orientamento giurisprudenziale allora diffuso, erano legittimate ad impugnare le determinazioni dell'amministrazione in merito all'ingresso di altri operatori<sup>14</sup> facendo valere, a loro favore, la saturazione del mercato<sup>15</sup>.

All'ampia discrezionalità dell'amministrazione non corrispondevano, d'altra parte, adeguate garanzie procedurali e giurisdizionali<sup>16</sup>. In assenza di una legge generale sul procedimento, le garanzie erano limitate, per l'aspirante commerciante, alla possibilità di ricorrere alla giunta provinciale amministrativa competente la cui decisione, da considerarsi definitiva, poteva poi essere impugnata dinnanzi al Consiglio di Stato<sup>17</sup>.

Nessuna forma di partecipazione alla decisione era invece, prevista né

<sup>13</sup> In senso critico, P. BONANNI, *Le autorizzazioni e le licenze di commercio nel sistema della pianificazione e della giurisprudenza*, CEDAM, Padova, 1988, p. 3.

<sup>14</sup> Si veda *infra* nel testo.

<sup>15</sup> Pur non cambiando nei fatti la possibilità che le imprese già presenti sul mercato potessero avvalersi del regime amministrativo della licenza a loro favore, si noti tuttavia, come in alcuni casi la giurisprudenza abbia espressamente sottolineato che la valutazione comunale circa la sufficienza dei punti vendita in relazione alle esigenze del territorio fosse da interpretare non nel senso che l'ulteriore apertura di nuovi esercizi andasse negata in quanto dannosa per quelli esistenti, ma perché l'apertura di nuovi esercizi non utili avrebbe potuto risultare dannosa nell'interesse generale o della comunità. Così Cons. St., V, 6 aprile 1956, n. 225; 14 aprile 1951, n. 341; 24 giugno 1955, n. 884; 9 luglio 1955, n. 937.

<sup>16</sup> La Corte costituzionale, interpellata dopo l'entrata in vigore dell'art. 41 Cost., sulla compatibilità della disciplina con la libertà di iniziativa economica, ha ripetutamente concluso per la legittimità della normativa impugnata sul presupposto che la disposizione costituzionale ammette che la libertà di iniziativa economica sia coordinata e controllata ad opera del legislatore per renderla compatibile e non contrastante con le altre esigenze tutelate dalla stessa disposizione. Si vedano Corte cost., n. 97/69 cit., in materia di magazzini di vendita a prezzo unico; 18 maggio 1959 n. 32, in materia di commercio ambulante; 9 marzo 1967, n. 24, relativa al commercio di piante; 6 luglio 1965, n. 60 sulla disciplina delle vendite straordinarie. D'altra parte, la giurisprudenza amministrativa, richiamando l'obbligo di motivazione, in caso di diniego, attraverso il puntuale richiamo ad interessi pubblici, ha seguito un'interpretazione più favorevole alla libertà di iniziativa economica. Cfr. Cons. St., V, 29 ottobre 1971, n. 968; 27 aprile 1971, n. 398; 23 marzo 1971, n. 299; 9 giugno 1970, n. 500. Successivamente all'entrata in vigore della legge del 1971 (su cui *infra*), si vedano invece, Cons. St., V, 1 ottobre 1986, n. 479; 24 febbraio 1986, n. 143; 5 giugno 1985, n. 236; 5 settembre 1984, n. 673; 22 giugno 1979, n. 334; 16 dicembre 1977, n. 1132.

<sup>17</sup> Possibilità questa, successivamente estesa in via giurisprudenziale, anche ai controinteressati. Cons. St., V, 25 febbraio 1956, n. 142; 16 ottobre 1953, n. 226; 18 ottobre 1954, n. 983.

per l'interessato, né per eventuali controinteressati. A favore dell'impresa, però, in sede giurisprudenziale era stata richiesta, per i provvedimenti di diniego, una motivazione puntuale dalla quale emergesse una concreta valutazione del caso specifico e che non si risolvesse in una semplice parafrasi della legge<sup>18</sup>.

Una volta rilasciata la licenza, la libertà dell'imprenditore si espandeva nuovamente, tanto che la sua posizione giuridica era qualificata dalla dottrina non più come interesse legittimo, ma come diritto soggettivo. Rispetto alla fase antecedente all'esercizio del potere autorizzatorio, il rapporto tra amministrazione e titolare della licenza non era più qualificabile in termini di autorità/soggezione. La revoca della licenza, ad esempio, era, ammessa solo nelle ipotesi previste dalla legge e considerate tassative<sup>19</sup>. L'amministrazione non poteva, invece, revocare la licenza per ragioni di pubblico interesse o per ripensamento della situazione di fatto, ad esempio per una rivalutazione delle esigenze del comune o per mutamento dell'interesse pubblico o dei presupposti di fatto alla base della decisione, come ad esempio, un rallentamento dello sviluppo edilizio<sup>20</sup>.

### *2.1. Potere pubblico e iniziativa economica nella riforma del commercio degli anni '70: un rapporto ancora sbilanciato*

Il sistema della licenza di commercio previsto dalla normativa degli anni venti determinò una strozzatura economica ricondotta, in particolare, a due fattori. La politica adottata dai comuni nel rilascio delle licenze aveva prodotto come risultato la polverizzazione dei punti vendita, con riferimento sia alle dimensioni degli esercizi, sia alla delimitazione merceologica dei prodotti venduti<sup>21</sup>. A sua volta, la piccola dimensione dell'esercizio aveva

<sup>18</sup> La motivazione, che per i provvedimenti positivi poteva essere ridotta al minimo, era richiesta in caso di provvedimenti di diniego e nei casi in cui il sindaco decidesse di discostarsi dal parere della commissione. Così, Cons. St., V, 14 gennaio 1953, n. 10; Cons. St., V, 2 aprile 1955, n. 124; Cons. St., V, 20 luglio 1955, n. 967; Cons. St., 27 agosto 1956, n. 682; Cons. St., parere Ad. Gen., 29 novembre 1956, n. 402.

<sup>19</sup> Cfr. art. 5. Il carattere tassativo delle ipotesi di revoca è stato confermato anche in giurisprudenza, da App. Venezia, 19 febbraio 1937; Cass. SS.UU., 6 dicembre 1948, n. 1862; Trib. Forlì, 2 marzo 1951.

<sup>20</sup> Sull'argomento BODDA, *La revoca delle licenze commerciali*, cit., p. 720.

<sup>21</sup> Il problema è stato segnalato nel Programma economico nazionale del 1967 (L. 27 luglio 1967 n. 685) secondo il quale gli alti costi della distribuzione e il basso livello medio della produttività erano da imputare alla polverizzazione degli esercizi commerciali. Il Programma indicava come possibili rimedi la concentrazione delle imprese, l'ingrandimento dei punti vendita, l'ammodernamento delle attrezzature e dell'organizzazione aziendale degli esercizi

prodotto effetti negativi sia sulla concorrenza, sia sull'efficienza dell'impresa sia, infine, sui consumatori. Il piccolo commerciante in concorrenza con tanti altri piccoli imprenditori non era, infatti, in grado di investire sull'impresa, andando così ad aumentare i prezzi per coprire i costi, con conseguenze negative per il consumatore il cui interesse era tra quelli oggetto di ponderazione nel rilascio del titolo abilitativo<sup>22</sup>.

Per tentare di porre rimedio a questa situazione, all'inizio degli anni settanta il legislatore ha liberalizzato il commercio all'ingrosso ed è intervenuto sul regime delle licenze per il commercio al minuto<sup>23</sup>.

La nuova disciplina poggiava su due strumenti: il piano di adeguamento e sviluppo della rete di vendita e l'autorizzazione. La discrezionalità dell'amministrazione era sostanzialmente scissa in due momenti:

---

commerciali e la qualificazione del personale addetto, obiettivi da perseguirsi mediante la riforma del sistema delle licenze che avrebbero dovuto essere sostituite con un sistema di registrazione degli operatori commerciali a garanzia del possesso dei requisiti professionali e morali e del rispetto dei vincoli urbanistici. Sulla stessa linea si muoveva il rapporto preliminare al Programma per il periodo 1971-1975, c.d. «Progetto 80» (si veda «*Progetto 80: Rapporto preliminare al programma economico nazionale 1971-1975*» a cura di G. RUFFOLO, L. BARCA, Ministero del bilancio e della programmazione economica, Firenze, 1970, pp. 154 ss.), che indicava le tappe dell'abolizione del sistema delle licenze. Infine, il Programma economico nazionale 1971-1975 individuava una serie di obiettivi attorno ai quali riformare il commercio, quali la riduzione progressiva delle iniziative marginali e l'aumento delle dimensioni delle imprese; la diminuzione dell'occupazione precaria indipendente (micro-imprese familiari) e l'aumento dell'occupazione dipendente; la formazione di organizzazioni a base associativa e cooperativistica di dimensioni adeguate; e la distribuzione territoriale degli impianti secondo criteri di concentrazione delle funzioni commerciali e di integrazione con gli altri servizi sociali. Sulle diverse soluzioni proposte per risolvere il problema della polverizzazione degli esercizi commerciali, L. EINAUDI, *Sulle licenze commerciali*, in *Lo scrittoio del presidente (1948-1955)*, Einaudi, Torino, 1956, pp. 421 ss.; cfr. anche CHITI, *Licenze commerciali e libertà di iniziativa economica.*, cit., pp. 870 ss.

<sup>22</sup> Cfr. Cons. St., V, 6 aprile 1971, n. 236; 6 aprile 1971, n. 338; Cons. St., VI, 22 gennaio 1971, n. 34.

<sup>23</sup> L. 11 giugno 1971, n. 426. La soluzione adottata è stata considerata un compromesso tra una più ampia liberalizzazione del settore, fondata sull'abolizione di provvedimenti amministrativi preventivi, ed esigenze di regolamentazione economica della materia. Tra i primi commenti alla disciplina M.P. CHITI., *Nuovi profili giuridici e caratteri funzionali delle licenze di esercizio*, in «Riv. trim. dir. pubbl.», 1975, pp. 805 ss.; con spunti poi ripresi in ID., *La disciplina del commercio*, Rimini, Maggioli, 1993, pp. 117 ss.; BONANNI, *Le autorizzazioni e le licenze di commercio.*, cit., *passim*; F. MERUSI, *Il commercio tra programmazione e tutela dei diritti quesiti*, in *Studi in onore di G. Chiarelli*, Giuffrè, Milano, 1974, vol. II, p. 1453. Si vedano inoltre gli interventi contenuti in *La disciplina giuridica della licenza di commercio: atti amministrativi economici e misure sui prezzi nell'ambito della CEE*, Atti del XVIII Convegno di Studi di scienza dell'amministrazione, Varenna, Villa Monastero, 21-24 settembre 1972, Giuffrè, Milano, 1975.

l'autorità competente per il rilascio dell'autorizzazione, come si dirà più approfonditamente in seguito, era vincolata alle decisioni e alle linee guida assunte nella fase di pianificazione con potenziali benefici a favore del privato.

La normativa introduceva, innanzitutto, un obbligo di programmazione<sup>24</sup> a carico dei comuni tenuti all'adozione dei c.d. «piani di sviluppo e adeguamento della rete di vendita»<sup>25</sup>. I piani erano finalizzati ad assicurare la migliore funzionalità e produttività del servizio da rendere al consumatore e il maggior equilibrio possibile tra gli esercizi autorizzati e la presumibile capacità di domanda della popolazione residente. Il piano di commercio, nello specifico, doveva rilevare la «consistenza della rete distributiva» e dettare norme e direttive per il suo sviluppo e adeguamento.

Rispetto al sistema previgente caratterizzato da una 'programmazione empirica', caso per caso, e attuata direttamente dalla licenza – che veniva così, ad assumere la duplice funzione di provvedimento di programma e di provvedimento autorizzatorio individuale – la nuova disciplina assegnava espressamente all'amministrazione la funzione di pianificazione da esercitare nel rispetto dei limiti fissati dal legislatore per il successivo esercizio del potere autorizzatorio.

La programmazione andava effettuata tenendo conto degli interessi urbanistici<sup>26</sup> espressi dai relativi piani, degli interessi dei consumatori e del

<sup>24</sup> La novità, già criticata in dottrina quanto all'effettiva efficacia, è stata comunque ostacolata dalla mancata attuazione che i Comuni hanno dato alla disciplina in materia di piani. Molti enti locali non hanno adottato alcun piano di sviluppo nonostante le sollecitazioni provenienti dallo stesso legislatore (cfr. art. 8, DL 1 ottobre 1982, n. 697; DL 26 gennaio 1987, n. 9) e nonostante la giurisprudenza avesse, in più occasioni, dichiarato l'invalidità di criteri sostitutivi dei piani adottati dai consigli comunali o dalle commissioni comunali per il commercio (cfr. Tar Lazio, Roma, II, 22 luglio 1983, n. 634; Tar Calabria, Reggio Calabria, I, 7 maggio 1987, n. 136; Tar Lazio, Roma, II, 10 dicembre 1985, n. 2898; Tar Toscana, Firenze, II, 15 novembre 1982, n. 350; Tar Lazio, Roma, II, 25 marzo 1981, n. 286). F. MERUSI, *La nuova legge sul commercio: aspetti di diritto sostanziale*, in *La disciplina giuridica della licenza di commercio: atti amministrativi economici*, cit., pp. 37 ss.

<sup>25</sup> Art. 11.

<sup>26</sup> D.M. 4 agosto 1988, n. 375, artt. 30 ss. Il piano del commercio doveva essere approvato nel rispetto di quanto previsto dai piani urbanistici dai quali la pianificazione strutturale del commercio si distingueva in ragione delle diverse finalità perseguite. Il piano commerciale, infatti, serviva a disciplinare assetti e rapporti economici relativi alle attività commerciali e si sostanzialmente nella programmazione dell'equilibrio tra domanda ed offerta dei prodotti, al fine di soddisfare le esigenze dei consumatori in armonia con quelle dei distributori. Ciò determinava una sovraordinazione tra il piano urbanistico e il piano commerciale che doveva rispettare i contenuti, sia al momento della prima adozione, sia in caso di eventuali modifiche. Sui rapporti tra pianificazione commerciale e pianificazione urbanistica sotto la vigenza della passata disciplina, G. MORBIDELLI, *Rapporti tra disciplina urbanistica e disciplina del commercio*, in «Riv. giur. urb.», 1990, pp. 159 ss.; BONANNI, *Le autorizzazioni e le*

concreto 'bisogno del mercato'<sup>27</sup>.

La conformazione del mercato che ne seguiva era finalizzata al perseguimento di due principali tipologie di interessi.

In primo luogo, il piano era funzionale a contribuire a realizzare obiettivi urbanistico-territoriali, già oggetto dei tradizionali strumenti di pianificazione urbanistica. Lo sviluppo del settore non avrebbe dovuto gravare eccessivamente i centri storici e avrebbe dovuto garantire alla popolazione la presenza dei necessari punti vendita in base alle categorie merceologiche. Le previsioni contenute nel piano miravano a realizzare anche obiettivi sociali, indicando la realizzazione di strutture extra-commerciali a rilevanza pubblica o collettiva – come scuole, giardini, servizi socio sanitari – insieme alla realizzazione di nuovi poli commerciali.

In secondo luogo, la pianificazione commerciale era finalizzata a risolvere il problema della polverizzazione della rete distributiva, sopra ricordato, e della presenza di un gran numero di imprese marginali considerate causa di effetti negativi sull'andamento dei prezzi e di un rapporto non equilibrato tra domanda e offerta<sup>28</sup>. Accanto all'esigenza di tutela del

---

*licenze di commercio.*, cit.; V. RAGONESI, *Programmazione commerciale e vincoli all'iniziativa privata nell'interpretazione giurisprudenziale*, in «Disc. comm.», 1992, 3, pp. 67 ss.

<sup>27</sup> Si riteneva, infatti, che la crescita incontrollata di punti vendita di beni di largo consumo potesse determinare un eccesso di concorrenza con conseguenze negative sulla qualità dell'offerta e anche sui prezzi dei beni. L'amministrazione locale poteva fissare nel piano il limite massimo in termini di superficie globale, separatamente per settori merceologici, della rete di vendita per generi di largo e generale consumo. La previsione, in difformità con l'obiettivo di contrastare la polverizzazione degli esercizi, è stata, in parte, corretta dal regolamento di esecuzione che ha espressamente previsto la possibilità di inserire nei piani anche le superfici minime di vendita. Il regolamento, inoltre, espressamente escludeva la previsione, nei piani, di limiti numerici ai nuovi esercizi o di distanze minime. Si tratta dell'introduzione di un elemento di rigidità all'interno del sistema vincolistico della legge del 1971 giustificato dalla necessità di garantire alle imprese operanti nel settore adeguati margini di redditività e di produttività, limitando la concorrenza. La norma, da intendersi di stretta interpretazione, è stata oggetto di abusi ad opera delle amministrazioni locali sollecitate da interessi imprenditoriali di settore, censurati tuttavia dalla giurisprudenza. Si vedano, Cons. St., V, 30 aprile 1982, n. 365; Tar Emilia Romagna, Parma, II, 25 maggio 1987, n. 199; Tar Campania, Napoli, III, 24 settembre 1986, n. 151; Tar Emilia Romagna, Parma, II, 9 giugno 1986, n. 192; Tar Lombardia, Milano, III, 29 maggio 1986, n. 277; Tar Lazio, Roma, II, 3 marzo 1986, n. 497; Cons. St., V, 22 novembre 1985, n. 425; Cons. St., V, 8 luglio 1985, n. 252; Cons. St., V, 20 dicembre 1982, n. 859; Tar Lombardia, Milano, III, 3 febbraio 1982, n. 58.

<sup>28</sup> L'abbandono di un approccio liberistico, senza tuttavia sfociare in un rigido dirigismo volto a ricondurre i meccanismi di mercato in schemi vincolanti, era stato ritenuto necessario per esigenze di razionalizzazione in una fase di espansione del settore. Il piano, nell'ottica del legislatore, avrebbe dunque, dovuto coniugare la previsione di vincoli

consumatore che si riteneva danneggiato da un eccesso di concorrenza fatta da piccoli esercizi, si ponevano quindi, anche interessi tipicamente economici dell'amministrazione, in quanto la tutela del consumatore era realizzata attraverso una previa valutazione *a priori* del bisogno del mercato che portava ad una predeterminazione in astratto di quale dovesse essere l'equilibrio ottimale tra domanda e offerta.

L'adozione del piano commerciale seguiva la procedura prevista per legge per l'adozione del piano urbanistico con la deliberazione da parte del consiglio comunale e la possibilità per gli interessati di presentare osservazioni. L'*iter* procedimentale prevedeva, in particolare, una prima fase di formazione del piano, una seconda fase di pubblicazione della delibera e di recepimento delle osservazioni eventualmente presentate e una terza fase, finale, di approvazione dalla quale decorrevano i tempi per l'impugnazione<sup>29</sup>.

La decisione era preceduta dal parere di una commissione appositamente costituita la cui composizione<sup>30</sup> ne indicava la natura corporativa<sup>31</sup> al pari di quanto visto per la commissione per il rilascio delle licenze di commercio.

### 2.1.1. *Profili funzionali delle autorizzazioni all'avvio dell'attività di commercio al dettaglio*

La seconda novità della riforma del commercio dei primi anni settanta era rappresentata dalla previsione di un'autorizzazione in luogo della

---

con strumenti più flessibili. Critico nei confronti di questa disciplina, ritenuta contraria alla Costituzione, G. PIFFERI, *Libertà di iniziativa economica e licenze di commercio*, in «L'amministrazione italiana», 1971, 9, pp. 1130 ss.; in senso conforme anche F.P. PUGLIESE, *La nuova disciplina del commercio*, in «Riv. trim. dir. pubbl.», 1972, pp. 992 ss.

<sup>29</sup> Il Consiglio comunale esaminate le osservazioni approvava il piano contro il quale era ammesso ricorso entro quindici giorni alla giunta regionale e successivamente al giudice amministrativo, nel caso di provvedimento sfavorevole. La doppia tutela era tuttavia, inficiata dalla previsione del silenzio rifiuto nel caso del decorso infruttuoso del termine di centoventi giorni dalla presentazione del ricorso alla giunta provinciale. Scaduto tale termine il ricorso si intendeva respinto.

<sup>30</sup> Artt. 15 e 16, l. n. 426/71 cit.

<sup>31</sup> Sul carattere corporativo della commissione MERUSI, *La nuova legge sul commercio*, cit., p. 54. Secondo l'Autore si sarebbe trattato di un corporativismo da intendere non in senso generico di organo comprendente i rappresentanti di interessi, ma nel senso proprio dell'accezione del termine corporativismo derivata dall'esperienza costituzionale dell'ordinamento fascista. Su questa L. ORNAGHI, *Corporazione*, in «Enc. sc. soc.», Istituto della Enciclopedia Italiana, Roma, 1993, *ad vocem*; O. MANCINI, F. PERILLO, E. ZAGARI, *La teoria economica del corporativismo*, ESI, Napoli, 1982. Sulla commissione e sulla sua natura cfr. anche E. CAPACCIOLI, *Considerazioni generali sulla nuova disciplina del commercio*, in *La disciplina giuridica della licenza di commercio*, cit., p. 231, il quale parla di «corporazione di mestieri».

precedente licenza.

L'autorizzazione era di competenza del sindaco su parere della commissione già interessata per la formazione del piano operante secondo i principi e le modalità tipiche degli organi collegiali<sup>32</sup>. Il parere della commissione non era vincolante, ma di fatto era quella la sede effettiva della decisione amministrativa, anche in considerazione del fatto che il sindaco ne era il presidente<sup>33</sup>.

Nel caso degli esercizi di maggiori dimensioni, destinati a servire vaste aree eccedenti il territorio comunale<sup>34</sup> era poi, previsto il rilascio del nulla osta della regione<sup>35</sup>, sentito il parere, in questo caso vincolante per la successiva decisione del sindaco, di una commissione la cui composizione ripeteva, con poche varianti, quella dell'omologo organo collegiale previsto a livello comunale<sup>36</sup>.

<sup>32</sup> Cfr. artt. 10 e 38 del Regolamento di esecuzione. Sugli organi collegiali e sul loro funzionamento, M. CAMMELLI, *Organizzazione amministrativa e amministrazione per collegi*, Il Mulino, Bologna, 1979.

<sup>33</sup> In questo senso anche la dottrina. Cfr. PUGLIESE, *La nuova disciplina del commercio*, cit., pp. 999 ss. che definisce l'autorizzazione «decisione amministrativa ad esternazione sindacale» e critica la previsione di due distinti atti, uno interno (il parere della commissione) e uno esterno (il provvedimento sindacale).

<sup>34</sup> Presupposto per la disciplina speciale di cui agli artt. 27 e seguenti era che l'utenza provenisse da territori comunali diversi e non al contrario che l'esercizio fosse ubicato in territori appartenenti a più comuni.

<sup>35</sup> La previsione di una disciplina *ad hoc* per la grande distribuzione, si giustificava per la necessità di tener conto di interessi esorbitanti la dimensione comunale e affidati, in quanto tali, alla cura della regione – centro decisionale potenzialmente meno esposto alle pressioni dei piccoli commercianti – i quali si andavano ad affiancare agli interessi comunali che restavano tutelati dal procedimento davanti al sindaco. Per gli esercizi di maggiori dimensioni il nulla osta regionale determinava l'introduzione di una nuova fase nel procedimento autorizzatorio e una modulazione dei poteri del sindaco. In una prima fase, il potere dell'organo comunale era pieno. Spettava a lui valutare a seguito dell'istruttoria, l'ammissione o meno della domanda. In caso positivo, la domanda era inviata insieme al parere della commissione alla giunta che decideva se rilasciare o meno l'autorizzazione all'apertura dell'esercizio vincolando la decisione del sindaco. In caso, invece, di decisione negativa a monte sull'ammissione della domanda, l'interessato poteva fare ricorso alla giunta che avrebbe deciso in quel caso non solo sull'accoglimento del ricorso, ma in caso positivo, sul rilascio del nulla osta.

<sup>36</sup> La commissione regionale era composta dal presidente della giunta, da due rappresentanti delle camere di commercio della regione, da un rappresentante del ministero dell'industria del commercio e dell'artigianato, da un rappresentante del ministero dei lavori pubblici, tre esperti nella materia dell'urbanistica, del turismo e del traffico designati dalla giunta regionale, cinque esperti dei problemi della distribuzione designati dalle tre organizzazioni sindacali dei commercianti a posto fisso, di cui uno della grande distribuzione, uno delle organizzazioni della cooperazione di consumo e una dalle organizzazioni sindacali dei

Il coinvolgimento di commissioni formate da interessi corporativi nel procedimento per il rilascio dell'autorizzazione, operava come camera di decompressione tra interessi confliggenti, mediati dal rappresentante dell'amministrazione in posizione di supremazia funzionale<sup>37</sup>, ma aveva il difetto di assegnare ingiustificatamente un ruolo centrale agli interessi privati di categoria nella decisione se limitare o meno l'iniziativa economica di imprese future concorrenti<sup>38</sup>.

Quanto ai criteri di esercizio del potere di autorizzazione da parte dell'amministrazione, il legislatore si limitava a richiamare l'obbligatorietà rispetto delle norme e delle prescrizioni contenute nei piani<sup>39</sup>. La conformazione del mercato, determinata a monte dalla pianificazione commerciale dei comuni, era dunque attuata, a valle, dall'autorizzazione. Il provvedimento autorizzatorio rendeva operative le prescrizioni del piano e conformava in concreto il diritto dell'imprenditore ad avviare l'attività di cui definiva alcuni tratti caratteristici, quali il settore merceologico di attività, la superficie di vendita e l'ubicazione<sup>40</sup>.

---

venditori ambulanti, quattro rappresentanti designati dalle confederazioni nazionali dei lavoratori. Il parere doveva essere motivato e i suoi vizi si ripercuotevano sul provvedimento finale. Così, Cons. St., V, 22 aprile 1976, n. 658.

<sup>37</sup> A parità di voti prevaleva quello del presidente, ovvero del sindaco.

<sup>38</sup> In senso critico in dottrina è stato osservato che il pubblico potere, ricorrendo alle commissioni formate da rappresentanti del settore, abdicava alla cura dell'interesse generale o diffuso come l'interesse del consumatore, rimettendo la gestione del conflitto tra interessi diversi (consumatori, commercianti, piccole imprese, grandi imprese) alle c.d. categorie interessate. Inoltre, per come erano strutturate le commissioni, gli interessi contrapposti erano destinati a elidersi a vicenda rendendo, nei fatti, molto difficile il funzionamento dell'organo. Così, PUGLIESE, *La nuova disciplina del commercio*, cit., p. 986. Critici anche F. BENAGLIA, *Quel che fanno e quel che non fanno le corporazioni*, in «Pol. soc.», 1941, pp. 71 ss.; C. BOTTAI, *L'ordine corporativo: principi, attuazioni, riforme*, in «Il dir. del lav.», 1942, I, pp. 249 ss.; G. MAZZONI, *La «crisi» del diritto corporativo e la validità del corporativismo*, ivi, 1943, I, pp. 117 ss.

<sup>39</sup> Art. 24, ult. comma. In quest'ottica, era precisato che l'autorizzazione poteva essere negata solo in caso di contrasto con le disposizioni del piano e della legge. In senso conforme in giurisprudenza, Cons. St., VI, 13 luglio 1973, n. 317; Tar Lombardia, Milano, II, 31 dicembre 1982, n. 1374; Tar Emilia Romagna, Parma, I, 28 gennaio 1982 n. 87; Tar Lazio, Roma, II, 29 novembre 1978 n. 933.

<sup>40</sup> Come osservato da M.A. SANDULLI, *L'autorizzazione al commercio di vendita a posto fisso*, Giuffrè, Milano, 1990, p. 25, il piano veniva a rappresentare un vincolo all'amministrazione affinché conformasse il diritto imprenditoriale dei privati alla stregua dei criteri fissati. Sul carattere conformativo dell'autorizzazione anche PUGLIESE, *La nuova disciplina*, cit., p. 1005. L'autorizzazione, attraverso il dimensionamento dell'azienda, conformava la gestione; l'impresa oggetto di norme che ne disciplinavano le attrezzature, l'ubicazione i mezzi strumentali, gli orari ecc., era inserita di fatto in un «modello di gestione» che costringeva il potere gestionale dell'imprenditore «entro una fitta maglia di prescrizioni normative

Il margine di discrezionalità di cui godeva l'amministrazione nel rilascio dell'autorizzazione era circoscritto dal piano il quale a sua volta, era adottato in conformità a quanto previsto dal legislatore. La discrezionalità restava, tuttavia, ampia<sup>41</sup> e la posizione soggettiva del privato nei confronti del potere pubblico continuava ad essere poco garantita, sia per l'indeterminatezza dei criteri fissati dalla legge per l'adozione del piano, sia perché la commissione prima, e il sindaco poi, in ragione della genericità delle indicazioni contenute nei piani, mantenevano un significativo potere di interpretazione dei criteri ivi fissati<sup>42</sup>.

Sotto il profilo funzionale, rispetto al passato, il provvedimento autorizzatorio perdeva la funzione programmatica che aveva caratterizzato la licenza e manteneva la funzione di controllo<sup>43</sup> e quella conformativa dell'esercizio commerciale nelle fasi successive all'avvio dell'attività. Il controllo atteneva, in primo luogo, alla rispondenza degli elementi soggettivi ed oggettivi della richiesta alle regole predeterminate nel piano, affinché l'iniziativa imprenditoriale non fosse in contrasto con gli interessi pubblici tutelati. In secondo luogo, il controllo aveva ad oggetto il

e amministrative le quali 'conformano' il potere medesimo». Cfr. anche ID., *Proprietà e impresa*, cit., pp. 919 ss.

<sup>41</sup> *Contra* nel senso del carattere vincolato dell'autorizzazione MERUSI, *Il commercio tra programmazione e tutela dei diritti quesiti*, cit., p. 1476; CAPACCIOLI, *Considerazioni generali*, cit., pp. 250 ss.; C. GESSA, *La nuova disciplina del commercio*, in «Nuova rass.», 1973, p. 2012. Il problema della discrezionalità, ad ogni modo, come osservato dallo stesso Merusi, riemergeva nei non rari casi in cui l'amministrazione ometteva di adottare i piani.

<sup>42</sup> Il sindaco aveva discrezionalità nell'applicare i criteri fissati dal piano e poteva, ad esempio, stante l'impossibilità per il piano di fissare limiti numerici o superficiali di vendita massime, negare l'autorizzazione in caso di eccesso di esercizi commerciali operanti in zona. Il contemperamento concreto tra il principio di libera concorrenza e la tutela del consumatore, l'esigenza di adeguato sviluppo territoriale e il diritto ad avviare un'attività imprenditoriale, restava di competenza del sindaco seppur nel rispetto delle linee guida fissate dal piano. La stessa giurisprudenza si era pronunciata per la sussistenza di discrezionalità del provvedimento autorizzatorio. Si veda in tal senso Cons. St., V, 14 luglio 1977, n. 891; Tar Lombardia, Milano, III, 20 luglio 1989, n. 380; Cass. SS.UU., 25 maggio 1976, n. 1878. *Contra* Cons. St., V, 11 gennaio 1989, n. 4 e 10 novembre 1992 n. 1232, secondo cui nella fase autorizzatoria l'amministrazione era priva di discrezionalità in quanto questa era previamente esercitata in fase di adozione dei piani commerciali e urbanistici. Una volta adottati questi provvedimenti, l'amministrazione svolgeva, in sostanza, un'attività di accertamento. Nel caso di domande concorrenti, si ammetteva la discrezionalità dell'amministrazione rilevando, tuttavia, che il potere era circoscritto dalla previsione normativa di criteri di preferenza. In questo caso, l'autorizzazione all'apertura di nuovi punti vendita poteva essere concessa alle domande che avessero assicurato dal punto di vista urbanistico, la migliore soluzione e veniva data preferenza ai richiedenti che avessero dimostrato la disponibilità dei locali o dell'area destinata alla loro costruzione.

<sup>43</sup> G. SACCHI MORSIANI, *Autorizzazioni in funzione di controllo*, in «Rass. dir. pubbl.», 1961, pp. 50 ss.

successivo svolgimento dell'attività commerciale. Tra amministrazione ed esercente veniva cioè a instaurarsi un rapporto di diritto pubblico in virtù del quale l'imprenditore era tenuto ad esercitare le prescrizioni imposte dalla legge e dall'amministrazione, ad esempio, in materia di prezzi o di orari di vendita. Nella fase successiva al rilascio del titolo autorizzatorio, la posizione giuridica soggettiva dell'imprenditore autorizzato, sebbene confermata nei contenuti dall'amministrazione, era comunque garantita, come emerge dalla disciplina della revoca sottratta alla discrezionalità dell'amministrazione. Le autorizzazioni potevano essere revocate solo nei casi previsti dalla legge quali la mancata attivazione dell'esercizio, la sospensione prolungata dell'attività o la cancellazione del titolare dal registro dei commercianti<sup>44</sup>. Analogamente a quanto visto sotto la vigenza della disciplina del 1926, l'autorizzazione non poteva, invece, essere revocata per sopraggiunti motivi di interesse pubblico.

#### 2.1.2. *Il commercio come professione regolamentata: l'obbligo per il commerciante di previa iscrizione nel REC*

Condizione necessaria per il rilascio dell'autorizzazione era l'iscrizione nel registro degli esercenti il commercio (REC) istituito presso ciascuna Camera di commercio, industria, artigianato e agricoltura<sup>45</sup>. L'iscrizione

<sup>44</sup> Il provvedimento di revoca una volta accertato l'inadempimento era, in sostanza, vincolato senza che considerazioni sull'opportunità o sulla convenienza dell'esercizio del potere revocatorio potessero trovare spazio, neppure in rapporto ad esigenze private o alle ragioni che avevano condotto al verificarsi della causa di revoca. Così anche Cons. St., II, 1 giugno 1976, n. 652; Tar Umbria, Perugia, 11 novembre 1987, n. 407; Tar Lombardia, Milano, 9 giugno 1982, n. 414; Tar Lazio, Roma, II, 7 aprile 1982, n. 430; Tar Abruzzo, L'Aquila, 12 novembre 1981, n. 399. In dottrina era discusso il carattere sanzionatorio o meno della revoca. *Contra* SANDULLI, *L'autorizzazione nel commercio di vendita al posto fisso*, cit.; a favore BODDA, *La revoca.*, cit. Quanto alla *ratio* della revoca, variava a seconda del presupposto. In caso di mancato avvio dell'attività si rientrava nelle ipotesi, già conosciute dall'ordinamento, di decadenza per inattività e mancato esercizio del diritto che non avevano carattere sanzionatorio, ma miravano a tutelare l'interesse generale alla certezza delle situazioni giuridiche. Nel caso di sospensione prolungata dell'attività, rilevava invece, il rapporto tra amministrazione e privato che non si esauriva con il rilascio dell'autorizzazione e rispetto al quale il privato si mostrava inadempiente sospendendo l'attività e immobilizzando sostanzialmente una autorizzazione. Anche in questo caso, il provvedimento si limitava ad accertare una situazione di fatto senza alcun margine di discrezionalità. La revoca per cancellazione dal registro conseguiva, infine, al venir meno di uno dei presupposti per l'autorizzazione e la nascita del rapporto tra amministrazione e privato.

<sup>45</sup> Il REC è stato definito come l'anagrafe di tutti i soggetti privati che svolgevano attività commerciale, fossero essi persone fisiche o società. CAPACCIOLI, *Considerazioni generali sulla nuova disciplina del commercio*, cit., p. 229. L'iscrizione nel registro dei commercianti abilitava solo all'esercizio del tipo di attività per la quale era stata chiesta e ottenuta.

era subordinata al possesso, da parte dell'interessato, di requisiti personali, morali e professionali, analoghi a quelli richiesti per l'iscrizione in altri albi professionali. La verifica dei requisiti di professionalità, in particolare, mirava ad acclarare l'idoneità all'esercizio del commercio con specifico riguardo ai prodotti per i quali si richiedeva l'iscrizione al registro. L'accertamento era legato al superamento di un esame sul quale decideva una commissione *ad hoc* costituita presso la Camera di commercio<sup>46</sup>. Il potere della commissione era sostanzialmente vincolato<sup>47</sup> in considerazione della predeterminazione normativa dei requisiti<sup>48</sup> e della conseguente mancanza nella decisione di un bilanciamento tra interessi contrapposti. L'iscrizione all'albo costituiva, pertanto, l'oggetto di un diritto soggettivo come tale tutelato davanti al giudice ordinario.

Da un punto di vista funzionale il REC aveva sia funzione abilitativa, sia funzione ricognitiva<sup>49</sup>. Il registro, in considerazione della sua natura di strumento di certezza pubblica, soddisfaceva, in particolare, esigenze di pubblicità e di affidabilità per i consumatori e per i terzi in genere<sup>50</sup>, ai quali forniva notizie sui requisiti di moralità e professionalità dei singoli operatori commerciali, e rappresentava un presidio di garanzia per la stessa economia nazionale, sul presupposto che garanzie di professionalità avrebbero garantito anche la solidità economica del settore<sup>51</sup>.

## 2.2. *La nuova riforma del commercio al dettaglio tra liberalizzazioni e semplificazioni*

Questo sistema, che lasciava ben poco spazio all'iniziativa imprenditoriale e si preoccupava, principalmente, di garantire una programmazione strutturale dell'offerta attraverso l'esercizio delle funzioni amministrative di

<sup>46</sup> La commissione, nominata dal prefetto su designazione delle organizzazioni sindacali, era composta dal presidente della camera di commercio, quattro rappresentanti del commercio fisso al dettaglio di cui uno in rappresentanza della grande distribuzione, un rappresentante del commercio ambulante e un rappresentante della cooperazione. Essa durava in carica cinque anni e i suoi membri potevano essere riconfermati. Decideva a maggioranza assoluta dei suoi membri (in caso di parità prevaleva il voto del Presidente) e doveva pronunciarsi entro sessanta giorni dalla presentazione della domanda dell'interessato. Operava il silenzio rigetto. Cfr. art. 4, l. n. 426/71 cit.

<sup>47</sup> CAPACCIOLI, *op. ult. cit.*, p. 231.

<sup>48</sup> Cfr. art. 5 e 6.

<sup>49</sup> Così L. GESSA, *La nuova disciplina del commercio*, in «Nuova rassegna di legisl. dottr. e giur.», 1973, 19, pp. 2093 ss.

<sup>50</sup> Corte cost., 22 ottobre 1982, n. 163.

<sup>51</sup> M. SCARLATA FAZIO, *La nuova disciplina del commercio*, Giuffrè, Milano, 1973, p. 3.

pianificazione e di autorizzazione<sup>52</sup>, è stato significativamente inciso dalla legge organica sul commercio adottata alla fine degli anni novanta<sup>53</sup>. In base ad essa, la pianificazione commerciale, come sino ad allora intesa, è stata eliminata. Il REC (e con esso il sistema delle tabelle merceologiche<sup>54</sup>) è stato soppresso. Il potere autorizzatorio in alcuni casi è stato eliminato e i procedimenti rimasti sono stati semplificati secondo una linea evolutiva confermata e rafforzata dai più recenti interventi normativi a livello nazionale<sup>55</sup>.

<sup>52</sup> Questo stato di cose fu fortemente criticato anche durante la vigenza della disciplina in oggetto. Cfr. MORBIDELLI, *Rapporti tra disciplina urbanistica*, cit., p. 159; G. CIAGLIA, *Evoluzione dei rapporti tra autorizzazioni all'esercizio del commercio e disciplina urbanistica edilizia a seguito dell'entrata in vigore del d.lgs. 31 marzo 1998 n. 114*, in <https://www.giustamm.it/>.

<sup>53</sup> D.lgs., 31 marzo 1998, n. 114, su cui tra i primi commenti, si veda L. PELLEGRINI, *Concorrenza e regolamentazione: la distribuzione commerciale*, in *Regolazione e concorrenza*, cit., pp. 89 ss. La riforma è stata il frutto del mutato contesto socio-economico conseguente all'avvio dei processi di liberalizzazione negli anni novanta e all'istituzione dell'AGCM in Italia. Proprio l'Autorità garante per la concorrenza e il mercato, nel 1993 aveva pubblicato un rapporto su «Regolamentazioni della distribuzione commerciale e concorrenza» (1 gennaio 1993) in cui evidenziava la necessità di intervenire sulla normativa esistente, modificandola al fine di accrescere la concorrenza nel settore e diminuire i prezzi a favore del consumatore. Su questi aspetti e sulla loro incidenza sull'emanazione della nuova disciplina cfr. R. VARALDO, *La disciplina del commercio tra liberalizzazione e regolamentazione*, in «Riv. trim. dir. pubbl.», 1998, pp. 984 ss. La disciplina del '98 ha inoltre, recepito gli orientamenti comunitari in materia, su cui si veda la comunicazione «Verso un mercato unico della distribuzione» del 1991 nella quale la Commissione europea aveva evidenziato la necessità che gli Stati membri rimuovessero, anche nel settore della distribuzione commerciale, ogni ostacolo all'integrazione dei mercati. Su questa linea, sempre a livello sopranazionale, era stato adottato nel 1999 un libro bianco sul commercio in cui erano stati vagliati i vincoli regolamentari ritenuti lesivi della concorrenza nel settore. Sul punto si rinvia a A. ARGENTATI, *La disciplina giuridica del commercio tra diritto interno e influssi comunitari. Profili evolutivi e prospettive*, in «Dir. dell'econ.», 2004, 1, pp. 141 ss., spec. p. 143. Secondo l'A., nella disciplina del commercio «è possibile cogliere, con particolare evidenza, la peculiare evoluzione storica conosciuta dalla regolazione amministrativa dei mercati, con il passaggio da un modello di disciplina regolativa volta a realizzare essenzialmente equilibri corporativi o monopolistici, ad un sistema di programmazione e controllo in cui l'autorità pubblica disciplinava minuziosamente lo svolgimento del commercio nel quadro di un più generale 'governo democratico' dell'economia, fino al più recente sistema di regolazione proconcorrenziale [...]».

<sup>54</sup> Al quale si sostituiscono unicamente due settori principali: quello alimentare e quello non alimentare.

<sup>55</sup> Si pensi, con specifico riferimento al settore del commercio, all'art. 3, rubricato «Regole di tutela della concorrenza nel settore della distribuzione commerciale», del D.l. 4 luglio 2006, n. 223, il quale impone alle regioni la soppressione delle previsioni concernenti l'iscrizione ai registri abilitanti o il possesso di requisiti professionali diversi da quelli previsti per il settore alimentare, la previsione di distanze minime tra attività commerciali, la previsione di limitazioni quantitative all'assortimento merceologico offerto negli esercizi commerciali,

Il regime amministrativo dell'avvio delle attività di commercio al dettaglio è oggi caratterizzato a monte, dall'attribuzione di compiti di programmazione agli enti territoriali e a valle, dalla previsione di un regime liberalizzato e semplificato per gli esercizi di vicinato e dalla conferma dell'obbligo di previa autorizzazione per l'accesso al mercato per le medie e grandi strutture di vendita.

*2.2.1. La programmazione in luogo della pianificazione: valutazione degli interessi urbanistici o dei bisogni del mercato?*

Nella vigente legge sul commercio al dettaglio la programmazione della rete distributiva è stata confermata, ma sono state apportate modifiche all'oggetto e alle finalità del potere pianificatorio. Questo è stato attribuito, in prima battuta, alle regioni che devono definire gli indirizzi generali per l'insediamento delle attività commerciali sulla base degli obiettivi indicati dalla legge. Rispetto al passato regime, il grado di dettaglio con cui il legislatore ha circoscritto il potere di indirizzo sulla cui base potrà esplicarsi l'iniziativa economica privata è aumentato significativamente. Gli obiettivi di interesse generale fissati dalla legge per guidare la programmazione regionale tuttavia non sono tutti direttamente inerenti allo svolgimento dell'attività commerciale: la legge ha assegnato, infatti, alle regioni il compito di salvaguardare, per il tramite della programmazione commerciale, non solo interessi tipicamente legati allo svolgimento dell'attività di impresa, dalla tutela del consumatore alla salvaguardia del territorio o dell'ambiente, ma anche interessi il cui perseguimento da parte delle amministrazioni determina inevitabilmente una conformazione autoritativa del mercato, come la tutela delle piccole e medie imprese o dei negozi storici presenti nei centri delle città o della concorrenza intesa come garanzia dello sviluppo di tutte le tipologie distributive. È stato invece, eliminato qualsiasi riferimento ai 'bisogni del mercato' e dunque, a valutazioni legate all'equilibrio ritenuto ottimale tra domanda e offerta.

Il maggior grado di dettaglio normativo ha riguardato non solo il profilo funzionale del potere, ma anche quello procedurale. È stata definita meglio la fase istruttoria con la previsione dell'obbligo per le regioni di acquisire il parere delle rappresentanze degli enti locali e di tenere in considerazione,

diverse dalla distinzione tra settore alimentare e non alimentare, il rispetto di limiti riferiti a quote di mercato predefinite o calcolate sul volume delle vendite a livello territoriale sub-regionale. E, in termini più generali, con riferimento alle attività economiche, il rinvio è al d.lgs. n. 59/10 cit., di attuazione in Italia della Direttiva servizi, e ai decreti n. 201/11 e nn. 1 e 5 del 2012 cit. (su cui cfr. *supra* cap. I), e, in ultimo, ai d.lgs. 30 giugno 2016 n. 126 e 25 novembre 2016 n. 222 (§ 2.2.3 *sub* nota 85).

in sede decisionale, le osservazioni emerse dalla consultazione con le organizzazioni dei consumatori e con le imprese del commercio. Rispetto al passato, dunque, il coinvolgimento degli interessi di categoria avviene con modalità diverse con l'effetto di ridurre i rischi di una cattura dell'amministrazione da parte degli interessati.

I criteri di programmazione urbanistica riferiti al settore commerciale stabiliti dalle regioni devono essere poi, attuati dai comuni<sup>56</sup> nel rispetto delle linee guida dettate dalla disciplina nazionale, secondo una tecnica a cascata tipica della disciplina di questo settore<sup>57</sup>. Sulla base di questi criteri, i comuni devono individuare, con l'adozione degli strumenti urbanistici, le aree da destinare agli insediamenti commerciali e, in particolare, quelle nelle quali consentire gli insediamenti di medie e grandi strutture di vendita al dettaglio.

La riforma della programmazione ha ridotto il grado di incidenza pubblica sull'iniziativa economica privata attraverso l'eliminazione della valutazione sui bisogni del mercato e una maggior delimitazione della potestà pianificatoria pubblica e degli obiettivi ad essa sottesi. I risultati della riforma sono stati, tuttavia, in parte frustrati da un cattivo uso del potere di programmazione e pianificazione ad opera sia delle regioni<sup>58</sup>, sia degli enti locali<sup>59</sup>. Questi ultimi in particolare, hanno utilizzato gli strumenti

<sup>56</sup> Il TUEL assegna ai comuni tutte le funzioni amministrative che riguardano l'assetto e l'utilizzazione del territorio e lo sviluppo economico «salvo quanto non espressamente attribuito ad altri soggetti dalla legge statale o regionale secondo le rispettive competenze».

<sup>57</sup> Comma 2, dell'art. 6 su cui *infra* § 2.2.2.

<sup>58</sup> È il caso delle disposizioni che prevedono una pianificazione finalistica non soggetta a limiti oggettivi e predeterminati, volti a indirizzare l'operato dell'organo consiliare o della giunta. Come ad esempio la previsione del potere in capo al consiglio regionale su proposta della giunta, o direttamente alla giunta regionale, di emanare indirizzi volti a stabilire l'equilibrio della rete distributiva in rapporto alle diverse categorie e alla dimensione degli esercizi, in particolare in relazione alle grandi strutture di vendita. Al riguardo si segnala la L.R. Valle d'Aosta, 25 febbraio 2013, n. 5 in più parti dichiarata illegittima dalla Corte Cost., 18 aprile 2014, n. 104. In senso opposto, si veda la L.R. Lombardia, 2 febbraio 2010 n. 6, Testo unico delle leggi regionali in materia di commercio e fiere. La legge prevede vari livelli di programmazione e individua nel dettaglio i criteri di esercizio del potere programmatico da parte delle amministrazioni coinvolte.

<sup>59</sup> Come dimostra la copiosa giurisprudenza sul punto che ha, in più occasioni, dichiarato l'illegittimità di provvedimenti degli enti locali contrastanti con i principi normativi e giurisprudenziali affermatasi in materia. Cfr. Tar Lombardia, Milano, I, 5 settembre 2014, n. 2312; Tar Puglia, Lecce, I, 31 ottobre 2016, n. 1641; Cons. St., V, 27 maggio 2014, n. 2746; Cons. St., V, 5 maggio 2009, 2808; Tar Toscana, Firenze, II, 21 settembre 2010, n. 6400; Tar Abruzzo, L'Aquila, I, 25 gennaio 2013, n. 99; Tar Lombardia, Milano, I, 10 ottobre 2013, 2271 con commento di A. TRAVI, *Attività commerciali e strumenti urbanistici: ovvero «il diritto preso sul serio»*, in «Urb. e app.», 2014, pp. 104 ss. e di E. BOSCOLO, *La*

urbanistici con i quali dare attuazione agli indirizzi regionali in materia di attività commerciali, per finalità diverse da quelle consentite dalla legge, reintroducendo, di fatto, la programmazione con finalità economiche ormai abrogata<sup>60</sup>.

Il cattivo uso del potere da parte dei comuni è stato censurato dalla giurisprudenza<sup>61</sup> attraverso i principi di ragionevolezza<sup>62</sup> e di proporzionalità<sup>63</sup> dell'azione amministrativa. È stata ammessa la possibilità per i comuni di considerare nell'ambito della pianificazione urbanistica anche interessi economici<sup>64</sup>, indicando ad esempio, che una zona sia ad uso commerciale, ma è stata censurata la previsione di limiti, programmi e controlli non ragionevoli, non adeguati o non proporzionati, che mirino a, o che abbiano come effetti quello di ritardare, impedire o condizionare l'avvio di nuove attività o l'ingresso di nuovi operatori sul mercato<sup>65</sup>. Nel

---

*regolamentazione del commercio: barriere di ordine territoriale e tecniche di liberalizzazione*, in «Riv. giur. ed.», 2013, I, pp. 1179 ss.

<sup>60</sup> ARGENTATI, *Disciplina del commercio.*, cit., p. 164.

<sup>61</sup> Per un esame delle posizioni giurisprudenziali cfr. TRAVI, *Attività commerciali e strumenti urbanistici.*, cit., pp. 101 ss.

<sup>62</sup> Su cui si rimanda a P.M. VIPIANA, *Introduzione allo studio del diritto di ragionevolezza nel diritto pubblico*, CEDAM, Padova, 1993.

<sup>63</sup> Su cui per tutti, D.U. GALETTA, *Principio di proporzionalità e sindacato giurisdizionale nel diritto amministrativo*, Giuffrè, Milano, 1998; A. SANDULLI, *La proporzionalità dell'azione amministrativa*, CEDAM, Padova, 1998.

<sup>64</sup> L'attuazione degli interessi economici ha inevitabilmente una ricaduta territoriale tale che la pianificazione urbanistica non può prescindere dalla loro considerazione. MORBIDELLI, *Rapporti tra disciplina urbanistica.*, cit.; G. ABBAMONTE, *Programmazione economica e pianificazione territoriale*, in «Enc. dir.», Aggiorn., vol. II, Giuffrè, Milano, 1998, pp. 804 ss.; P.M. CAPUTI JAMBRENGHI, *Studi sulla disciplina giuridica dell'insediamento commerciale*, Giuffrè, Milano, 2000, pp. 200 ss.; M. TUCCI, *Programmazione amministrativa e pianificazione del territorio*, Giappichelli, Torino, 2003; G. BERTI, *Dinamica giuridico-economica dell'urbanistica*, in «Amministrare», 1989, pp. 361 ss.; P.L. PORTALURI, *Primaute della disciplina urbanistica e regolazione delle attività commerciali*, in *Scritti in onore di P. Stella Richter*, ES, Napoli, 2013, pp. 1720 ss.; D.M. TRAINA, *Disciplina del commercio, programmazione ed urbanistica*, in «Riv. giur. edil.», pt. 2, 2011, pp. 119 ss. Lo stretto legame tra le decisioni in materia di insediamento di strutture di vendita e le previsioni urbanistiche è stato confermato dalla Corte costituzionale che ha dichiarato non irragionevole, né contraria alla libertà di impresa, una legge regionale che sospendeva sino ad un termine predefinito, il rilascio di nuove autorizzazioni per le grandi strutture di vendita, in attesa dell'approvazione dei piani di coordinamento territoriale. Corte cost., 22 giugno 2004, n. 176.

<sup>65</sup> G. CAIA, *Governo del territorio e attività economiche*, in «Dir. amm.», 2003, pp. 707 ss., spec. p. 720, secondo cui il Piano regolatore non può dirigere e indirizzare le attività produttive in sé perseguendo altrettanti autonomi obiettivi di politica economica. In giurisprudenza, Cons. St., IV, 7 novembre 2014, n. 5494, secondo cui con riferimento agli atti di programmazione

disciplinare le ricadute territoriali delle attività economiche, dunque, lo strumento urbanistico può decidere sulla loro collocazione spaziale, sulle dotazioni infrastrutturali e sulle tipologie edilizie più adatte al territorio<sup>66</sup>. La regolazione dell'uso e delle trasformazioni del suolo, tuttavia, non può spingersi sino a conformare l'attività di impresa ingerendosi nelle scelte organizzative per perseguire finalità che fanno capo ad altri ambiti<sup>67</sup>.

*2.2.2. Le autorizzazioni all'apertura nella nuova disciplina tra potere discrezionale dell'amministrazione e vincoli normativi a garanzia dell'impresa: il caso dell'insediamento delle medie e grandi strutture*

Quanto al concreto insediamento di un'attività commerciale sul territorio, la disciplina del '98, ha mantenuto l'obbligo di ottenere la previa

---

territoriale è necessario «verificare se essi perseguono in concreto finalità di tutela dell'ambiente urbano o comunque hanno l'obiettivo di dare razionalità all'assetto territoriale oppure perseguono la limitazione autoritativa dell'offerta sul mercato dei servizi attraverso restrizioni territoriali alla libertà di insediamento delle imprese». Il piano, dunque, non può avere come obiettivo o come effetto quello di funzionalizzare le attività imprenditoriali al perseguimento di obiettivi di politica economica.

<sup>66</sup> A. LOLLI, *Pianificazione urbanistica, interessi economici e pianificazione commerciale*, in *Territorialità e delocalizzazione nel governo locale*, a cura di M. CAMMELLI, Il Mulino, Bologna, 2007, pp. 571 ss. Gli interessi di cui si può tener conto sono quindi, ad esempio, quelli della viabilità, dei parcheggi, delle infrastrutture necessarie. Quando invece le amministrazioni mirano ad assicurare l'equilibrato sviluppo delle diverse tipologie distributive si fuoriesce dalle finalità ammissibili per la pianificazione urbanistica. Si esula dalle finalità sottese ai piani urbanistici anche quando i piani introducono previsioni più specifiche che ad esempio, mirano ad indirizzare e a condizionare in sé l'esercizio dell'impresa al fine di impedirne la cessazione attraverso il divieto di usi diversi dell'immobile o l'obbligo di asservire l'organizzazione dei fattori produttivi ad altri interessi perseguiti dall'amministrazione (ad esempio di tipo occupazionale).

<sup>67</sup> Se ciò accade, il provvedimento deve essere censurato per sviamento di potere. Il giudice è quindi chiamato a verificare se attraverso lo strumento urbanistico si sia perseguito effettivamente l'obiettivo di un adeguato assetto del territorio o se si sia dato luogo a una «regolazione autoritativa dell'offerta sul mercato dei servizi attraverso restrizioni territoriali alla libertà di insediamento delle imprese». Cons. St., IV, 4 maggio 2017, n. 2026; Tar Campania, Napoli, VIII, 8 novembre 2016 n. 5149; 9 settembre 2015, n. 4402; Tar Lazio, Roma, II ter, 3 febbraio 2015, n. 1988; Tar Marche, Ancona, I, 16 aprile 2014, n. 434; Tar Lombardia, Milano, I, 20 febbraio 2015, n. 521. Sulla necessità che gli enti locali effettuino una valutazione di compatibilità degli strumenti urbanistici esistenti con i principi di liberalizzazione di matrice europea e nazionali, cfr. anche Tar Puglia, Lecce, I, 31 ottobre 2016, n. 1641. In senso contrario alla giurisprudenza dominante, Tar Veneto, III, 1 luglio 2015 n. 766.

autorizzazione per le medie<sup>68</sup> e grandi strutture di vendita<sup>69</sup>, mentre lo ha eliminato gli esercizi di vicinato<sup>70</sup>.

Per le medie e grandi strutture, il potere di autorizzazione deve essere esercitato in attuazione degli obiettivi fissati dal legislatore per l'esercizio del potere di indirizzo regionale<sup>71</sup>. Nel caso delle medie strutture il potere di autorizzazione è soggetto anche al rispetto dei criteri adottati dai comuni sulla base delle disposizioni regionali, sentite le organizzazioni di tutela dei consumatori e le organizzazioni imprenditoriali del commercio. Si tratta di un ulteriore limite alla discrezionalità amministrativa nel rilascio del provvedimento autorizzatorio, previsto dalla legge, ma in concreto attuato dalle amministrazioni. L'amministrazione comunale è, in sostanza, tenuta per legge ad autovincolarsi sulla base di quanto previsto dalle linee guida regionali e tenendo conto degli interessi di categoria coinvolti.

Questa previsione è, invece, assente per le grandi strutture di vendita, dove, il limite alla discrezionalità amministrativa deriva principalmente da obblighi procedurali stabiliti direttamente dalla norma. La domanda di rilascio dell'autorizzazione<sup>72</sup> deve essere esaminata da una conferenza di servizi indetta dal comune e composta da tre membri, rappresentanti rispettivamente la regione, la provincia e il comune<sup>73</sup>. La conferenza decide in base alla conformità dell'insediamento commerciale ai criteri di programmazione stabiliti dalle regioni. Alle riunioni della conferenza

<sup>68</sup> Si intendono per medie strutture di vendita gli esercizi aventi superficie superiore ai limiti per gli esercizi di vicinato e fino a 1.500 mq nei comuni con popolazione residente inferiore a 10.000 abitanti e a 2.500 mq. nei comuni con popolazione residente superiore a 10.000 abitanti. Art. 4, comma 1, lett. e).

<sup>69</sup> Si intendono per grandi strutture di vendita gli esercizi aventi superficie superiore ai limiti previsti per le medie strutture di vendita. Art. 4, comma 1, lett. f).

<sup>70</sup> Su cui *infra* paragrafo seguente.

<sup>71</sup> Su cui si rimanda alle osservazioni svolte *supra* § 2.2.1.

<sup>72</sup> Nella domanda l'interessato deve dichiarare di possedere i requisiti richiesti dalla legge, il settore o i settori merceologici, l'ubicazione e la superficie di vendita dell'esercizio e le eventuali comunicazioni previste dalla normativa di settore. Resta confermata con riferimento ai requisiti, la distinzione tra attività di commercio di prodotti alimentari e non. Per quest'ultima è necessario il possesso di requisiti morali consistenti nel non aver riportato condanne penali. A questi requisiti si aggiungono, nel caso di settore alimentare, i requisiti professionali. La relativa disciplina contenuta nel d.lgs. n. 114/98 cit. è stata modificata dalla normativa di recepimento della direttiva servizi, seppur non in modo sostanziale. I commi 2 e ss. dell'art. 5, in materia di requisiti, sono stati modificati dall'art. 71, d.lgs. n. 59/10 cit.

<sup>73</sup> Quando il bacino d'utenza della struttura riguarda anche parte del territorio di altra regione confinante, la conferenza dei servizi è tenuta ad informare quest'ultima e a chiederne il parere. Il parere della regione è obbligatorio, ma non vincolante ai fini del rilascio dell'autorizzazione.

di servizi, svolte in seduta pubblica, partecipano a titolo consultivo i rappresentanti dei comuni vicini, delle organizzazioni dei consumatori e delle imprese del commercio più rappresentative.

Nelle nuove disposizioni, dunque, è mantenuto un controllo *ex ante*, ma il potere discrezionale dell'amministrazione è circoscritto. Il mantenimento di un previo potere autorizzatorio per le medie e grandi strutture, che si giustifica in ragione del maggior impatto che la grande distribuzione può avere sul territorio e sull'assetto urbanistico, ha tuttavia generato alcune derive protezionistiche. Con riguardo ai rapporti tra imprese, l'orientamento giurisprudenziale tutt'ora dominante<sup>74</sup>, che riconosce alle imprese già presenti sul territorio, purché operanti all'interno di un'area specifica, il c.d. bacino d'utenza, una posizione qualificata, ha fatto sì che il regime autorizzatorio possa essere utilizzato da queste per proteggersi dalla concorrenza, ricorrendo contro il rilascio dell'autorizzazione.

In riferimento ai rapporti verticali tra impresa e amministrazione, invece, i cambiamenti sono stati ostacolati da una sostanziale inattuazione da parte delle regioni<sup>75</sup>. La disciplina regionale si è, infatti, in molti casi tradotta in una ri-pianificazione commerciale della rete distributiva e nella reintroduzione di una regolazione fondata sulla logica conformativa tipica della disciplina della distribuzione commerciale antecedente alla riforma del '98<sup>76</sup>. Molte regioni hanno previsto vincoli quantitativi in entrata più

<sup>74</sup> *Ex multis*, Tar Liguria, Genova, I, 5 maggio 2016, n. 420 (e giurisprudenza ivi richiamata); Cons. St., IV, 19 marzo 2015, n. 1444 (e giurisprudenza ivi richiamata).

<sup>75</sup> In generale, l'analisi delle normative regionali di attuazione mostra due tendenze: una scarsa inclinazione degli enti regionali a dare attuazione alla liberalizzazione; la presenza di normative regionali molto diverse tra loro per quanto riguarda limiti all'ingresso (titoli autorizzativi, SCIA ecc., e requisiti necessari per l'avvio delle attività). Un'interessante analisi al riguardo è stata svolta da S.A. PANETTA, *Le Regioni si sono veramente adeguate alle recenti liberalizzazioni-semplificazioni in materia di commercio?*, in «Disciplina del comm. e dei serv.», 2013, pp. 197 ss. Sull'alto rischio di deviazione dai principi nazionali da parte delle regioni in seguito al decentramento operato dalla riforma costituzionale del titolo V, B. ARGOLAS, *L'attuazione della riforma del commercio al dettaglio tra liberalizzazione e decentramento*, in «Giorn. dir. amm.», 2002, 9, pp. 910 ss. In senso critico sui limiti fissati dalle regioni alla liberalizzazione avvenuta con la disciplina nazionale si vedano anche L. PELLEGRINI, *La liberalizzazione delle attività commerciali*, in *La regolazione intelligente. Un bilancio critico delle liberalizzazioni italiane*, a cura di B.G. MATTARELLA, A. NATALINI, Passigli editori, Firenze, 2013, pp. 199 ss.; E. BOSCOLO, *L'attuazione regionale della riforma del commercio*, in *Livelli e contenuti della pianificazione urbanistica*, a cura di E. FERRARI, Giuffrè, Milano, 2001, pp. 251 ss.

<sup>76</sup> Le regioni hanno ad esempio, reintrodotta, vincoli attraverso griglie di pianificazione strette, tabelle merceologiche, indici di densità, e meccanismi rigidi di zonizzazione. Le normative regionali contrastanti con la liberalizzazione della distribuzione commerciale sono state oggetto di critica anche dall'AGCM che nella segnalazione AS, 20 dicembre

stringenti di quelli stabiliti a livello nazionale, specie per le medie e grandi strutture, hanno adottato programmazioni basate su indici di densità delle grandi strutture di vendita in rapporto alla popolazione residente, hanno reintrodotta le zonizzazioni<sup>77</sup> e individuato ambiti territoriali riservati al commercio al dettaglio senza specifici motivi legati al governo del territorio<sup>78</sup>. Altre volte, infine, l'ente territoriale ha 'forzato' le previsioni normative al fine di estendere l'ambito di applicazione delle autorizzazioni commerciali<sup>79</sup>.

La Corte costituzionale<sup>80</sup> ha censurato l'operato delle regioni facendo leva su due ordini di motivazioni. In primo luogo, la Corte ha affermato che nella materia del commercio, di competenza delle regioni, l'intervento statale si giustifica per la sua rilevanza macroeconomica, mentre appartengono alla sfera riservata alle regioni gli interventi sintonizzati sulla realtà produttiva regionale, purché tuttavia non creino ostacolo alla libera circolazione delle persone e delle cose e non limitino l'esercizio del diritto al lavoro in qualunque parte del territorio regionale<sup>81</sup>. La scelta di liberalizzare il commercio in astratto e in via di principio, quindi, non può essere messa in discussione<sup>82</sup> e le regioni hanno il potere di regolare la materia, ma non

---

2001, n. 226 ha censurato la discrasia tra l'eliminazione dei vincoli a livello statale e la loro reintroduzione a livello locale (regionale e comunale). Si vedano anche, le segnalazioni della AGCM specifiche per alcune normative regionali: AGCM, AS165 del 4 marzo 1999, e AS 170 del 15 aprile 1999. In dottrina, in senso critico O. ZAPPI, *Una prima rassegna critica del processo di programmazione commerciale da parte delle Regioni a seguito del d.lg. n. 114/1998*, in «Ist. feder.», 1999, 3-4, pp. 705 ss.; F. CINTIOLI, *Commercio e liberalizzazione*, in «Mercato concorrenza e regole», 2007, 3, pp. 427 ss.; P. BILANCIA, *La disciplina del commercio tra legislazione e attività pianificatoria*, in «Le Regioni», 2005, pp. 747 ss.

<sup>77</sup> Un altro caso emblematico è quello della legge sulle grandi strutture approvata dalla Regione Sicilia e poi censurata in sede giurisprudenziale su cui G. ARMAO, *Il regime giuridico dei centri commerciali in Sicilia e le liberalizzazioni*, in «Disc. del comm. e dei serv.», 2015, 4, p. 171 ss.

<sup>78</sup> L.P. Bolzano, 16 marzo 2012, n. 7.

<sup>79</sup> È quello che ha fatto, ad esempio, la regione Umbria con la nozione di «poli commerciali» e con la riconduzione entro tale nozione degli esercizi commerciali adiacenti o vicini i cui titolari, tuttavia, non avevano manifestato alcuna volontà di unirsi. Attraverso la qualificazione come «polo commerciale» la regione ha sottoposto ad autorizzazione anche questi esercizi sino alla declaratoria di incostituzionalità operata dalla Consulta (Corte cost., 15 maggio 2014, n. 125).

<sup>80</sup> Cfr. Corte cost., 11 novembre 2016, n. 239 la quale ha dichiarato costituzionalmente illegittime alcune norme della legge regionale pugliese disciplinante il Codice del commercio, che prevedevano apposite autorizzazioni comunali per l'esercizio delle attività commerciali, rimettendo agli stessi comuni l'individuazione di procedure e presupposti specifici.

<sup>81</sup> Corte cost., 13 gennaio 2004, n. 1; 27 luglio 2004, n. 272; n. 176/04, cit.

<sup>82</sup> Corte cost., 20 luglio 2012, n. 200 per cui gli interventi di liberalizzazione avviati dal governo non precludono l'intervento del legislatore regionale nelle materie di propria competenza a condizione che esso avvenga tramite l'adozione di misure pro-concorrenziali

quello di riformulare il principio di liberalizzazione alla radice<sup>83</sup>.

In secondo luogo, nell'esercizio delle loro competenze sul commercio, le regioni possono introdurre limiti solo nel rispetto dell'art. 41 della Costituzione e dunque, solo in presenza di concreti interessi pubblici che giustificano i limiti alla libertà di iniziativa economica<sup>84</sup> e non invece, come avvenuto, utilizzando pretestuosamente l'interesse pubblico per finalità protezionistiche e di conformazione del mercato.

### 2.2.3. *Dai controlli ex ante ai controlli ex post: l'affermazione della libertà di iniziativa economica nel caso degli esercizi di vicinato*

L'autorizzazione è stata invece eliminata per gli esercizi di vicinato<sup>85</sup>, sottoposti, nella prima versione della legge, ad un regime di comunicazione preventiva<sup>86</sup> e oggi assoggettati a quello della segnalazione certificata di inizio

---

conformi alle politiche stabilite a livello centrale. Analogamente Corte cost., 19 dicembre 2012, n. 299.

<sup>83</sup> F. GUELLA, *Linammissibilità costituzionale delle lesioni alla concorrenza da parte delle autonomie e linammissibilità dei limiti territoriali, conformativi e specifici, alla liberalizzazione del commercio*, in «Le Regioni», 2014, pp. 936 ss. che parla di «regionalismo di 'esecuzione'» e richiama il «ruolo gestorio» delle regioni all'interno di un sistema pro-concorrenziale delineato nei suoi tratti generali dall'Unione europea e, in sede di attuazione, dall'ordinamento nazionale.

<sup>84</sup> La Corte costituzionale ha giudicato legittima l'introduzione di limiti a tutela di specifici interessi pubblici. Si vedano ad esempio, Corte cost., 18 luglio 2014, n. 220 in materia di limiti al commercio per il contrasto alla ludopatia e Corte cost. n. 104/2014 cit. sull'art. 3, L.R. Valle d'Aosta, n. 5/13 cit., che prescrive il possesso di specifici requisiti di professionalità, nonostante tale necessità sia stata espunta dalla legge statale. La disposizione è stata ritenuta legittima in quanto il possesso di tali requisiti per lo svolgimento di determinate attività è stato inteso come una garanzia ulteriore per la salute e per la tutela dei consumatori. La Corte costituzionale ha, poi, ritenuto che la previsione regionale che subordina il rilascio dell'autorizzazione per l'apertura di una grande struttura di vendita all'approvazione dei piani di coordinamento territoriale che stabiliscono la programmazione riguardante la grande distribuzione, da adottare entro termini certi, «introduca un limite non irragionevole all'iniziativa economica privata per la salvaguardia di un bene di rilievo costituzionale quale è il governo del territorio». Corte cost., n. 176/04, cit.

<sup>85</sup> La definizione di esercizio di vicinato è contenuta nell'art. 4, comma 1, lett. d). L'eliminazione dei controlli *ex ante* è stata estesa alle attività elencate nell'allegato al d.lgs. 25 novembre 2016, n. 222, c.d. SCIA 2, che contiene la mappatura delle attività oggetto di procedimento di mera comunicazione o di segnalazione certificata di inizio attività (SCIA) o di silenzio assenso, nonché quelle per le quali è necessario il titolo espresso. Sulla rilevanza del Decreto SCIA 2, per la semplificazione e la qualità della regolazione contenute cfr. Consiglio di Stato, comm. spec., parere 4 agosto 2016, n. 1784.

<sup>86</sup> In base all'art. 7, comma 1, d.lgs. n. 114/98, nella versione antecedente alle modifiche del 2010, l'apertura di un esercizio di vicinato era soggetta a previa comunicazione al comune competente per territorio e poteva essere effettuata decorsi trenta giorni dal ricevimento della

attività (SCIA) come disciplinata dalla legge sul procedimento amministrativo<sup>87</sup>.

La riforma della fase di avvio dell'attività economica in questo caso ha operato lungo due linee direttrici, quella della liberalizzazione e quella della semplificazione.

Per quanto riguarda la prima, le nuove regole non hanno reso 'libera' l'attività, in quanto il potere amministrativo non è stato eliminato<sup>88</sup>. Si tratta però, di un potere vincolato da esercitare *ex post* rispetto all'avvio dell'attività

---

comunicazione. Gli elementi della comunicazione e i requisiti previsti nell'originaria formulazione sono stati invece confermati sia con le modifiche del 2010, sia con quelle del 2012.

<sup>87</sup> Artt. 19 e ss., l. n. 241/90 come modificati dal decreto D.lgs. 30 giugno 2016, n. 126 c.d. SCIA-1 con l'obiettivo di una maggiore semplificazione per l'imprenditore. Come è stato osservato, il primo decreto attuativo non tocca le singole attività, rimesse a successivi decreti (e su cui è intervenuto il decreto SCIA 2 cit.), ma incide sulla legge sul procedimento amministrativo, dettando una disciplina generale applicabile a tutte le attività private soggette a segnalazione certificata di inizio attività, di fatto, invertendo l'ordine contenuto della delega. In senso favorevole a questa scelta, E. GIARDINO, *L'individuazione, la semplificazione e l'accelerazione dei procedimenti*. (Commento a D.lgs. 30 giugno 2016, n. 126; d.lgs. 25 novembre 2016, n. 222; d.p.r. 12 settembre 2016, n. 194), in «Giorn. dir. amm.», 2017, 1, pp. 26 ss., spec. p. 29. Come già da più autori evidenziato, la SCIA (e prima la DIA) pur rappresentando un modello di accesso alternativo a quello autorizzatorio non prescinde da una valutazione di idoneità della pubblica amministrazione. Così M.A. SANDULLI, *La segnalazione certificata di inizio attività (s.c.i.a.)*, in *Principi e regole dell'azione amministrativa*, a cura di M.A. SANDULLI, Giuffrè, Milano, 2017, pp. 215 ss.; V. CERULLI IRELLI, *Modelli procedurali alternativi in tema di autorizzazioni*, in «Dir. amm.», 1993, pp. 60 ss.; G. FALCON, *L'autoamministrazione dei privati*, in *Procedimenti e accordi nell'amministrazione locale*, Atti del XLII convegno di studi di scienza dell'amministrazione, Tremezzo, 19-21 settembre 1996, Giuffrè, Milano, 1997, pp. 139 ss.; E. BOSCOLO, *I diritti soggettivi a regime amministrativo: l'art. 19 della l. 241/90 e altri modelli di liberalizzazione*, CEDAM, Padova, 2001. Sul problema della qualificazione della SCIA e del potere dell'amministrazione e sui riflessi per la tutela del terzo, in dottrina, A. TRAVI, *La tutela nei confronti della d.i.a. tra modelli positivi e modelli culturali*, in «Dir. pubbl.», 2014, pp. 15 ss.; P.M. VIPIANA, *I poteri amministrativi a seguito di SCIA al vaglio della Consulta*, in «Giur. it.», 2016, 10, pp. 2234 ss.; L. FERRARA, *Diritti soggettivi ad accertamento amministrativo*, CEDAM, Padova, 1996, pp. 216 ss. Sulla distinzione netta tra d.i.a. e atto amministrativo, A. TRAVI, *Dichiarazione di inizio attività (diritto amministrativo)*, in «Enc. dir. - Annali», Giuffrè, Milano, 2008, pp. 343 ss.

<sup>88</sup> L'opportunità di mantenere un controllo amministrativo a tutela dell'interesse pubblico si spiega, anche in termini di analisi economica del diritto, con la presenza di asimmetrie informative che richiede la verifica da parte dell'amministrazione delle informazioni fornite al fine di evitare la presenza sul mercato, in concorrenza con gli altri operatori, di soggetti che non possiedono i requisiti di legge. Per un approfondimento del rapporto tra istituti di semplificazione procedimentale e analisi economica del diritto si rinvia allo studio di D. VESE, *Semplificazione procedimentale, analisi economica e tutela del terzo*, in «Il dir. dell'ec.», 2016, 2, pp. 545 ss.

che può avvenire contestualmente alla segnalazione<sup>89</sup>. L'amministrazione, infatti accerta i presupposti di legge e in loro mancanza adotta provvedimenti di tipo inibitorio.

Oltre alla possibilità di avviare subito l'attività, la riforma del commercio ha incrementato la semplificazione procedimentale<sup>90</sup> prevedendo gli istituti della SCIA unica<sup>91</sup> e della SCIA condizionata<sup>92</sup>. La prima consente di adattare la procedura ordinaria della SCIA anche alle attività per le quali sono richieste più segnalazioni di inizio attività, mentre la SCIA condizionata opera nel caso in cui, oltre alla SCIA, serve anche il rilascio di provvedimenti di assenso espressi o taciti. I due istituti consentono di organizzare in un unico procedimento principale, gestito dallo sportello unico delle attività produttive (SUAP)<sup>93</sup>, unico interlocutore anche per quanto riguarda gli esiti provvedimentali, tutti i procedimenti complessi articolati in subprocedimenti, spesso di competenza di più amministrazioni. Nel caso della SCIA condizionata, tuttavia, l'attività del privato resta vincolata all'emanazione degli atti di assenso dell'amministrazione e non può essere iniziata solo a seguito della comunicazione allo sportello unico. La semplificazione attinge allora al fatto che il privato può chiedere gli atti presupposti non certificabili e che richiedono un'autorizzazione o, in luogo di questa, il silenzio assenso, tramite un'unica segnalazione al SUAP e l'onere viene spostato sulle amministrazioni che sono tenute a convocare una conferenza di servizi.

L'utilità della SCIA e i benefici per l'impresa sono stati tuttavia, in parte inficiati dai numerosi interventi normativi che hanno ripetutamente modificato due elementi nodali per l'efficacia dell'istituto<sup>94</sup>.

<sup>89</sup> Il comma 2 dell'art. 19 prevedeva un termine dilatorio di trenta giorni decorso il quale il privato poteva avviare l'attività. In un'ottica acceleratoria ed efficientistica, la norma è stata modificata dal d.lgs. n. 59/2010 cit. attuativo della Direttiva *Bolkestein*.

<sup>90</sup> Richiamando la tassonomia suggerita da L. TORCHIA, *Tendenze recenti della semplificazione amministrativa*, in «Dir. amm.», 1998, pp. 385 ss., si osserva come in questo caso la semplificazione sia stata perseguita ricorrendo alla tecnica dell'alleggerimento e a quella della razionalizzazione. Si attenua, cioè, il peso dell'azione amministrativa sull'imprenditore chiamato ad operare con un'unica «segnalazione» e si razionalizza l'azione amministrativa attraverso la previsione della conferenza di servizi e la riduzione del margine di discrezionalità dell'amministrazione.

<sup>91</sup> Comma 2, art. 19 *bis*.

<sup>92</sup> Comma 3, art. 19 *bis* cit. In questo caso, tuttavia, a differenza di quanto previsto dal comma 2, per la SCIA unica, l'avvio dell'attività non è contestuale alla presentazione della segnalazione, ma può avvenire solo dopo la comunicazione da parte del SUAP del rilascio dei provvedimenti o della formazione del silenzio assenso.

<sup>93</sup> A sua volta strumento di semplificazione per l'imprenditore. Si richiamano al riguardo le osservazioni svolte *supra* capitolo I, § 4.

<sup>94</sup> Al riguardo si veda in termini più ampi, A. TRAVI, *Le complicazioni della semplificazione*

In primo luogo, il fattore tempo. Le riforme, negli anni, hanno portato da un lato, all'eliminazione del termine dilatorio, di modo che l'imprenditore può avviare l'attività subito e non dopo trenta giorni dalla comunicazione, come originariamente previsto. Dall'altro, all'allungamento, da trenta a sessanta giorni, del termine a disposizione dell'amministrazione per controllare la sussistenza dei requisiti e dei presupposti di legge, nonché la veridicità delle informazioni. Mentre nel primo caso, la riforma ha effetti positivi nei confronti dell'imprenditore, nel secondo, l'aumento del termine produce inefficienza in considerazione dell'incertezza e della crescente possibilità per l'imprenditore di perdere risorse economiche<sup>95</sup>.

In secondo luogo, sull'efficacia della semplificazione hanno inciso le modifiche relative alla configurazione del potere di controllo *ex post*, quale strumento volto principalmente a prevenire e a conformare l'attività di impresa o piuttosto quale meccanismo sanzionatorio per dichiarazioni false<sup>96</sup>. L'attuale disciplina dei controlli in materia di SCIA sembra però combinare positivamente entrambe le tecniche prevedendo che «[q]ualora sia possibile conformare l'attività 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». Nel caso più grave di dichiarazioni false e mendaci, invece, non è ammessa la conformazione dell'attività e dei

---

*amministrativa*, in *Procedimento e servizi pubblici nel diritto amministrativo in trasformazione*, a cura di G. SALA, G. SCIULLO, ESI, Napoli, 2017, pp. 3 ss., in cui si analizzano in chiave critica le proposte di semplificazione amministrativa accolte nella c.d. legge Madia, mettendole a confronto con la loro attuazione pratica. Sui difetti delle riforme che hanno interessato l'istituto cfr. anche M.A. SANDULLI, *Dalla d.i.a. alla s.c.i.a.: una liberalizzazione «a rischio»*, in «Riv. giur. edil.», 2010, 6, pt. 2, pp. 465 ss.; E. BOSCOLO, *La segnalazione certificata di inizio attività fra esigenze di semplificazione ed effettività dei controlli*, in «Riv. giur. urb.», 2010, pp. 580 ss.

<sup>95</sup> A. SELMIN, *La scia economica ancora nell'incertezza delle regole*, in «Disc. comm. e servizi», 2015, pp. 47 ss. Emblematica al riguardo la vicenda che ha portato all'eccezione di incostituzionalità sollevata dal Tar Toscana in merito alla mancata previsione da parte dell'art. 19, comma 6 ter, della legge n. 241 del 1990, di un termine finale per la sollecitazione da parte del terzo delle verifiche sulla Scia (cfr. ord., 11 maggio, 2017, n. 667). La Corte ha respinto i dubbi di illegittimità ma ha concordato con il giudice rimettente sull'esistenza, stante l'attuale quadro normativo in materia di Scia, di un problema di tutela del terzo e di un possibile *vulnus* alla sua posizione giuridico-soggettiva. Per questo ha segnalato l'opportunità di un intervento normativo che contribuisca a chiarire e garantire maggior certezza circa il momento in cui iniziano a decorrere i termini per esercitare i poteri inibitori. Così, Corte Cost., 13 marzo 2019, n. 45.

<sup>96</sup> Nel primo caso, il controllo produce risultati efficaci e non contrasta con l'interesse privato dell'imprenditore. Nel secondo caso, invece, il controllo, basato solo sulla logica punitiva, non sembra poter avere concreti effetti benefici, né sul mercato, né sull'imprenditore.

suoi effetti ed il dichiarante «è punito con la sanzione prevista dall'articolo 483 del codice penale, salvo che il fatto costituisca più grave reato»<sup>97</sup>.

Va, infine, considerato, ai fini della concreta utilità della SCIA per l'impresa, lo spostamento di responsabilità dall'amministrazione al privato (e ai professionisti da questi contattati) che è operato attraverso l'istituto della segnalazione di inizio attività, tanto più dannoso in ragione dell'ambiguità delle disposizioni che prevedono i requisiti richiesti<sup>98</sup>.

### *2.3. Libertà di iniziativa economica nel settore della distribuzione di carburanti e intervento pubblico. Considerazioni di sintesi*

L'iniziativa economica nel settore del commercio, inizialmente libera, è stata assoggettata a partire dalla legge del 1926 ad un regime amministrativo dell'entrata che perdura tutt'oggi, seppur con significative differenze rispetto al passato.

La materia, come si è visto, è stata oggetto di tre grandi riforme organiche, nel '26, all'inizio degli anni settanta e alla fine degli anni novanta. I primi due interventi normativi, seppur con le differenze evidenziate nel corso del lavoro, condividevano la *ratio* di fondo e contenevano soluzioni tra loro molto vicine. In entrambi i casi, la disciplina prevedeva significativi limiti all'autonomia dell'impresa funzionali a conformare il mercato e il grado di sviluppo del settore. Tramite la licenza prima, e l'autorizzazione sulla base della programmazione commerciale poi, l'iniziativa privata era pertanto indirizzata verso la realizzazione di obiettivi pubblici a carattere economico<sup>99</sup>.

La genericità delle previsioni normative lasciava ampio spazio alle valutazioni discrezionali dell'amministrazione la quale adottava i provvedimenti di assenso non solo, sulla base di valutazioni attinenti interessi tipicamente incisi dall'attività di impresa, quali la tutela del territorio o quella

<sup>97</sup> Art. 21, comma 1, come modificato dalla L. n. 124/15, cit.

<sup>98</sup> Per questo oggetto di più voci critiche. La semplificazione incontra numerosi ostacoli che derivano soprattutto dall'impostazione ad essa sottesa quale risposta all'eccessiva burocratizzazione, non solo nell'ambito delle attività economiche. Il nodo critico non sta (solo) nel semplificare i moduli o i procedimenti, attraverso una riscrittura di alcune forme procedurali, ma è connesso al rapporto tra autorità e cittadino (imprenditore) che richiederebbe un profondo ripensamento. F. SATTA, *Liberalizzare e semplificare*, in «Dir. amm.», 2012, 1-2, pp. 177 ss., p. 180. Più di recente, L. TORCHIA, *Teoria e prassi delle decisioni amministrative*, Relazione al convegno annuale AIPDA, «Decisioni amministrative e processi deliberativi», Bergamo, 5-7 ottobre 2017.

<sup>99</sup> CHITI, *La licenza*, cit., p. 879. Cfr. anche A. PISANESCHI, *Commercio e attività produttive*, in *Il diritto amministrativo dopo le riforme costituzionali*, a cura di G. CORSO, V. LOPILATO, vol. I, parte speciale, Giuffrè, Milano, 2006, pp. 105 ss.

dei consumatori, ma anche sulla base di scelte di opportunità e di politica economica legate all'offerta già presente sul territorio e alle caratteristiche soggettive dell'esercizio commerciale<sup>100</sup>. Rispetto a questo impianto, la riforma del 1998 ha segnato una significativa inversione di tendenza eliminando l'obbligo di previa autorizzazione per gli esercizi di vicinato e la possibilità che l'amministrazione valuti i c.d. bisogni del mercato nel rilascio delle autorizzazioni alle medie e grandi strutture di vendita.

Sotto il profilo funzionale, la nuova disciplina garantisce tutela in via principale al territorio e ai consumatori. Per questo assegna un potere di pianificazione ai comuni da esercitare in conformità dei piani urbanistici. D'altra parte, le nuove regole, nel prevedere il potere di indirizzo programmatico in capo alle regioni, consentono che nell'adozione delle linee guida si perseguano anche finalità conformative del mercato finalizzate a garantire la presenza di tutte le tipologie di esercizi. La concorrenza, assurta a principio cardine della nuova disciplina, diventa così «concorrenza guidata», il cui pieno esplicarsi è subordinato ad una previa valutazione amministrativa di tipo discrezionale.

Sotto il profilo procedurale, le nuove regole risultano più dettagliate a beneficio dell'impresa: aumentano i vincoli per l'amministrazione e si espandono, anche in conseguenza di ciò, le garanzie per il privato. Nel caso delle medie e delle grandi strutture di vendita, dove permane il potere autorizzatorio, ad esempio, le amministrazioni comunali devono predeterminare i criteri per il rilascio delle autorizzazioni nel rispetto delle linee guida regionali e dopo aver acquisito gli interessi di categoria coinvolti. Nel caso delle grandi strutture di vendita, è poi, previsto l'obbligatorio ricorso ad una conferenza di servizi e l'operare del meccanismo del silenzio assenso contro l'inerzia dell'amministrazione. Nel rapporto tra potere pubblico e impresa, si riducono i profili autoritativi e si ampliano quelli a favore della libertà di iniziativa economica che risulta delimitata normativamente dall'esterno e non incisa da limiti interni.

A garanzia di ciò si è posta, si è visto, la giurisprudenza costituzionale e amministrativa che ha censurato le deviazioni rispetto a questo schema, avvenute in fase di attuazione regionale.

Le regioni, abusando della possibilità di introdurre limiti a tutela di particolari interessi pubblici, hanno in molti casi reintrodotta surrettiziamente barriere all'entrata e forme di programmazione economica.

Questo atteggiamento è stato contrastato dal giudice costituzionale e da

<sup>100</sup> A. ORLANDO, *Il Commercio*, in *Trattato di diritto amministrativo*, a cura di S. CASSESE, vol. IV, parte speciale, Giuffrè, Milano, 2004, pp. 3533 ss., spec. p. 3534.

quello amministrativo. La Corte ha portato avanti il valore della concorrenza in via mediata, attraverso la corretta applicazione del criterio di riparto delle competenze che vuole lo Stato titolare della materia trasversale della concorrenza.

La giurisprudenza amministrativa, salvo alcune eccezioni, si è fatta, invece, portavoce dell'interesse alla concorrenza attraverso uno scrutinio particolarmente penetrante<sup>101</sup> sul potere discrezionale dell'amministrazione di incidere sulle scelte imprenditoriali sia nella fase di avvio, sia durante la vita dell'impresa, in attuazione del principio di proporzionalità<sup>102</sup>. Il giudice amministrativo ha quindi agito come presidio della liberalizzazione, assumendo un ruolo centrale tra i motori di stimolo al mercato.

### *3. I limiti pubblicistici alla libertà di iniziativa economica in materia di distribuzione dei carburanti. L'insindacabilità del potere di concessione nella prima disciplina di settore*

Nella prima disciplina organica della materia, risalente al periodo

<sup>101</sup> Oltre alla giurisprudenza già citata, con particolare riguardo ai poteri del giudice, cfr. *ex multis*, Tar Campania, Napoli, I, 9 settembre 2015, n. 4402. In questa prospettiva, assume un ruolo determinante lo scrutinio della motivazione delle scelte pianificatorie che (senza mettere in discussione il tradizionale orientamento secondo cui i piani urbanistici, siccome rientranti nella categoria degli atti amministrativi generali, non necessitano di motivazione) può essere ricostruita in chiave procedimentale, attraverso i contenuti della relazione illustrativa e delle controdeduzioni alle osservazioni degli interessati, soprattutto quando queste ultime non esprimano un mero apporto partecipativo, ma siano intese a contestare le ragioni tecnico-giuridiche della scelta pianificatoria. Con queste motivazioni il giudice amministrativo ha, ad esempio, censurato il provvedimento comunale con il quale l'amministrazione ha escluso l'insediamento di attività commerciali di dimensioni maggiori all'esercizio di vicinato per non provocare una situazione di conflittualità con «il tessuto commerciale del centro storico» del paese. Ciò in quanto, ad avviso del giudice amministrativo «l'unica ragione che aveva indotto il comune ad escludere l'insediamento di attività commerciali di medie e di grandi dimensioni consisteva nella volontà di tutelare i punti vendita di piccole dimensioni la cui permanenza sul mercato sarebbe stata messa a repentaglio dalla presenza di una grande struttura di vendita nelle zone limitrofe». Tar Liguria, Genova, I, 8 novembre 2016, n. 1092; in senso analogo Tar Lazio, Roma, II, 13 giugno 2013, n. 6731.

<sup>102</sup> Secondo uno scrutinio che individua in primo luogo l'interesse pubblico, in secondo luogo vaglia la proporzionalità della misura scelta per tutelare l'interesse pubblico alternativo alla concorrenza e, in ultimo richiede che la misura sia strettamente motivata. In questo senso, la giurisprudenza è consolidata: Cons. St., V, 9 marzo 2010, n. 1365; Tar Lombardia, Milano, I, 9 maggio 2013, n. 1182; Tar Lazio, Roma, II ter, 28 marzo 2011, n. 2720; Tar Veneto, III, 10 maggio 2012, n. 661; Tar Lazio, Roma, II ter, 9 luglio 2013, n. 6721; Tar Puglia, Lecce, I, 7 febbraio 2013, n. 291.

a cavallo tra le due guerre<sup>103</sup>, la distribuzione di carburanti, sebbene considerata attività commerciale, era sottratta alla relativa regolamentazione per essere sottoposta ad uno speciale regime concessorio<sup>104</sup>. Tale scelta era giustificata dal carattere speciale del prodotto commercializzato, dovuto alla sua pericolosità, alla rilevanza economica rivestita per lo sviluppo del paese e, infine, all'esigenza di un particolare trattamento fiscale.

Secondo la disciplina di quegli anni, chiunque intendesse installare e gestire apparecchi di distribuzione automatica di carburanti, doveva chiedere la concessione al ministro per le corporazioni. Il procedimento prendeva avvio con la presentazione della domanda da parte dell'interessato nella quale dovevano essere indicati gli elementi prescritti dal regolamento d'esecuzione della disciplina<sup>105</sup>. Si trattava di elementi volti non solo, ad identificare l'istante, ma anche e soprattutto, a valutare le caratteristiche dell'impianto, in relazione, in particolare, ad esigenze di tutela della sicurezza pubblica e di razionale distribuzione dei distributori sul territorio.

Il potere esercitato era ampiamente discrezionale. La concessione era rilasciata «a giudizio insindacabile» dei due ministri coinvolti, in seguito all'acquisizione del parere, obbligatorio ma non vincolante, di una commissione a composizione tecnico-politica<sup>106</sup>. La decisione dell'autorità amministrativa

<sup>103</sup> R.d. 2 novembre 1933, 1741, conv. in l. 8 febbraio 1934, n. 367. Il legislatore aveva inizialmente configurato la vendita di carburanti come una sotto-materia all'interno della regolazione dell'importazione e lavorazione degli olii minerali contenuta negli artt. da 4 a 10. Scelta successivamente superata dal R.d.l. 8 ottobre 1936, n. 2018, conv. in l. 11 gennaio 1937, n. 187.

<sup>104</sup> Artt. 11 e ss., l. n. 187/37 cit. La concessione originariamente prevista è stata sostituita con l'autorizzazione in seguito all'approvazione della legge 23 febbraio 1950 n. 170 per l'impianto e l'esercizio di apparecchi di distribuzione automatica di carburanti con capacità al di sotto di una determinata soglia, mentre è stata mantenuta negli altri casi. L'autorizzazione doveva essere adottata dal prefetto competente per territorio previo accertamento dei requisiti richiesti dalla legge di pubblica sicurezza per le autorizzazioni di polizia e dell'osservanza delle altre disposizioni di legge. L'apparente liberalizzazione invero, non ha modificato la natura delle cose. Il passaggio dalla concessione all'autorizzazione ha lasciato sostanzialmente immutata la disciplina in materia di attività di vendita di carburanti, incidendo piuttosto su aspetti formali e semplificando la procedura. F. BASSI, *Lineamenti della nuova disciplina giuridica sull'installazione ed esercizio degli impianti di distribuzione automatica di carburanti per uso di autotrazione*, in *La disciplina giuridica della licenza di commercio*, cit., pp. 69 ss., spec. p. 72.

<sup>105</sup> Art. 22, del R.d. 20 luglio 1934, n. 1303.

<sup>106</sup> Costituita presso il ministero delle corporazioni, presieduta dal ministro e composta di sei membri designati rispettivamente dai ministri per le corporazioni, per le finanze, per l'interno, per i lavori pubblici e per le comunicazioni e dal comitato per la mobilitazione civile. Si trattava di una commissione a composizione tecnico-politica in cui non erano rappresentati esponenti privati operanti nel settore. L'oggetto del potere consultivo rimesso

in merito al rilascio della concessione riguardava principalmente gli interessi di tutela della pubblica sicurezza, dell'ambiente e del territorio<sup>107</sup>. L'amministrazione valutava però anche le conseguenze che dall'esercizio di nuovi distributori sarebbero derivate sui costi di gestione dei distributori esistenti, subordinando, di conseguenza, il rilascio delle nuove concessioni a un giudizio di opportunità<sup>108</sup>.

In seguito in seguito all'adozione del provvedimento concessorio, la posizione dell'impresa restava di piena soggezione nei confronti del potere pubblico. Con la concessione, che aveva durata limitata, sorgeva tra amministrazione e privato un rapporto giuridico soggetto ad un regime pubblicistico penetrante: il privato infatti, a fronte del diritto a realizzare l'impianto e ad avviare l'attività di distribuzione del carburante, diveniva titolare di numerosi obblighi fissati nel provvedimento concessorio<sup>109</sup>, alcuni dei quali molto invasivi della libertà gestionale di impresa.

---

alla commissione era ampio. L'organo collegiale aveva il compito di pronunciarsi non solo sull'accoglimento delle domande presentate, ma anche sulle condizioni e sulle modalità cui l'eventuale accoglimento avrebbe dovuto essere subordinato e sulla preferenza da accordarsi in caso di più domande concorrenti. Cfr. art. 15, R.d. n. 1471/33 cit.

<sup>107</sup> Mancava invece, una vera e propria programmazione *ex ante*. In particolare, il citato articolo 22 prevedeva che il richiedente dovesse indicare la località dove intendeva eseguire l'impianto e la distanza del progettato impianto dal più vicino distributore di carburanti. L'esigenza di acquisire e successivamente contemperare con l'interesse del privato, gli interessi alla tutela della sicurezza stradale e pubblica alla tutela dell'ambiente, al rispetto della normativa fiscale, emergeva sia dalla previsione circa gli elementi che dovevano obbligatoriamente essere indicati nella domanda, sia dal procedimento decisionale che coinvolgeva un organo tecnico-politico in funzione consultiva e il ministero delle finanze in funzione co-decisionale. La valutazione circa il rispetto delle condizioni di sicurezza non si esauriva nel procedimento di rilascio della concessione, ma era oggetto anche di separati procedimenti. Le concessioni erano anche subordinate all'autorizzazione degli organi preposti alla sicurezza e alla incolumità pubblica e al nulla osta delle altre amministrazioni statali interessate. Questa previsione è stata criticata in ragione dell'eccessiva complessità della procedura per il privato costretto ad ottenere molteplici atti di assenso prima di iniziare l'attività. Sui questi problemi B. CORDINO, *Il procedimento amministrativo per la legittimazione degli impianti di lavorazione, deposito, distribuzione di prodotti petroliferi*, in «Riv. giur. idr.», 1965, I, pp. 1 ss.

<sup>108</sup> G. GUARINO, *Note in merito all'autorizzazione per l'impianto e l'esercizio di distributori di carburante*, in *Scritti di diritto pubblico dell'economia. Seconda serie*, Giuffrè, Milano, 1970, pp. 627 ss.

<sup>109</sup> La piena accettazione di tutte le clausole contenute nell'atto di concessione era condizione di efficacia della concessione.

### 3.1. *La disciplina degli anni settanta: contingentamento delle concessioni e valutazione dei «bisogni del mercato»*

Il regime concessorio dell'accesso al mercato della distribuzione di carburanti è stato mantenuto dalle riforme degli anni settanta. La nuova legge confermava lo strumento della concessione<sup>110</sup> per tutelare gli interessi pubblici inerenti a questa particolare attività commerciale, espressamente qualificata come «pubblico servizio», ma ne modificava significativamente la disciplina sia sotto il profilo funzionale, sia sotto quello procedurale con conseguenze significative per la posizione soggettiva dell'impresa.

La libertà di iniziativa economica nel settore era, in particolare, ulteriormente compressa in ragione della previsione di un contingentamento numerico delle concessioni<sup>111</sup>.

Il numero massimo di concessioni era stabilito annualmente dal ministro<sup>112</sup> sulla base dei fabbisogni del mercato e dunque, dell'equilibrio tra domanda e offerta<sup>113</sup>. All'autorità ministeriale spettava il potere di verificare

<sup>110</sup> Cfr. art. 16, d.l. 26 ottobre 1970, n. 745, conv. in l. 18 dicembre 1970, n. 1034 e regolamento di esecuzione D.P.R. 27 ottobre 1971, n. 1269. La concessione sostituiva la licenza di cui al regio decreto-legge 16 dicembre 1926, n. 2174.

<sup>111</sup> Art. 3, D.P.R. n. 1269/71 cit.

<sup>112</sup> La competenza al rilascio passava al prefetto nel caso di procedimenti ordinari, mentre restava al ministro per l'industria, il commercio e l'artigianato, di concerto, però, con il ministro per i lavori pubblici, il presidente dell'A.N.A.S., sentito il ministro, per le finanze, per gli impianti da installare sulle autostrade.

<sup>113</sup> Si teneva conto degli impianti già esistenti sul territorio, per quanto riguarda il lato dell'offerta, e delle nuove immatricolazioni delle automobili, per quanto riguarda la domanda di carburante. La previsione di un numero massimo e l'elaborazione di criteri ministeriali da seguire nel rilascio erano determinati sulla base delle linee guida del Comitato interministeriale per la programmazione economica (CIPE) relative al razionale sviluppo della rete distributiva. Il ruolo assegnato al CIPE nel procedimento di concessione ha suscitato alcune critiche. È stata in particolare, contestata la sua competenza in quanto la funzione assegnata non avrebbe potuto essere fatta rientrare in alcuna delle funzioni indicate dalla legge e di conseguenza il potere di emanare indirizzi in materia è stato considerato come nuova funzione. In questo senso, G. CORDONE, *Il procedimento per l'emanazione del D.M. sul contingentamento dei distributori di carburante*, in «Riv. giur. idr.», I, 1971, p. 331. Il CIPE decideva sentito il parere delle regioni e di una commissione consultiva composta da rappresentanti delle amministrazioni statali interessate e da rappresentanti di organismi privati esponenti degli interessi delle categorie coinvolte. La previsione del parere della regione nel procedimento trovava giustificazione nell'esistenza di interessi regionali incisi dalle scelte ministeriali in materia di contingentamento dei distributori di carburanti tra cui la viabilità, l'urbanistica, la polizia locale, nonché, seppur in maniera indiretta, lo sviluppo economico del territorio. P. GOZZI, *Trasporti, viabilità e traffico nell'ordinamento e nella politica regionale*, in «Arch. giur. circ.», 1969, p. 1067.

l'economicità dell'iniziativa effettuando una razionale programmazione degli investimenti finalizzata ad evitare che la distribuzione si svolgesse a costi non remunerativi e fosse, di conseguenza, dannosa per l'economia nazionale e il suo sviluppo<sup>114</sup>. Dal contingentamento, tuttavia, conseguiva anche quale effetto indiretto la protezione dei gestori già presenti sul mercato dalla concorrenza con i nuovi entranti.

A fronte di questo maggiore condizionamento, l'impresa riceveva, d'altra parte, rispetto alla precedente disciplina, maggiori garanzie in ragione della predeterminazione legislativa dei criteri di rilascio del provvedimento e di una disciplina procedimentale più dettagliata. Secondo le nuove norme, la concessione poteva essere accordata solo a soggetti in possesso delle capacità tecnico-organizzative ed economiche necessarie a garantire la continuità e la regolarità nell'erogazione del servizio di distribuzione dei carburanti. La legge non si limitava ad indicare questi requisiti, ma circoscriveva ulteriormente il potere concessorio prevedendo gli elementi di cui il prefetto doveva tenere conto<sup>115</sup>. Il procedimento era caratterizzato da un'istruttoria articolata, finalizzata ad acquisire tutti gli interessi potenzialmente coinvolti attraverso il parere delle amministrazioni interessate<sup>116</sup>.

Rispetto alla previgente disciplina si è assistito, dunque, ad un cambiamento per alcuni versi peculiare. La distribuzione del carburante aveva assunto notevole rilevanza nel contesto industriale e sociale di quegli anni, portando a focalizzare l'attenzione sulla necessità di approntare una rete distributiva razionale ed efficiente e sull'affidabilità sotto il profilo della

---

<sup>114</sup> La valutazione prefettizia circa l'effettiva utilità di un nuovo impianto di distribuzione era volta a far sì che questa attività fosse contenuta in giusti limiti onde evitare che una sua incontrollata espansione, determinando una minore redditività dell'esercizio, si riflettesse negativamente sui prezzi e sui servizi con un danno finale per gli utenti. Cons. St., V, 23 marzo 1971, n. 240; Cons. giust., amm., reg. Sic., 13 marzo 1971, n. 274.

<sup>115</sup> Tra cui la natura e la durata dell'attività precedentemente svolta nel settore della distribuzione di carburanti, la disponibilità di mezzi finanziari adeguati alla importanza dell'impianto per il quale era chiesta la concessione, o la possibilità di disporre della fornitura di carburanti per autotrazione adeguata all'importanza dell'impianto. Così, art. 5, D.P.R., n. 1269/71 cit. Sui limiti al potere del prefetto, G. METTA, *La struttura della concessione e i poteri del prefetto nella nuova disciplina della distribuzione di carburanti*, in «Riv. giur. idr.», I, 1971, pp. 135 ss.

<sup>116</sup> Dopo un esame preliminare della domanda, il prefetto, ove non procedesse a richiedere integrazioni documentali in merito al possesso della capacità tecnico-organizzativa ed economica, era tenuto ad acquisire il parere della provincia, del comune, dell'A.N.A.S., dei vigili del fuoco, dell'U.T.I.F., della camera di commercio, industria, artigianato e agricoltura e della sovrintendenza ai monumenti. I pareri, ove negativi dovevano essere obbligatoriamente motivati e a sua volta il prefetto era tenuto a motivare in caso si fosse discostato dal parere positivo delle amministrazioni sentite.

continuità e della capacità commerciale dei soggetti che ne facevano parte. Agli interessi generali tipici inerenti a questo tipo di attività e riconnessi alla pericolosità del carburante per l'ambiente e per la popolazione, garantiti dallo strumento concessorio, si andavano, poi, a sommare interessi di tipo economico, la cui soddisfazione, rimessa a valle alla concessione, era affidata a monte alla programmazione e alla previsione di un limite massimo di licenze. L'aumento di discrezionalità in capo all'amministrazione che poteva decidere in ragione di interessi di tipo economico, valutando l'opportunità dell'iniziativa in relazione all'equilibrio tra domanda e offerta, era tuttavia, bilanciato dall'introduzione di garanzie per il privato sia a monte, sia durante il procedimento<sup>117</sup>.

In seguito al rilascio della concessione, il titolare dell'impianto era invece, al pari di quanto previsto dalla precedente disciplina, sottoposto a vincoli nella gestione<sup>118</sup> e ad obblighi, specificati nel provvedimento concessorio e il cui inadempimento, come in passato, giustificava la decadenza dalla concessione. Rispetto alla previgente disciplina era, inoltre, espressamente prevista anche la revoca per motivi di pubblico interesse<sup>119</sup>, ipotesi che incideva significativamente sull'autonomia imprenditoriale del privato rendendo instabile e aleatoria la sua posizione.

<sup>117</sup> Ciò ha contribuito alla disputa dottrinale in merito alla natura del provvedimento che la legge continuava a chiamare «concessione» in continuità con il sistema previgente, ma in contrasto con l'opinione di parte della scienza giuridica che riteneva si trattasse di autorizzazione. A sostegno di ciò, veniva osservato come non si assistesse al passaggio dall'amministrazione al privato di qualcosa che fosse proprio della prima. In questi termini, E. CANNADA BARTOLI, *In tema di autorizzazione dell'impianto di distributori automatici di carburante*, in «Foro amm.», 1958, II, 1, pp. 643 ss.; F. RUSSO, *In tema di concessione per impianto di distributori di carburanti e diritti dei terzi*, in «Giur. it.», 1956, I, pp. 1017 ss.; A.M. SANDULLI, *Considerazioni sul servizio di distribuzione automatica di carburanti*, in «Giust. civ.», 1958, I, pp. 1172 ss. Secondo la tesi opposta, invece, non si sarebbe potuto parlare di autorizzazione in quanto al privato non spettava il relativo diritto che sorgesse, dunque, in virtù di un atto di concessione da parte dell'autorità amministrativa statale cui era attribuito il potere di organizzare il pubblico servizio di distribuzione dei carburanti nel territorio nazionale. A favore del carattere concessorio del provvedimento era poi fatto valere l'argomento per cui il privato, una volta divenuto concessionario, aveva l'obbligo di portare avanti l'attività e di farlo in modo efficiente, pena la comminatoria di sanzioni amministrative, civili, penali. In questi termini, E. ALIOTTA, *Carburante (distributori di)*, in «Enc. dir.», vol. VI, Giuffrè, Milano, 1960, pp. 276 ss. Per un'analisi delle due posizioni si rinvia a G.N. FERRARA, *Distributori di carburante*, in «Noviss. dig. it.», vol. II, Torino, 1982, pp. 27 ss. Critico sulla effettiva utilità di individuare la natura giuridica del provvedimento, F. GRAZIANO, *La disciplina amministrativa e fiscale dei distributori di carburante*, in «Riv. trim. dir. pubbl.», 1988, pp. 604 ss.

<sup>118</sup> Il titolare della concessione ad esempio, non poteva dare in gestione l'impianto o trasferirlo senza l'autorizzazione del prefetto.

<sup>119</sup> Art. 18, D.P.R. n. 1269/71 cit.

### 3.2. *Il superamento della regolazione finalistica nella riforma degli anni novanta tra luci e ombre*

Oggi l'installazione e la gestione degli impianti di distribuzione del carburante non sono più soggette al regime concessorio. La disciplina entrata in vigore alla fine degli anni novanta<sup>120</sup>, pur definendo «libera» l'attività di distribuzione dei carburanti<sup>121</sup>, ne assoggetta l'avvio ad un potere autorizzatorio *ex ante*, nell'esercizio del quale l'amministrazione gode di una discrezionalità di tipo prevalentemente tecnico e più circoscritta rispetto a quanto avveniva nelle precedenti normative.

Le nuove disposizioni rafforzano la posizione dell'impresa nei confronti dell'amministrazione. Ciò avviene sia incidendo sulla disciplina procedimentale per il rilascio dell'autorizzazione, sia predeterminando gli interessi che l'autorità amministrativa può valutare ai fini della decisione<sup>122</sup>.

Quanto al primo profilo, la legge fissa una serie di requisiti oggettivi la cui sussistenza deve essere valutata in sede di rilascio dell'autorizzazione e che attengono alla conformità del progetto e dell'attività che si andrà a svolgere alle disposizioni del piano regolatore e ad altre normative di rilievo<sup>123</sup>.

<sup>120</sup> Con il d.lgs. 11 febbraio 1998, n. 32 adottato in seguito alla delega al governo per il conferimento di funzioni e compiti alle regioni e agli enti locali, per la riforma della pubblica amministrazione e per la semplificazione amministrativa, conferita con l'art. 4, comma 4, lettera c), della legge 15 marzo 1997, n. 59, e mirante a conseguire la «razionalizzazione della rete commerciale anche in relazione all'obiettivo del contenimento dei prezzi e dell'efficienza della distribuzione» l'installazione e la gestione degli impianti sono state sottratte al regime concessorio.

<sup>121</sup> L'art. 1 del d.lgs. n. 32/98 cit. definisce l'installazione e l'esercizio di impianti di distribuzione dei carburanti come attività «liberamente esercitate» sulla base di un'autorizzazione.

<sup>122</sup> Novità rilevanti attengono poi, anche alla fase successiva all'avvio dell'attività, relativa alla gestione dell'impianto. Anche in questo caso, l'autonomia dell'impresa nei confronti dei condizionamenti pubblicitari appare maggiormente rispettata essendo stata eliminata la quasi totalità dei limiti inerenti allo svolgimento dell'attività autorizzata (quali quelli in materia di orari, di prezzi e di trasferimento). Il privato resta soggetto ad alcuni obblighi, previsti dalla legge e dal provvedimento autorizzatorio, la violazione dei quali dà luogo a revoca o a decadenza. Le autorizzazioni relative agli impianti di distribuzione di carburanti possono essere revocate dal comune in caso di sospensione non autorizzata dell'esercizio dell'attività dell'impianto, esercizio dell'impianto in assenza del preventivo collaudo o, infine, in caso di impianto risultato non compatibile dopo le verifiche prescritte dalla legge. La decadenza dell'autorizzazione è invece, dichiarata dal comune interessato quando il titolare dell'autorizzazione non attivi l'impianto entro ventiquattro mesi dal suo rilascio, salvo proroga concessa su richiesta dell'interessato, per gravi e comprovati motivi, nel caso di perdita da parte del titolare dell'autorizzazione dei requisiti soggettivi previsti dalla legge o nel caso di rimozione degli impianti senza la preventiva autorizzazione comunale.

<sup>123</sup> Si fa riferimento, ad esempio, alle normative fiscali e a quelle concernenti la sicurezza

Quanto al secondo profilo relativo agli interessi, le nuove norme indicano espressamente gli interessi pubblici che possono e devono essere considerati dall'amministrazione nel valutare la compatibilità con essi dell'iniziativa imprenditoriale. Si tratta di interessi pubblici legati al tipo di prodotto e che non hanno carattere economico, come gli interessi fiscali o quelli urbanistici, ambientali, sanitari e storico artistici. In particolare, è stata confermata la necessità di garantire un razionale e armonico sviluppo della rete finalizzato alla tutela dell'utenza e del territorio<sup>124</sup>. È stata, invece, eliminata la possibilità per l'amministrazione di negare l'autorizzazione sulla base di apprezzamenti circa l'equilibrio tra domanda ed offerta. La regolazione, dunque, perde il carattere finalistico e non è più sorretta da obiettivi di conformazione del mercato.

La cura di questi interessi è rimessa alle regioni, che possono adottare norme di indirizzo programmatico, e ai comuni tenuti a individuare criteri, requisiti e caratteristiche delle aree sulle quali possono essere installati gli impianti. L'attuazione ad opera degli enti territoriali si è tuttavia, tradotta in un uso protezionistico del regime autorizzatorio. In contrasto con la tendenza alla liberalizzazione del settore espressa a livello nazionale<sup>125</sup>, a

---

sanitaria, ambientale e stradale, oltre che alle disposizioni per la tutela dei beni storici e artistici, nonché alle norme di indirizzo programmatico delle regioni. Il sindaco è tenuto ad accertare la sussistenza dei requisiti di legge sulla base dell'autocertificazione presentata dal privato unitamente ad una perizia giurata redatta da un ingegnere o da altro tecnico competente. A fini semplificatori è inoltre, stato previsto che, contestualmente al rilascio dell'autorizzazione, il sindaco rilasci anche le necessarie concessioni edilizie e che, decorsi inutilmente novanta giorni, operi il silenzio assenso. Sugli effetti della riforma F. FRACCHIA, *La liberalizzazione dell'attività di distribuzione dei carburanti*, in «Giorn. dir. amm.», 1998, 6, pp. 516 ss.

<sup>124</sup> Questo obiettivo si è, in larga misura, tradotto nella riduzione degli esercizi ove considerati incompatibili sulla base dell'art. 19 della legge 5 marzo 2001, n. 57 (Disposizioni in materia di apertura e regolazione dei mercati), recante «norme per l'ammodernamento della rete distributiva dei carburanti». Sulla necessità di eliminare gli impianti incompatibili e sugli effetti positivi sui consumatori in seguito alla riduzione dei punti vendita e di conseguenza sulla possibilità dell'impresa di avere maggiori entrate, abbattendo i costi fissi e riducendo i prezzi all'utenza finale, si veda anche AGCM, *Segnalazione al governo e al parlamento*, 11 giugno 2013, S1637.

<sup>125</sup> Si pensi al decreto di liberalizzazione n. 112 del 2008 cit., il quale ha stabilito che, 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. Cfr. comma 17, art. 83 *bis*, D.L. 25 giugno 2008, conv. con modificazioni con legge 6 agosto 2008, n. 133.

livello locale sono stati reintrodotti limiti quantitativi all'entrata attraverso la previsione dei bacini d'utenza e delle distanze minime. Le misure di pianificazione dell'offerta adottate dalle amministrazioni regionali hanno, così, cristallizzato gli assetti distributivi esistenti, limitato l'entrata di operatori più efficienti e favorito di fatto gli interessi degli operatori presenti sul mercato<sup>126</sup> già, peraltro protetti dalle peculiarità del settore petrolifero e dallo stampo oligopolistico del mercato<sup>127</sup>. L'approvazione di regole disomogenee da regione a regione ha inoltre, creato confusione e reso, nei fatti, più complesso il concreto avvio dell'attività<sup>128</sup>.

<sup>126</sup> AGCM, AS379 del 18 gennaio 2007. Ad avviso dell'Autorità «obiettivi quali la tutela del paesaggio o la sicurezza stradale sono già tutelati da altre norme nazionali e locali. Ulteriori obiettivi, come la prossimità del servizio, potrebbero essere efficacemente perseguiti incentivando la localizzazione in zone disagiate o mal servite attraverso interventi di sussidio diretto. Ugualmente, l'obiettivo della riduzione del numero di impianti e il conseguente aumento dell'erogato medio si può conseguire più efficacemente attraverso la pressione concorrenziale generata da una maggior liberalizzazione del settore ed eventualmente, ma solo in via residuale, con strumenti alternativi quali incentivi diretti alla chiusura di impianti considerati inidonei».

<sup>127</sup> Caratterizzato da pochi soggetti che spesso operano in tutte le fasi della filiera – dalla ricerca alla coltivazione, fino alla raffinazione del petrolio e alla distribuzione dei carburanti – dagli elevati costi e dalle difficoltà di realizzazione delle infrastrutture, aspetti che rendono di fatto difficile, a prescindere dal regime amministrativo che regola l'accesso, l'ingresso di nuovi concorrenti che intendano operare su vasta scala. Sul punto si veda la decisione della Corte Costituzionale, 9 febbraio 2015, n. 10, che, proprio facendo leva su queste caratteristiche specifiche del settore, ha ammesso la legittimità di una disciplina tributaria speciale per gli operatori economici in ragione del fatto che «non è del tutto implausibile ritenere che questo settore di mercato possa essere caratterizzato da una redditività, dovuta a rendite di posizione, sensibilmente maggiori rispetto ad altri settori, così da poter astrattamente giustificare, specie in presenza di esigenze finanziarie eccezionali dello Stato, un trattamento fiscale *ad hoc*».

<sup>128</sup> Ostacolo segnalato dall'AGCM, AS 283 del 7 dicembre 2004. In quell'occasione l'*Anti-trust* ha evidenziato come le prescrizioni che definiscono bacini di utenza, distanze minime obbligatorie tra impianti e superfici minime di riferimento per le attività commerciali in quanto introducono «vincoli che si traducono nella predeterminazione di un numero massimo di operatori», ostacolano «di fatto l'apertura di nuovi punti vendita caratterizzati da strutture moderne e automatizzate». Quanto alle nuove autorizzazioni, la previsione che gli *standard* qualitativi siano demandati alla programmazione regionale, ad avviso dell'Autorità «comporta forti disomogeneità nelle condizioni richieste per operare in questo settore, che vanno a scapito soprattutto delle principali imprese nuove entranti - quelle che per dimensioni sarebbero in grado di esercitare una più efficace pressione concorrenziale - le quali devono in genere sviluppare piani di investimento su scala nazionale». L'atteggiamento ostruzionistico mostrato da alcune regioni è stato più volte censurato dalla giurisprudenza legittimità. Cfr. Corte cost., 7 maggio 2014, n. 125; 11 giugno 2014, n. 165; 5 ottobre 2016, n. 239. Cfr. anche, Corte cost., 5 aprile 2016, n. 105 che ha invece considerato legittimi i limiti introdotti dalla regione Lombardia in quanto indistintamente applicabili sia ai vecchi, sia ai nuovi impianti, caratterizzati da adeguati margini di flessibilità e giu-

### 3.3. *Libertà di iniziativa economica e potere pubblico in materia di attività di distribuzione di carburanti. Considerazioni di sintesi*

Nella disciplina in materia di distribuzione dei carburanti, l'iniziativa economica non è libera, ma condizionata dall'intervento dei pubblici poteri. A guardare le modalità di esercizio del potere e le funzioni che giustificano la previsione di controlli amministrativi che ancora oggi si configurano come controlli preventivi sull'avvio dell'attività si nota tuttavia, una significativa evoluzione a favore di una maggiore ampiezza dell'autonomia privata e verso una riduzione dei condizionamenti pubblicistici.

Il potere concessorio è stato sostituito, nell'ultima riforma, con quello autorizzatorio. La modifica, si è visto, non è stata solo formale, ma anche sostanziale. L'esercizio del potere di assenso da parte dell'amministrazione, pur mantenuto, è stato legato alla verifica sulla sussistenza di parametri oggettivi e il procedimento di rilascio, oltre ad essere sottoposto alle ordinarie garanzie della legge sul procedimento amministrativo, è stato definito nel dettaglio dalla legge di settore.

L'affermazione della libertà di iniziativa economica ha beneficiato anche dell'abolizione del contingentamento delle concessioni che inevitabilmente, restringendo la concorrenza a monte, comprimeva la libertà del privato di accedere al mercato.

---

stificati dalla tutela di interessi pubblici. L'intervento del giudice amministrativo è invece servito a limitare le posizioni di privilegio di cui, di fatto, hanno goduto per lungo tempo le imprese già esistenti sul mercato, affermando che l'interesse a non subire la concorrenza dell'impianto di nuova apertura ed evitare interferenze con la propria attività commerciale non ha dignità di interesse legittimo. Cfr. Cons. St., V, 27 aprile 2012, n. 2456 e il commento di V. GUGLIELMI, *Il giudice «liberalizzatore»: l'abolizione delle distanze minime nella distribuzione di carburanti*, in «Giorn. dir. amm.», 2012, 12, pp. 1216 ss., e giurisprudenza ivi citata *sub* note 11, 12 e 13. Cfr. anche Cons. St., V, 23 maggio 2011, n. 3084. La stessa Corte di giustizia UE ha ritenuto che una normativa di diritto interno come quella italiana, che prevede distanze minime obbligatorie fra gli impianti stradali di distribuzione di carburanti, costituisce una restrizione alla libertà di stabilimento sancita dal trattato. Tale disciplina, infatti, applicandosi unicamente ai nuovi impianti, pone condizioni restrittive all'accesso all'attività della distribuzione di carburanti e, favorendo gli operatori già presenti sul territorio italiano, è idonea a scoraggiare, se non ad impedire, l'accesso al mercato da parte di imprenditori comunitari. Così CGUE, III, 11 marzo 2010, C-384/08. In dottrina, M. SALERNO, P. SANTONE, *Liberalizzazioni nella distribuzione dei carburanti e mercato unico: la Corte annulla... le distanze*, in «Dir. pubbl. comp. ed europeo», 2010, pp. 1273 ss. È stato così, in parte superato il precedente orientamento che riconosceva a queste imprese una posizione giuridica qualificata e differenziata idonea a legittimarle ad agire contro le decisioni in merito all'apertura di nuovi distributori. Cons. St., V, 19 giugno 2009, n. 4071; Cons. St., V, 12 febbraio 2007, n. 565; Cons. St., V, 21 ottobre 1992, n. 1039.

La regolazione infine, in ragione della rimozione di ogni riferimento ai 'bisogni del mercato' introdotti nella disciplina degli anni settanta, non è più finalistico-conformativa.

Il mercato della distribuzione dei carburanti resta comunque un mercato non interamente aperto alla concorrenza<sup>129</sup> nel quale l'iniziativa economica subisce maggiori limitazioni rispetto a quanto accade in altri settori in cui è previsto un regime autorizzatorio *ex ante*. Accanto alle ragioni fisiologiche legate alle peculiari caratteristiche strutturali del settore, ciò dipende da un uso protezionistico dell'autorizzazione da parte dell'amministrazione. Nel bilanciamento di interessi, la concorrenza non viene qui intesa come fine primario da perseguire, ma quale interesse suscettibile di recedere ove un'eccessiva concorrenza possa rivelarsi potenzialmente dannosa per gli utenti, a prescindere dagli effetti indiretti a favore delle imprese già operanti sul mercato. La compatibilità o meno di queste scelte con i principi della costituzione economica europea dipende allora dalla ragionevolezza e dalla proporzionalità delle misure introdotte e del loro utilizzo, affinché sia garantito un giusto temperamento di interessi e sia data adeguata rilevanza anche a quelli dell'impresa nel rispetto della garanzia costituzionale riconosciuta all'iniziativa economica privata.

#### *4. I condizionamenti pubblicistici all'apertura di farmacie nelle discipline pre-riforma*

L'apertura di una farmacia è stata sin dalle prime normative, soggetta ad una regolazione amministrativa particolarmente pervasiva e ancora oggi l'iniziativa economica in questo settore è condizionata da forme di controllo pubblico preventivo<sup>130</sup>.

Alla base delle diverse discipline che si sono succedute è possibile individuare il tentativo costante di conciliare la rilevanza generale dell'attività da svolgere, in termini di interesse alla salute, con l'autonomia da riconoscere al farmacista rientrando nella categoria degli imprenditori commerciali. I risultati a cui si è pervenuti in questo tentativo sono stati molteplici<sup>131</sup>.

---

<sup>129</sup> Cfr. *ex multis*, AGCM, 5 gennaio 2012, AS 901; 11 marzo 2015, AS 1178.

<sup>130</sup> Su cui l'approfondito studio di M. DELSIGNORE, *Il contingentamento dell'iniziativa economica privata. Il caso non unico delle farmacie*, Giuffrè, Milano, 2011.

<sup>131</sup> Già negli anni sessanta Massimo Severo Giannini al riguardo osservava come si fosse davanti ad una stratificazione storica di norme positive tra loro non coordinate. Cfr. M.S. GIANNINI, *Le farmacie (problemi generali)*, in «Rass. amm. sanità», 1963, pp. 171 ss.

Nella prima riforma organica del settore<sup>132</sup>, la c.d. legge Crispi<sup>133</sup>, sull'ordinamento dell'amministrazione e dell'assistenza sanitaria, l'apertura della farmacia era subordinata alla sola comunicazione preventiva al prefetto<sup>134</sup>. L'ispirazione liberale di questa legge fu però presto superata e, già nei primi anni del novecento<sup>135</sup>, fu introdotto un limite quantitativo agli operatori del settore in base ad una scelta organizzativa di programmazione che teneva conto della popolazione presente sul territorio. Questo limite variava in relazione alle dimensioni del comune dove si intendeva aprire una farmacia. In virtù della legge del 1913, nei comuni più grandi, con oltre quarantamila abitanti, era fissato il limite di una farmacia ogni 5000 abitanti. Nei comuni al di sotto dei quarantamila abitanti, era introdotta la possibilità di scegliere tra il rapporto farmacia/abitanti fissato dalla legge e il criterio della distanza, in base al quale ogni nuova farmacia avrebbe dovuto essere lontana da quelle già esistenti almeno 500 metri. Infine, nei comuni più piccoli il limite della popolazione era del tutto eliminato e l'amministrazione era tenuta a rispettare unicamente il limite della distanza. Erano così introdotti *ex lege* parametri volti a consentire una maggiore flessibilità dell'azione amministrativa in base alle fattispecie concrete.

La nuova disciplina mirava a soddisfare le necessità dell'assistenza farmaceutica locale<sup>136</sup> attraverso la previsione di un'autorizzazione prefettizia *ex ante* da adottarsi in ottemperanza della pianta organica, un atto amministrativo generale di pianificazione<sup>137</sup> quantitativa e territoriale, anch'esso di competenza del prefetto, disciplinato in modo alquanto indeterminato dalla legge del 1913.

Anche in questo caso, dunque, come era avvenuto con la disciplina del commercio al dettaglio, il legislatore operava una scissione della

<sup>132</sup> Negli Stati pre-unitari esistevano più discipline diverse tra loro: la disciplina era alquanto variegata e si andava da regimi in cui vi era libertà di avvio dell'impresa farmaceutica, pur nel rispetto delle norme di polizia sanitaria, a regimi riservati in cui era necessaria la concessione. Nel 'mezzo' erano presenti, regimi di tipo autorizzatorio basati sul criterio della popolazione e su quello della distanza minima tra esercizi.

<sup>133</sup> Legge 22 dicembre 1888, n. 5849.

<sup>134</sup> Art. 26, comma 1, l. 5849/1888 cit. L'applicazione della norma fu osteggiata nella prassi per garantire i privilegi delle farmacie già insediate. La giurisprudenza e la dottrina escludono l'immediata operatività della norma in ragione dell'entrata in vigore di lì a poco, di una normativa organica sulla materia, volta ad eliminare i privilegi esistenti.

<sup>135</sup> Legge 22 maggio 1913, n. 468. A seguito dell'approvazione di questa disciplina si è parlato di ordinamento sezionale del settore farmaceutico. Così, GIANNINI, *Le farmacie (problemi generali)*, cit., p. 173.

<sup>136</sup> Art. 2, l. n. 468/13 cit.

<sup>137</sup> Su cui L. MAZZAROLLI, *I piani regolatori urbanistici nella teoria generale della pianificazione*, CEDAM, Padova, 1962, *passim*.

discrezionalità in due momenti, valorizzando il profilo della delimitazione del potere a seguito di una previa programmazione, senza tuttavia fornire indicazioni sufficientemente precise circa i criteri per il concreto esercizio della pianificazione<sup>138</sup>.

La pianta organica, che acquistava efficacia dopo la pubblicazione, produceva due effetti: determinava il numero di operatori che potevano accedere al mercato e li distribuiva nelle diverse zone entro cui era ammesso l'esercizio dell'attività<sup>139</sup>.

Il rilascio dell'autorizzazione era ammesso nel rispetto di quanto previsto in sede di pianificazione. Il relativo procedimento<sup>140</sup> era configurato in modo *sui generis* e mirava a dare attuazione alla previsione del limite quantitativo di autorizzazioni rilasciabili. Presupposto per ottenere l'autorizzazione era il superamento di un concorso per titoli<sup>141</sup>, ad accesso riservato ai farmacisti, a cui la legge dedicava poche norme. La valutazione dei titoli era svolta da una commissione costituita da esponenti di settore o di settori affini, oltre che da un giurista e dal vice-prefetto che la presiedeva. L'autorizzazione era rilasciata sentito il Consiglio superiore di sanità, un organismo a carattere corporativo rappresentativo delle professioni sanitarie istituito dalla legge Crispi<sup>142</sup>. Il criterio discrezionale era rappresentato, come si è detto, dalla

<sup>138</sup> Era previsto che nel procedimento di adozione della pianta organica fosse acquisito il parere obbligatorio, ma non vincolante, dei comuni interessati, della giunta provinciale e del consiglio superiore di sanità. Per il resto, la legge non indicava alcun criterio all'amministrazione nello svolgimento del potere pianificatorio e nell'individuazione delle zone.

<sup>139</sup> F.A. LEVI, *La pianta organica delle farmacie*, in *L'ordinamento sanitario. 2: Gli ospedali e le farmacie*, Atti del congresso celebrativo del centenario delle leggi amministrative di unificazione, a cura di P. BODDA, Neri Pozza, Vicenza, 1967, pp. 119 ss.

<sup>140</sup> La natura del provvedimento, che la legge del 1913 chiamava indifferentemente con la denominazione di autorizzazione e con quella di concessione, è stata oggetto di tesi contrastanti. Contrari alla natura autorizzatoria, V. ZANOBINI, *L'esercizio privato delle funzioni e dei servizi pubblici*, in *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano*, a cura di V.E. ORLANDO, vol. II, pt. III, Società editrice libraria, Milano, 1935, pp. 433 ss.; G. CATALDI, *Il conferimento delle farmacie*, Ed. dell'Ateneo, Roma, 1947, pp. 21 ss.; A.M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Jovene, Napoli, 1960, p. 287. In giurisprudenza, Cass., 14 agosto 1948, n. 1548, in «Giur. compl. cass. civ.», 1948, II, pp. 744 ss. Riteneva si trattasse di un'autorizzazione che prevedeva tuttavia, importanti limiti alla gestione e all'esercizio dell'attività, G. FALZONE, *Le farmacie (natura giuridica e trasferimento)*, Lilia, Palermo, 1948, pp. 31 ss. Da questa dottrina, l'attività della farmacia era distinta dall'attività di servizio pubblico propria degli enti pubblici e da questi esercitata direttamente o mediante concessionari ed era ricondotta ad attività destinata al pubblico, anche definita, a seconda degli autori, servizio pubblico improprio o attività di pubblico interesse.

<sup>141</sup> Così già F. LEDDA, *Assegnazione e apertura delle farmacie*, in *Gli ospedali e le farmacie*, cit., p. 101.

<sup>142</sup> Cfr. artt. 1 e ss., l. n. 5849/1988 cit.

necessità dell'assistenza farmaceutica locale.

Il prefetto una volta esercitato il potere non poteva tornare sulle proprie scelte, se non al ricorrere delle ipotesi previste dalla legge e ricondotte non alla revoca del provvedimento per motivi di interesse pubblico, ma ad ipotesi di decadenza. Questa era prevista *ex lege* in caso di rinuncia, fallimento, cancellazione dall'albo o morte dell'autorizzato e chiusura non autorizzata oltre i quindici giorni. In un caso era lasciato un margine di discrezionalità all'autorità amministrativa chiamata a valutare l'irregolarità dell'esercizio, la negligenza e altri comportamenti risultati dannosi per la salute pubblica<sup>143</sup>.

Il controllo autorizzatorio e la disciplina della pianta organica sono stati confermati dal testo unico delle leggi sanitarie adottato nel 1934<sup>144</sup>. Le nuove norme tuttavia presentavano un grado di dettaglio maggiore rispetto alla precedente disciplina soprattutto per quanto riguardava l'operato dell'amministrazione la cui discrezionalità di conseguenza risultava più delimitata, sia nella fase di programmazione, sia nella fase di autorizzazione<sup>145</sup>.

Nella nuova normativa erano specificati sia il contenuto obbligatorio della pianta organica<sup>146</sup>, sia le modalità da seguire nella procedura del concorso per ottenere l'autorizzazione<sup>147</sup> e i titoli valutabili dalla commissione<sup>148</sup>.

Il criterio del rapporto di una farmacia ogni cinquemila abitanti era mantenuto, mentre era eliminata la richiamata distinzione tra le tre tipologie di comuni e il conseguente modellamento dei poteri dell'amministrazione. Quest'ultima però, conservava la possibilità di utilizzare il criterio della distanza in aggiunta o in sostituzione al criterio della popolazione<sup>149</sup> salvo l'obbligo di motivare la scelta<sup>150</sup>.

L'autorizzazione doveva indicare espressamente la sede di apertura a

<sup>143</sup> Art. 11, l. 468/1913 cit.

<sup>144</sup> Il T.U. è stato visto come un punto di approdo di un processo lento e discontinuo, segnato dal passaggio da concezioni liberiste, improntate al principio guida della libertà di esercizio, ad un modello organizzatorio nel quale il numero delle farmacie assegnate in regime di concessione amministrativa era rigidamente programmato mediante la pianta organica. Così R. FERRARA, *Farmacia e farmacisti*, in «Enc. giur.», vol. XIV, *ad vocem*, Ed. enc. it., Roma, 1989.

<sup>145</sup> Ciò soprattutto a seguito dell'entrata in vigore del regolamento di esecuzione R.d. 30 settembre 1938, n. 1706.

<sup>146</sup> Art. 23, R.d. n. 1706/1938 cit.

<sup>147</sup> Artt. 1 e ss., R.d. n. 1706/1938 cit.

<sup>148</sup> L'art. 9 richiedeva la valutazione dei titoli di studio, della pratica professionale e dell'attività scientifica. Era inoltre stabilito che le deliberazioni della Commissione dovessero essere motivate.

<sup>149</sup> Art. 10, legge 27 luglio 1934, n. 1265.

<sup>150</sup> *Ex multis*, Cons. St., IV, 3 febbraio 1965 n. 104.

pena di decadenza. Oltre a questa ipotesi, il testo unico sulle leggi sanitarie confermava i casi di decadenza già analizzati e non lasciava spazio a valutazioni di opportunità da parte dell'autorità amministrativa. Anche nel caso di farmacie risultanti in soprannumero rispetto alla pianta organica era, infatti, previsto che queste sarebbero state gradualmente assorbite nella pianta stessa con l'accrescimento della popolazione o per effetto di chiusura di farmacie dichiarate decadute.

L'impianto autorizzatorio previa pianificazione amministrativa attraverso lo strumento della pianta organica è stato confermato anche dalla riforma del 1968<sup>151</sup>, ma con alcune significative modifiche.

La competenza passava alla regione che, su parere e iniziativa del comune, sentita l'ASL e l'ordine dei farmacisti, individuava il numero complessivo di farmacie ammesse sul territorio<sup>152</sup>. Il sindaco del comune interessato era coinvolto solo in via indiretta nel procedimento, in quanto titolare del diritto di intervenire con voto consultivo alle riunioni del consiglio provinciale di sanità. I pareri restavano, come in precedenza, obbligatori, ma non vincolanti. L'eventuale dissenso rispetto ai pareri ricevuti era ammesso, ma doveva essere congruamente motivato<sup>153</sup>. Nel procedimento di formazione della pianta organica, non era prevista la rappresentanza degli interessi di categoria.

In base alla proporzione effettuata nella pianta organica, la ASL territoriale poteva procedere al rilascio dell'autorizzazione per l'apertura della farmacia<sup>154</sup>. Il parametro della popolazione era suscettibile di deroga in caso di particolari condizioni topografiche o di viabilità. In questi casi, subentrava un nuovo limite rappresentato dal necessario rispetto della distanza di almeno tre chilometri tra la nuova farmacia e quelle esistenti. Alla limitazione numerica del rapporto farmacie/abitanti si accompagnava la limitazione geografica in base alla quale le distanze dovevano essere tali da soddisfare gli interessi degli abitanti della zona<sup>155</sup>. Ognuna delle

---

<sup>151</sup> L. 2 aprile 1968, n. 475 e regolamento d'esecuzione D.P.R. 21 agosto 1971 n. 1275.

<sup>152</sup> Nei comuni fino a 12.000 abitanti era prevista una farmacia ogni 5000 abitanti, mentre nei restanti una ogni 4.000.

<sup>153</sup> Così la giurisprudenza. Cfr. *ex multis* Tar Liguria, Genova, 28 dicembre 1979, n. 952; Tar Liguria, Genova, 3 marzo 1977, n. 84; Cons. giust. amm., reg. Sic., 30 novembre 1977, n. 203.

<sup>154</sup> O per il trasferimento. Cfr. art. 13 del D.P.R. n. 1275/71 cit. e art. 1, l. n. 465/71 cit. Il numero delle autorizzazioni era stabilito in modo che non vi fosse più di una farmacia ogni 5.000 abitanti nei comuni con popolazione fino a 25.000 abitanti e una farmacia ogni 4.000 abitanti negli altri comuni. Ogni nuovo esercizio di farmacia doveva essere situato ad una distanza dagli altri non inferiore a 200 metri.

<sup>155</sup> Tar Lazio, Roma, I, 16 gennaio 1980, n. 49; Cons. St., IV, 22 marzo 1986, n. 187;

farmacie istituite doveva insistere su una sede o porzione del comune precisamente indicata.

Il potere di revisione della pianta organica, disciplinato dalla legge oltre che nei tempi, anche nei presupposti per l'esercizio e negli effetti, era espressamente previsto in via ordinaria e non più solo straordinaria, ogni due anni. La revisione doveva tener conto delle «nuove esigenze dell'assistenza farmaceutica determinate da spostamenti avvenuti nella popolazione o dal sorgere di nuovi centri abitati»<sup>156</sup> indicandole nella motivazione<sup>157</sup>. In presenza di questi presupposti, caratterizzati dall'oggettività, era possibile rivedere le circoscrizioni delle sedi di un comune e conseguentemente, modificare l'assegnazione ad esse delle farmacie, ivi comprese le farmacie in soprannumero. Sul punto, la norma differiva dalla precedente disposizione che circoscriveva maggiormente la discrezionalità dell'autorità amministrativa in fase di revisione ed escludeva la possibilità di ritirare l'autorizzazione in caso di farmacie in soprannumero<sup>158</sup>.

Il conferimento delle sedi farmaceutiche vacanti o di nuova istituzione disponibili per l'esercizio privato aveva luogo, come nella precedente disciplina, mediante concorso provinciale per titoli ed esami, bandito ogni due anni. La commissione giudicatrice del concorso era nominata dal medico provinciale ed era composta da un funzionario della carriera direttiva amministrativa del Ministero della sanità, da un funzionario della carriera direttiva dei medici o dei farmacisti o dei chimici del Ministero della sanità, da due farmacisti esercenti in farmacia di cui uno non titolare, designati dall'ordine provinciale dei farmacisti e da un professore di ruolo, non di ruolo o incaricato di cattedra universitaria della facoltà di farmacia<sup>159</sup>.

Le ipotesi di decadenza dall'autorizzazione erano confermate e arricchite dai casi di interdizione perpetua o temporanea dai pubblici uffici o dalla professione<sup>160</sup>. Rispetto alla previgente normativa, tuttavia, il titolare dell'autorizzazione era maggiormente garantito dalla previsione del contraddittorio. Il medico provinciale doveva contestare previamente all'interessato le violazioni che gli si addebitavano e questi poteva presentare le sue osservazioni a difesa entro dieci giorni. Ad ulteriore garanzia, il

---

Tar Abruzzo, L'Aquila, 11 gennaio 1977, n. 2; Cons. St., IV, 21 marzo 1978, n. 238; Tar Liguria, Genova, 27 ottobre 1977, n. 367; Tar Liguria, Genova, 1 luglio 1976, n. 339; Cons. St. IV, 11 aprile 1983, n. 216.

<sup>156</sup> Art. 1, D.P.R. n. 1265/71 cit.

<sup>157</sup> Cons. St., IV, 4 novembre 1980, n. 1057.

<sup>158</sup> Cons. St., IV, 11 dicembre 1957, n. 1179.

<sup>159</sup> Art. 3 e ss., l. 2 aprile 1968, n. 475, oggi abrogati.

<sup>160</sup> Art. 14, l. 475/68.

provvedimento di decadenza doveva essere congruamente motivato.

#### 4.1. *La riforma del settore e la liberalizzazione incompleta*

Le riforme più recenti<sup>161</sup> hanno rafforzato in misura significativa la libertà di iniziativa economica nel settore pur non portando all'apertura del mercato. Il contingentamento numerico basato sulla proporzione farmacia/numero degli abitanti è stato infatti, mantenuto, ma è stata fissata una proporzione più bassa rispetto al passato, al fine di garantire ai consumatori un servizio più capillare<sup>162</sup>. L'istituto della pianta organica è stato eliminato, ma è rimasto un potere di pianificazione in capo ai comuni<sup>163</sup>. Ogni comune deve avere un numero di farmacie in rapporto a quanto disposto dalla legge<sup>164</sup>. Sulla base di questo numero, l'ente locale, dopo aver avuto il parere della ASL e dell'Ordine provinciale dei farmacisti competente per territorio, identifica le zone nelle quali collocare le nuove farmacie. L'individuazione deve avere come obiettivi quello di assicurare una maggiore accessibilità al servizio farmaceutico anche ai cittadini residenti in aree scarsamente abitate e quello di garantire un'equa distribuzione sul territorio.

La scelta del legislatore di attribuire ai comuni il compito di individuare le zone in cui collocare le farmacie risponde a due esigenze<sup>165</sup>. La prima è quella di assicurare un ordinato assetto del territorio corrispondente agli effettivi bisogni della collettività<sup>166</sup>. Per questo motivo, l'individuazione e

<sup>161</sup> Nel 2006, nel 2012 e nel 2017.

<sup>162</sup> Una farmacia ogni 3.300 abitanti a prescindere dalle dimensioni del comune e la previsione che la popolazione eccedente consenta l'apertura di un'altra farmacia se superiore al 50% del parametro. Art. 1, commi 2 e 3, l. n. 475/68 (come modificati dall'art. 11, d.l. 1/2012 cit.). In senso critico sulle nuove disposizioni, E. JORIO, *La liberalizzazione è molto al di là delle pretese dell'Unione europea* e ID., *Il quorum nazionale delle farmacie è costituzionalmente corretto?*, entrambi consultabili all'indirizzo <http://www.astrid-online.it>.

<sup>163</sup> Art. 2, l. n. 475/68 come modificato inizialmente nel 2012 e, da ultimo, nel 2017. In argomento Tar Veneto, Venezia, III, 15 aprile 2016, n. 397 secondo il quale considerato l'avvenuto superamento del concetto di «pianta organica» (intesa, in particolare, come zona di pertinenza in funzione di una riserva di redditività), non è più richiesta una perimetrazione del territorio ove collocare la sede farmaceutica di nuova istituzione, con l'indicazione dei precisi confini, essendo sufficiente anche la sola indicazione della località o zona in cui è ubicata la farmacia.

<sup>164</sup> Art. 1, l. n. 475/68 cit., come modificato nel 2012.

<sup>165</sup> Corte Cost., 23 ottobre 2013, n. 255.

<sup>166</sup> L'art. 11, comma 1, lettera c), del d.l. n. 1 del 2012 fa riferimento, infatti, alla finalità di «assicurare un'equa distribuzione sul territorio, tenendo altresì conto dell'esigenza di garantire l'accessibilità del servizio farmaceutico anche a quei cittadini residenti in aree scarsamente abitate».

la localizzazione delle sedi farmaceutiche – nel rispetto della proporzione stabilita dalla legge statale – sono connesse ai compiti di pianificazione urbanistica attribuiti ai comuni in quanto enti appartenenti a un livello di governo più vicino ai cittadini.

La seconda esigenza è quella di assegnare l'individuazione e la localizzazione delle sedi farmaceutiche, da una parte, e la funzione di revisione della pianta organica<sup>167</sup> e il potere sostitutivo<sup>168</sup>, dall'altra, a enti diversi.

Nel rispetto di quanto previsto in sede di programmazione, l'avvio di una farmacia può avvenire previo rilascio dell'autorizzazione dalla ASL competente per territorio<sup>169</sup>. L'amministrazione è titolare di un potere discrezionale circoscritto all'interno di più stringenti limiti normativi e dall'obbligatorio rispetto dei principi di proporzionalità e ragionevolezza che la giurisprudenza ha costantemente affermato per censurare decisioni amministrative illegittime<sup>170</sup>.

#### *4.2. Apertura di una farmacia, condizionamenti pubblici e libertà di iniziativa economica. Considerazioni di sintesi*

L'attuale sistema di accesso al mercato di vendita dei farmaci ricalca ampiamente i modelli previgenti e prevede ancora numerosi vincoli pubblicistici. I pubblici poteri incidono sull'autonomia privata in tre modi.

In primo luogo, attraverso il contingentamento delle sedi farmaceutiche: è previsto un numero massimo di farmacie per numero di abitanti.

In secondo luogo, attraverso un'attività di pianificazione: la legge

<sup>167</sup> Art. 5, comma 1, della l. 8 novembre 1991, n. 362.

<sup>168</sup> Comma 9, art. 11 del d.l. n. 1/2012 cit.

<sup>169</sup> Non opera il meccanismo del silenzio assenso espressamente escluso dal Consiglio di Stato il quale ha richiamato la formulazione dell'art. 20, l. 241/90, che esclude l'applicazione dell'istituto nel caso di provvedimenti attinenti alla salute, tra i quali la Corte costituzionale ha fatto rientrare i provvedimenti aventi ad oggetto la distribuzione delle farmacie. Cons. St., III, 3 aprile 2013 n. 1858; 14 novembre 2013 n. 5433. Corte cost., 13 novembre 2009, n. 295.

<sup>170</sup> Seppur con il più volte citato limite della proporzionalità e ragionevolezza delle scelte che la giurisprudenza non ha ommesso di richiamare, censurando alcune scelte arbitrarie o sproporzionate dei comuni in ordine alla localizzazione delle farmacie sul territorio comunale. Cfr. *ex multis*, Cons. St., III, 6 marzo 2015, n. 1153. Sulla necessità di un'adeguata istruttoria e un'appropriata motivazione Tar Sicilia, Catania, IV, 4 marzo 2013, n. 668. Non sono mancati, tuttavia, i casi in cui la giurisprudenza ha ommesso del tutto un sindacato sulle motivazioni e sull'istruttoria svolta dai comuni al fine di valutare la ragionevolezza delle scelte limitative fatte. Si vedano, ad esempio, Tar Veneto, Venezia, III, 15 aprile 2016, n. 397 e 3 marzo 2016, n. 231.

demanda ai comuni<sup>171</sup> sulla base di criteri preventivamente fissati in via normativa, l'individuazione delle nuove sedi farmaceutiche e la loro localizzazione al fine di garantire il servizio su tutto il territorio.

In terzo luogo, attraverso l'attribuzione di un potere di autorizzazione all'amministrazione caratterizzato da una discrezionalità limitata e che si sostanzia nel rilascio del provvedimento di assenso all'apertura della farmacia, in presenza dei presupposti di legge e nel rispetto della pianificazione comunale, a coloro che abbiano superato lo specifico concorso.

All'interno di questa cornice rimasta pressoché invariata nelle diverse riforme, sono tuttavia intervenuti cambiamenti importanti che, pur non arrivando a liberalizzare l'accesso, hanno inciso in modo rilevante sulla posizione soggettiva dell'impresa e sul suo rapporto con l'amministrazione.

Per quanto riguarda il contingentamento, le novità a favore dell'impresa hanno riguardato l'abbassamento del numero massimo di farmacie per abitante, consentendo di conseguenza un maggior numero di aperture. La previsione di un limite numerico<sup>172</sup>, pur potendo avere quale effetto indiretto<sup>173</sup> quello di garantire ad ogni farmacia un bacino di utenti, assicurando così una posizione qualificata a chi è già sul mercato, si giustifica con la volontà di evitare che un'eccessiva concorrenza, cui conseguirebbe il venir meno di garanzie reddituali in capo alle farmacie

<sup>171</sup> Art. 2, l. 475/68 (come modificato dall'art. 11, comma 1, lettera c, del d.l. n. 1/2012 cit.)

<sup>172</sup> Sull'esistenza del limite e sulla sua concreta quantificazione è interessante il dato comparatistico che evidenzia due aspetti. Il primo è che il limite del rapporto numero di farmacie/abitanti rappresenta la regola in molti paesi europei; il secondo è che, a prescindere dal regime di accesso (liberalizzato o no) esistente nei diversi Stati, il numero di abitanti per farmacia si attesta nei fatti tra i 2200 e i 5000 abitanti per farmacia (con picchi più alti per Norvegia e Olanda) e la media è di circa 6500 abitanti per farmacia. Il libero operare della concorrenza, nei Paesi in cui l'apertura delle farmacie non è regolamentata, dunque porta a risultati analoghi in termini di farmacie per abitanti di quelli a cui porta la regolazione autoritativa. Dati Federfarma. Fonte: GPUE per il numero delle farmacie; Eurostat per il numero degli abitanti.

<sup>173</sup> Sul fatto che si tratti di un effetto indiretto della normativa, interessante la sentenza del Tar Puglia, Bari, II, 1 febbraio 2016, n. 117 su un ricorso portato avanti da un farmacista contro la decisione del comune di aprire una nuova farmacia. Il giudice ha osservato al riguardo, che «il parametro di 3300 abitanti ha la funzione di determinare la soglia per l'istituzione di una nuova sede farmaceutica, ma non assicura il bacino di utenza di 3300 abitanti alla farmacia di nuova istituzione». La finalità della legge «non è quella di prevedere una riserva di territorialità localizzativa o di bacino di utenza in favore delle sedi farmaceutiche preesistenti, attesa la prevalenza dell'interesse pubblico rispetto all'interesse recessivo del privato e stante il chiaro tenore della normativa sopra richiamata». Cfr. anche Tar Veneto, Venezia, III, 3 marzo 2016, n. 231, che respinge il criterio della redditività della farmacia già esistente che il ricorrente aveva fatto valere per censurare la decisione del comune di aprire nuove farmacie in zona.

esistenti, possa portare all'uscita dal mercato di alcune di esse, in assenza di qualsiasi programmazione, riducendo a danno dei consumatori, il numero degli operatori presenti su parti del territorio<sup>174</sup>. Nel bilanciamento di interessi operato a monte dal legislatore, dunque, l'interesse pubblico alla tutela della salute e del consumatore/utente prevale su quello alla concorrenza e giustifica una compressione della libertà di iniziativa economica. Questa compressione è tuttavia oggi, diversamente che in passato, bilanciata, in un'ottica di pesi e contrappesi, da alcune garanzie.

L'abbassamento del numero massimo di farmacie amplia notevolmente la concorrenza e riduce l'importanza della rendita di posizione sopra richiamata.

Analogamente, la predeterminazione dei criteri e la loro oggettivizzazione, scongiura forme di disparità di trattamento. Ne consegue che lo stesso soggetto che in precedenza non ha ottenuto l'autorizzazione, se in possesso dei requisiti di legge, potrà in seguito ottenerla e beneficiare delle stesse garanzie di cui beneficiano le altre farmacie presenti sul mercato.

Nell'esercizio della sua discrezionalità, che si esplica attraverso il controllo dei parametri demografici e di quelli concernenti la distanza tra gli esercizi,

<sup>174</sup> La protezione delle farmacie già operanti da una concorrenza troppo aggressiva, attraverso l'istituto del contingentamento, mirerebbe cioè ad evitare che si riduca la qualità del servizio e soprattutto a scongiurare il rischio di chiusura di farmacie la cui necessaria presenza sul territorio è stata oggetto di previa valutazione da parte della pubblica amministrazione. Così anche Corte Cost., 12 marzo 2008, n. 76 e 4 febbraio 2003, n. 27 secondo cui «il contingentamento delle farmacie è volto ad assicurare ai cittadini la continuità territoriale e temporale del servizio ed agli esercenti un determinato bacino d'utenza». In questo senso si è pronunciata anche la Corte di giustizia UE per cui «la perdita di reddito potrebbe causare non soltanto una diminuzione della qualità del servizio che le farmacie forniscono al pubblico, ma anche, se necessario, la chiusura definitiva di talune farmacie, conducendo così ad una situazione di penuria di farmacie in determinate parti del territorio e, pertanto, ad un approvvigionamento inadeguato di medicinali quanto a sicurezza e a qualità». CGUE, 5 dicembre 2013, cause riunite C-159/12, 160/12 e 161/12, punto 53 della decisione. Con la sentenza della Grande Sezione del 1 giugno 2010 (procedimenti riuniti C-570/07 e C-571/07), la Corte di giustizia, esprimendosi sulla pianta organica nella provincia spagnola delle Asturie, ha inoltre, ritenuto questo istituto non in contrasto con il Trattato UE, nella misura in cui è strumentale al perseguimento della salute pubblica. In senso analogo, già CGUE, Grande Sezione, 1 maggio 2009, C-531/06, riguardante la disciplina italiana. La posizione della Corte di giustizia contrasta con la posizione più pro-concorrenziale della Commissione manifestata nell'avvio di numerose procedure di infrazione contro le norme protezionistiche e anticoncorrenziali di alcuni Stati membri (tra cui l'Italia). In senso critico sulla giurisprudenza della Corte di giustizia ritenuta troppo deferente rispetto alle scelte normative in materia, a suo avviso contrarie al principio di libera concorrenza, M. DELSIGNORE, *La proclamata liberalizzazione e le nuove questioni in tema di farmacie*, in «Il dir. dell'econ.», 2012, 2, pp. 310 ss.

sia in sede di prima programmazione, sia in fase di adeguamento periodico della stessa<sup>175</sup>, inoltre, l'amministrazione deve attenersi rigorosamente al rispetto dei principi di ragionevolezza e proporzionalità così da garantire l'interesse della collettività a che sia assicurata l'ordinata copertura di tutto il territorio nazionale, al fine di agevolare la maggiore tutela della salute ai cittadini, senza che siano sacrificati ingiustificatamente e oltre il necessario, l'interesse del privato ad avviare l'attività economica<sup>176</sup> e il correlato interesse pubblico ad un mercato concorrenziale<sup>177</sup>.

---

<sup>175</sup> Con specifico riferimento alle piante organiche, oggi non più vigenti, cfr. Corte cost., 9 gennaio 1996, n. 4.

<sup>176</sup> Come osservato da Corte cost., 14 aprile 1988, n. 446, le finalità della disciplina in materia di apertura e gestione delle farmacie «non possono essere condizionate o snaturate con il richiamo all'aspetto privato ed imprenditoriale dell'esercizio farmaceutico».

<sup>177</sup> Corte cost., n. 4/96 cit. Già in precedenza, Corte cost. 23 dicembre 1987, n. 579. In dottrina F. TRIMARCHI BANFI, *Lezioni di diritto pubblico dell'economia*, Giappichelli, Torino, 2009. Cfr. anche le osservazioni di F. MANGANARO, *Regolazione programmazione e pubblicizzazione di attività economiche*, in «Ist. feder.», 2012, 4, pp. 977 ss., spec. p. 984.

## Capitolo Quarto

### *I condizionamenti pubblicitici all'iniziativa economica nella regolazione delle banche*

SOMMARIO: 1. Premessa – 2. La normativa del 1926. Ampia discrezionalità e finalità di tutela del risparmio alla base della prima autorizzazione bancaria – 2.1. L'autorizzazione bancaria come strumento per il perseguimento di finalità di politica economica. La disciplina degli anni trenta – 2.2. L'evoluzione in senso garantistico e la ricerca dell'equilibrio tra opposti interessi: la spinta liberalizzatrice dell'Unione europea – 3. L'oggettivizzazione delle condizioni per il rilascio dell'autorizzazione nella vigente disciplina – 3.1. L'obbligo di presentare un programma di attività e la valutazione della sana e prudente gestione. Il rischio di un eccessivo recupero della discrezionalità in capo all'autorità amministrativa – 3.2. I limiti all'autonomia statutaria delle imprese bancarie e la potenziale limitazione all'accesso di nuovi operatori sul mercato – 3.3. Il rilascio dell'autorizzazione all'avvio dell'attività bancaria dopo l'entrata in vigore del meccanismo unico di vigilanza: un procedimento a più voci – 4. La regolazione speciale delle crisi bancarie – 4.1. L'impresa bancaria nella fase di risanamento e di intervento precoce tra obblighi di pianificazione e soggezione al potere dell'autorità di risoluzione – 4.2. La procedura di risoluzione delle banche in crisi – 5. Il complesso bilanciamento tra tutela della libertà di impresa ed esigenze di stabilità del sistema nella regolazione bancaria.

#### 1. *Premessa*

In un'economia industriale, i pubblici poteri, nazionali e sovranazionali, che non intendano disinteressarsi dei fenomeni economici non possono astenersi dal dettare regole pubblicitiche in materia di banche. Una normativa *ad hoc* è necessaria in ragione della specificità dell'attività creditizia e della rilevanza di sistema degli interessi sottesi<sup>1</sup>. Per queste

<sup>1</sup> L'esercizio di queste attività, oggi considerate riconducibili nel novero delle attività di impresa, non può che essere caratterizzato da ineliminabili vincoli funzionali in ragione dell'interesse perseguito. Al riguardo, per tutti, cfr. M. NIGRO, *Profili pubblicitici del credito*, Giuffrè, Milano, 1969<sup>2</sup>; P. FERRO-LUZZI, *Lezioni di diritto bancario*, vol. I, parte

ragioni, l'intervento pubblico nel settore bancario rappresenta un dato acquisito, costante nel tempo e comune tra gli ordinamenti. Il *quantum* e le finalità della regolazione pubblicistica, nonché l'individuazione dei soggetti deputati a dettare le regole del gioco e a vigilare sulla loro osservanza, tuttavia, possono variare anche significativamente.

È quanto accaduto nell'ordinamento italiano, dove, se si guarda ai limiti in materia di accesso al mercato, l'autorizzazione bancaria, perno della disciplina speciale delle banche a partire dalla normativa degli anni venti<sup>2</sup>, pur confermata sino ad oggi, risulta, nella sostanza profondamente mutata<sup>3</sup>, in considerazione delle diverse finalità che attualmente la caratterizzano, dei mutati presupposti alla base della sua adozione e delle nuove regole procedurali che coinvolgono non più solo l'autorità nazionale, ma anche quella sovranazionale.

## *2. La normativa del 1926. Ampia discrezionalità e finalità di tutela del risparmio alla base della prima autorizzazione bancaria*

Secondo quanto disposto dalla disciplina del 1926<sup>4</sup>, gli enti creditizi non potevano iniziare le operazioni senza aver prima ottenuto l'autorizzazione adottata con decreto del ministro per le finanze di concerto con il ministro per l'economia nazionale, sentito il parere dell'istituto di emissione<sup>5</sup>. Le condizioni e gli elementi da valutare per il rilascio dell'autorizzazione non erano disciplinati dalla legge, ma rimessi alle previsioni del regolamento di esecuzione che definiva l'ammontare del capitale minimo necessario per le

---

generale, Giappichelli, Torino, 2004. Sulla natura privata dell'attività bancaria, cfr. in giurisprudenza Cass., SS.UU., 28 febbraio 1989, n. 9863.

<sup>2</sup> La fase di accesso al mercato e la sua disciplina rappresentano, infatti, uno snodo centrale, un punto critico del rapporto tra controllo amministrativo e autonomia imprenditoriale privata, suscettibile di riflettersi nella sua configurazione su tutto l'ordinamento creditizio. Ne sottolinea la centralità, S. AMOROSINO, *L'autorizzazione all'attività creditizia nel nuovo T.U. delle leggi bancarie*, in «Dir. banca e merc. finanz.», 1994, I, pp. 149 ss.

<sup>3</sup> Ad essere mutata è, a monte, la concezione stessa dell'attività bancaria, inizialmente considerata funzione di interesse pubblico (così testualmente anche l'art. 1 della legge del 1936 che, inoltre, assegnava alle banche il compito di perseguire gli obiettivi fissati dalle autorità di controllo). Sulle specificità del settore, oltre agli autori già citati *sub* nota 1, si rinvia a M.S. GIANNINI, *Istituti di credito e servizi di interesse pubblico*, in «Moneta e credito», 1949, pp. 105 ss., ora in *Scritti*, vol. III, Giuffrè, Milano, 2003, pp. 59 ss., al quale, è noto, si deve la ricostruzione in termini di «ordinamento sezionale del credito».

<sup>4</sup> R.d.l. 7 settembre 1926, n. 1511.

<sup>5</sup> Art. 2, R.d.l. n. 1511/26 cit.

nuove aziende, la proporzione tra il patrimonio netto (capitale versato e riserve) e l'ammontare dei depositi, nonché altre disposizioni finalizzate alla difesa del risparmio<sup>6</sup>. Il capitale minimo di partenza, fissato dal regolamento, variava a seconda della forma giuridica assunta dalla banca. Per il resto la norma non poneva restrizioni all'autonomia imprenditoriale, rimesse, come si dirà, ad un decreto *ad hoc* del ministro, ma si limitava a richiedere che nella domanda fossero indicati la forma giuridica che si sarebbe assunta, la specie di attività bancaria che si intendeva svolgere, l'ammontare effettivo del capitale, la sede centrale e quella delle eventuali filiali<sup>7</sup>.

Il procedimento di autorizzazione era suddiviso in due fasi<sup>8</sup>. In una prima fase, obbligatoria, il ministro per le finanze, acquisito il parere della Banca d'Italia, adottava una decisione preliminare sull'accoglimento dell'istanza in cui indicava le condizioni che le aziende avrebbero dovuto previamente osservare per ottenere l'autorizzazione. Una volta che la futura banca avesse ottemperato alle condizioni fissate dall'amministrazione, si apriva la seconda fase durante la quale il ministro verificava sulla base della documentazione presentata, se l'impresa si fosse conformata o meno alle condizioni indicate nella fase preliminare e in base all'esito di questa valutazione decideva, di concerto con il ministro per l'economia nazionale, sull'adozione del provvedimento di autorizzazione. Questo poteva essere revocato in caso di violazione delle norme del regio decreto, ma solo quando a «giudizio insindacabile» del ministro la violazione fosse stata di «eccezionale gravità»<sup>9</sup>.

Il sistema di autorizzazione descritto si caratterizzava sotto due profili.

In primo luogo, per quanto riguarda il rapporto tra legge e amministrazione, la disciplina del potere di autorizzazione era alquanto scarna e i criteri e le modalità di esercizio del controllo dell'autorità amministrativa sulle banche nella fase di ingresso al mercato erano solo abbozzati.

In secondo luogo, per quanto riguarda i profili funzionali del provvedimento, la finalità prevalente sottesa alla previsione di un controllo pubblico sull'iniziativa economica dell'aspirante banca era quella della tutela del risparmio<sup>10</sup>, mentre avevano una rilevanza minore l'interesse alla stabilità

<sup>6</sup> R.d.l. 6 novembre 1926, n. 1830.

<sup>7</sup> Artt. 2 e ss., R.d.l. n. 1830/26 cit.

<sup>8</sup> Artt. 7 e 8.

<sup>9</sup> Art. 19.

<sup>10</sup> S. CASSESE, *È ancora attuale la legge bancaria del 1936? Stato, banche e imprese pubbliche dagli anni '30 agli anni '80*, Nis, Roma, 1987, p. 40. In argomento anche F. BELLI, *Legislazione bancaria italiana (1861-2003)*, Giappichelli, Torino, 2004, pp. 122 ss. L'A., in particolare, pone l'accento sulle finalità della vigilanza sulle banche e sugli istituti dell'autorizzazione alla costituzione, dell'istituzione di un albo e della richiesta di capitale minimo, considerati istituti funzionali a salvaguardare i piccoli depositanti e la fiducia dei risparmiatori.

e all'efficienza del sistema e le finalità di direzione del credito.

2.1. *L'autorizzazione bancaria come strumento per il perseguimento di finalità di politica economica. La disciplina degli anni trenta*

Il controllo in entrata fu confermato dalla legislazione bancaria di fine anni trenta<sup>11</sup>. Gli adempimenti a carico dei soggetti che intendevano avviare l'attività creditizia furono significativamente aumentati con la previsione di una doppia autorizzazione obbligatoria e dell'iscrizione all'albo per le imprese autorizzate<sup>12</sup>.

Le aziende di credito non potevano costituirsi, né iniziare le operazioni se non avessero ottenuto l'autorizzazione dall'ispettorato per la difesa del risparmio e per l'esercizio del credito<sup>13</sup>. L'autorizzazione alla costituzione aveva un ruolo centrale<sup>14</sup>, era presupposto per l'omologazione dell'atto costitutivo ed esplicava i suoi effetti sul piano strutturale, in quanto destinata ad inserirsi nella fattispecie costitutiva dell'ente<sup>15</sup>.

L'autorizzazione all'inizio delle attività, cronologicamente e logicamente successiva, aveva invece, effetti sul piano funzionale, in quanto relativa al rapporto ente-attività.

<sup>11</sup> Cfr. art. 28, legge bancaria, 7 marzo 1938, n. 141 che modifica il R.d. 12 marzo 1936, n. 375.

<sup>12</sup> Art. 29. La rilevanza di questa iscrizione è stata contestata da alcuni autori. L'iscrizione è stata considerata come un atto di ammissione che avrebbe conferito all'ente creditizio la posizione di soggetto nell'ordinamento bancario. In questo senso, G. RUTA, *Il sistema della legislazione bancaria*, Bancaria, Roma, 1975, p. 569. Secondo altra dottrina, invece, l'iscrizione era considerata ora una forma di pubblicità legale (cfr. L. DESIDERIO, *La liquidazione coatta amministrativa delle aziende di credito*, Giuffrè, Milano, 1981, p. 35), ora un atto privo di particolare rilevanza ed effetti giuridici (R. COSTI, *Autorizzazione all'esercizio dell'attività bancaria e costituzione degli enti creditizi*, in «Giur. comm.», 1986, pp. 544 ss., spec. p. 575). L'albo aveva, comunque, finalità di ausilio allo svolgimento della vigilanza bancaria, mentre era dubbio se producesse gli stessi effetti di pubblicità legale riconosciuti all'iscrizione in altri albi o registri o gli effetti dell'iscrizione in albi professionali. Favorevole a questa equiparazione GIANNINI, *Istituti di credito.*, cit., p. 67.

<sup>13</sup> Un organo dello Stato istituito dall'art. 2 della legge del '38 a cui la disciplina assegnava numerosi poteri di vigilanza e controllo sugli istituti di credito, oltre a quello di autorizzare la costituzione e l'avvio delle attività.

<sup>14</sup> Con riferimento alla funzione dell'autorizzazione all'inizio delle operazioni, ha ritenuto si trattasse di «funzione modesta [...] seppur non inesistente», A. PATRONI GRIFFI, *Accesso all'attività bancaria*, in «Banca e borsa», I, 1990, pp. 484 ss.

<sup>15</sup> In questi termini, cfr. comma 3, art. 28. Sulle diverse finalità delle due autorizzazioni, cfr. A. NIGRO, *L'autorizzazione «all'attività bancaria» nel T.U. delle leggi in materia bancaria e creditizia*, in «Dir. della banca e del merc. finanz.», 1994, I, pp. 285 ss.

In merito ai presupposti per il rilascio delle due autorizzazioni e ai contenuti del potere di autorizzazione dell'amministrazione, la disciplina restava alquanto vaga. I pochi riferimenti normativi riguardavano il potere dell'ispettorato di approvare gli statuti, condizione per il rilascio dell'autorizzazione, e la facoltà di determinare l'ammontare minimo del capitale iniziale. Non erano invece, espressamente disciplinati la portata, la funzione e i presupposti dello strumento autorizzatorio, né chiariti la natura e i termini del giudizio richiesto all'amministrazione in ordine all'ammissione di nuove imprese nel mercato bancario<sup>16</sup>.

In mancanza di determinazioni normative chiare, il rilascio dell'autorizzazione alla costituzione di una banca e di quella all'avvio dell'attività bancaria era caratterizzato da ampia discrezionalità dell'amministrazione<sup>17</sup> che questa esercitava di fatto, utilizzando l'autorizzazione come strumento di manovra economica del settore<sup>18</sup>. L'opportunità di consentire l'ingresso di nuove banche era apprezzata dall'amministrazione prevalentemente in rapporto alla situazione obiettiva del mercato creditizio e più in generale, a quella dell'intera economia nazionale<sup>19</sup>. La decisione sull'avvio di una nuova impresa creditizia

<sup>16</sup> In senso critico su questo sistema, V. SPAGNUOLO VIGORITA, *Note sull'autorizzazione all'apertura di istituti di credito. Struttura, presupposti, funzione*, in *Opere giuridiche*, vol. II, ES, Napoli, 2001, p. 404 e già in «Banca, borsa, tit. credito», 1962, I, pp. 16 ss. L'A. riteneva sussistente un vero e proprio dirigismo, in quanto, l'impresa bancaria vedeva condizionata la sua stessa possibilità di esistenza ed era soggetta ad «una grave compressione preventiva alla sua espansione».

<sup>17</sup> Proprio la quasi assenza di limiti alla discrezionalità riconosciuta all'autorità di vigilanza, insieme ai poteri di intervento di quest'ultima nella vita e nelle scelte gestionali dell'impresa, avevano sollevato in dottrina un dibattito sulla effettiva qualificazione giuridica del provvedimento di autorizzazione. Per un quadro delle diverse opinioni si rinvia a A. PIRAS, *Gli stabilimenti bancari nella dinamica dei rapporti di impresa*, Giuffrè, Milano, 1975, pp. 80 ss.; COSTI, *Autorizzazione*, cit., e dottrina citata *sub* note 6, 7, 8 e 10.

<sup>18</sup> Un siffatto uso era consentito anche dalla mancanza di disposizioni *ad hoc* che disciplinassero il potere revocatorio, consentendo così, secondo l'opinione prevalente, la possibilità di revocare l'autorizzazione sulla base di valutazioni di opportunità legate alle (sopravvenute) esigenze dell'economia. In senso critico su questo potere altamente discrezionale, SPAGNUOLO VIGORITA, *Note*, cit., p. 410.

<sup>19</sup> La Banca di Italia al momento del rilascio dell'autorizzazione poteva tenere presenti tutti i fattori, anche di ordine politico o legati al bisogno di mercato, che potessero rendere opportuno l'ingresso di un nuovo operatore sul mercato del credito alla luce delle linee di politica economica del momento. M.S. GIANNINI, *Intorno all'autorizzazione all'apertura di sportelli*, in «Banca, borsa e tit. di cambio», II, 1950, pp. 303 ss.; SPAGNUOLO VIGORITA, *Note sull'autorizzazione all'apertura di istituti di credito*, cit.; A. PATRONI GRIFFI, *La concorrenza nel sistema bancario*, Jovene, Napoli, 1979, p. 145 e dottrina ivi citata. Questa tesi poggiava sulla lettura dell'attività bancaria come funzione. Ad

era basata su una valutazione interna alla Banca d'Italia degli indici di bancabilità delle piazze con l'obiettivo di non incrementare eccessivamente la concorrenza tra operatori<sup>20</sup>. L'autorità rilasciava l'autorizzazione in vista del bisogno dell'attività domandata che l'autorità stessa riteneva si manifestasse nel mercato bancario. Nel procedimento di rilascio dell'autorizzazione, l'autorità considerava come oggetto principale del proprio giudizio il vantaggio positivo e attivo che da tale esercizio sarebbe presumibilmente derivato allo sviluppo del settore e, di riflesso, alla vita economica nazionale<sup>21</sup>. Nello svolgere questa valutazione, la Banca d'Italia era, nella prassi, suffragata dall'intervento, in funzione consultiva, dell'ABI e del Comitato interministeriale del credito con l'obiettivo di rappresentare gli interessi di categoria, vagliando e filtrando le domande. Seppur in via di consuetudine e non come espresso obbligo di legge, anche in questo settore al pari di altri sin qui esaminati, la procedura decisionale prevedeva dunque, il coinvolgimento di un organo corporativo che consentiva di dare rilevanza, nel giudizio dell'amministrazione, agli interessi delle imprese già operanti sul mercato.

Nell'esercitare il potere autorizzatorio, inoltre, la Banca d'Italia poteva dettare prescrizioni conformative richiedendo alle aziende istanti un particolare assetto organizzativo, una certa capacità tecnica da parte degli organi direttivi, la disponibilità dei locali e altre condizioni<sup>22</sup>, che limitavano l'autonomia dell'impresa al di fuori di qualunque previsione normativa in tal senso.

Sotto il profilo funzionale, come nella disciplina del 1926, anche nella legge bancaria del '38 la finalità prevalente<sup>23</sup> che si intendeva perseguire con lo strumento dell'autorizzazione era quella di tutela del risparmio. Nei fatti

---

essa si contrapponeva quella secondo la quale alle imprese bancarie potevano essere applicate solo norme tecniche per la tutela del risparmio. Sulla base di questa impostazione, tuttavia, si giungeva alla conseguenza che per garantire la tutela del risparmio, l'autorità amministrativa doveva negare l'autorizzazione ogni volta che il suo rilascio avesse avuto come effetto quello di limitare, in ragione del sovra-numero degli istituti, la capacità di operare delle banche già esistenti e autorizzate, garantendo così inevitabilmente una posizione di privilegio agli operatori già presenti sul mercato. In argomento, PIRAS, *Gli stabilimenti bancari nella dinamica dei rapporti di impresa*, cit., pp. 80 ss.; C.M. PRATIS, *La disciplina giuridica delle aziende di credito*, Giuffrè, Milano, 1972<sup>2</sup>, pp. 183 ss.

<sup>20</sup> AMOROSINO, *L'autorizzazione all'attività creditizia*., cit. p. 150.

<sup>21</sup> SPAGNUOLO VIGORITA, *Note*., cit., p. 411 e GIANNINI, *Istituti di credito*., cit., p. 112.

<sup>22</sup> P. GRECO, *Corso di diritto bancario*, CEDAM, Padova, 1936, p. 85 ss.; E. COLAGROSSO, G. MOLLE, *Diritto bancario*, Stamperia Nazionale, Roma, 1960<sup>2</sup>, p. 9; A. RENZI, *Difesa del risparmio ed esercizio del credito*, CEDAM, Padova, 1938, pp. 180 ss.

<sup>23</sup> Sebbene l'attribuzione all'autorità amministrativa di numerosi poteri nei confronti delle banche, peraltro nella quasi assenza di limiti, rendesse difficile individuare una finalità unitaria della disciplina.

tuttavia, l'autorizzazione bancaria era usata anche per finalità di politica economica e di politica monetaria, come emerge dalle delibere assunte dal CICR a partire dalla fine della seconda guerra mondiale e in particolare, dalla decisione di bloccare le autorizzazioni in entrata<sup>24</sup>, revocata solo all'inizio degli anni '70.

In tal modo, la previsione di un potere autorizzatorio determinava, come già visto in altri settori, un indebito vantaggio<sup>25</sup> per le imprese già presenti sul mercato le quali, sfruttando la legittimazione loro riconosciuta dai giudici, impugnavano le nuove autorizzazioni con l'obiettivo di preservare la propria posizione a riparo dalla concorrenza.

## *2.2. L'evoluzione in senso garantistico e la ricerca dell'equilibrio tra opposti interessi: la spinta liberalizzatrice dell'Unione europea*

Sino agli anni ottanta, quello bancario è stato, dunque, un mercato sostanzialmente chiuso e contingentato, in cui il potere autorizzatorio, quando non impedito a monte, come nel caso del ricordato blocco delle autorizzazioni, era comunque esercitato in assenza di criteri predeterminati e oggettivi e non era soggetto a particolari obblighi motivazionali.

<sup>24</sup> Delibera CICR, 23 giugno 1966, in «Boll. della Banca d'Italia, Vigilanza sulle aziende di credito», 16, p. 45. In quell'occasione, «per favorire un processo di razionalizzazione del sistema bancario», si stabilì il divieto per la Banca d'Italia di «rilasciare autorizzazioni per la costituzione di aziende di credito di qualsiasi categoria sino a quando la situazione non fosse mutata in senso favorevole alla istituzione di nuove aziende». Il divieto fu eliminato nel 1971 (delibera CICR 14 maggio 1971) limitatamente alla costituzione di Casse rurali e artigiane. La delibera CICR perseguiva finalità di stabilità del sistema che mirava a proteggere dalla concorrenza di nuovi operatori. Non era, invece, tenuta in considerazione la necessità di stimolare l'efficienza garantendo i risparmiatori attraverso gestioni efficienti. La politica restrittiva di cui le delibere citate rappresentano l'evidente esempio, aveva, invero avuto avvio già nel dopoguerra. Cfr. CICR delibera 31 ottobre 1957 e delibera 8 agosto 1962, che fissavano rigidi criteri per l'accesso al mercato e per l'apertura di nuovi sportelli.

<sup>25</sup> La protezione degli operatori già presenti sul mercato può essere un obiettivo diretto della norma o un risultato indiretto e inevitabile. Nel senso che in materia bancaria ciò sia stato il risultato indiretto della disciplina che aveva principalmente finalità di manovra economica, GIANNINI, *Istituti di credito e servizi di interesse pubblico.*, cit., p. 70. In senso contrario, in giurisprudenza, Cons. St., IV, 2 dicembre 1949, n. 631, secondo cui, alla base del rilascio dell'autorizzazione ad aprire sportelli vi era la necessità di difendere la solidità finanziaria degli istituti di credito. Ad avviso del Collegio «condizione imprescindibile per la sicurezza dei depositi e l'incremento del risparmio è la solidità finanziaria degli organismi raccoglitori con cui peraltro contrasta l'apertura di sportelli eccedente le necessità locali; eccedenza che riducendo le singole attività di tali organi li espone a dissesti dannosi».

Sulle finalità, sui presupposti e sulle modalità di esercizio del potere autorizzatorio sin qui visti ha significativamente inciso la disciplina sopranazionale<sup>26</sup>.

La prima direttiva comunitaria ha mantenuto lo strumento dell'autorizzazione, ma ha modificato i presupposti e le finalità del potere da esercitarsi solo sulla base di parametri oggettivi e predeterminati (oltre che previamente pubblicizzati). L'autorità di vigilanza, in particolare, nel rilascio dell'autorizzazione, non poteva più tener conto delle «esigenze economiche del mercato»<sup>27</sup>.

La svolta liberalizzatrice e garantistica per il privato è stata in larga misura recepita nella normativa italiana<sup>28</sup>. L'attività di raccolta del risparmio fra il pubblico è stata, per la prima volta, espressamente qualificata come attività di impresa<sup>29</sup>. L'autorizzazione per l'avvio dell'attività è stata subordinata alla sola presenza delle condizioni indicate dalla legge, ovvero all'esistenza di un capitale di ammontare non inferiore a quello determinato in via generale dalla Banca d'Italia<sup>30</sup>, al possesso di requisiti di esperienza adeguati

<sup>26</sup> La prima direttiva in materia di mercato unico bancario è stata la direttiva 73/183/CEE del Consiglio, del 28 giugno 1973, cui è seguita la direttiva 77/780/CEE del Consiglio del 12 dicembre 1977 (nota come «Prima direttiva» e concernente il coordinamento delle disposizioni legislative, regolamentari e amministrative riguardanti l'accesso all'attività degli enti creditizi e il suo esercizio). In base all'art. 3 della direttiva, le autorità concedono le autorizzazioni solo quando siano soddisfatti i requisiti minimi indicati dalla normativa. Per un approfondimento sulla disciplina ivi contenuta si rinvia a G. GIACALONE, *Armonizzazione comunitaria delle legislazioni sulle imprese esercenti il credito*, in *Legislazione economica*, a cura di F. VASSALLI, G. VISENTINI, Giuffrè, Milano, 1979, pp. 144 ss.; A. PIRAS, *Il controllo sull'accesso all'attività bancaria alla luce delle direttive comunitarie*, in «Banca, impr., soc.», 1983, pp. 327 ss.; R. BERTELLI, *L'autorizzazione all'esercizio del credito nella prospettiva della Comunità europea: note sul regime previsto dalla direttiva n. 780 del 1977*, in «Econ. cred.», 1984, pp. 54 ss.; E. TRAVERSA, *Direttiva CEE 12 dicembre 1977 n. 77/780 e armonizzazione delle legislazioni bancarie dei paesi della Comunità economica europea*, in «Dir. comun. scambi internaz.», 1984, pp. 655 ss.

<sup>27</sup> Salvo il caso in cui, sulla base di criteri generali, stabiliti in precedenza, previamente pubblicati e comunicati alla Commissione, vi fosse l'obiettivo di promuovere la sicurezza del risparmio o l'aumento della produttività del sistema bancario. Eventuali dinieghi andavano motivati e il procedimento doveva concludersi entro dodici mesi.

<sup>28</sup> Le direttive europee sopra richiamate sono state recepite in Italia con il D.P.R. 27 giugno 1985, n. 350 (il quale prevedeva, come ricordato *sub* nota precedente, una clausola di salvaguardia che consentiva a Stati che, come l'Italia, rilasciavano l'autorizzazione sulla base di valutazioni economiche, di beneficiare di un periodo transitorio).

<sup>29</sup> Sul carattere di impresa dell'attività bancaria si era già pronunciata anche la giurisprudenza. Cfr. Cons. St., IV, 14 settembre 1988, n. 741 secondo cui l'inerenza all'attività bancaria di rilevanti interessi pubblici non esclude la natura imprenditoriale privata degli istituti di credito. In dottrina, conforme G. FARINA, *Impresa bancaria, funzione pubblica, poteri della pubblica amministrazione*, in «Foro amm.», 1989, I, pp. 115 ss.

<sup>30</sup> La norma prevedeva un capitale minimo per le società per azioni e per quelle a responsabilità

all'esercizio delle funzioni connesse alle rispettive cariche e di requisiti di onorabilità da parte delle persone alle quali per legge o per statuto spettano poteri di amministrazione e direzione e alla presentazione di un articolato programma di attività in cui indicare la tipologia delle operazioni previste e la struttura organizzativa dell'ente.

L'inserimento della presentazione del programma fra le condizioni dell'autorizzazione e la richiesta di un contenuto «articolato» tradivano, tuttavia, in parte lo spirito delle direttiva<sup>31</sup> in quanto consentivano, nel concreto esercizio del controllo in fase di avvio dell'attività, un aumento del margine di discrezionalità riconosciuto all'autorità di vigilanza<sup>32</sup>.

In tema di garanzie procedurali, le nuove norme introducevano diverse previsioni a favore delle banche, come l'obbligo dell'autorità di concludere i procedimenti nel termine di dodici mesi e quello di motivare i provvedimenti. In quest'ultimo caso, tuttavia, i benefici per la futura banca erano ridotti a causa della previsione (non ancorata ad una analoga disposizione sopranazionale) del silenzio diniego<sup>33</sup>.

Il potere di revoca, al pari di quanto previsto dalla precedente disciplina, e a differenza di quella del 1926, non era espressamente regolato. Rispetto al passato regime, dunque, restava confermata la possibilità, secondo i principi generali in materia di potere amministrativo, di revocare l'autorizzazione per

---

limitata, ma anche per le società cooperative per le quali non esisteva una disciplina diretta alla tutela del capitale corrispondente a quella dettata per le prime. Il concreto ammontare del capitale minimo era rimesso alla valutazione discrezionale della Banca d'Italia.

<sup>31</sup> La direttiva, pur richiedendo la predisposizione di un programma delle attività, non lo inseriva tra le condizioni obbligatorie ai fini del rilascio dell'autorizzazione. Del programma è infatti, fatto richiamo, oltre che nei *considerando*, nel comma 4 dell'art. 3 e non, invece, nel comma 2, dove sono elencate le condizioni necessarie per l'autorizzazione. Nel 9° *considerando* era, poi, precisato che, al fine di ridurre il margine di apprezzamento discrezionale, ritenuto particolarmente ampio, di cui disponevano alcune autorità di controllo nazionale per l'autorizzazione degli enti creditizi, il programma delle attività avrebbe dovuto essere considerato solo quale elemento utile per consentire alle autorità competenti di decidere sulla base di un'informazione più accurata nel quadro di criteri oggettivi

<sup>32</sup> *Contra* COSTI, *Autorizzazione all'esercizio*, cit., pp. 543 ss., secondo il quale la Banca d'Italia non avrebbe potuto negare l'autorizzazione sulla base di un giudizio sull'opportunità del programma. Poteva invece, essere negata l'autorizzazione sulla base di elementi forniti dal programma con riferimento alla tipologia delle operazioni previste. In sostanza, il programma doveva rivestire il ruolo di strumento conoscitivo ai fini del rilascio dell'autorizzazione.

<sup>33</sup> Si tratta di una soluzione non coerente con quanto indicato dalla prima direttiva comunitaria la quale richiedeva che il provvedimento in merito al rilascio o meno dell'autorizzazione dovesse essere sempre motivato. La previsione del silenzio diniego mina, invece, l'obbligo di motivazione in quanto dà luogo a un provvedimento implicito. Al riguardo, ritiene che per tali ragioni si sarebbe dovuto prevedere piuttosto un silenzio assenso, PATRONI GRIFFI, *op. ult. cit.*, p. 473.

valutazioni legate agli interessi pubblici sottesi, ma erano precluse valutazioni sui bisogni di mercato in virtù del divieto sovranazionale, esplicitamente affermato per il potere di autorizzazione, ma, si ritiene, implicitamente operante anche in sede di esercizio del potere di secondo grado.

La specificazione dei criteri di legge per il rilascio dell'autorizzazione era demandata al CICR, il quale, secondo un meccanismo a cascata, una volta fissati gli indirizzi generali, demandava alla Banca d'Italia l'adozione di criteri puntuali da applicare ai procedimenti di autorizzazione<sup>34</sup>.

Rispetto alle leggi del '26 e del '38, l'aumento delle garanzie a favore della libertà di iniziativa economica nei confronti del pubblico potere è stato significativo. Il divieto espresso di valutare le esigenze del mercato e la previsione di criteri oggettivi prestabiliti per legge che l'autorità di vigilanza doveva verificare nel decidere sul rilascio o meno dell'autorizzazione ha segnato il passaggio da un sistema ampiamente discrezionale, funzionale anche ad esigenze di politica economica e di pianificazione del credito, ad un sistema a ridotto contenuto di discrezionalità<sup>35</sup>. L'autorizzazione, da strumento di manovra economica di settore, è divenuta cioè mezzo per verificare la sussistenza delle condizioni previste dalla legge per impedire l'accesso sul mercato di imprese poco solide. Gli obiettivi di stabilità ed efficienza del sistema hanno assunto maggiore rilevanza, anche rispetto a quello di tutela del risparmio. In questo senso, va sia la previsione che lega espressamente l'autorizzazione all'esistenza di un capitale minimo, sia la previsione di criteri stringenti, più rigidi rispetto a quanto chiesto dalla direttiva comunitaria, in materia di requisiti di onorabilità e di professionalità, estesi tra l'altro dalla normativa italiana, insieme al requisito dell'esperienza, anche all'amministratore delegato e ai membri degli organi collegiali titolari di poteri in materia di concessione del credito.

<sup>34</sup> Delibera CICR, 31 ottobre 1985. In attuazione di questa delibera, la Banca d'Italia ha fissato requisiti sostanzialmente riproduttivi delle disposizioni di legge. Cfr. Circolare Banca d'Italia, 17 dicembre 1985, n. 15619.

<sup>35</sup> Sul punto non vi era accordo in dottrina. Hanno ritenuto che l'autorizzazione fosse un atto dovuto, F. CASTIELLO, *La direttiva CEE n. 780/77 e i controlli sul credito*, in «Econ. e credito», 1986, pp. 67 ss.; COSTI, *Autorizzazione all'esercizio*, cit., pp. 563 ss.; A. NIGRO, *Il d.P.R. n. 350 del 1985 e la legge bancaria: l'autorizzazione all'esercizio dell'attività creditizia*, in «Dir. della banca e dei mercati finanziari», 1989. *Contra*, L. DESIDERIO, *La liberalizzazione all'accesso dell'attività creditizia*, in «Cooper. credito», 1988, pp. 42 ss.; V. MEZZACAPO, *Commento all'art. 1 del d.P.R. 27 giugno 1985, n. 350*, in *Codice commentato della Banca. Disciplina generale*, a cura di F. CAPRIGLIONE, V. MEZZACAPO, Giuffrè, Milano, 1990, vol. II, p. 416. In giurisprudenza, Tar Basilicata, 31 luglio 1987, n. 209; Cons. St., V, 12 luglio 1988, n. 1314.

### 3. *Loggettivizzazione delle condizioni per il rilascio dell'autorizzazione nella vigente disciplina*

La direttrice della liberalizzazione e l'obiettivo di realizzare un mercato unico del credito hanno portato all'approvazione della seconda direttiva bancaria recepita in Italia prima nel 1992<sup>36</sup> e poi, con alcune importati novità, nel 1993 con l'approvazione del Testo unico delle leggi bancarie (T.U.B.)<sup>37</sup>.

Il T.U.B. ha mantenuto lo strumento dell'autorizzazione all'avvio dell'attività<sup>38</sup> e in linea con l'evoluzione seguita a livello sopranazionale, ha confermato la natura del potere della Banca d'Italia quale potere sostanzialmente vincolato all'accertamento della sussistenza delle condizioni

<sup>36</sup> D.lgs. 14 dicembre 1992, n. 481.

<sup>37</sup> D.lgs. 1° settembre 1993, n. 385.

<sup>38</sup> Il Testo Unico fa infine, chiarezza sul tema della doppia autorizzazione e sul suo definitivo superamento che, ancora dopo il D.P.R. del 1985 era stato, da parte della dottrina, contestato. A favore dell'abrogazione implicita dell'art. 28 ad opera del D.P.R. n. 350/85 e dunque, del permanere, nell'ordinamento italiano, di un'unica autorizzazione configurabile come autorizzazione all'inizio delle operazioni, R. COSTI, *L'ordinamento bancario italiano e le direttive comunitarie*, in «Banca, impresa, società», 1986, p. 9, il quale ha osservato che il permanere dell'autorizzazione alla costituzione, oltre a rappresentare un inutile doppione, poteva consentire all'amministrazione di recuperare la discrezionalità persa dopo il recepimento della prima direttiva comunitaria; *contra* PATRONI GRIFFI, *La concorrenza*, cit., il quale, facendo leva anche sulla formulazione letterale delle norme ha ritenuto che la direttiva del 1977 avesse attuato una sorta di armonizzazione minima, imponendo l'autorizzazione all'esercizio dell'attività per tutti gli Stati membri, ma non precludendo a questi di mantenere, ove già prevista, anche l'autorizzazione alla costituzione. Sul punto, anche G. MINERVINI, *Attuazione della Direttiva Cee 77/780 e libertà di concorrenza*, in «Giur. comm.», 1987, I, pp. 979 ss., favorevole al mantenimento di una sola autorizzazione. La Banca d'Italia in sede applicativa continuava, invece, a prevedere due distinte autorizzazioni come si evince dalle «Istruzioni di vigilanza sulle aziende di credito», n. 94 del 1985, pp. 135 ss. In giurisprudenza, Tar Lazio, Roma, 9 marzo 1995, n. 407 con commento di M.P. DE TROIA, *Autorizzazione all'esercizio dell'attività bancaria: requisiti di onorabilità, qualità degli azionisti, sana e prudente gestione*, in «Banca, borsa, titoli di credito», 1996, pp. 246 ss.

elencate nella norma<sup>39</sup>. Le condizioni<sup>40</sup>, come già, in larga parte, previsto dalla prima direttiva comunitaria e dal suo decreto di recepimento, attengono alla forma giuridica (l'ente creditizio può avere solo la forma di società per azioni o quella di società cooperativa per azioni a responsabilità limitata); alla sede legale e alla direzione generale che devono essere in Italia; all'esistenza di un capitale minimo, non inferiore a quanto previsto nelle disposizioni di vigilanza della Banca d'Italia<sup>41</sup>; alla presentazione di un programma concernente l'attività iniziale<sup>42</sup>, oltre che dell'atto costitutivo e dello statuto; al possesso da parte dei titolari di partecipazioni qualificate di cui all'art. 19 T.U.B. dei requisiti previsti nel medesimo articolo e nell'art. 25 T.U.B.<sup>43</sup>; al possesso da parte degli esponenti aziendali dei requisiti

<sup>39</sup> Come si legge nelle «Disposizioni di vigilanza, Autorizzazione all'attività bancaria», obiettivo generale della revisione normativa è quello di assicurare, fin dalla fase di avvio dell'attività, condizioni di stabilità e sana e prudente gestione, attraverso l'innalzamento dei requisiti minimi di capitale, adeguati sistemi organizzativi e di governo societario, elevati *standard* qualitativi dei partecipanti al capitale, un programma di attività che assicuri condizioni di equilibrio patrimoniale e finanziario e il rispetto delle disposizioni prudenziali. Tale obiettivo è considerato tanto più rilevante in ragione degli elevati costi connessi alla crisi precoce delle nuove iniziative bancarie, che si manifestano nella dispersione di valore aziendale, nell'intervento dei fondi di garanzia e assicurazione dei depositi, nelle eventuali perdite per i creditori e per gli altri *stakeholders* della banca. Nel contempo, la nuova disciplina di vigilanza presta attenzione a mantenere il mercato creditizio aperto all'ingresso di nuovi operatori, al fine di garantire la competitività del sistema finanziario. Decisivo, a tale riguardo, il profilo del capitale iniziale, il cui livello è determinato dalla Banca d'Italia in attuazione dell'art. 14, T.U.B. e in conformità della disciplina comunitaria.

<sup>40</sup> Previste nell'art. 14 T.U.B.

<sup>41</sup> 10 milioni di euro per le banche in forma di società per azioni, per le banche popolari e per le banche di garanzia collettiva; 5 milioni di euro per le banche di credito cooperativo. I limiti indicati tengono conto, da un lato, dell'esigenza di non ostacolare l'accesso al mercato di nuovi operatori e, dall'altro, di assicurare adeguati mezzi finanziari alle banche nella fase d'inizio dell'attività.

<sup>42</sup> Il documento indica gli obiettivi di sviluppo, le attività programmate e le strategie funzionali alla loro realizzazione. Gli amministratori della banca predispongono un programma per l'attività iniziale del nuovo soggetto contenente le informazioni indicate nelle «Disposizioni sulla vigilanza» citate, le finalità e gli obiettivi di sviluppo dell'iniziativa («*mission* e obiettivi aziendali»), il livello di rischio tollerato («tolleranza al rischio» o «appetito per il rischio»), le caratteristiche dell'operatività che si intende avviare (ad esempio, tipologia dei finanziamenti, altre attività che verrebbero svolte, tipologia di clientela servita), l'area geografica e il mercato di riferimento in cui la nuova banca intende operare, nonché il posizionamento, incluse le quote di mercato attese («mercato di riferimento e posizionamento»), e infine i canali di distribuzione utilizzati («rete»). Il documento deve contenere inoltre, una relazione sul governo societario e sulla struttura organizzativa, accompagnata dai regolamenti relativi ai principali processi aziendali.

<sup>43</sup> Nell'effettuare tali verifiche, la Banca centrale europea e la Banca d'Italia utilizzano

previsti dall'art. 26 T.U.B. e da altre disposizioni di legge; all'insussistenza, tra la banca o i soggetti del gruppo di appartenenza e altri soggetti, di legami che ostacolano l'esercizio delle funzioni di vigilanza.

Ai fini del rilascio dell'autorizzazione, rilevano, quindi, l'organizzazione, il patrimonio, la qualità dei soggetti che danno vita all'iniziativa e la strategia imprenditoriale.

La prima condizione prevista dal T.U.B. attiene alla forma giuridica. Per il rilascio dell'autorizzazione la banca deve avere la forma di società per azioni o di società cooperativa per azioni a responsabilità limitata. L'adozione preferenziale del tipo azionario per l'impresa bancaria ha come obiettivo di consentire l'appello al risparmio diffuso per incrementare il capitale di rischio delle banche<sup>44</sup>. L'uso delle forme organizzative previste per le imprese commerciali se, da un lato, riporta le banche verso lo statuto comune dell'impresa commerciale privata, quantomeno nei suoi tratti fondamentali e caratteristici<sup>45</sup>, dall'altro, comporta di fatto l'applicazione di un modello organizzativo rigido, limitativo dell'autonomia dell'impresa nella fase di iniziativa<sup>46</sup>. Si tratta, ad ogni modo, di un limite previsto non solo nel nostro ordinamento e operante da tempo, che può altresì essere visto, come vincolo alla stessa autorità di vigilanza, la quale, in presenza di una disposizione di fonte primaria, non potrebbe con fonte secondaria, alterare i tratti essenziali del tipo di società adottato.

La seconda condizione attiene al capitale iniziale della banca. Il requisito si giustifica con l'obiettivo di valutare la solidità finanziaria dell'istituto al momento dell'avvio dell'iniziativa. La teoria economica indica che la previsione di un capitale minimo iniziale consente di contrastare la maggiore incertezza che una banca neo-costituita si trova a fronteggiare. In

---

le informazioni e i dati in loro possesso e possono avvalersi di notizie riservate derivanti dalla collaborazione con altre autorità pubbliche e autorità di vigilanza italiane o estere. La Banca centrale europea e la Banca d'Italia possono richiedere ai partecipanti specifiche dichiarazioni di impegno volte a tutelare la sana e prudente gestione della banca.

<sup>44</sup> Ne doveva conseguire, pertanto, fin dalla previsione originaria, il libero accesso dei privati al capitale delle banche e al contempo la necessità di contemperare gli interessi individuali dei soci (maggior profitto e libertà gestoria) con le esigenze portate avanti dalla regolazione speciale. Si teneva cioè, conto del rapporto tra struttura proprietaria ed efficienza della organizzazione proprietaria, come evidenziato da L. CAPRIO, *Le strutture proprietarie delle società quotate, l'efficienza della gestione societaria e il diritto*, in «Riv. soc.», 1998, pp. 555 ss.

<sup>45</sup> In questi termini già R. COSTI, *Relazione di sintesi*, Convegno su «Assetti proprietari e «corporate governance» delle banche italiane: problemi e prospettive», Bologna, 24 ottobre 1997, in «Banca, impr., soc.», 1998, pp. 1 ss.

<sup>46</sup> Come evidenziato in senso critico da M. CERA, *Autonomia statutaria delle banche e vigilanza*, Giuffrè, Milano, 2001, p. 2.

quest'ottica, il capitale sociale iniziale dovrebbe essere in grado di assorbire le eventuali perdite che si potrebbero presentare nel primo periodo di attività, così da attenuare le asimmetrie informative, aumentare la fiducia del mercato e promuoverne la sana gestione. D'altra parte, se un capitale iniziale elevato favorisce la stabilità della banca e del sistema nel suo complesso, dall'altro può rappresentare una barriera all'entrata che ostacola la concorrenza e scoraggia l'ingresso di potenziali *competitor*.

Nel nostro ordinamento, in sede di normativa secondaria sono stati fissati limiti più stringenti per l'impresa bancaria rispetto alle previsioni europee. Il rischio che possano così essere stati introdotti ostacoli ingiustificati alla libertà di iniziativa delle banche appare tuttavia scongiurato dalle modalità con le quali la Banca d'Italia ha proceduto ad individuare i più stringenti limiti. L'autorità di vigilanza ha, infatti, esercitato il proprio potere di regolazione solo all'esito di un'analisi di impatto della regolazione volta ad individuare possibili soglie di capitale minimo tali da coniugare gli obiettivi di stabilità del settore con quelli di competitività del mercato<sup>47</sup>. Essa dunque, ha di fatto auto-limitato la propria discrezionalità secondo criteri tendenzialmente oggettivi, ulteriori rispetto a quelli fissati dal legislatore.

La terza condizione prevede che l'autorizzazione non può essere rilasciata se non sussistono i presupposti per il rilascio delle altre autorizzazioni richieste dal T.U.B. per l'acquisto di partecipazioni rilevanti al capitale di banche. Si tratta di disposizioni in passato finalizzate a garantire la separazione tra banca e industria impedendo alla prima di acquisire partecipazioni nel capitale delle industrie ed evitare le conseguenze negative che la mancata separazione aveva portato nel 1929<sup>48</sup>. L'autorizzazione all'acquisto può essere rilasciata solo se le qualità degli azionisti e la solidità finanziaria del progetto di acquisizione sono tali da garantire la sana e prudente gestione. I requisiti per il rilascio dell'autorizzazione sono fissati dalla legge e specificati in sede di normazione secondaria. Il criterio di valutazione delle condizioni per il rilascio di questa specifica autorizzazione è, anche in questo caso, rappresentato dalla sana e prudente gestione. L'autorità deve valutare la qualità del potenziale acquirente e la solidità finanziaria del progetto di acquisizione tenendo conto della reputazione, dell'idoneità di coloro che andranno a svolgere

<sup>47</sup> Cfr. Banca d'Italia, «Capitale iniziale per l'attività bancaria: analisi di impatto», novembre 2012. A seguito di questa A.I.R. i requisiti minimi di capitale, nell'aprile 2013 sono stati innalzati. La revisione normativa, «si pone l'obiettivo di rafforzare le caratteristiche tecnico-organizzative dei nuovi intermediari bancari, anche attraverso l'innalzamento dei requisiti minimi di capitale».

<sup>48</sup> Su cui i contributi contenuti in G. TONIOLO (a cura di), *Industria e banca nella grande crisi 1929-1934*, ETAS Libri, Milano, 1978.

le funzioni di amministrazione, direzione e controllo della banca, della solidità finanziaria del potenziale acquirente, della capacità della banca di rispettare a seguito dell'acquisizione le disposizioni che ne regolano l'attività e infine, dell'idoneità della struttura del gruppo del potenziale acquirente a consentire l'esercizio efficace della vigilanza. Il margine di discrezionalità qui riconosciuto all'autorità di vigilanza, soprattutto dal rinvio al criterio della sana e prudente gestione<sup>49</sup>, è stato, in parte, circoscritto dalla Banca d'Italia che ha fissato ulteriori criteri per l'esercizio del potere autorizzatorio e per determinare meglio l'ampio concetto di «partecipazione rilevante» lasciato indeterminato dal legislatore<sup>50</sup>. Competente al rilascio dell'autorizzazione all'acquisto di partecipazioni rilevanti è la BCE<sup>51</sup> su proposta della Banca d'Italia che effettua il vaglio preliminare sull'esistenza delle condizioni al rilascio. Nel caso, in cui, invece, la Banca d'Italia ritenga che non sia garantita la sana e prudente gestione, propone alla BCE di negare l'autorizzazione. Anche in questa ipotesi, come nel caso del procedimento di rilascio dell'autorizzazione allo svolgimento dell'attività<sup>52</sup>, è previsto un procedimento in due fasi con una sequenza *bottom up* che va dal livello nazionale al livello sopranazionale<sup>53</sup>.

<sup>49</sup> Il richiamo al criterio della sana e prudente gestione nel valutare le condizioni di legge, lascia spazio alla valutazione discrezionale dell'autorità di vigilanza rimandando ad un eventuale sindacato giurisdizionale la decisione sul corretto uso di tale discrezionalità secondo parametri tecnico-giuridici e non di merito. Sul punto la giurisprudenza non è molta. Si segnala tuttavia come, in applicazione di questo criterio, è stato ritenuto legittimo il diniego di autorizzazione ad ABN AMRO di acquisire una partecipazione superiore al 20% in Antonveneta. Applicando i principi in materia di sindacato giurisdizionale sugli atti dell'autorità, il giudice ha ritenuto di poter sindacare il processo valutativo dell'amministrazione «al fine di controllare che nell'apprezzamento della compatibilità delle operazioni assentite in rapporto alla garanzia della stabilità del richiedente (*sub specie* di «sana e prudente gestione») non fossero stati commessi errori di fatto, sviamenti o illogicità manifeste». All'esito di tale valutazione, il giudice amministrativo ha ritenuto che l'istruttoria svolta desse compiutamente conto delle valutazioni operate, sia riferite all'attualità, sia in ottica prospettica. Tar Lazio, Roma, I, 9 agosto 2005, n. 6157. Sui problemi sollevati dal criterio della sana e prudente gestione cfr. *infra* § seguente.

<sup>50</sup> In particolare, l'autorizzazione è richiesta nel momento in cui si intende acquistare una partecipazione che attribuisce una quota dei diritti di voto o del capitale della banca pari o superiore al 10%. In caso contrario, tuttavia, il potere autorizzatorio dell'autorità di vigilanza sussiste ugualmente nel caso si possa ritenere sussistente un'influenza notevole.

<sup>51</sup> Ad eccezione delle deroghe espressamente stabilite e in particolare in caso di risoluzione di una crisi bancaria (art. 19, comma 5-ter, T.U.B.).

<sup>52</sup> Su cui *infra* § 3.3.

<sup>53</sup> Cfr. art. 15, Reg. (UE), 15 ottobre 2013, n. 1024 e artt. 85-87, Reg. (UE) della Banca centrale europea, 16 aprile 2014 n. 468.

3.1. *L'obbligo di presentare un programma di attività e la valutazione della sana e prudente gestione. Il rischio di un eccessivo recupero della discrezionalità in capo all'autorità amministrativa*

Come ulteriore requisito per il rilascio dell'autorizzazione è prevista la presentazione di un programma di attività<sup>54</sup>. Si tratta di una condizione aperta<sup>55</sup>, in virtù della quale la Banca d'Italia non è chiamata a valutare la sussistenza o l'insussistenza di un dato oggettivo (un certo livello di capitale o una data struttura organizzativa), ma può entrare nel merito delle scelte dell'azienda e valutarne la serietà. Ciò si riflette negativamente sul rapporto tra autorità e impresa in quanto potenzialmente idoneo a reintrodurre, nel procedimento di rilascio dell'autorizzazione, una valutazione eteronoma sulle scelte gestionali dell'istituto da parte della Banca d'Italia secondo criteri non economici. Questo rischio è stato tuttavia attenuato dall'Autorità la quale ha circoscritto il proprio potere di valutazione del programma di attività precisandone i contenuti minimi e individuando gli elementi su cui deve fondarsi la sua valutazione ai fini del rilascio o meno dell'autorizzazione<sup>56</sup>. In base alla circolare, l'autorità di vigilanza valuta la coerenza delle informazioni contenute nel programma, l'attendibilità delle previsioni formulate, l'adeguatezza del programma a rispettare condizioni di equilibrio patrimoniale e finanziario, nonché il rispetto dei requisiti prudenziali e l'adeguatezza degli assetti organizzativi interni. Si tratta di valutazioni essenzialmente tecniche sulla sussistenza di condizioni che garantiscano la serietà e l'affidabilità del progetto economico presentato, funzionali a stabilire la capacità dell'impresa di restare sul mercato. Non si rientra quindi, in un potere esorbitante dalle linee liberalizzatrici europee, in quanto resta fermo che il programma non può essere valutato alla luce del c.d. bisogno del mercato. Dalla lettura delle linee guida adottate dalla Banca d'Italia, infatti, non sembra emergere l'obiettivo di verificare che effetti avrà l'entrata di quel soggetto sul mercato, ma se quel soggetto è in grado di operare nel mercato senza mettere in pericolo gli interessi pubblici alla stabilità e alla tutela del risparmio<sup>57</sup>.

<sup>54</sup> Il programma iniziale di attività rappresenta il progetto strategico imprenditoriale in cui sono indicati i fattori produttivi che si intendono impiegare (capitale, lavoro, strutture produttive) così da consentire all'autorità di vigilanza di valutare se l'impresa possa realisticamente operare sul mercato. Sul punto cfr. quanto si dirà *infra* nel testo.

<sup>55</sup> Sui contenuti del programma di attività la legge non dice nulla. Al riguardo cfr. *supra sub* nota 42.

<sup>56</sup> Circolare 17 dicembre 2013, n. 285.

<sup>57</sup> Il diniego dell'autorizzazione fondato su ragioni inerenti al programma di attività,

Il rischio di un recupero di un'eccessiva discrezionalità in capo all'autorità di vigilanza, contrario allo spirito delle norme europee, deriva anche dal modo in cui il legislatore italiano ha recepito il criterio della sana e prudente gestione. Sul punto le disposizioni in vigore divergono significativamente sulla valenza da assegnare al criterio<sup>58</sup>, sia dalla disciplina nazionale previgente, sia da quella contenuta nella seconda direttiva. A differenza delle disposizioni sopranazionali che indicano la sana e prudente gestione quale elemento di verifica dei requisiti di onorabilità e professionalità di alcuni organi degli istituti bancari, nel T.U.B. questo criterio ha assunto la funzione di clausola generale a cui conformare la vigilanza e da utilizzare come metro di valutazione nell'esercizio del potere di autorizzazione all'avvio dell'attività, ma non solo. L'introduzione normativa di un criterio così elastico e di difficile definizione rischia di ampliare di nuovo eccessivamente la discrezionalità dell'autorità di vigilanza e di determinare un equilibrio diverso da quello voluto a livello sopranazionale tra norme di legge e potere della Banca d'Italia nel determinare in concreto il limite all'iniziativa economica privata in fase di accesso. D'altra parte, nelle sue istruzioni la Banca d'Italia ha sin dall'inizio configurato il criterio della «sana e prudente gestione» come un «criterio obiettivo previsionale», in cui la previsione però non riguarda, come in passato, la valutazione di quale effetto potrebbe produrre il sopraggiungere di un nuovo soggetto bancario nella preesistente situazione di mercato. Al contrario, il processo logico da seguirsi è inverso<sup>59</sup>: oggetto della ponderazione è se quel determinato soggetto dotato di una certa struttura finanziaria e aziendale potrà prevedibilmente conseguire gli obiettivi strategici dichiarati assicurando al contempo una sana e prudente gestione, o se invece, alla luce della situazione del mercato, l'organizzazione e il piano aziendale siano tali da far sorgere il rischio concreto di disfunzioni gestionali<sup>60</sup>.

---

pertanto, deve essere adeguatamente e dettagliatamente motivato. In questo senso anche la giurisprudenza: cfr. Tar Calabria, Catanzaro, 29 gennaio 2001, n. 66 che ha accolto il ricorso avverso il diniego di rilascio di autorizzazione, motivato solo dal fatto che il programma di attività presentato era eccessivamente generico poiché «costituito da affermazioni del tutto prive di argomentazioni». Il giudice ha ritenuto tale motivazione insufficiente in quanto non consente «di verificare il percorso logico seguito dall'amministrazione nell'adottare la decisione di rigetto dell'istanza, non risultando affatto specificato sotto quali aspetti si riveli carente il programma presentato».

<sup>58</sup> Cfr. art. 5, T.U.B.

<sup>59</sup> Come già rilevato da AMOROSINO, *L'autorizzazione.*, cit., p. 155.

<sup>60</sup> La Banca d'Italia, in merito, ha adottato una circolare in cui dà conto dei parametri cui si atterrà per valutare l'idoneità del programma. Si tratta di una autolimitazione non prescritta dalla norma in materia di autorizzazione e quindi da guardare con favore in quanto volta a consentire la trasparenza e la verificabilità dell'*iter* logico seguito nell'adottare i provvedimenti.

### 3.2. *I limiti all'autonomia statutaria delle imprese bancarie e la potenziale limitazione all'accesso di nuovi operatori sul mercato*

Con la domanda di autorizzazione, la banca istante è tenuta a presentare anche lo statuto. La norma in materia di condizioni per il rilascio dell'autorizzazione all'esercizio dell'attività bancaria non dà indicazioni né sui contenuti che questo deve avere, né sul tipo di valutazione che delle clausole statutarie può essere svolta dall'autorità di vigilanza ai fini dell'emanazione del provvedimento autorizzatorio. Elementi utili al riguardo possono, tuttavia, trarsi dalla norma sulle modifiche statutarie secondo cui, in questi casi, la Banca d'Italia è tenuta a verificare l'assenza di contrasto delle nuove disposizioni con la sana e prudente gestione<sup>61</sup>.

Poiché le banche devono conformare i propri statuti alla disciplina di settore quale condizione per ottenere e mantenere l'autorizzazione all'esercizio dell'attività, la previsione in ultimo richiamata rileva ai fini delle condizioni di rilascio dell'autorizzazione, andando ad integrare la condizione della presentazione dello statuto. Dal combinato disposto delle due norme risulta quindi, che le banche devono presentare gli statuti e che la Banca d'Italia può esercitare su di essi un potere di controllo finalizzato a rilevare l'assenza di contrasti tra le clausole statutarie e la sana e prudente gestione. Ciò solleva alcuni dubbi di compatibilità con i principi sopranazionali in materia di autorizzazione allo svolgimento delle attività. Si è infatti, di fronte ad un potere di controllo preventivo dall'incerta natura<sup>62</sup> e, soprattutto, dai contenuti estremamente indeterminati<sup>63</sup>, non previsto dall'ordinamento

<sup>61</sup> Art. 56, T.U.B. L'accertamento riguarda la congruità della modifica con il criterio, più volte incontrato, della sana e prudente gestione. In mancanza di accertamento non è possibile procedere con l'iscrizione nel registro delle imprese. Il progetto di modifica deve essere comunicato alla Banca d'Italia dalla banca prima della presentazione in assemblea. La Banca d'Italia, se accerta che le modifiche statutarie non contrastano con i principi di sana e prudente gestione rilascia il provvedimento di accertamento necessario per l'iscrizione nel registro delle imprese. L'adozione del provvedimento è condizionata alla conformità delle deliberazioni assunte dall'assemblea dei soci al progetto esaminato e alle eventuali osservazioni formulate dalla Banca d'Italia.

<sup>62</sup> Lo inquadrano nell'ambito dei poteri autorizzatori, A. PATRONI GRIFFI, *La legge bancaria nel passaggio dal vecchio al nuovo testo: prime riflessioni sistematiche*, in *Dall'attuazione della II direttiva CEE in materia bancaria al Testo Unico*. Atti del Convegno di Bari, 5-6 marzo 1993, a cura di A. ANTONUCCI, Cacucci, Bari, 1993, pp. 39 ss., spec. p. 46; R. SCALCIONE, *Il potere di vigilanza sugli statuti delle banche: valutazione discrezionale e limiti*, in «Banca, borsa e tit. di cred.», 2001, 2, pp. 233 ss., spec. p. 254. Contra A.M. TARANTOLA, F. RONCHI, F. PARENTE, P. ROSSI, *La vigilanza sulle banche e sui gruppi bancari*, Il Mulino, Bologna, 1996, p. 111.

<sup>63</sup> Sull'ampiezza del potere riconosciuto alla Banca d'Italia nel valutare le clausole degli

sovranzionale<sup>64</sup>. Un potere capace di incidere notevolmente sull'autonomia imprenditoriale della banca in ragione dell'importanza rivestita dallo statuto<sup>65</sup> per i soci e per la loro capacità di autodeterminare alcuni punti nodali della vita dell'impresa societaria<sup>66</sup>.

Anche in questo caso, però, l'autorità di vigilanza nazionale ha proceduto a vincolare l'esercizio della propria discrezionalità all'accertamento di parametri oggettivi, predeterminati e uguali per tutte le imprese bancarie vigilate. È stata inoltre, precisata la procedura da seguire nell'esercizio del potere di accertamento delle modifiche statutarie a garanzia degli enti creditizi, i quali risultano, oggi, maggiormente coinvolti nella decisione. Con le nuove «Disposizioni di vigilanza», il potere della Banca d'Italia è

---

statuti, sia nella fase preventiva di autorizzazione, sia in seguito, si veda Tar Lazio, Roma, III, 10 marzo 2014, n. 2725. Secondo il giudice, il legislatore ha assegnato alla Banca d'Italia un potere ampio, quello di vagliare cioè tutte le modifiche statutarie senza escludere quelle derivanti da aumenti di capitale, le quali, anzi, rappresentano le ipotesi più frequenti e in cui l'intervento della Banca d'Italia risulta peraltro maggiormente giustificato.

<sup>64</sup> Le disposizioni in materia non hanno risentito dell'armonizzazione intervenuta a livello sovranazionale. Il legislatore europeo, infatti, nel disciplinare le condizioni di accesso non ha fatto riferimento allo statuto dell'impresa e ha preferito richiamare in termini più ampi «il programma delle attività» e la struttura dell'organizzazione dell'ente. La Banca d'Italia non potrà comunque prescindere nell'effettuare l'accertamento, dai criteri elaborati a livello sopranazionale soprattutto con riferimento alle banche *significant*.

<sup>65</sup> La concorrenzialità delle banche non è legata solo ai temi della concentrazione e della stabilità degli intermediari, o a quello della liberalizzazione dell'attività di impresa, ma discende anche dalla concreta configurazione degli assetti organizzativi e delle scelte fatte al riguardo (nei limiti normativi) dagli statuti. Una piena ed effettiva concorrenza si ha, non solo quando gli operatori si confrontano sul mercato dei prodotti e quindi sulla efficienza della gestione e dei suoi meccanismi, ma anche e soprattutto in caso di banche con azioni quotate sui mercati regolamentati e diffuse tra il pubblico, quando vi sia un mercato della proprietà e del controllo e dunque, risulti contendibile la stessa direzione dell'impresa. Il perseguimento della concorrenza passa necessariamente attraverso lo sviluppo di tale contendibilità che potrebbe però, trovare un ostacolo proprio in paletti o chiusure statutarie, anche sul piano dell'esercizio dei poteri di organizzazione del socio di controllo e della funzione amministrativa. Sull'importanza di questi aspetti all'interno degli statuti e sui riflessi sulla concorrenzialità, CERA, *Autonomia statutaria.*, cit., pp. 28 ss. In senso analogo, (richiamato già dallo stesso Cera), anche P.M. SANFILIPPO, *Funzione amministrativa e autonomia statutaria nelle società per azioni*, Giappichelli, Torino, 2000, p. 5 e p. 53.

<sup>66</sup> L'importanza dello statuto è stata sottolineata da C. ANGELICI, *Appunti sull'interpretazione degli statuti di società per azioni*, in «Riv. dir. comm.», 1993, I, pp. 797 ss. Come osservato, attraverso lo statuto sono regolati i rapporti associativi tra i soci, il funzionamento dell'organizzazione sociale e quindi l'attività di impresa, seppur ai livelli più alti. Esso inoltre, conforma il modello di gestione soprattutto nel rapporto tra gli organi e nell'attribuzione agli stessi dei rispettivi poteri. Lo statuto rappresenta infine, una fonte di garanzia per le minoranze azionarie.

stato anticipato rispetto alla delibera assembleare della società e la prassi, già consolidata, di instaurare contatti con le banche precedenti all'assemblea per discutere dei contenuti delle modifiche è stata resa obbligatoria. Il procedimento è stato, inoltre, esteso a tutte le modificazioni statutarie e non solo a quelle per le quali le previgenti istruzioni di vigilanza stabilivano l'obbligo di informativa preventiva<sup>67</sup>.

La discrezionalità della Banca d'Italia in questa fase, sebbene circoscritta soprattutto attraverso la previsione di garanzie procedimentali, rimane comunque potenzialmente ampia. L'esercizio di una potestà conformativa sulla struttura e sul contenuto dello statuto appare tuttavia, poco probabile come confermerebbe anche il testo della Relazione al T.U.B. che ha definito il potere di approvazione in questione un potere di accertamento della congruenza delle modificazioni statutarie con la sana e prudente gestione della banca da esercitare «in linea con la natura imprenditoriale dell'attività bancaria» e nel rispetto delle esigenze di autonomia proprie di un'impresa. L'attribuzione di un ruolo specifico all'autorità di vigilanza nella determinazione degli statuti, inoltre, richiederebbe prescrizioni più esplicite come confermano, *a contrario*, le previsioni contenute in altre disposizioni relative a soggetti operanti nei mercati finanziari.

### *3.3. Il rilascio dell'autorizzazione all'avvio dell'attività bancaria dopo l'entrata in vigore del meccanismo unico di vigilanza: un procedimento a più voci*

Le norme sopranazionali non hanno inciso solo sui presupposti per l'esercizio del potere ma anche sulla competenza oggi non più esclusiva della Banca d'Italia. Con l'introduzione, nell'ambito dell'unione bancaria, del *single*

---

<sup>67</sup> Inizialmente, come ricordato, la prima fase in cui si svolgevano contatti informali tra le parti era solo eventuale: una circolare interna prevedeva un'informativa preventiva sui progetti di modificazione aventi a oggetto aspetti specificamente rilevanti per le valutazioni di vigilanza, da rendere entro breve tempo dalla deliberazione del progetto da parte dell'organo amministrativo e comunque prima dell'approvazione dello stesso da parte dell'assemblea dei soci. Sulla base di tale comunicazione la Banca d'Italia poteva formulare osservazioni, che dovevano essere valutate dall'organo amministrativo prima che il progetto fosse sottoposto all'approvazione dell'assemblea dei soci. La seconda fase, necessaria per tutte le modifiche, era avviata successivamente all'assemblea con la comunicazione alla Banca d'Italia del verbale nel quale erano contenute le modificazioni apportate. In caso di esito positivo, il procedimento si concludeva con il rilascio (entro novanta giorni dal ricevimento della documentazione) di un provvedimento «di accertamento», necessario per dar corso all'iscrizione della delibera nel registro delle imprese.

*supervisory mechanism*<sup>68</sup> e l'attribuzione dei poteri di vigilanza alla BCE, il potere di autorizzazione spetta a quest'ultima seppur su iniziativa dell'autorità nazionale competente. È stato, in particolare, previsto un procedimento composto<sup>69</sup>, articolato su due livelli secondo una sequenza *bottom-up*.

La domanda di autorizzazione deve essere presentata alle autorità nazionali competenti dello Stato in cui il richiedente intende stabilire la sede legale, nel rispetto dei requisiti previsti dalla legge.

L'istruttoria è, invece, svolta a livello nazionale. La Banca d'Italia verifica l'esistenza delle condizioni volte a garantire la sana e prudente gestione. Nel corso dell'istruttoria e anche prima dell'avvio del procedimento formale per il rilascio dell'autorizzazione, è possibile lo svolgimento di forme di incontro e collaborazione tra l'autorità di vigilanza nazionale e l'istituto di credito che intende ottenere l'autorizzazione. Prima dell'istruttoria, la banca può presentare alla Banca d'Italia un progetto del programma di attività al fine di ottenere linee guida e indicazioni. In particolare, secondo le «Disposizioni per la vigilanza», prima della stipula dell'atto costitutivo, i promotori possono informare la Banca d'Italia della propria iniziativa e illustrarne le caratteristiche. Gli esponenti aziendali sono tenuti a presentare la documentazione dalla quale risulta il possesso dei requisiti di professionalità, onorabilità e indipendenza. Anche la BCE, al termine dell'istruttoria e in caso di parere positivo al rilascio dell'autorizzazione, può fornire indicazioni affinché le linee di sviluppo dell'operatività assicurino il rispetto delle regole prudenziali e delle esigenze di sana e prudente gestione.

<sup>68</sup> Regolamento UE n. 1024/2013 cit. Sull'evoluzione che ha condotto alla riforma *ex multis* S. ANTONIAZZI, *L'Unione bancaria europea: i nuovi compiti della BCE di vigilanza prudenziale degli enti creditizi e il meccanismo unico di risoluzione delle crisi bancarie*, in «Riv. it. dir. pubbl. com.», 2014, pp. 359 ss.

<sup>69</sup> Art. 14, Reg. n. 1024/2013 cit. e artt. 73 ss., Reg. n. 468/2014 cit. Come osservato «La natura condivisa della funzione si riflette [...] in una articolazione procedimentale in cui le autorità nazionali e quelle europee partecipano al controllo dei soggetti operanti sul mercato bancario, instaurando un rapporto di "codecisione" rispetto all'adozione del provvedimento autorizzatorio». Così M. MACCHIA, *Integrazione amministrativa e unione bancaria*, Giappichelli, Torino, 2019, pp. 110-111. Sulla riconducibilità del procedimento di autorizzazione *de quo* nell'ambito dei procedimenti composti già M. GNES, *Il meccanismo di vigilanza prudenziale. Le procedure di vigilanza*, in *L'Unione Bancaria europea*, a cura di M.P. CHITI, V. SANTORO, Pacini giuridica, Pisa, 2016, pp. 243 ss. Sui procedimenti composti. M.P. CHITI, *I procedimenti composti nel diritto comunitario e nel diritto interno*, in *Attività amministrativa e tutela degli interessati. L'influenza del diritto comunitario, Quaderni del Consiglio di Stato*, Giappichelli, Torino, 1997, pp. 55 ss.; G. DELLA CANANEA, *I procedimenti amministrativi composti dell'Unione europea*, in *Il procedimento amministrativo nel diritto europeo*, a cura di F. BIGNAMI, S. CASSESE, «Quaderni della Rivista trimestrale di diritto pubblico», n. 1, Giuffrè, Milano, 2004, pp. 307 ss.

Se la Banca d'Italia ritiene che siano soddisfatte le condizioni normativamente previste, il procedimento aperto a livello nazionale prosegue davanti alla BCE. In questo caso, la fase sopranazionale si apre con la presentazione alla BCE, da parte della Banca d'Italia, di un progetto di decisione in cui si propone il rilascio dell'autorizzazione. La BCE ha dieci giorni di tempo decorsi i quali la decisione si intende adottata. Nel caso in cui, al contrario, al termine dell'istruttoria, l'autorità di vigilanza nazionale ritenga che le condizioni per il rilascio dell'autorizzazione non siano soddisfatte, respinge la domanda di autorizzazione e ne informa la Banca centrale europea.

Il potere di negare il rilascio dell'autorizzazione, dunque, permane a livello nazionale e può essere esercitato nel caso in cui, dalla verifica delle condizioni sopra indicate, non risulti garantita la sana e prudente gestione. In questa ipotesi, il procedimento non arriva alla fase sovranazionale, ma si arresta a livello nazionale, sede in cui è presa la decisione finale ed è riconosciuta la tutela agli interessati<sup>70</sup>.

La BCE è altresì, competente a disporre la revoca dell'autorizzazione<sup>71</sup> e procede sentita la Banca d'Italia o su proposta di questa, al ricorrere di presupposti oggettivi espressamente previsti dalla legge<sup>72</sup>, quali il venir meno delle condizioni in base alle quali l'autorizzazione è stata rilasciata, l'aver fornito false dichiarazioni ai fini del rilascio delle autorizzazioni e l'interruzione dell'attività bancaria per un periodo continuativo superiore a sei mesi.

Anche in questo caso, la disciplina prevede un procedimento composto

---

<sup>70</sup> Sull'ampiezza del sindacato giurisprudenziale sugli atti della Banca d'Italia cfr. Tar Lazio, n. 6157/05 cit.

<sup>71</sup> Il T.U.B., nella versione originaria, conteneva solo un richiamo a tale potere, prevedendolo in caso di liquidazione coatta amministrativa e consentendo, per il resto, l'estensione in via analogica dei principi generali in materia. Le modifiche successivamente intervenute hanno confermato questa impostazione. Solo nel 2015, il legislatore ha introdotto nella norma sull'autorizzazione, un richiamo espresso al potere di revoca senza tuttavia, dettare i presupposti e le regole di esercizio del potere e rinviando invece all'emanazione di successive disposizioni sul punto ad opera della Banca d'Italia. La Banca d'Italia nelle «Istruzioni di vigilanza» ha stabilito al riguardo che «[q]ualora la banca non abbia iniziato a operare entro il termine di un anno dal rilascio dell'autorizzazione oppure vi rinunci espressamente entro lo stesso termine, la Banca d'Italia dichiara la decadenza dell'autorizzazione medesima. In presenza di giustificati motivi, su richiesta della banca interessata presentata almeno sessanta giorni prima della scadenza del termine, può essere consentito un limitato periodo di proroga [...]. Fermi restando i casi di revoca consentiti dall'ordinamento, l'autorizzazione è revocata qualora sia stata ottenuta presentando false dichiarazioni e qualora si accerti che la banca non ha svolto l'attività bancaria per un periodo continuativo superiore a sei mesi».

<sup>72</sup> Le condizioni per procedere alla revoca totale o parziale dell'autorizzazione sono fissate a livello sovranazionale (cfr. in ultimo, la CRD IV), e a livello nazionale, nel T.U.B. al comma 3 *bis* dell'art. 14.

che coinvolge la Banca d'Italia e la Banca centrale europea ma che, a differenza di quanto previsto per il rilascio dell'autorizzazione, deve, però, sempre concludersi con un provvedimento espresso di competenza della BCE.

In termini di rapporto tra potere dell'autorità e posizione dell'impresa, la previsione espressa di un potere di revoca e il suo ancoraggio a presupposti oggettivi e predeterminati risulta, rispetto alle disposizioni previgenti, maggiormente garantistica nei confronti della banca. Permane la previsione che assegna alla Banca d'Italia il potere di adottare disposizioni attuative in merito, anche, alla revoca, ma la potestà regolamentare dell'autorità di vigilanza è stata, rispetto al passato, ampiamente delimitata all'interno della cornice normativa<sup>73</sup>.

#### 4. *La regolazione speciale delle crisi bancarie*

La posizione soggettiva delle banche nei confronti dell'Autorità appare, invece, particolarmente 'cedevole' e la discrezionalità amministrativa significativamente ampia in presenza di una crisi bancaria o del rischio di un grave dissesto.

In Italia, le crisi dell'impresa bancaria sono state oggetto, sin dal 1936, di una disciplina speciale. L'ordinamento bancario, in particolare prevede specifiche procedure – l'amministrazione straordinaria e la liquidazione coatta amministrativa<sup>74</sup> – diverse dalle ordinarie procedure concorsuali applicabili secondo la legge fallimentare. A queste due procedure si sono aggiunte, recentemente, quelle previste dalla *Bank Recovery and Resolution Directive*

<sup>73</sup> Appare significativo che nella versione attualmente vigente delle «Istruzioni di vigilanza», le disposizioni sulla revoca siano rimaste formalmente invariate, sebbene la loro interpretazione possa dirsi significativamente mutata alla luce delle modifiche normative intervenute.

<sup>74</sup> Le due procedure divergono per la maggiore o minore gravità dei presupposti (gravi irregolarità e gravi perdite nel patrimonio sono alla base dell'amministrazione straordinaria, mentre irregolarità o perdite di eccezionale gravità sono alla base della seconda procedura), ma comportano conseguenze analoghe, ovvero la sottrazione della gestione dell'impresa agli ordinari organi societari e l'intervento delle autorità rispettivamente ai fini del risanamento e della risoluzione.

(BRRD)<sup>75</sup> e dal Regolamento sull'SRM (*Single Resolution Mechanism*)<sup>76</sup> che

<sup>75</sup> Direttiva n. 2014/59/EUR del Parlamento europeo e del Consiglio del 15 maggio 2014, recepita in Italia con i due decreti emanati per la gestione della crisi di quattro banche italiane di medie e piccole dimensioni (d.lgs. 16 novembre 2015, n. 181 e n. 180), i quali hanno modificato il T.U.B., adeguando gli istituti dell'amministrazione straordinaria e della liquidazione coatta amministrativa al nuovo quadro normativo sovranazionale, e previsto nuovi strumenti operativi, quali i piani di risanamento e le misure di intervento precoce. In attuazione della previsione per cui ogni Stato membro è tenuto a designare un'autorità amministrativa alla quale conferire i poteri e gli strumenti di risoluzione previsti dalla stessa direttiva, il Parlamento ha individuato nella Banca d'Italia l'autorità di risoluzione nazionale. La Banca d'Italia ha poi provveduto, conformemente a quanto richiesto dalla normativa, ad individuare nella propria organizzazione un'unità *ad hoc* (cfr. deliberazione del 23 luglio 2015, con la quale il Consiglio superiore della Banca d'Italia ha proceduto all'istituzione al proprio interno, di nuova unità organizzativa deputata alla risoluzione e gestione delle crisi, posta alla diretta dipendenza del Direttorio). Le banche in crisi, è noto, erano la Banca delle Marche, la Banca Popolare dell'Etruria e del Lazio, la Cassa di Risparmio di Ferrara e la Cassa di Risparmio della provincia di Chieti. Sulla vicenda e sui risvolti di diritto amministrativo ad essa connessi si rinvia a M. MACCHIA, *Le misure di risoluzione delle banche in crisi: profili di diritto amministrativo*, in «Giorn. dir. amm.», 2016, 2, pp. 158 ss. Come osservato, la risoluzione delle quattro banche italiane consente solo in parte di verificare l'applicazione dello strumento del *bail-in*. La vicenda, infatti, è avvenuta nel 2015 e di conseguenza la disciplina applicabile non era quella della BRRD, ma quella contenuta nella decisione del 2013 della Commissione sugli aiuti di Stato (Comunicazione 2013/C 216/01, su cui S. FORTUNATO, *Aiuti di Stato e mercato creditizio fra orientamenti comunitari e interventi nazionali*, in «Dir. banc. merc. fin.», 2010, pp. 379 ss.; A. ALDISIO, *Le nuove regole europee sulla risoluzione. L'intervento pubblico tra Scilla e Cariddi*, in «AGE», 2016, 2, pp. 333 ss., spec. pp. 350 ss.). In questo modo, un ruolo cruciale nell'operazione è stato svolto dal Fondo di risoluzione nazionale istituito in ottemperanza della disciplina europea e che tuttavia, per ragioni temporali non era ancora stato alimentato dai contributi richiesti al sistema bancario, ma era rappresentato dai fondi erogati sotto forma di prestito da tre grandi istituti creditizi (Banca Intesa Sanpaolo, Unicredit e UBI Banca). L'applicazione della normativa sugli aiuti di Stato in luogo di quella di cui alla BRRD ha consentito il ricorso al Fondo senza il requisito dell'8% limitando le perdite di azionisti e obbligazionisti subordinati. Su questo si rinvia ai dati contenuti nello studio di J. CARMASSI, G. DI GIORGIO, *L'impatto del bail-in sulla rete di protezione finanziaria*, in «AGE», 2016, 2, pp. 297 ss.

<sup>76</sup> Le nuove regole affidano alle autorità sovranazionali, in coordinamento con quelle nazionali, la gestione ordinata delle crisi. Il Regolamento (UE) del Parlamento europeo e del Consiglio, 15 luglio 2014 n. 806, in particolare, nel disciplinare la procedura di risoluzione nell'ambito dell'SRM espressamente mutua dalla BRRD principi e strumenti. Tra la risoluzione disciplinata dalla BRRD e il procedimento alla base dell'SRM, tuttavia, sussistono importanti differenze che discendono dalla necessità di calare i principi, gli obiettivi e gli strumenti della *Bank recovery and resolution directive* nel contesto dell'unione bancaria. Tra le principali differenze vi è il fatto che nell'SRM opera un'autorità di risoluzione centrale (*Single Resolution Board*) e sono utilizzate risorse finanziarie che saranno progressivamente accumulate attraverso l'utilizzo dei fondi istituiti negli Stati membri partecipanti (*Single Resolution Fund*). L'SRM prevede la partecipazione nel

operano quando l'interesse pubblico è in pericolo e la crisi non può essere gestita con gli strumenti ordinari.

Obiettivo delle nuove regole, che confermano la specialità delle procedure di gestione delle crisi bancarie<sup>77</sup>, è che queste siano gestite in modo ordinato al fine di minimizzare l'impatto del dissesto bancario sui contribuenti, sul sistema finanziario e sull'economia reale, di minimizzare il costo sui depositanti e di mantenere la stabilità del sistema economico-finanziario, sia in una prospettiva *ex ante* (mirante ad evitare l'azzardo morale), sia in una prospettiva *ex post*, quando la crisi è ormai insorta e deve essere ordinatamente gestita in modo da limitare le perdite e possibilmente impedire un contagio sistemico<sup>78</sup>.

Nella duplice ottica di prevenire le crisi e di gestirle, ove inevitabili, nel modo migliore, la procedura di risoluzione in senso stretto è solitamente preceduta, come si vedrà, dall'adozione di piani di risanamento da parte di ogni banca e di piani di risoluzione<sup>79</sup> da parte dell'autorità di risoluzione, nonché da una fase, eventuale, c.d. di «intervento precoce». L'adozione dei *recovery plans* e il c.d. «intervento precoce» possono essere considerate, insieme alla risoluzione in senso stretto, come le tre fasi della procedura di risoluzione in senso lato<sup>80</sup>, sebbene il loro susseguirsi non sia necessario e

---

processo decisionale di varie autorità, nazionali, sovranazionali (la Commissione e l'SRB), e intergovernative (il Consiglio). Nell'ambito dell'SRM, poi, è previsto un meccanismo di revisione quasi-giudiziale delle decisioni che non trova eguale corrispondente nel quadro della BRRD e che ricalca in parte il sistema di revisione delle decisioni assunte nell'ambito del SSM. Infine, mentre in base alla BRRD, le autorità nazionali sono attori principali dell'intero procedimento di risoluzione, sia nella fase decisionale, sia in quella di attuazione, nel SRM le autorità nazionali sono coinvolte nella sola fase di attuazione e operano come uffici decentrati in funzione sovranazionale. M. PAGLIERINI, G. SCIASCIA, *Prevenzione e gestione armonizzata delle crisi bancarie nell'Unione europea – uno sguardo d'insieme*, in «Le Società», 2015, 8-9, pp. 986 ss.; sia consentito anche il rinvio a S. DEL GATTO, *Il Single resolution mechanism. Quadro di insieme*, in *L'unione bancaria.*, cit., pp. 267 ss.

<sup>77</sup> Sulle ragioni di tale specialità da ultimo J.H. BINDER, *Resolution: Concept, Requirements and Tools*, in J.H. BINDER, D. SINGH, *Bank Resolution: The European Regime*, in Oxford University Press, Oxford, 2016, pp. 25 ss.

<sup>78</sup> Come osservato in senso critico da L. STANGHELLINI, *Risoluzione, bail-in e liquidazione coatta: il processo decisionale*, in «AGE», 2, 2016, p. 570, *sub nota* 7, la stabilità «*ex ante*» è perseguita inducendo negli intermediari comportamenti corretti che correlino rischio e rendimento e, appunto, non siano improntati ad azzardo morale, consistente nell'assunzione di alti rischi, con l'obiettivo di conseguire rendimenti elevati, ma nella consapevolezza che saranno altri a pagare le eventuali perdite.

<sup>79</sup> Su entrambi, D. SINGH, *Recovery and resolution planning: reconfiguring financial regulation and supervision*, in J.H. BINDER, D. SINGH, *Bank Resolution.*, cit., pp. 7 ss.

<sup>80</sup> M.P. CHITI, *The Passage from Banking Supervision to Banking Resolution. Players, Competences, Guarantees*, in *Towards the European Banking Union*, a cura di E. BARUCCI,

l'avvio della risoluzione in senso stretto non debba (nonché, non sempre possa) essere preceduto dalla fase di pianificazione del risanamento e da quella di intervento precoce.

In ognuno dei tre momenti indicati – risanamento, intervento precoce e risoluzione – l'autorità di risoluzione è dotata di poteri che, in corrispondenza dell'aggravarsi della crisi, diventano via via più incisivi<sup>81</sup>, limitando notevolmente l'autonomia imprenditoriale<sup>82</sup>, non sempre, come si vedrà, con un corrispondente aumento delle garanzie procedurali o giurisdizionali.

#### 4.1. *L'impresa bancaria nella fase di risanamento e di intervento precoce tra obblighi di pianificazione e soggezione al potere dell'autorità di risoluzione*

Nella logica anticipatrice della gestione della crisi bancarie sottesa alla nuova disciplina<sup>83</sup>, ciascuna banca è tenuta a dotarsi di un piano di

---

M. MESSORI, Passigli, Firenze, 2014, pp. 89 ss.

<sup>81</sup> Cfr. l'elenco contenuto nell'art. 67 *ter* del T.U.B. in cui sono richiamati, tra l'altro, il potere di convocare gli amministratori, i sindaci e il personale della capogruppo o ordinare la convocazione degli organi collegiali della capogruppo, fissandone l'ordine del giorno, e proporre l'assunzione di determinate decisioni; quello di procedere direttamente alla convocazione degli organi collegiali della capogruppo quando gli organi competenti non abbiano ottemperato a quanto previsto dalla legge e il potere di impartire le disposizioni previste nella norma sulla vigilanza regolamentare anche con provvedimenti di carattere particolare che possono riguardare la restrizione delle attività o il divieto di effettuare determinate operazioni e di distribuire utili.

<sup>82</sup> Si va dal trasferimento coattivo degli *asset* o passività della banca sino a quello delle sue azioni e altri titoli di proprietà (previsione che ha posto un problema di costituzionalità della normativa e di compatibilità con la Convenzione per i diritti dell'uomo in ragione della notevole compressione dei diritti di proprietà. Al riguardo si è pronunciata in più occasioni la Corte di giustizia UE, v. sentenze 19 luglio 2016, C-526/14; 20 settembre 2016, cause riunite da C-8/15 a C-10/15; 8 novembre 2016, C-41/15), dal suo salvataggio interno mediante il *bail in*, alla costituzione di una banca ponte. Gli strumenti indicati mirano a garantire che il patrimonio della banca sia conservato, minimizzando le perdite, e che le funzioni essenziali siano mantenute in attività, riducendo la perturbazione del sistema finanziario.

<sup>83</sup> Rispetto al passato, l'attuale disciplina di gestione e regolamentazione delle crisi (sia quella di recepimento della BRRD, sia le previsioni dell'SRM), preferisce a strumenti che operano *ex post*, meccanismi da strutturare e attivare *ex ante*. Sono stati elaborati, in particolare, strumenti e obblighi definibili di «seconda generazione», in cui la costruzione di una struttura preventiva di rimedi ha soppiantato l'utilizzo successivo di meccanismi gestori o liquidatori straordinari (strumenti c.d. di «prima generazione»). Cfr. V. BABIS, *European Bank Recovery and Resolution Directive: Recovery Proceedings for Cross-Border Banking Groups*, University of Cambridge Faculty of Law, Research Paper n. 49/2013.

risanamento individuale secondo una particolare declinazione del principio del «*know your structure*»<sup>84</sup>. Ogni ente su base individuale e ogni impresa madre su base consolidata deve predisporre e tenere aggiornato un piano di risanamento che preveda l'adozione di misure volte al ripristino della propria situazione finanziaria a fronte di un significativo deterioramento della stessa, nonché un complesso di indicatori che identifichino le circostanze in cui possono essere adottate le azioni ritenute opportune per il superamento della crisi. I piani di risanamento rappresentano il primo presidio per prevenire le crisi e garantire un'adeguata gestione delle potenziali situazioni di dissesto degli enti secondo schemi predeterminati. Obiettivo alla base dell'adozione dei piani è agevolare l'utilizzo degli strumenti e dei poteri di risoluzione ed evitare che il dissesto dell'ente possa provocare una crisi sistemica o compromettere la continuità delle funzioni essenziali dell'ente stesso.

I piani di risanamento, approvati dagli organi amministrativi degli enti creditizi, devono successivamente essere sottoposti al vaglio dell'autorità di vigilanza che entro sei mesi dalla ricezione, sentite le autorità di vigilanza competenti degli Stati membri in cui siano stabilite eventuali succursali, valuta la completezza e l'adeguatezza del piano a prevenire il dissesto, alla luce dei criteri stabiliti dalla disciplina sovranazionale<sup>85</sup>. L'ente creditizio può partecipare al procedimento di valutazione del piano. Questa garanzia, espressamente prevista dalla disciplina sovranazionale, è invece assente nel decreto attuativo. Il recupero delle garanzie procedurali è, tuttavia, possibile in via interpretativa grazie al richiamo che il Testo unico bancario fa, in via generale, ai principi contenuti nella legge sul procedimento amministrativo<sup>86</sup>.

All'esito del procedimento di valutazione, l'autorità di vigilanza nel caso in cui ritenga che quanto contenuto nel piano non sia sufficiente a garantirne le finalità, chiede all'ente creditizio di modificarlo anche eventualmente, indicando interventi specifici. In particolare, ove anche il piano modificato non sia ritenuto adeguato, l'autorità può ingiungere all'ente di prendere le misure che essa ritiene necessarie e proporzionate a tale fine, come ordinare all'ente di ridurre il proprio profilo di rischio, di attivare misure di ricapitalizzazione, di riesaminare la strategia e la struttura dell'ente, di modificare la strategia di finanziamento e di modificare la

<sup>84</sup> M. PAGLIERINI, G. SCIASCIA, *Prevenzione e gestione armonizzata delle crisi bancarie nell'Unione europea.*, cit., pp. 986 ss.

<sup>85</sup> L'art. 69 *quater* T.U.B. specifica inoltre che ciascun ente o gruppo è tenuto a riesaminare ed eventualmente ad aggiornare il piano almeno annualmente e ogni qual volta si verifichino significativi mutamenti della struttura giuridica organizzativa del soggetto creditizio o della sua situazione patrimoniale finanziaria, nonché su richiesta della Banca d'Italia.

<sup>86</sup> Cfr. comma 3, art. 4, T.U.B.

propria struttura di *governance*.

A fronte di questi poteri, significativamente limitativi della libertà dell'impresa, la direttiva prevede alcune garanzie quali il diritto della banca di essere sentita prima che le vengano ingiunte una o più delle misure sopra richiamate, l'obbligo di motivare l'adozione di tali misure, l'obbligo di notificare la decisione all'interessato e il diritto di potere accedere alla tutela giurisdizionale e di annullamento.

Il potere dell'autorità di ingerirsi nella concreta individuazione dei contenuti del piano da parte della banca – finalizzato, in un'ottica di vigilanza micro-prudenziale, a garantire la sana e prudente gestione – non si esaurisce nella fase di adozione. La Banca d'Italia, infatti, nel caso in cui si verifichi un reale stato di dissesto, può comunque adottare un programma di risoluzione differente rispetto a quanto previsto nel piano di risanamento adottato dalla banca o imporre alla banca l'adozione di determinate misure. I piani di risoluzione, predisposti dall'autorità di risoluzione per ciascun ente sottoposto a vigilanza, indicano le misure che potrebbero essere adottate in caso di dissesto o di rischio di dissesto. Essi sono cioè finalizzati a preparare *ex ante* le azioni di risoluzione da adottare in scenari di crisi specifica dell'ente o di crisi sistemica. Qualora, nella predisposizione di tali piani, l'autorità di risoluzione accerti la presenza di impedimenti alla possibilità di risoluzione di un ente, essa ha il potere di imporre modifiche alla forma giuridica o alla struttura operativa dell'istituto e di ordinare l'emissione di strumenti finanziari per rispondere ai requisiti patrimoniali<sup>87</sup>. Nell'individuazione di tali misure l'autorità è titolare di un potere discrezionale da esercitare secondo un rigoroso giudizio di proporzionalità che tenga conto dell'impatto degli impedimenti sulla stabilità finanziaria e degli effetti che le misure potrebbero avere sull'attività della banca e sulla sua stabilità, con conseguenti ripercussioni sul mercato interno dei servizi finanziari. Anche in questo caso, le misure devono essere comunicate alla banca che deve conformarsi entro un breve periodo di tempo, e devono essere motivate<sup>88</sup>.

Quando la situazione è critica e non è possibile impedire la crisi a causa dell'insuccesso dei piani o, anche, quando i piani non sono stati

<sup>87</sup> L'incisività e le caratteristiche di queste misure sono tali che parte della dottrina ha osservato, in senso critico, come si stia assistendo ad un ritorno alla vigilanza strutturale in luogo di quella prudenziale. Così V. SANTORO, *Prevenzione e «risoluzione» della crisi delle banche*, in <http://www.regolazionedeimercati.it/publicazioni>, 2014.

<sup>88</sup> È stato osservato tuttavia come le garanzie procedurali siano ridotte rispetto all'ipotesi dell'adozione dei piani di risanamento. In questo senso, A. MAGLIARI, *L'attuazione della direttiva sul risanamento e la risoluzione degli enti creditizi nell'ordinamento italiano: profili pubblicistici*, in *L'Unione bancaria.*, cit., pp. 385 ss.

adottati, ha avvio la fase di intervento precoce<sup>89</sup>. Le misure di intervento precoce sono dirette a consentire l'intervento dell'autorità nei casi in cui un ente stia attraversando una situazione di difficoltà che non sia tuttavia, tale da soddisfare le condizioni per la risoluzione<sup>90</sup>. La fase c.d. dell'*early intervention* riguarda, in particolare, il momento in cui la situazione di una banca comincia a deteriorarsi. L'ente non è ancora insolvente, ma versa in una situazione economica di difficoltà che potrebbe condurre allo stato di insolvenza. In questa fase, i poteri dell'autorità di risoluzione diventano più incisivi fino ad entrare nel merito delle scelte aziendali della banca. L'autorità può richiedere all'organo di amministrazione dell'ente di attuare uno o più dei dispositivi o delle misure previsti nel piano di risanamento o di aggiornare il piano quando le condizioni che hanno portato all'intervento precoce divergono rispetto alle ipotesi contemplate nel piano di risanamento iniziale. L'autorità può, anche, richiedere la rimozione o la sostituzione di uno o più membri dell'organo di amministrazione e che sia cambiata la strategia aziendale dell'ente.

#### 4.2. *La procedura di risoluzione delle banche in crisi*

Quando la situazione di una banca è tale da non consentire un rimedio preventivo, ha avvio il procedimento di risoluzione<sup>91</sup> in senso stretto. In

<sup>89</sup> Art. 11, BRRD e art. 13, Regolamento UE n. 806/2014 cit.

<sup>90</sup> In questa stessa ottica preventiva può essere letto l'istituto dell'amministrazione straordinaria, una delle due procedure ordinarie già previste dal T.U.B. e finalizzata esclusivamente al risanamento delle imprese. Anche in questo caso, la Banca d'Italia è dotata di poteri di intervento. L'apertura della procedura avviene con decreto del MEF su proposta della Banca d'Italia. Con l'avvio della procedura si procede allo scioglimento degli organi amministrativi e di controllo della banca e alla sospensione dell'assemblea e degli altri organi diversi dal consiglio di amministrazione e dal collegio sindacale. In presenza degli stessi presupposti che legittimano l'apertura della procedura di amministrazione straordinaria, nel caso in cui sussistano ragioni di assoluta urgenza, inoltre, la Banca d'Italia può disporre direttamente e senza l'intervento del MEF la gestione provvisoria, alla quale segue la sospensione degli organi amministrativi e di controllo. In questa fase, l'autorità di vigilanza può adottare provvedimenti straordinari come la chiusura di succursali e il divieto di intraprendere nuove operazioni.

<sup>91</sup> Per risoluzione bancaria può intendersi la «ristrutturazione» di una banca da parte di un'autorità a ciò determinata – l'autorità di risoluzione – e senza l'intervento dei giudici, attraverso il ricorso ad una procedura amministrativa e all'utilizzo di una serie di strumenti di risoluzione, con il fine di salvaguardare l'interesse pubblico alla stabilità finanziaria e alla continuità delle principali funzioni dell'istituto bancario in crisi e riducendo al massimo i costi per i contribuenti. In questi termini, già L. STANGHELLINI, *La disciplina delle crisi bancarie: la prospettiva europea*, in *Dal testo unico bancario all'unione bancaria: tecniche normative e allocazione dei poteri. Quaderni di ricerca giuridica della*

questa fase, in ragione della particolare rilevanza degli interessi sottesi e delle esigenze di celerità, i poteri dell'autorità di risoluzione assumono una particolare incisività e le tutele della banca risultano ridotte.

Prima dell'entrata in vigore dell'SRM, l'Unione europea con l'obiettivo di costruire un sistema unitario di gestione delle crisi aveva proceduto ad armonizzare le discipline di risoluzione nazionali attraverso l'emanazione della BRRD. In base alla direttiva l'avvio della procedura di risoluzione può avvenire quando l'intermediario versi in una situazione di dissesto o rischio di dissesto, necessari per giustificare l'interferenza esogena pubblica nei diritti degli azionisti e dei creditori. L'autorità non deve poter ragionevolmente escludere che altri interventi di vigilanza o soluzioni di mercato (come la svalutazione o la conversione in azioni degli strumenti di capitale) possano essere in grado di evitare in tempi ragionevoli il dissesto dell'intermediario. E in ultimo, devono sussistere le finalità di interesse pubblico che giustificano l'utilizzo degli strumenti speciali di risoluzione (in caso contrario si ricorre alla procedura della liquidazione coatta amministrativa). L'avvio della procedura di risoluzione non è, quindi, automatico. L'autorità di risoluzione prima di avviare la procedura, deve valutare la disponibilità di soluzioni alternative alla risoluzione, considerando in via preferenziale la possibilità di ricorrere a soluzioni di mercato ovvero a nuovi interventi di vigilanza. La risoluzione in sostanza dovrebbe rappresentare una misura di estrema *ratio* a cui ricorrere solamente nei casi in cui non vi siano soggetti privati potenziali acquirenti e non risulti possibile porre rimedio alla situazione di dissesto attraverso misure di intervento precoce, compresa l'amministrazione straordinaria.

La valutazione sul ricorrere delle condizioni spetta all'autorità di risoluzione nazionale<sup>92</sup>. Per quanto riguarda il grado di dissesto<sup>93</sup> della banca e l'individuazione di quale sia lo strumento più adatto da adottare, la discrezionalità dell'autorità di risoluzione va esercitata sulla base di elementi oggettivi quali, ad esempio, la dimensione della banca e altri indicatori che, secondo la BRRD possono testimoniare il rischio di dissesto. Anche in questo caso, tuttavia, la decisione non consegue automaticamente. Spetta sempre all'autorità di risoluzione valutare se la presenza di uno o più degli

---

*Banca d'Italia*, n. 75, 2013.

<sup>92</sup> L'art. 3 del d.lgs. 180/15 cit. ha attribuito alla Banca d'Italia la funzione di Autorità nazionale di risoluzione. È stata pertanto istituita l'Unità di risoluzione e gestione delle crisi.

<sup>93</sup> La condizione di dissesto non dipende esclusivamente dalla situazione di insolvenza, ma anche dall'accertamento di gravi irregolarità nell'amministrazione o di violazioni della normativa sostanziale in materia di attività bancaria di gravità tale da giustificare la revoca dell'autorizzazione all'esercizio dell'attività creditizia (cfr. art. 17, d.lgs. n. 180/15).

indicatori stabiliti dalla direttiva sia sufficiente o se il dissesto possa essere testimoniato anche in loro assenza<sup>94</sup>.

La discrezionalità è, poi, particolarmente ampia quando si tratta di stabilire se la procedura di risoluzione debba essere preferita alla procedura ordinaria della liquidazione coatta amministrativa. In questo caso, la legge richiama il criterio dell'interesse pubblico, sicché non si rientra nell'ambito della discrezionalità tecnica, ma in quello della discrezionalità *tout court* dell'amministrazione che incontra però il vincolo del rispetto dei principi di proporzionalità e necessità dell'azione. L'interesse pubblico, in particolare, sussiste quando la risoluzione risulta necessaria per perseguire la continuità delle funzioni essenziali dei soggetti, la stabilità finanziaria, il contenimento degli oneri a carico delle finanze pubbliche, la tutela dei depositanti e degli investitori protetti da sistemi di garanzia o di indennizzo, nonché dei fondi e delle altre attività della clientela.

Quando l'autorità ritenga che ricorrano i tre presupposti indicati dalla legge, adotta un programma di risoluzione<sup>95</sup>, che può anche divergere dal piano di risoluzione adottato dalla banca, in cui sceglie gli strumenti da utilizzare tra il salvataggio interno mediante *bail-in*, la cessione dell'azienda ad un acquirente di mercato o in sua assenza lo strumento dell'ente ponte<sup>96</sup>. In questo caso, la disciplina che sin qui ha posto limiti all'autonomia delle banche e lasciato, si è visto, una discrezionalità via via crescente all'autorità di risoluzione, introduce, anche, un limite alla potestà decisoria dell'autorità, prevedendo che questa possa scegliere, in relazione al caso concreto, solo alcuni strumenti e non ad altri. Ad essere limitata, in particolare, è la possibilità di ricorrere a salvataggi dall'esterno con fondi pubblici (c.d. *bail out*) a favore di un salvataggio condiviso<sup>97</sup> e, almeno apparentemente,

<sup>94</sup> «Orientamenti sull'interpretazione delle diverse situazioni nelle quali un ente è considerato in dissesto o a rischio di dissesto (articolo 32, paragrafo 6, della direttiva 2014/59/UE)», EBA/GL/20, 6 agosto 2015.

<sup>95</sup> A monte dell'avvio della procedura di risoluzione l'autorità è tenuta ad adottare un piano di risoluzione per ciascun istituto di credito sottoposto a vigilanza. I piani prevedono le modalità per l'applicazione alla banca delle misure e dei poteri previsti in caso di risoluzione. Al loro interno sono identificati gli eventuali ostacoli rilevanti per la risoluzione e sono stabilite le modalità d'intervento per affrontarli. La procedura di adozione dei piani non è specificata e la disciplina nazionale si limita a sottolineare l'importanza che assumono, per la loro adozione, le informazioni provenienti dalle banche e a prevedere un obbligo di collaborazione, seppur privo di sanzioni, in capo agli istituti di credito.

<sup>96</sup> Si ricorda che, in ragione della identità dei presupposti volti a disporre la risoluzione e la liquidazione coatta amministrativa, l'art. 80 del T.U.B è stato modificato ed è stato eliminato il riferimento all'eccezionale gravità delle perdite o delle violazioni.

<sup>97</sup> Il principio ispiratore dell'intervento normativo europeo, che capovolge il precedente approccio di gestione delle crisi bancarie, è costituito dal principio del c.d. *burden sharing*

più rispettoso delle regole del mercato e della concorrenza. In tal senso, il provvedimento di risoluzione è concepito per non violare la regola della concorrenza e per risolvere le crisi all'interno del mercato, senza gravare sulla collettività, secondo un evidente richiamo a modelli di *governance* economico-finanziario dotati di una certa flessibilità applicativa.

Lo strumento più incisivo e controverso, in particolare per la possibile violazione del diritto di proprietà<sup>98</sup> è senz'altro quello del *bail-in*, il quale consente di allocare tra gli azionisti le perdite registrate dalla banca in dissesto o in rischio di dissesto mediante la svalutazione, anche integrale, della loro partecipazione al capitale di rischio e, in seconda battuta, di far gravare le perdite tra i creditori dell'ente mediante la riduzione, fino all'azzeramento, del valore nominale del credito vantato o la conversione dello stesso in quote di partecipazione al capitale di rischio<sup>99</sup>.

---

ovvero di condivisione dei costi delle crisi. Questi sono in primo luogo, ripartiti tra azionisti creditori della banca e, solamente in presenza dei presupposti specifici, è possibile ricorrere, nei paesi dell'Eurozona, al Fondo di risoluzione finanziato dallo stesso sistema bancario a integrazione delle risorse di azionisti e creditori. In via residuale e fatti salvi i casi di sostegno finanziario pubblico straordinario è, infine, ammissibile l'intervento pubblico.

<sup>98</sup> Sulla compatibilità delle misure di risoluzione, ed in particolare di quelle riconducibili allo strumento del *bail-in*, con il diritto di proprietà, riconosciuto dall'art. 42 Cost., dall'art. 17 CDFUE e dall'art. 1 del Primo Protocollo della CEDU si rinvia a F. GALLARATI, *La tutela dei diritti di azionisti e creditori nell'Unione bancaria, tra Corti europee e Corti costituzionali nazionali*, in «Dir. pubbl. comp. ed eur.», 2018, 4, pp. 1159 ss. Sul bilanciamento tra stabilità finanziaria e diritti fondamentali, v. *ex multis* M. LAMANDINI, D. RAMOS, J. SOLANA, *The European Central Bank (ECB) Powers as a Catalyst for Change in Eu law. Part 2: SSM, SRM, and Fundamental Rights*, in «Columbia Journal of European Law», 2017, pp. 201 ss.; G. CASASOLE, *La Corte di Giustizia e la tutela della stabilità finanziaria: verso una nuova dimensione della funzione sociale della proprietà?*, in «Riv. crit. dir. priv.», 2017, 4, pp. 639 ss.; B. RAGANELLI, *La tutela della stabilità finanziaria nel settore bancario*, in «Giorn. dir. amm.», 2017, 3, pp. 339 ss.

<sup>99</sup> La normativa, in sostanza, limita l'intervento pubblico e il rischio di *moral hazard*, mentre promuove l'applicazione delle regole di mercato. Al riguardo, in senso critico, sono stati espressi dubbi sulla possibilità che la competitività di una banca in crisi possa essere mantenuta ricorrendo solo a risorse interne. In questi termini, si vedano le riflessioni di C. BRESCIA MORRA, *Nuove regole per la gestione delle crisi bancarie: risparmiatori vs contribuenti*, in «AGE», 2016, 2, pp. 287 ss.; ALDISIO, *Le nuove regole.*, cit., pp. 362 ss. Critiche sono state mosse anche alla concreta possibilità che il *bail in* possa garantire l'obiettivo della stabilità finanziaria e il ripristino della fiducia del mercato nei confronti dell'ente in dissesto. Così D. VATTERMOLI, *Il bail-in*, in *L'Unione bancaria europea.*, cit., pp. 539 ss. È stata infine, messa in luce una distonia tra il principio costituzionale della tutela del risparmio e la disciplina del *bail-in* che danneggerebbe invece i risparmiatori. In questo senso, C. BUZZACCHI, *Risparmi, credito e moneta tra art. 47 Cost. e funzioni della Banca centrale europea: beni costituzionali che intersecano ordinamento della Repubblica e ordinamento dell'Unione*, in «Costituzionalismo.it», pt. III, 2/2016. Secondo l'Autrice eliminando il passaggio della

Nella disciplina del SRM, le condizioni per poter procedere con la procedura di risoluzione sono state confermate, ma la valutazione discrezionale circa l'opportunità e la stessa possibilità di procedere alla risoluzione di un istituto creditizio, è assunta a livello sopranazionale dal Comitato unico di risoluzione (*Single resolution board* – SRB)<sup>100</sup>, un'agenzia europea dotata di personalità giuridica, che decide sulla base delle informazioni e delle valutazioni svolte dal supervisore unico o da altri soggetti coinvolti nella vigilanza<sup>101</sup>.

La decisione in merito alla risoluzione di una banca adottata dal *board* non è però immediatamente esecutiva, ma è sottoposta ad un doppio controllo integrativo dell'efficacia da parte della Commissione e, seppur solo in via eventuale, da parte del Consiglio.

Il controllo della Commissione è di tipo principalmente tecnico. L'esecutivo comunitario può sindacare la discrezionalità esercitata dall'SRB, ma non può pronunciarsi in merito alla sussistenza dell'interesse pubblico. In quest'ultimo caso, la valutazione può essere svolta solo dal Consiglio<sup>102</sup> chiamato nel procedimento su impulso della stessa Commissione. Nel caso in cui non approvi il programma di risoluzione, infatti, la Commissione può scegliere se sollevare obiezioni direttamente al Comitato unico di risoluzione o se sollecitare una decisione del Consiglio in merito<sup>103</sup>.

La scelta di coinvolgere nel procedimento anche la Commissione e il

---

ricapitalizzazione ad opera dei governi nazionali, è il risparmiatore colui che è chiamato in prima istanza a concorrere alla ripartizione dei danni e delle perdite e l'unica – e discutibile – garanzia formulata a sua difesa è che la normativa del 2013/14 rappresenti per costui «un maggiore incentivo a vigilare sul buon funzionamento dell'entità in circostanze normali. Questo spostamento della tutela dal risparmiatore al contribuente da parte del quadro giuridico europeo è una novità di considerevole portata, e indubbiamente anche una scelta di dubbia compatibilità rispetto al quadro costituzionale italiano».

<sup>100</sup> Sul ruolo di decisore di ultima istanza del Comitato di risoluzione e sulle ragioni e le implicazioni di tale scelta si rinvia a L. TORCHIA, *Teoria e prassi delle decisioni amministrative*, in «Dir. amm.», 2017, 1, pp. 1 ss.

<sup>101</sup> La valutazione della prima condizione è effettuata, di norma, dalla BCE. È quest'ultima che, in qualità di supervisore unico ha il compito di dare impulso alla procedura comunicando al Comitato una situazione di dissesto. La valutazione circa lo stato di crisi di una banca, tuttavia, non è preclusa a quest'ultimo, il quale può prendere la decisione ove la Banca centrale non assuma tale valutazione entro tre giorni dal ricevimento dell'informazione.

<sup>102</sup> Il Consiglio può proporre obiezioni sul programma di risoluzione nel caso in cui la Commissione ritenga che il programma di risoluzione non soddisfi l'interesse pubblico, o quando vada approvata (o si debba obiettare a) una modifica significativa dell'importo del Fondo previsto nel programma di risoluzione del Comitato.

<sup>103</sup> Nel caso in cui la Commissione resti inerte, il programma di risoluzione si intende approvato e può entrare in vigore.

Consiglio, organi politici e non meramente tecnici, sebbene criticata<sup>104</sup>, si giustifica in ragione del carattere altamente discrezionale della decisione di risoluzione che, andando a incidere sulla stabilità finanziaria e sulle sorti degli azionisti, non può essere di competenza esclusiva di un organo a competenza tecnica quale è il *board*.

##### *5. Il complesso bilanciamento tra tutela della libertà di impresa ed esigenze di stabilità del sistema nella regolazione bancaria*

L'ordinamento bancario è stato, sin dalla prima legge in materia, oggetto di una disciplina speciale, fortemente limitativa dell'autonomia imprenditoriale in ragione dei rilevanti interessi pubblici coinvolti, quali la tutela del risparmio e la stabilità del sistema finanziario<sup>105</sup>. L'art. 1 della legge del 1938 definiva l'attività bancaria funzione di interesse pubblico e assegnava alle banche il compito di perseguire gli obiettivi fissati dalle autorità amministrative di controllo. Queste, si è visto, erano dotate di ampi poteri discrezionali, primo fra tutti il potere di autorizzazione alla costituzione e all'esercizio dell'attività bancaria, usati, spesso, per il perseguimento di

<sup>104</sup> L'assegnazione di un ruolo al Consiglio nel processo decisionale che porta alla risoluzione di una banca ha sollevato dubbi relativi all'opportunità di introdurre nella procedura valutazioni di tipo marcatamente politico. Tale scelta era stata inizialmente osteggiata dal Parlamento europeo contrario a dare spazio a considerazioni politiche in un procedimento che avrebbe dovuto essere solo tecnico e garantire un approccio «neutro» per la gestione delle crisi bancarie (cfr. il considerando n. 12 secondo cui «[...]L'istituzione del SRM garantirà un approccio neutro per il trattamento delle banche in dissesto e pertanto rafforzerà la stabilità delle banche degli Stati membri partecipanti e impedirà alle crisi di produrre ricadute negli Stati membri non partecipanti, agevolando così il funzionamento del mercato interno nel suo complesso»). In argomento, le osservazioni di M. MACCHIA, *L'architettura europea dell'Unione bancaria tra tecnica e politica*, in «Riv. it. dir. pubbl. com.», 2015, 6, pp. 1579 ss.

<sup>105</sup> L'attività di erogazione del credito è servizio essenziale per la collettività, in quanto costituisce uno dei fattori principali dell'equilibrio economico. Il finanziamento bancario assicura adeguato capitale all'attività di impresa e pone le basi per lo sviluppo virtuoso del mercato. L'attività di provvista, poi, sia sotto forma di depositi, sia sotto altra forma, afferrisce direttamente al risparmio incoraggiato e tutelato in tutte le sue forme. Sulle finalità della regolazione bancaria, cfr. l'art. 5 del T.U.B. che indica la stabilità complessiva, l'efficienza e la competitività del sistema finanziario. Sugli obiettivi della disciplina speciale C. BRESCIA MORRA, U. MORERA, *L'impresa bancaria. L'organizzazione e il contratto*, in *Trattato di diritto civile del Consiglio Nazionale del Notariato*, diretto da P. PERLINGERI, ESI, Napoli, 2006, pp. 94 ss. Sul ruolo del credito come elemento di sviluppo economico si veda F. VELLA, *L'esercizio del credito*, Giuffrè, Milano, 1990.

obiettivi di politica economica. Fino alla seconda metà degli anni ottanta, la vigilanza sulle banche si esplicitava attraverso vincoli all'operatività degli istituti di credito e autorizzazioni sui principali atti di gestione<sup>106</sup>. Le misure adottate erano di tipo strutturale, come la previsione di criteri restrittivi nel rilascio delle autorizzazioni alla costituzione<sup>107</sup> o all'apertura di sportelli.

Il paradigma iniziale, riconducibile ad un ordinamento sezione caratterizzato dallo svolgimento di una funzione di interesse pubblico affidata alla supervisione di amministrazioni pubbliche di settore, dal Ministero del Tesoro, alla Banca d'Italia, al CICR<sup>108</sup>, appare oggi radicalmente trasformato. Le politiche di liberalizzazione portate avanti dall'Unione europea hanno determinato importanti cambiamenti sulla quantità e sulla natura delle regole, nonché sull'assetto dei controlli pubblici sulle banche. Il concetto di attività bancaria è stato rivisto: non più attività intesa come funzione da svolgere nell'interesse pubblico, ma attività di impresa<sup>109</sup> cui ineriscono

<sup>106</sup> La disposizione più rilevante in proposito era rappresentata dal vincolo di specializzazione temporale che stabiliva una rigida distinzione tra aziende di credito che potevano raccogliere il risparmio tra il pubblico nella forma dei depositi «a vista» ed effettuare prestiti solo con scadenza a breve termine, e istituti di credito speciale, che raccoglievano risorse finanziarie a medio e a lungo termine e potevano erogare prestiti con scadenza più lunga. Altro principio fondamentale nell'assetto dei controlli pubblici stabiliti nei primi anni trenta del Novecento anche se non espressamente previsto era il principio di separazione tra banca e industria per evitare il ripetersi di quanto accaduto con la crisi degli anni trenta a causa dei pericolosi intrecci, appunto, tra le banche e il mondo dell'industria.

<sup>107</sup> Si pensi al blocco delle autorizzazioni previsto nel 1966 e revocato nel 1971, limitatamente alle casse rurali e artigiane e su cui *supra* § 2.1. e ss. L'autorizzazione per l'apertura di sportello, ad esempio, è stata per lungo tempo uno strumento nelle mani dei pubblici poteri per contingentare il mercato e regolare l'espansione territoriale delle banche, nel presupposto che l'eccessiva concorrenza tra intermediari fosse una fonte di rischio per gli equilibri gestionali del singolo istituto di credito.

<sup>108</sup> GIANNINI, *Istituti di credito e servizi di interesse pubblico*, cit., pp. 105 ss.

<sup>109</sup> Che l'attività bancaria potesse considerarsi attività di impresa era tesi pressoché unanime nella letteratura giuridica italiana, confermata poi dall'obbligo di iscrizione nel registro delle imprese di coloro che esercitano attività bancaria (art. 2195 c.c.). In passato, quando le banche avevano la natura di enti pubblici economici il problema era stato superato ammettendo la compatibilità tra la natura pubblica del soggetto e il carattere imprenditoriale dell'attività e affermando che lo scopo di lucro non rappresentasse elemento essenziale del concetto di impresa. Ciò nonostante, l'art. 1, comma 1, del D.P.R. n. 350 del 27 giugno 1985 ha voluto precisare che l'attività bancaria ha carattere di impresa a prescindere dalla natura pubblica o privata degli enti che la esercitano. Quella norma era però volta a contrastare l'indirizzo giurisprudenziale allora diffuso secondo cui l'attività bancaria costituiva un pubblico servizio in senso oggettivo (a prescindere dalla natura pubblica o privata dell'ente) anche agli effetti della disciplina penale. Il d.lgs. n. 481/92 abrogando il D.P.R. 350/1985 ha abrogato anche l'affermazione in questione che, tuttavia, è stata riproposta nel T.U.B, art. 10, comma 1. In assenza di una diversa

molteplici interessi pubblici, ma da assoggettare, compatibilmente con le sue specificità, alle regole di mercato. Le regole sull'accesso al settore bancario sono state interamente ripensate. I criteri autorizzativi discrezionali sono stati abbandonati e sostituiti, si è detto, da condizioni generali e obiettive. Il criterio del bisogno economico del mercato, in base al quale in passato erano state negate le autorizzazioni, è stato eliminato. I poteri autorizzativi che incidono sulle singole scelte gestionali sono stati ridotti, mentre sono state aumentate le regole che prevedono presidi patrimoniali atti a proteggere l'attività bancaria dai rischi tipici<sup>110</sup>. L'obiettivo della stabilità del sistema finanziario è stato perseguito non più influenzando le scelte allocative delle banche, ma sfruttando la concorrenza tra gli operatori come stimolo all'efficienza<sup>111</sup>. A partire dagli anni ottanta, alla vigilanza strutturale è stata preferita quella prudenziale<sup>112</sup> volta a controllare l'assunzione di rischi da parte delle banche.

La specialità della disciplina bancaria, rispetto alla disciplina delle altre imprese societarie, è andata, via via, stemperandosi<sup>113</sup>, ma l'impresa bancaria è rimasta inevitabilmente soggetta, non solo nella fase di avvio, ma anche durante la sua vita, a numerosi condizionamenti pubblici che consentono tuttora all'autorità di vigilanza e a quella di risoluzione di indirizzare le scelte dell'impresa, di limitarle e in alcuni casi di sostituirsi alla singola banca nell'adozione di decisioni nodali per la vita dell'ente creditizio di

---

disciplina incompatibile, trova dunque applicazione anche per le imprese bancarie lo statuto generalmente valido, sia sotto il profilo civilistico, sia sotto quello costituzionale, per le altre imprese. Sulla natura privata dell'attività bancaria, cfr. in giurisprudenza Cass., SS.UU., 28 febbraio 1989, n. 9863.

<sup>110</sup> Questa evoluzione va senz'altro fatta discendere dalla prima direttiva comunitaria (77/780/CEE cit.) che sancisce la natura imprenditoriale dell'attività bancaria a prescindere dalla natura pubblica o privata del soggetto che la esercita e recepisce nel nostro ordinamento dal richiamato D.P.R. n. 350/1985

<sup>111</sup> P. CIOCCA, *Banca, finanza e mercato: bilancio di un decennio e nuove prospettive*, Einaudi, Torino, 1991, p. 3, secondo cui «un sistema creditizio solido e ragionevolmente concorrenziale costituisce viceversa un meccanismo allocativo, globalmente efficiente nella misura in cui richiama al rispetto dei vincoli di bilancio e conto economico, industrie che possono non avere sufficiente propensione alla massimizzazione del profitto».

<sup>112</sup> Questi strumenti hanno avuto origine nell'accordo sottoscritto nel 1988 nell'ambito del comitato di Basilea composto dalle Banche centrali dei paesi del G10.

<sup>113</sup> In virtù di un duplice fenomeno che ha visto il diritto bancario neutralizzare alcuni limiti pubblicistici avvicinandosi al diritto delle imprese comuni, da un lato, e il diritto delle imprese in forma societaria recepire alcuni istituti testati dalle banche e derogatori rispetto al codice civile, dall'altro. Su questo fenomeno già R. COSTI, *L'ordinamento bancario*, Il Mulino, Bologna, 1994, p. 306; G. FORESTIERI, M. ONADO, *Governo societario e imprese bancarie*, in «Banca, impr. soc.», 1998, pp. 31 ss.; F. VELLA, *Il corporate governance nelle banche tra regole di vigilanza e disciplina di mercato*, ivi, p. 73.

norma rimesse ai soci nelle società ordinarie. Alla base dei poteri analizzati, conformemente alle prescrizioni costituzionali, nazionali ed eurounitarie, si collocano interessi pubblici, dalla stabilità del sistema finanziario, alla promozione e salvaguardia del risparmio, la cui tutela non può essere lasciata al libero operare delle regole di mercato.

A fronte di questi poteri, come l'indagine ha mostrato, la legge riconosce alle banche numerose garanzie sia di tipo procedimentale e partecipativo, sia di carattere giurisdizionale. In fase di accesso, ma non solo, la discrezionalità amministrativa è apparsa adeguatamente circoscritta, non solo, a monte, dal legislatore, ma anche dall'autorità di vigilanza che in sede di normazione secondaria, come si è visto, ha spesso proceduto a vincolare ulteriormente le proprie scelte, richiamando, inoltre, frequentemente il rispetto del principio di proporzionalità.

In questi casi, l'equilibrio tra «autorità» e «libertà» appare adeguatamente garantito sebbene non manchino alcune zone d'ombra. Si pensi, ad esempio, alla previsione di un controllo sul programma di attività, che, pur non determinando un ritorno alla funzionalizzazione della banca, attribuisce un potenziale potere di conformazione delle scelte aziendali della banca all'autorità di vigilanza<sup>114</sup>. O al recupero della discrezionalità che discende dal richiamo frequente, da parte del legislatore, anche in disaccordo con le linee guida sovranazionali, al criterio generale, elastico e non privo di ambiguità<sup>115</sup> della «sana e prudente gestione»<sup>116</sup>. O ancora ai

<sup>114</sup> Come notato anche da S. AMOROSINO, *I modelli ricostruttivi dell'ordinamento amministrativo delle banche: dal mercato «chiuso» alla «regulation» unica europea*, in «Banca borsa tit. cred.», 2016, 4, pp. 391 ss.

<sup>115</sup> Cfr. *supra* § 3.1. Come ricordato, il criterio è stato definito opinabile e mutevole, frutto di incertezze e di difficile interpretazione. È stata inoltre, criticata da più parti, l'enfasi che il legislatore italiano ha posto sul criterio nell'approvazione del T.U.B., di fatto discostandosi dall'uso più circoscritto che ne era stato fatto nelle direttive comunitarie. In questo senso, *ex multis*, D. DI SABATO, *Le società per azioni operanti nel mercato finanziario tra autonomia e controllo*, Giuffrè, Milano, 1995, *passim*; TARANTOLA, RONCHI, PARENTE, ROSSI, *La vigilanza sulle banche e sui gruppi bancari*, cit., p. 55; *contra* M.E. SALERNO, *Corporate governance e banche: prospettive di ricerca*, in «Dir. banca e merc. finanz.», 1998, 4, pp. 554 ss., spec. p. 580, secondo cui il criterio della sana e prudente gestione consentirebbe piuttosto un recupero della dimensione tecnica del controllo. In senso apertamente critico in ragione della indeterminatezza del criterio e del contrasto con il principio di legalità, D. SICLARI, *Costituzione e autorità di vigilanza bancaria*, CEDAM, Padova, 2007, pp. 294 ss.

<sup>116</sup> Si tratta, come indicato dalla giurisprudenza di una clausola generale (o concetto giuridico indeterminato) che si avvicina a nozioni la cui definizione si rinvia in ambiti non giuridici, come la correttezza, la buona fede, l'ordine pubblico, «frutto dell'evidente intento del legislatore di non vincolare l'Autorità di settore alla verifica della «bontà» dei comportamenti degli intermediari (imprenditori *pleno titolo*) alla stregua di rigidi

penetranti poteri discrezionali assegnati alla BCE, in relazione ai compiti di supervisione<sup>117</sup>.

Maggiori e diverse questioni si pongono, invece, con riferimento alla fase di uscita dal mercato in caso di crisi o rischio di crisi, le cui regole sono state riscritte in seguito alla crisi economico-finanziaria del 2008. In queste ipotesi, i poteri dell'autorità sono stati aumentati e rafforzati rispetto al passato e le limitazioni che subisce la libertà di impresa sono molto più pervasive se paragonate ai condizionamenti previsti in altre momenti della vita di una banca.

L'Autorità ha il potere di sciogliere gli organi, di rimuovere i vertici, di modificare la struttura dell'istituto, di sostituire, in sostanza, le proprie scelte a quelle, eventualmente anche già formalizzate, dell'istituto di credito. Il procedimento di risoluzione, in particolare, solleva problemi per quanto riguarda la tutela degli azionisti e dei creditori i cui diritti economici e societari sono significativamente compressi da parte dell'autorità con poteri che si fanno via via più invasivi man mano che si aggrava lo stato di crisi<sup>118</sup>.

Si tratta di misure che, sebbene non comportino un abbandono del

---

e predeterminati schematismi, ma di consentire, anche in quest'ambito, la massima esplicazione del diritto di iniziativa economica entro parametri storicizzati, non immutabili nel tempo». Così Tar Lazio, Roma, I, 9 agosto 2005, n. 6157.

<sup>117</sup> Al riguardo è stato osservato come ciò implichi necessariamente «l'esistenza di una zona grigia, spesso coperta da norme generalissime o di principio, la cui concretizzazione si realizza volta per volta a fronte di casi concreti. Ciò appare a maggior ragione rilevante – e potenzialmente problematico – a fronte della irresponsabilità civile, penale e amministrativa, di cui godono la BCE e i vertici della vigilanza bancaria europea per gli atti compiuti nell'adempimento doveri di ufficio, atteso che non possono essere perseguiti o chiamati in giudizio di fronte ai giudici degli Stati membri (*Protocol 7 on the privileges and immunities of the EU allegato al Trattato EU*). Tutti questi elementi mettono in luce il fatto che, nel prossimo futuro, un ruolo maggiore avranno il confronto e la contestazione delle decisioni della Banca centrale europea. Come è stato osservato, appare, infatti, evidente che la revisione amministrativa e giudiziale costituirà un momento rilevante per mettere alla prova il corretto esercizio della discrezionalità tecnica del regolatore bancario europeo e così pure per integrare le lacune normative e di coordinamento che la disciplina prevede». S. LUCCHINI, A. ZOPPINI, *Vigilare le banche in Europa. Chi controlla il controllore?*, Passigli Editore, Firenze, 2019.

<sup>118</sup> È stata lamentata, ad esempio, la riduzione della partecipazione degli interessati nella fase di adozione dei piani di risanamento, nonché l'azzeramento delle garanzie partecipative nella fase dell'adozione dei piani di risoluzione. In questi termini, MAGLIARI, *L'attuazione della direttiva sul risanamento e la risoluzione degli enti creditizi.*, cit., pp. 393 ss. Apertamente critico su questa riduzione di garanzie per interessi diversi da quello pubblico alla stabilità finanziaria, che invece meriterebbe idonee garanzie, in sede di risoluzione, sia sul piano procedimentale, sia su quello giurisdizionale, G.L. CARRIERO, *Crisi bancarie, tutela del risparmio, rischio sistemico*, in «AGE», 2016, 2, pp. 378 ss.

modello di vigilanza prudenziale sulle banche, di fatto reintroducono vincoli strutturali e regole che in alcuni casi, poco si conciliano con la natura condizionale della regolazione<sup>119</sup>. La compressione dei diritti degli azionisti e dei creditori, pur giustificata dall'esigenza di tutelare l'interesse fondamentale alla stabilità finanziaria messa a rischio dalla crisi di una banca e che mal si concilia con i tempi richiesti per alcune garanzie partecipative, deve allora essere necessariamente soggetta ad un rigoroso scrutinio di ragionevolezza e di proporzionalità da parte dell'autorità e in sede giurisdizionale<sup>120</sup>.

Se le regole adottate nel 1993, si è detto, erano spinte soprattutto dalla logica liberalizzatrice<sup>121</sup> e il bilanciamento di interessi si chiudeva

<sup>119</sup> Così C. BRESCIA MORRA, *Il diritto delle banche*<sup>2</sup>, Il Mulino, Bologna, 2016, p. 136. Tra gli strumenti introdotti che potrebbero portare verso questa direzione, l'imposizione di livelli di patrimonializzazione più elevati, limiti alla leva finanziaria degli intermediari (c.d. *leverage ratio*), vincoli alle remunerazioni incentivanti degli amministratori, i quali indicherebbero la volontà dei regolatori di porre un freno all'espansione delle attività delle banche. Si tratta di una tendenza che ha interessato trasversalmente molti ordinamenti. Stati Uniti e Regno Unito, ad esempio, hanno adottato regole di specializzazione dell'attività degli intermediari sebbene non legate alle rigide distinzioni di un tempo. Nel Regno Unito le modifiche intervenute al modello di vigilanza hanno portato all'aumento della discrezionalità dei supervisor e al connesso aumento dei limiti all'autonomia imprenditoriale. Il *Proactive intervention framework* ha previsto che l'autorità possa richiedere anche un ricambio dei *manager* o della composizione del consiglio di amministrazione, nonché limiti alla distribuzione degli utili, limiti all'operatività e l'aumento del livello di capitalizzazione in linea con quanto previsto dalla direttiva 2013/36/UE. In senso analogo, ritiene che si sia di fronte ad un'iper-regolazione che vede tra l'altro mutato il carattere di regolazione condizionale a favore di una regolazione nuovamente finalistica, F. CINTIOLI, *Regolazione e regolatori nazionali nei settori del credito e dei mercati finanziari*, Relazione tenuta al convegno organizzato dalla Fondazione Cesifin Alberto Predieri il 28 novembre 2014 su «Il modello italiano di intermediazione finanziaria, specificità, eredità e futuro», consultabile all'indirizzo <https://www.giustamm.it/>.

<sup>120</sup> Si pensi alla già citata valutazione di risolvibilità che è sottratta al sindacato del giudice amministrativo in quanto conoscibile solo insieme alla decisione di cui forma parte integrante, e al limite alla tutela cautelare rappresentato dal fatto che nei giudizi avverso le misure di gestione della crisi la sospensione dei provvedimenti della Banca d'Italia e del MEF è considerato *ex lege* contrario all'interesse pubblico. In questo senso il rinvio è nuovamente alle considerazioni svolte da G.L. CARRIERO, *Crisi bancarie, tutela del risparmio, rischio sistemico*, cit., pp. 378 ss. Sarebbe quindi auspicabile un rafforzamento delle garanzie partecipative nella fase di adozione dei piani di risanamento e di risoluzione come ad esempio suggerito da MAGLIARI, *L'attuazione della direttiva sul risanamento e la risoluzione degli enti creditizi nell'ordinamento italiano: profili pubblicistici*, cit., pp. 385 ss.

<sup>121</sup> In quegli anni però la banca è la banca tradizionale che ha come cliente il depositante e non l'investitore. La vigilanza mira alla stabilità e alla liquidità dei singoli istituti finanziari e non è ancora pronta ad affrontare le crisi sistemiche all'interno del quale emerge la figura del cliente non solo depositante, ma investitore e risparmiatore. Sull'evoluzione della figura del depositante e del ruolo che esso ha nella disciplina europea delle crisi, più ampiamente M.

a favore della competitività degli istituti creditizi, in seguito alla crisi, la logica appare invertita: la stabilità dell'intero sistema oggi sembra prevalere rispetto agli altri interessi inerenti all'attività creditizia<sup>122</sup> e porsi come *super* interesse considerato idoneo a giustificare limiti all'autonomia privata particolarmente incisivi come quelli qui analizzati<sup>123</sup>. Gli strumenti predisposti dal legislatore europeo, in particolare, per gestire le crisi bancarie tuttavia, dovrebbero essere, nella loro attuazione, ben calibrati sul caso specifico, tenuto conto in particolare del livello di rischio della banca, delle sue dimensioni e del contesto macroeconomico in cui il dissesto si verifica, limitate a quanto necessario per realizzare l'obiettivo perseguito e proporzionate al raggiungimento di tale scopo, fermo restando l'obbligo, in ogni caso, di non intaccare il contenuto minimo del diritto considerato<sup>124</sup>.

---

CERA, *Il depositante bancario tra processo economico e mercati*, in «AGE», 2016, 2, pp. 271 ss.

<sup>122</sup> Sul fondamento dell'obiettivo di tutelare la stabilità finanziaria, nel diritto primario e derivato, v. M. LAMANDINI, D. RAMOS, J. SOLANA, *The European Central Bank (ECB) powers as a catalyst for change in Eu law. Part 1: The ECB's Mandates*, in «Columbia Journal of European Law», 2016, pp. 3 ss.; R. D'AMBROSIO, *La stabilità finanziaria tra gli obiettivi della legislazione dell'Unione su mercati finanziari, Sevif e Unione bancaria*, in «Riv. it. dir. pubbl. comp.», 2017, 6, pp. 1469 ss.

<sup>123</sup> Non manca comunque l'obiettivo di prevenire la frammentazione del mercato unico e di ridurre le disparità competitive tra banche e paesi con una diversa forza finanziaria, come evidenziato già da ALDISIO, *Le nuove regole europee sulla risoluzione.*, cit., pp. 333 ss.

<sup>124</sup> GALLARATI, *La tutela dei diritti di azionisti e creditori nell'Unione bancaria.*, cit., p. 1191.

## Capitolo Quinto

### *Potere pubblico e libertà di iniziativa economica privata tra garanzie per l'impresa e limiti a tutela dell'interesse generale*

SOMMARIO: 1. Premessa – 2. Profili funzionali e procedurali del controllo pubblico sull'iniziativa economica privata prima delle riforme degli anni novanta: un potere discrezionale, finalistico e conformativo – 3. Gli interventi di semplificazione e liberalizzazione amministrativa tra proclami e risultati effettivi – 4. Potere pubblico e iniziativa economica privata nella nuova dinamica degli interessi – 4.1. Discrezionalità amministrativa e autonomia dell'impresa tra esigenze di presidi e rischi di ossificazione – 4.2. Legge e amministrazione nella disciplina dell'iniziativa economica – 4.3. Il rafforzamento della posizione giuridica dell'impresa alla prova dell'attuazione – 5. La necessità dello Stato e la resilienza del mercato nella disciplina dell'economia dopo la crisi

#### 1. *Premessa*

La ricerca svolta ha analizzato i limiti pubblicistici all'iniziativa economica privata presenti in alcuni settori dell'economia (dal commercio all'industria, dai servizi a rete al credito), scelti in quanto ritenuti rappresentativi dell'insieme dei rapporti tra Stato ed economia, nonché particolarmente significativi alla luce dei mutamenti normativi che li hanno interessati. Lo studio, come premesso all'inizio del lavoro, è stato mosso dall'obiettivo principale di verificare se e in che modo oggi la libertà di iniziativa economica sia effettivamente garantita rispetto all'intervento pubblico e come si configuri il rapporto tra impresa e pubblici poteri. Le diverse misure di liberalizzazione e di semplificazione che hanno interessato le attività economiche, con una particolare accelerazione negli ultimi trent'anni, sono, quindi, state qui analizzate per accertare se vi si stia un'effettiva riduzione dei vincoli e dei condizionamenti pubblicistici nella fase dell'avvio dell'attività.

L'indagine, svolta in termini dinamici, si è concentrata sulla struttura e sulla funzione dell'intervento pubblico nei settori scelti, approfondendo,

volta per volta, gli interessi sottesi alla previsione di un particolare regime pubblicistico dell'accesso al mercato, i caratteri assunti dal potere amministrativo, le modalità del suo esplicarsi, l'oggetto del controllo, gli effetti nei confronti dell'impresa e degli altri interessi pubblici e privati coinvolti, e le garanzie loro riconosciute.

Gli esiti di questa analisi sono stati esposti nei singoli capitoli. Si procede quindi, ora, ad una loro riconduzione a sistema con lo scopo di rispondere alle domande poste in apertura<sup>1</sup>. Partendo dai risultati emersi dalla ricerca, che verranno brevemente richiamati nei paragrafi che seguono, si svolgeranno alcune riflessioni di sintesi sull'attuale configurazione dei controlli pubblici sull'iniziativa economica privata e sul ruolo dello Stato nella regolazione del mercato.

## *2. Profili funzionali e procedurali del controllo pubblico sull'iniziativa economica privata prima delle riforme degli anni novanta: un potere discrezionale, finalistico e conformativo*

L'intervento pubblico nella fase di avvio dell'impresa, prima delle riforme avviate a partire dai primi anni novanta, rappresentava un fenomeno inarrestabile, penetrante e progressivo<sup>2</sup>. L'iniziativa economica privata era vista con diffidenza dai pubblici poteri e pertanto assoggettata a numerosi limiti e funzionalizzata a tutelare interessi economici dello Stato, estranei all'interesse dell'imprenditore<sup>3</sup>. Nei più disparati settori dell'economia, l'avvio di una attività economica era subordinato al preventivo rilascio di licenze, autorizzazioni o concessioni. La previsione di controlli pubblici *ex ante* era finalizzata ad evitare perturbazioni nell'equilibrio tra domanda

<sup>1</sup> Cfr. *supra* capitolo I, § 5.

<sup>2</sup> Come osservato, non vi era aspetto dell'attività imprenditoriale che non vedesse i poteri pubblici intervenire, a partire dalla decisione di istituire l'impresa. Così S. CASSESE, *Stato ed economia. Il problema storico*, in *Stato e regolazione sociale. Nuove prospettive sul caso italiano*, a cura di P. LANGE, M. REGINI, Il Mulino, Bologna, 1987, pp. 45 ss., il quale evidenzia altresì, la centralità e l'importanza del ruolo avuto dai pubblici poteri nel nostro paese per lo sviluppo economico. La prima caratteristica dei rapporti tra Stato ed economia fino circa al finire degli anni ottanta, è dunque, rappresentata dal posto straordinario che lo Stato ha avuto nell'economia e l'accumulo di poteri pubblici grazie alla persistenza di gran parte della panopia di strumenti di cui lo Stato è stato dotato nel corso degli anni. In senso analogo anche, SPAGNUOLO VIGORITA, *L'iniziativa economica privata*, cit., pp. 24 ss.

<sup>3</sup> BALDASSARRE, *Iniziativa economica privata*, cit., pp. 582 ss.; U. NATOLI, *Limiti costituzionali dell'autonomia privata nel rapporto di lavoro*, Giuffrè, Milano, 1955, pp. 90 ss.

e offerta ritenuto ottimale dall'amministrazione, la quale era, dunque, legittimata a valutare le concrete esigenze del mercato per stabilire vantaggi e svantaggi che l'ingresso di nuovi operatori avrebbe determinato per lo sviluppo del settore e per il benessere delle comunità interessate.

La sussistenza dei requisiti soggettivi e oggettivi in capo all'imprenditore richiesti dalla legge era condizione necessaria ma non sufficiente all'adozione del provvedimento di assenso. L'amministrazione negava o autorizzava l'avvio di un'impresa in base al c.d. «bisogno del mercato»<sup>4</sup> frutto di valutazioni di opportunità e di convenienza della specifica iniziativa imprenditoriale. Con l'autorizzazione per l'installazione di nuovi stabilimenti industriali<sup>5</sup>, ad esempio, il ministro competente poteva decidere di consentire l'avvio delle sole iniziative imprenditoriali ritenute utili allo sviluppo delle attività produttive e al conseguimento dell'unità economica nazionale<sup>6</sup>. Ad essere valutata era l'idoneità dell'investimento o la capacità dell'impresa di non cagionare, nel lungo periodo, effetti perturbativi del mercato<sup>7</sup>. Il rilascio dell'autorizzazione era ampiamente discrezionale e basato su elementi di varia natura, dalla disponibilità finanziaria dell'imprenditore, alla possibilità di collocamento dei prodotti sul mercato o alle qualità tecniche e finanziarie

<sup>4</sup> Secondo la definizione di autorizzazione con esame del bisogno coniata dalla dottrina nella seconda metà del 1900 e in più occasioni richiamata nel corso di questo lavoro. Il riferimento al presupposto del bisogno è evidente in molte delle discipline oggi abrogate, qui analizzate, in cui il legislatore menzionava ad esempio, le esigenze della produzione o della distribuzione o del commercio, o l'opportunità dell'impianto, nel caso delle autorizzazioni alle industrie. In altri casi, la subordinazione a questo criterio, si è visto, era implicita, come quando la norma menzionava le esigenze dell'economia o del mercato in relazione ad oneri accessori del provvedimento permissivo o a qualità specifiche dell'attività considerata, o vi alludeva con formule generiche che rinviavano all'apprezzamento discrezionale dell'autorità (si pensi al riferimento al «giudizio insindacabile» nel caso, ad esempio, delle licenze per la lavorazione degli olii minerali). Altre volte, invece, in mancanza di elementi di questo tipo, la dottrina ha ritenuto di dover far rientrare comunque l'atto di assenso nel novero delle autorizzazioni economiche con esame del bisogno, in ragione di una lettura sistematica della normativa (è il caso delle autorizzazioni al credito) o in considerazione dell'espressa previsione di contingentamenti. In questi casi, anche senza un richiamo esplicito nei termini di cui sopra, ai «bisogni del mercato», si riteneva fosse chiaro dalla *ratio* della disciplina che la verifica dei requisiti che attestavano la non incompatibilità dell'impresa non era sufficiente, ma serviva una valutazione sull'opportunità dell'impresa ovvero sull'opportunità di espandere la capacità produttiva di un settore o il moltiplicarsi di certe operazioni.

<sup>5</sup> Cfr. *supra* capitolo II, §§ 2. e 2.1.

<sup>6</sup> GUARINO, *Note in merito all'autorizzazione.*, cit., p. 632.

<sup>7</sup> Cfr. art. 4, R.d. 15 maggio 1933, n. 590 secondo cui le domande per ottenere la prescritta autorizzazione dovevano essere presentate al competente Circolo dell'ispettorato corporativo e contenere, tra l'altro, l'indicazione dei prodotti che si intendevano fabbricare, il capitale investito e da investire e la disponibilità finanziaria dell'impresa.

dell'esercente dell'impianto<sup>8</sup>.

Nell'ambito dell'industria estrattiva<sup>9</sup> la situazione non era diversa. Prima dell'entrata in vigore del regolamento di esecuzione del 1994<sup>10</sup>, il ministro competente poteva verificare le capacità tecniche ed economiche dell'istante al fine di consentire solo l'avvio di investimenti e attività fruttiferi per lo sviluppo economico del Paese.

La valutazione dell'equilibrio tra domanda ed offerta era sottesa anche all'emanazione dei provvedimenti in materia di commercio al dettaglio<sup>11</sup>, distribuzione di carburanti<sup>12</sup> e apertura di farmacie per la vendita al pubblico di medicinali<sup>13</sup>. La prima disciplina in materia di distribuzione commerciale<sup>14</sup>, ad esempio, limitava l'iniziativa economica privata al rilascio di una «speciale licenza» di competenza del comune necessaria per avviare un'attività di vendita di merci sia all'ingrosso, sia al minuto. La licenza poteva essere negata non solo in assenza dei requisiti richiesti dalla legge di pubblica sicurezza, ma anche nel caso in cui l'amministrazione avesse ritenuto il numero degli spacci esistenti sufficiente alle esigenze del comune, tenuto conto dello sviluppo edilizio e della densità della popolazione. Nel provvedimento, inoltre, era possibile valutare, in un'ottica di equilibrio e sviluppo del mercato, l'importanza dell'esercizio di rivendita e la sua ubicazione rispetto agli altri esercizi commerciali<sup>15</sup>.

Analogamente, nel settore della distribuzione dei carburanti, la decisione in merito al rilascio della concessione, assunta dal ministro per le corporazioni, di concerto con il ministro per le finanze, teneva conto oltre che di interessi pubblici non economici, come sicurezza pubblica, ambiente e territorio, anche degli esiti di valutazioni di politica economica e di manovra del settore. L'autorità amministrativa poteva valutare le conseguenze che dall'esercizio di nuovi distributori sarebbero derivate sui costi di gestione dei distributori esistenti e di conseguenza, condizionare le nuove concessioni a un giudizio di opportunità<sup>16</sup>.

L'ingerenza pubblicistica sulla libertà di iniziativa economica era ancora più marcata in caso di apertura di una farmacia ammessa solo

<sup>8</sup> AMATO, *L'autorizzazione agli impianti industriali: una cronaca.*, cit., pp. 319 ss.

<sup>9</sup> Cfr. *supra* capitolo II, § 5.

<sup>10</sup> D.P.R., n. 382/94 cit.

<sup>11</sup> Cfr. *supra* capitolo III, §§ 2 e ss.

<sup>12</sup> Cfr. *supra* capitolo III, §§ 3 e ss.

<sup>13</sup> Cfr. *supra* capitolo III, §§ 4 e ss.

<sup>14</sup> R.d.l., n. 2174/26 cit.

<sup>15</sup> Cfr. art. 3, R.d.l. n. 2174/26 cit.

<sup>16</sup> GUARINO, *Note in merito all'autorizzazione per l'impianto.*, cit., pp. 627 ss.

previa valutazione dei bisogni del mercato da parte dell'amministrazione che doveva rifarsi a quanto stabilito nella pianta organica in ragione del rapporto, prestabilito *ex lege*, tra numero di abitanti e numero massimo di farmacie.

La situazione non era dissimile neanche nel settore creditizio, ultimo tra quelli analizzati<sup>17</sup>, che prima delle riforme avviate a partire dalla fine degli anni ottanta, era un mercato chiuso caratterizzato dalla previsione di due autorizzazioni obbligatorie per l'aspirante banca, una per la costituzione e una per l'avvio dell'attività. La Banca di Italia, in entrambi i casi, valutava, accanto ai requisiti di legge, l'opportunità dell'ingresso di un nuovo operatore

<sup>17</sup> Oltre a quelli oggetto di questo studio, tuttavia, numerosi erano i settori in cui la libertà di iniziativa economica era subordinata a valutazioni ampiamente discrezionali dell'amministrazione e ad autorizzazioni c.d. con esame del bisogno (cfr. *supra* capitolo I). Si pensi agli impianti industriali di panificazione che in base al R.d.l., 29 luglio 1928, n. 1843, erano soggetti ad autorizzazione di competenza della Camera di commercio che ne accertava l'opportunità rapportata alla «densità dei panifici esistenti e al volume della produzione nella zona». Accanto all'autorizzazione era poi, prevista una licenza di panificazione, rilasciata sempre dalla Camera di commercio su domanda dell'interessato valutata da un'apposita commissione e un'autorizzazione alla chiusura o alla sospensione dell'attività per un periodo superiore a tre giorni. La relativa disciplina e le conseguenze in termini di rapporto tra Stato e mercato sono state analizzate nel dettaglio da SPAGNUOLO VIGORITA, *Considerazioni in tema di forme, finalità.*, cit., pp. 391 ss. Secondo la giurisprudenza, in questi casi, la valutazione doveva essere fatta sulla base del consumo effettivo e non della potenzialità degli impianti e si doveva tenere conto non di una zona limitata nel quale doveva sorgere il nuovo panificio, ma dell'intero comune ed eventualmente delle zone limitrofe, qualora queste fossero state sprovviste di panifici. In altri casi, come quello della macinazione dei cereali, la licenza prevista dalla legge poteva essere negata ove, a giudizio dell'autorità governativa, non fosse stata dimostrata una buona utilizzazione del prodotto o i macchinari utilizzati non avessero assicurato una sufficiente pulitura. Cfr. D.l. 12 agosto 1927, n. 1580; Ministero dell'economia nazionale «Disciplina del commercio, disposizioni annonarie. Prefazione.», Roma, 1928. Un altro settore in cui vigevano disposizioni analoghe era quello dell'industria della seta dove l'autorizzazione all'avvio di un'attività era subordinato a verifiche sull'adeguatezza del personale, dei macchinari e dell'impianto a consentire un uso razionale della materia prima utilizzata (cfr. D.l. 9 maggio 1918, n. 1382). Limiti simili alla libertà di iniziativa economica derivavano non solo, dalla previsione di autorizzazioni obbligatorie, ma anche da obblighi di iscrizione in elenchi o albi, come nel caso dell'iscrizione nell'elenco dei produttori e dei commercianti di marmi e graniti che aveva efficacia costitutiva (cfr. R.d. 20 aprile 1936, n. 707 successivamente convertito in l. 8 giugno 1936, n. 1288, oggi abrogata, secondo la quale solo i soggetti iscritti nell'elenco potevano esercitare l'attività di produzione e commercio dei marmi). L'iscrizione era subordinata ad una valutazione discrezionale svolta da una commissione appositamente costituita e composta da organi politici e da rappresentanti di categoria. Sulla disciplina dei settori richiamati e sull'intensità del condizionamento pubblicistico che ne derivava sull'iniziativa economica, cfr. LEVI, *I controlli dello Stato sulla produzione industriale.*, cit., spec. p. 34.

creditizio alla luce delle linee di politica economica del momento<sup>18</sup>. In quest'ottica, negli anni settanta fu determinato autoritativamente il blocco delle autorizzazioni durato per oltre un decennio.

In tutti questi casi, la disciplina era di tipo finalistico e il potere esercitato nei confronti dell'impresa nella fase dell'iniziativa era ampiamente discrezionale e funzionale ad indirizzare l'attività imprenditoriale verso il raggiungimento di finalità di interesse generale<sup>19</sup>, spesso di natura economica. Il provvedimento adottato, inoltre, aveva contenuti conformativi. Per questo, l'autorizzazione, pur servendo a verificare che la nuova attività non ledesse gli interessi pubblici coinvolti, rilevava soprattutto, in quanto strumento di condizionamento dell'attività economica<sup>20</sup>. Con l'emanazione del provvedimento di autorizzazione per l'installazione di impianti industriali, per richiamare gli esempi visti, il governo conformava l'attività industriale alle condizioni economiche generali del Paese e imponeva un volume della produzione che fosse in linea con le possibilità di assorbimento del mercato<sup>21</sup>. Nell'ambito dell'industria estrattiva, la concessione aveva effetti conformativi del potere di scelta del privato in ordine allo svolgimento della

<sup>18</sup> Secondo la dottrina, poiché l'art. 28 nella formulazione antecedente alle modifiche non prevedeva espressamente tale criterio, ma neanche lo vietava, esso doveva ritenersi come implicitamente formulato in quanto senza tale valutazione le esigenze di buon funzionamento del sistema bancario ne sarebbero rimaste frustrate. Così LIBONATI, *Legge bancaria.*, cit., pp. 60 ss.; SPAGNUOLO VIGORITA, *Note sull'autorizzazione.*, cit., pp. 9 ss.

<sup>19</sup> Al riguardo parte della dottrina ha parlato di «servizi pubblici impropri» ad indicare quelle attività che lo Stato lascia all'iniziativa individuale, ma delle quali non si disinteressa in quanto lo «scopo è l'assicurare la soddisfazione degli interessi particolari mediante attività privata». Così DE VALLES, *I servizi pubblici.*, cit., pp. 621 ss.

<sup>20</sup> F. FRACCHIA, *Autorizzazioni amministrative e situazioni giuridiche soggettive*, Jovene, Napoli, 1996. Il privato per fruire dell'autorizzazione rinuncia a parte della sua libertà e si sottomette all'osservanza di una disciplina specifica del suo agire futuro. Si parla in questo caso delle c.d. autorizzazioni *ut facias* ad indicare l'obbligo di addivenire ad un risultato specifico che tramite i poteri riconosciuti all'autorità pubblica corrisponde all'interesse generale. La centralità dell'autorizzazione come strumento di condizionamento e di direzione del mercato è stata evidenziata anche da F. FRANCHINI, *Le autorizzazioni costitutive di rapporti giuridici fra l'amministrazione e i privati*, Giuffrè, Milano, 1957, pp. 38 ss.; A. BARUCCHI, *L'attività mineraria nel sistema della legislazione dell'energia*, Torino, Giappichelli, 1964, pp. 156 ss. Critico nei confronti di questo inquadramento VILLATA, *Autorizzazioni amministrative.*, cit., p. 52.

<sup>21</sup> Così ZANOBINI, *Corso di diritto corporativo.*, cit., p. 44; LEVI, *I controlli dello Stato sulla produzione industriale.*, cit., p. 38. La finalità perseguita dall'amministrazione è individuata nella tutela nei confronti dei rischi di un'eccessiva concorrenza e nella prevenzione degli squilibri che si sarebbero potuti verificare a causa dell'elevato numero di imprenditori, nella produzione relativa ad alcuni mercati. Così, Cons. St., IV, n. 363/36 cit.; per approfondimenti sul punto si rinvia a quanto esposto *supra* capitolo II.

successiva attività. L'autorità governativa era titolare di poteri di direzione e poteva imporre al concessionario la costruzione di opere aggiuntive destinate ad incrementare la produzione o l'aumento della mano d'opera, o indicare modificazioni dei turni di lavoro, fino alla possibilità di effettuare prelievi di prodotto a prezzi concordati da destinare a pubblici servizi.

Allo stesso modo, nel settore creditizio, l'ingerenza nelle scelte in merito alla gestione e allo svolgimento delle attività della banca in seguito al rilascio dell'autorizzazione era tale da far ritenere inesistente, a monte, un diritto di iniziativa economica e configurare l'atto di consenso rilasciato dall'autorità bancaria quale atto di costituzione *ex novo* del diritto in capo al destinatario dell'autorizzazione<sup>22</sup>.

L'ampiezza della discrezionalità era poi, dovuta a discipline di settore generiche e lacunose non solo nella previsione dei parametri del controllo e dei presupposti per il rilascio del provvedimento di assenso, ma anche e soprattutto nell'indicazione delle modalità di esercizio del potere e delle garanzie riconosciute all'imprenditore la cui posizione giuridica soggettiva risultava di conseguenza comprimibile senza limiti e suscettibile, si è detto, di essere soddisfatta solo in caso di un giudizio favorevole dell'amministrazione sull'opportunità che l'attività di impresa oggetto di valutazione fosse svolta. Come emerso dall'analisi, le discipline di settore non disciplinavano o disciplinavano in modo alquanto sommario la fase istruttoria e in particolare la partecipazione degli interessati al procedimento. La decisione, inoltre, era spesso frutto del parere di organi collegiali composti da soggetti titolari di interessi confliggenti con quello dell'istante (quali i rappresentanti di categoria), o facilmente 'catturabili' da interessi privati più forti<sup>23</sup>. Il rilascio della licenza di commercio, ad esempio, di competenza del sindaco, avveniva solo previa acquisizione del parere di una commissione rappresentativa non solo degli interessi pubblici coinvolti, ma anche di interessi privati delle imprese concorrenti. Analogamente, l'autorizzazione all'apertura di una farmacia era rilasciata sentito il Consiglio superiore di sanità, un organismo a carattere corporativo rappresentativo delle professioni sanitarie<sup>24</sup>.

In questo modo, un ruolo centrale nella scelta se limitare o meno

<sup>22</sup> GIANNINI, *Intorno all'apertura.*, cit.; V. SPAGNUOLO VIGORITA, R. MARRAMA, *Osservazioni sull'apertura di sportelli di Casse di risparmio*, in «Rass. dir. pubbl.», 1965, pp. 335 ss.

<sup>23</sup> Il provvedimento era nella maggior parte dei casi adottato dall'organo politico sulla base di pareri adottati da commissioni o collegi aventi come si è detto natura corporativa. In senso critico al riguardo, PUGLIESE, *La nuova disciplina del commercio.*, cit., pp. 986 ss. Critico anche BENAGLIA, *Quel che fanno e quel che non fanno le corporazioni.*, cit., pp. 71 ss.

<sup>24</sup> Cfr. *supra* capitolo III.

l'iniziativa economica di imprese concorrenti<sup>25</sup> era assegnato agli interessi di parte e l'autorizzazione, nei fatti, grazie ai rapporti intercorrenti tra organi di governo e interessi imprenditoriali, assumeva una funzione di tutela corporativa, oltre che, come si è detto, di direzione dell'economia<sup>26</sup>.

La soggezione dell'imprenditore nei confronti dell'autorità pubblica era poi ulteriormente accentuata dalla possibilità, prevista in alcuni dei settori analizzati, che l'amministrazione revocasse il provvedimento di assenso non solo al venir meno dei requisiti di legge, ma anche per mutamento dell'interesse pubblico perseguito e dunque, in ipotesi, anche per cambiamenti nelle condizioni di equilibrio del mercato<sup>27</sup>. A ciò si aggiungeva, la limitatezza e in alcuni casi, la mancanza di mezzi effettivi di tutela in ragione del fatto che, nella gran parte dei casi studiati, la discrezionalità riconosciuta all'autorità amministrativa era considerata «insindacabile» dalle stesse norme.

### *3. Gli interventi di semplificazione e di liberalizzazione amministrativa tra proclami e risultati effettivi*

L'attuale assetto del controllo pubblicistico nei confronti dell'iniziativa economica privata, come l'analisi qui svolta ha mostrato, risulta profondamente cambiato rispetto al quadro brevemente richiamato, vigente prima delle riforme degli anni novanta. Queste hanno operato lungo due direttrici principali, citate già all'inizio del lavoro e di cui si è man mano dato conto con riferimento ai singoli settori: quella della semplificazione e della riduzione degli oneri burocratici nei confronti dell'imprenditore e

<sup>25</sup> Questo fenomeno è stato evidente nell'uso distorto che è stato fatto dell'autorizzazione agli impianti industriali su cui *supra* capitolo II, § 2 e dottrina ivi citata.

<sup>26</sup> CASSESE, *La nuova costituzione economica.*, cit., p. 14.

<sup>27</sup> L'autorizzazione bancaria, ad esempio, poteva essere revocata in caso di violazione delle norme del regio decreto, quando a «giudizio insindacabile» del ministro la violazione fosse stata di «eccezionale gravità». Similmente, in materia di distribuzione di carburanti, la concessione oltre ad essere sottoposta a decadenza era espressamente assoggettata alla revoca per motivi di pubblico interesse, ipotesi che incideva significativamente sull'autonomia imprenditoriale del privato rendendo instabile e aleatoria la sua posizione. Critico sulla pervasività dei controlli su queste attività, LEVI, *I controlli.*, cit., pp. 55 ss. In tema di revoca si ricorda anche il regime delle licenze commerciali, che la giurisprudenza considerava revocabili anche al di fuori dei casi previsti dalla legge. Così, Cons. St., n. 517/58 cit. e n. 80/56 cit. Per la revoca delle autorizzazioni di raffineria, nei termini di cui sopra, Cons. St., n. 439/56 cit.

quella della liberalizzazione amministrativa che è intervenuta sul regime amministrativo dell'avvio dell'impresa.

Per quanto riguarda la semplificazione e l'alleggerimento del carico burocratico in capo all'imprenditore, le riforme sono state numerose e hanno portato ad importanti novità i cui effetti nei confronti dell'impresa non sono però, stati significativi.

Il processo di semplificazione dei procedimenti amministrativi necessari per ottenere l'autorizzazione all'avvio delle attività produttive e di riduzione degli oneri burocratici a carico dell'impresa nella fase di inizio dell'attività<sup>28</sup>, ormai avviato da circa un ventennio, non ha, in particolare, condotto ai risultati auspicati. Il SUAP e il procedimento amministrativo unificato in materia di autorizzazione all'insediamento di attività produttive, nonostante i ripetuti interventi legislativi che si sono succeduti negli anni per migliorarne le caratteristiche<sup>29</sup>, non hanno apportato reali benefici a favore delle imprese<sup>30</sup>. La scarsa efficacia di questi istituti è discesa oltre che dalla poca incisività e chiarezza dell'intervento normativo<sup>31</sup>, anche e soprattutto dalla ridotta *compliance* delle amministrazioni chiamate a dare attuazione alle riforme, che, confermando quel fenomeno di vischiosità delle burocrazie evidenziato dagli studiosi di analisi economica del diritto, sono rimaste ancorate a prassi precedenti, spesso ignorando le nuove previsioni. L'amministrazione, in particolare, ha continuato a richiedere all'impresa adempimenti non più previsti dalla normativa e a tenere nei confronti del richiedente comportamenti ostruzionistici contrari al principio di buon andamento, prima ancora che al suo corollario della semplificazione<sup>32</sup>. Alle

<sup>28</sup> Cfr. capitolo I, § 4.

<sup>29</sup> Cfr. D.P.R., n. 160/2010 cit. modificato, in ultimo, dal D.lgs. n. 127/16 cit.

<sup>30</sup> In argomento IUVONE, *L'attuazione dello sportello unico.*, cit., pp. 259 ss.; MASCIOCCHI, *Lo sportello unico per le attività produttive.*, cit., pp. 76 ss. Si rinvia, inoltre alla dottrina citata nel § 4 del capitolo I.

<sup>31</sup> Le difficoltà oggettive di comprendere le norme, spesso complesse (si pensi a quelle in materia ambientale), e di muoversi tra modifiche che si susseguono a distanza anche di pochi mesi le une dalle altre e le conseguenze negative che queste disfunzioni possono ingenerare sull'azione delle amministrazioni sono state oggetto di approfondite riflessioni in dottrina. Cfr. B. TONOLETTI, *Fuga dal regolamento e confini della normatività nel diritto amministrativo*, in «Dir. amm.», 2015, pp. 389 ss.; S. CASSESE, *Sulla buona amministrazione e sulle riforme*, in *www.diritto-amministrativo.org*; M. DE BENEDETTO, *Diritto amministrativo e crescita economica*, in «Dir. econ.», vol. 27, n. 83, (1-2014), pp. 189 ss.

<sup>32</sup> Significativo ad esempio il caso oggetto di una recente decisione del giudice amministrativo che ha pronunciato l'illegittimità di un provvedimento con il quale un comune ha dichiarato l'irricevibilità di una SCIA per la realizzazione di opere di manutenzione di un immobile, motivato con esclusivo riferimento al fatto che la medesima SCIA non era stata presentata al SUAP, ma ad un ufficio diverso. Per il giudice amministrativo, in particolare,

cattive consuetudini si è aggiunto poi, il basso livello di informatizzazione, non sufficiente per realizzare alcune delle colonne portanti della riforma sullo sportello unico, quali la standardizzazione delle procedure e l'invio telematico delle domande.

Ancor meno incisivi sono risultati gli effetti della semplificazione applicata alla materia ambientale dove a tal fine è stata introdotta l'AUA<sup>33</sup>. In questo caso, gli enti a cui rivolgersi risultano ancora molti e diversificati a seconda del territorio interessato dall'avvio dell'attività, nonostante, a livello normativo, il SUAP sia indicato come unico soggetto competente. I tempi di rilascio dell'autorizzazione sono ancora eccessivamente lunghi e variano da comune a comune, al pari della modulistica che differisce in base al luogo della richiesta nonostante la previsione per legge di un modulo unico nazionale<sup>34</sup>.

Per quanto riguarda la seconda direttrice, quella della liberalizzazione amministrativa, appare opportuno distinguere i profili quantitativi da quelli qualitativi. Da un punto di vista quantitativo, la ricerca ha mostrato come solo in pochi casi il regime amministrativo dell'avvio dell'impresa sia stato abrogato dando luogo ad attività libere. Al contrario, le misure pubblicistiche che regolano la fase dell'iniziativa economica e che si sostanziano, principalmente, ma non solo, nell'esercizio di un potere autorizzatorio in capo all'amministrazione sono ancora diffuse.

Nel settore delle attività produttive, ad esempio, è stata soppressa da tempo l'autorizzazione alla realizzazione degli impianti industriali, ma sono state introdotte autorizzazioni specifiche per determinati settori,

---

in virtù del principio generale di buon andamento dell'azione amministrativa, nell'ambito dello stesso plesso, soprattutto quando esso non si strutturi in una complessa ed articolata macchina burocratica, è inaccettabile che un ufficio in cui esso si articola opponga al privato la mancata disamina di una pratica, per non essere stata quest'ultima presentata all'ufficio competente. Così Tar Campania, Salerno, II, 19 novembre 2018 n. 1648.

<sup>33</sup> Cfr. *supra* nota 96 capitolo II.

<sup>34</sup> Si richiamano al riguardo alle risultanze del rapporto «Comune che vai burocrazia che trovi» della CNA, già citato *sub* nota 56 capitolo I. Cfr. anche i dati contenuti nel *report* di monitoraggio sull'attuazione dei decreti di semplificazione in materia di SCIA e di conferenza di servizi, aggiornato al 31 dicembre 2016, da cui si evince come la maggior parte delle istanze di chiarimento da parte delle amministrazioni sulle novità della riforma riguardi la disciplina in materia ambientale, considerata eccessivamente complessa, di ardua comprensione e conseguentemente di difficile attuazione. Si conferma attuale dunque, l'interrogativo formulato da Giuseppe Guarino su cosa possa giovare di più all'impresa, se la riduzione dei limiti pubblicistici all'esercizio di un'attività economica o una buona configurazione degli stessi e in ultima analisi una dimensione efficiente e di qualità dell'organizzazione pubblica da cui promano le decisioni attinenti al grado di apertura del sistema. Così, G. GUARINO, *Pubblico e privato nella economia. La sovranità tra Costituzione ed istituzioni comunitarie*, cit., pp. 21 ss.

come l'autorizzazione alla realizzazione di infrastrutture di comunicazione elettronica<sup>35</sup> e l'autorizzazione per la realizzazione di impianti di produzione di energia da fonti rinnovabili<sup>36</sup> per citare alcuni dei casi studiati.

Il numero di attività produttive soggette a SCIA che possono essere iniziate solo con una segnalazione all'amministrazione è stato notevolmente ampliato<sup>37</sup>, ma esse restano comunque, come già osservato, oggetto del potere di controllo *ex post* dell'amministrazione<sup>38</sup>. Lo svolgimento di attività produttive è, inoltre, subordinato al rilascio di autorizzazioni e valutazioni ambientali, con carattere trasversale rispetto ai singoli settori di attività<sup>39</sup>, che condizionano in modo rilevante la libertà di iniziativa economica, consentendo tra l'altro l'esercizio di un potere conformativo nei confronti dell'attività autorizzata, pur entro i limiti visti<sup>40</sup>.

Nei servizi a rete i progressi sono stati notevoli. A fronte dell'abolizione dei regimi di monopolio e di riserva, tuttavia, è tuttora previsto l'obbligo per gli operatori economici che intendono entrare nel mercato di richiedere una licenza o un'autorizzazione<sup>41</sup>.

Anche in altri mercati analizzati, la proclamata liberalizzazione amministrativa non si è tradotta nella piena apertura dell'accesso al mercato e nell'affermazione senza condizioni della libera concorrenza. In materia di distribuzione commerciale, ad esempio, è stato abrogato l'obbligo per gli esercizi di vicinato di richiedere preventivamente l'autorizzazione amministrativa per l'avvio dell'attività ora possibile in presenza dei soli requisiti richiesti dalla legge, ma il regime autorizzatorio vige ancora

<sup>35</sup> Cfr. cap. II, § 3.1.

<sup>36</sup> Cfr. cap. II, § 3

<sup>37</sup> In seguito all'entrata in vigore dei decreti SCIA 1 e SCIA 2 (su cui si rinvia alle considerazioni svolte *supra* capitoli I e III e alla dottrina di commento ivi citata). Per un'analisi della c.d. riforma Madia con riferimento ai regimi amministrativi delle attività private diversi dal provvedimento, si rinvia inoltre a P.M. VIPIANA, *L'attività amministrativa ed i regimi amministrativi delle attività private*, CEDAM, Padova, 2017.

<sup>38</sup> In termini critici sull'efficacia dell'istituto della SCIA come motore di rilancio dell'economia in ragione del permanere di fatto di un potere pubblico, F. MERUSI, *Metamorfosi dell'intervento pubblico in economia*, in «Dir. amm.», 2015, 2-3, pp. 579 ss. che parla di passaggio dall'iniziativa economica con riserva di autorizzazione all'iniziativa economica con riserva di intervento inibitorio.

<sup>39</sup> Il richiamo è all'AIA, all'AUA e alla VIA su cui *supra* capitolo II, §§ 4 e 4.1.

<sup>40</sup> Cfr. *supra* capitolo II, § 4.1.

<sup>41</sup> Nel caso delle comunicazioni elettroniche, come già rilevato, si tratta o di autorizzazione generale o, al ricorrere dei soli casi previsti dalla legge, di licenza individuale. Nel caso del trasporto ferroviario, è invece necessario il rilascio di una licenza e di un certificato di sicurezza. Per gli approfondimenti sui due regimi amministrativi si rinvia a quanto esposto *supra* al cap. II, § 7 per le comunicazioni elettroniche e al § 7.1 per il trasporto ferroviario.

per le medie e grandi strutture di vendita, e in quei settori, come quello farmaceutico e della distribuzione dei carburanti, in cui l'avvio dell'attività ha un maggiore impatto su interessi pubblici rilevanti, quali la sicurezza, la salute e il razionale ed equilibrato governo del territorio.

Il potere di autorizzazione è stato, infine, mantenuto anche nel settore creditizio, sebbene siano stati abrogati l'autorizzazione alla costituzione della banca e l'obbligo di iscrizione nel registro.

Per valutare come si atteggia oggi la relazione tra potere pubblico e libertà di iniziativa economica e come si configura la posizione dell'impresa nei confronti dell'intervento pubblico, più del dato quantitativo, rileva però il dato qualitativo emerso dall'indagine. Sotto questo profilo, il potere amministrativo che il privato 'fronteggia' al momento di avviare l'attività di impresa appare oggi in larga misura ridisegnato.

#### *4. Potere pubblico e iniziativa economica privata nella nuova dinamica degli interessi*

Le differenze rispetto al passato sono diverse e rilevanti.

Il primo elemento di torsione emerso dall'analisi, riguarda gli interessi sottesi al potere di controllo dell'iniziativa economica.

Il controllo amministrativo dell'entrata, in particolare, cessa di avere una funzione di allocazione efficiente delle risorse, di direzione dell'economia o di stabilizzazione di un settore. Conformemente a quanto richiesto dai principi della costituzione economica europea, non è più consentito all'amministrazione di svolgere valutazioni di opportunità sull'avvio di un'attività economica sulla base dell'equilibrio tra domanda e offerta voluto dai pubblici poteri. La ricerca dell'efficienza viene perseguita attraverso la promozione dell'iniziativa economica e i limiti non giustificati da ragioni di interesse pubblico sono stati rimossi.

Nei casi analizzati, tuttavia, si è detto, l'iniziativa economica non è libera, ma rimane ancora oggetto, con modalità e forme diverse a seconda del settore, di una programmazione e di un coordinamento da parte dei pubblici poteri<sup>42</sup>. I condizionamenti incontrati sono posti a tutela di due macro categorie di interessi che necessitano dell'intervento pubblico per non

---

<sup>42</sup> Sull'importanza del ruolo pubblico di programmazione e coordinamento, in particolare nel settore dei trasporti, ferroviario e autostradale, da E. BARUCCI, F. PIEROBON, *Stato e mercato nella Seconda Repubblica. Dalle privatizzazioni alla crisi finanziaria*, Il Mulino, Bologna, 2010, pp. 167 ss.

subire un *vulnus* dallo svolgimento dell'attività di impresa<sup>43</sup>.

Si tratta, in primo luogo, degli interessi tipicamente generali, come l'interesse alla sicurezza (si pensi alla sicurezza ferroviaria o autostradale, come nel caso delle licenze ferroviarie o dell'autorizzazione alla distribuzione di carburanti); alla stabilità e alla competitività del sistema (come nel caso delle autorizzazioni agli enti creditizi); alla tutela ambientale e del corretto governo del territorio (come nel caso delle autorizzazioni agli impianti di comunicazione elettronica o per la realizzazione di energie rinnovabili, o nel caso della media e grande distribuzione commerciale).

A questi si aggiungono, poi quegli interessi direttamente riferibili a privati – si pensi all'interesse dei risparmiatori, degli utenti o dei consumatori<sup>44</sup> – ma che hanno assunto la rilevanza di interessi pubblici grazie a norme di legge che ne garantiscono la protezione e che ne hanno determinato la strutturazione e la stabilizzazione. La tutela di questi interessi di per sé non rappresenta una novità, in quanto già presente in passato in alcune discipline relative all'avvio dell'attività nei settori analizzati. Essa è stata tuttavia rafforzata e ha assunto una posizione centrale rispetto al passato quando era invece, recessiva rispetto a quella di altri interessi pubblici spesso anche di natura economica<sup>45</sup>.

In entrambi i casi, i condizionamenti alla libertà di iniziativa economica a cui danno luogo, appaiono rispettosi delle prescrizioni e dei principi della nuova costituzione economica in quanto operano come limiti esterni rispetto alla libertà del privato di iniziare e successivamente, di svolgere l'attività di impresa. Questa scelta, dunque, non è più conformatata<sup>46</sup> dai pubblici poteri,

<sup>43</sup> È evidente infatti che perseguire ciecamente la riduzione dei condizionamenti pubblici sulle attività di impresa e la sua assoluta liberalizzazione, oltre che concretamente irrealizzabile, non sarebbe in ogni caso auspicabile, dovendo i pubblici poteri sempre garantire adeguatamente gli interessi generali sottesi allo svolgimento di attività economiche. Assumendo la prospettiva della cura degli interessi pubblici, dunque, la rimozione sconsiderata dei vincoli e dei condizionamenti pubblicistici potrebbe rivelarsi dannosa, soprattutto per quegli interessi toccati dalle attività economiche che l'intervento pubblico deve garantire. Sul punto cfr. le considerazioni svolte da MATTARELLA, NATALINI, *Introduzione.*, cit., pp. 19 ss.

<sup>44</sup> Si fa riferimento ai gruppi sociali e, in termini di interessi, alla sequenza «interesse collettivo di gruppo-interesse pubblico-amministrazione pubblica». In senso critico, CORSO, *Attività economica privata e deregulation*, cit., p. 638, secondo il quale le regole a tutela di questa tipologia di interessi sono regole corporative e non regole nell'interesse della collettività.

<sup>45</sup> Si pensi all'evoluzione di cui si è dato conto in materia di disciplina dell'autorizzazione all'avvio dell'attività bancaria con riferimento all'interesse alla tutela del risparmio su cui *supra* capitolo IV.

<sup>46</sup> Per tutti GIANNINI, *Diritto pubblico dell'economia.*, cit., p. 114. Come rilevato dall'Autore, quando l'attività del privato è funzionalizzata, essa assume rilievo nella sua globalità

ma valutata in termini di compatibilità con gli interessi di rilevanza generale che dall'iniziativa economica potrebbero essere danneggiati. L'interferenza di interessi altri rispetto all'interesse dell'impresa è ammessa solo in caso di conflitto, secondo lo schema tipico delle libertà, ma non sono possibili interferenze sorrette da obiettivi di direzione e coordinamento. Di fronte all'iniziativa economica, il potere pubblico ha in gran parte rinunciato alla funzione di mediazione e riequilibrio delle tendenze del mercato<sup>47</sup> e ha mantenuto invece i necessari compiti di protezione degli interessi pubblici potenzialmente incisi dall'attività economica. Si tratta quindi di un intervento pubblico cautelativo<sup>48</sup>, quando lo richieda la tutela di interessi ritenuti prevalenti e ciò non sia irragionevole o sproporzionato, privo sostanzialmente di finalità distorsive o conformative. In questo senso sono significativi tra quelli qui analizzati, il caso delle farmacie e quello della distribuzione dei carburanti. In questi settori, la disciplina che regola l'avvio dell'attività pur particolarmente restrittiva dell'autonomia dell'impresa si giustifica in ragione del bilanciamento tra l'esigenza al funzionamento concorrenziale dei mercati, come interesse generale e mezzo per perseguire obiettivi di benessere della comunità attraverso un più efficiente utilizzo delle risorse, e quella di tutela di altri interessi generali, a carattere non economico, quali quello alla salute, quello dei consumatori/utenti e quello alla sicurezza. La restrizione all'accesso che ne deriva e la conformazione dei rispettivi mercati si differenzia in modo sostanziale dalla conformazione dei mercati che discendeva dalle precedenti discipline di settore. Nelle normative vigenti, infatti, i requisiti di accesso sono predeterminati e caratterizzati dalla generalità e dalla oggettività al fine di eliminare il rischio di discriminazione. La compressione dell'autonomia privata che consegue

---

e in ragione di ciò è sottoposta ad attività di direzione da parte dei pubblici poteri.

<sup>47</sup> Questa lettura dell'intervento pubblico nell'economia si rinviene anche in alcune sentenze della Corte costituzionale. Tra le prime pronunce al riguardo, cfr. Corte cost., 3 agosto 1976, n. 209.

<sup>48</sup> Riprendendo la terminologia di N. RANGONE, *Regolazione*, voce in «Dizionario di dir. pubbl.», diretto da S. CASSESE, Giuffrè, Milano, 2006, pp. 5057 ss., spec. p. 5060, usata con riferimento all'intervento dell'amministrazione che non è più volto a plasmare discrezionalmente le condotte degli operatori per uniformarle ad un interesse pubblico distinto, quanto a correggere le inefficienze del mercato stabilendo i limiti esterni entro i quali la libertà di iniziativa può svolgersi. A questo si aggiunge una funzione correttiva ove la tutela dell'interesse pubblico lo richieda come nel caso ad esempio delle farmacie. Sugli interventi «correttivi» con riferimento a quegli interventi che producono modificazioni di situazioni o *trends* in atto nel mercato rivolti a tutelare interessi che il mercato trascura o comprime si veda in G. ALPA, *Strumenti privatistici ed esigenze economiche. Ipotesi sintomatiche di interventi correttivi, adesivi o distorsivi delle regole di mercato*, in «Soc. dir.», 1990, 1-2, p. 9.

alla previsione di limiti posti al pieno operare della concorrenza in quei mercati è, inoltre, compensata dalla presenza di garanzie procedurali e dall'obbligatorio rispetto dei principi di ragionevolezza e proporzionalità che consentono, come si è avuto modo di vedere, un sindacato giurisdizionale particolarmente stringente<sup>49</sup>.

L'esempio delle farmacie evidenzia poi, un altro profilo interessante emerso dall'indagine e relativo al bilanciamento degli interessati tutelati, che consiste nella tendenziale assenza di *super interessi* sia nel rapporto tra interessi pubblici, sia nel rapporto tra questi e l'interesse dell'impresa. La concorrenza è perseguita quale fine di interesse generale, ma recede di fronte ad altri interessi pubblici che nel bilanciamento mobile<sup>50</sup> operato dal legislatore prima e dall'amministrazione poi, vengono ritenuti prevalenti<sup>51</sup>. La libertà del privato a sua volta, si rafforza di fronte agli interessi di rilevanza generale che grazie ad un pervasivo controllo sulla ragionevolezza e sulla proporzionalità delle scelte amministrative, possono determinare una compressione della sfera giuridica dell'impresa solo ove strettamente necessario.

A conclusione analoghe ha condotto l'analisi dei limiti e dei condizionamenti all'iniziativa economica privata dettati da esigenze di tutela dell'ambiente<sup>52</sup>. Anche in questo caso, si è visto, la libertà di iniziativa dell'impresa è significativamente incisa dall'adozione di strumenti di controllo di tipo preventivo, a carattere autoritativo e riconducibili alle misure del *command and control*. Attraverso l'AIA l'amministrazione ha, infatti, il potere di conformare la successiva attività economica che viene così ad assumere per l'autorità amministrativa una rilevanza autonoma rispetto a quella del soggetto a cui ha rilasciato l'autorizzazione. Diversamente da quanto accadeva in passato, in presenza di autorizzazioni conformative dell'attività economica del privato, tuttavia i limiti contenuti nell'AIA non sono funzionali a conseguire interessi di carattere economico,

<sup>49</sup> Cfr. più ampiamente quanto detto al paragrafo 4.2. capitolo III.

<sup>50</sup> Il richiamo è nuovamente alla sentenza della Corte cost. n. 85/2013, cit. In dottrina, BONI, *Le politiche pubbliche dell'emergenza tra bilanciamento e «ragionevole» compressione dei diritti.*, cit.

<sup>51</sup> Sul rilievo e sul significato della concorrenza nel senso qui seguito, M. LIBERTINI, *La tutela della concorrenza nella Costituzione. Una rassegna critica della giurisprudenza costituzionale italiana dell'ultimo decennio*, in «Mercato, concorrenza, regole», 2014, pp. 503 ss.

<sup>52</sup> Sui rapporti tra sviluppo economico e ambiente, in aggiunta alla dottrina citata *supra* al capitolo II, si veda anche M.A. SANDULLI, *Tutela dell'ambiente e sviluppo economico e infrastrutturale: un difficile ma necessario contemperamento*, Relazione al convegno «Ambiente e mercato: quale gerarchia di valori?», Genova, 29-30 ottobre 1999, in «Riv. giur. ed.», 2000, 1, pt. 2, pp. 3 ss.

come la conformazione di un dato mercato. Il potere conformativo dell'amministrazione non si spinge, infatti, a imporre l'uso di tecnologie o di specifiche modalità di produzione come si è visto accadeva ad esempio in materia di autorizzazione alla realizzazione di impianti o nel settore dell'industria estrattiva. Si è quindi di fronte ad un limite che resta esterno e negativo, giustificato cioè dall'esigenza di rendere compatibili lo svolgimento dell'attività economica con le esigenze di tutela ambientale, senza interferenze positive che indirizzino l'attività imprenditoriale.

#### 4.1. *Discrezionalità amministrativa e autonomia dell'impresa tra esigenze di presidi e rischi di ossificazione*

Il secondo elemento di differenziazione rispetto alle forme di intervento sull'iniziativa economica diffuse in passato riguarda il «metodo» alla base delle decisioni dei pubblici poteri che condizionano l'autonomia dell'impresa. L'analisi ha mostrato un cambiamento delle regole in materia di accesso che sono andate ad avvicinarsi a quelle di mercato, oggettive, generali e predeterminate. La discrezionalità amministrativa, in particolare, pur non eliminata<sup>53</sup>, è stata ripensata, grazie alle numerose garanzie e ai presidi introdotti dal legislatore e in alcuni casi, dalle stesse amministrazioni<sup>54</sup>.

Questi cambiamenti hanno riguardato diversi aspetti.

Si è innanzitutto inciso sui requisiti che devono sussistere per l'avvio dell'impresa, che, nel rispetto degli orientamenti eurounitari, sono oggi stabiliti a monte dalla norma, riferiti a chiunque abbia interesse ad iniziare quella specifica attività economica e hanno carattere oggettivo in modo da

<sup>53</sup> In alcuni limitati casi, l'iniziativa economica può esplicarsi previa verifica dei soli presupposti di legge. Il potere è, dunque, vincolato e il contemperamento tra la libertà di impresa e gli altri interessi rilevanti, pubblici e privati, è sottratto all'amministrazione e svolto a monte dal legislatore. Rispetto all'atto autorizzatorio, anche a carattere generale, l'autorità, dunque, non autorizza effettivamente l'attività, ma ratifica la presenza dei requisiti in capo al richiedente necessari per avviare l'attività. È il caso dell'autorizzazione in materia di comunicazioni elettroniche, settore caratterizzato da un modello di accesso c.d. normativo in contrapposizione al precedente modello in vigore basato su un provvedimento amministrativo discrezionale caratterizzato tuttavia, da margini di discrezionalità bassi. Cfr. *supra* capitolo II, § 7 e dottrina ivi citata tra cui in particolare ALI, *Le autorizzazioni generali di reti e servizi di comunicazione elettronica.*, cit.; ARGENTATI, *La libertà di accesso al mercato delle comunicazioni elettroniche tra diritto comunitario e diritto amministrativo nazionale.*, cit., pp. 486 ss.

<sup>54</sup> Sottolinea l'importanza della riduzione della discrezionalità dei pubblici poteri come esempio del cambiamento della loro azione in campo economico M. D'ALBERTI, *Poteri pubblici, mercati e globalizzazioni*, Il Mulino, Bologna, 2008, *passim*.

poter essere oggetto prevalentemente di un mero accertamento da parte dell'amministrazione o al più di una sua valutazione tecnica.

La previsione di parametri predeterminati, uguali per tutti e per quanto possibile oggettivi, consente di ridurre il rischio di effetti protezionistici derivanti dalla presenza di un filtro amministrativo nella fase dell'avvio dell'impresa e rappresenta una difesa contro la possibilità per l'amministrazione di avvantaggiare o svantaggiare con le proprie decisioni uno o più operatori<sup>55</sup>. In questo modo, la selezione delle imprese che, una volta soddisfatti i requisiti di legge e di compatibilità con interessi pubblici non economici, possono entrare nel mercato è sottratta all'amministrazione e rimessa al mercato stesso in attuazione dei principi della libera concorrenza, non discriminazione e parità di trattamento.

Al fine di ridurre l'esercizio arbitrario della discrezionalità amministrativa le discipline in materia di regime amministrativo di avvio dell'impresa prevedono, poi, come si è visto nell'analisi, fasi intermedie di programmazione o di adozione di linee guida da parte dell'amministrazione che si inseriscono, come camera di compensazione, tra la legge e la sua attuazione in via amministrativa. Le stesse amministrazioni, inoltre, anche in assenza di un'espressa previsione normativa, possono decidere di autovincolarsi<sup>56</sup>, adottando normative secondarie come nel caso del rilascio delle autorizzazioni bancarie, in cui la Banca d'Italia detta preventivamente linee guida o istruzioni sulla cui base esercitare il potere di autorizzazione all'avvio dell'attività economica.

Si assiste, in tutte queste ipotesi, ad un'operazione complessa in virtù della quale all'autorità amministrativa titolare del potere di controllo è attribuita una potestà precettiva ampia finalizzata con la successiva attività di programmazione, prima, e di autorizzazione, poi, a tradurre i principi legislativi in parametri di riferimento per l'azione amministrativa<sup>57</sup>. La discrezionalità risulta così, scissa in due momenti di modo che l'autorità titolare del potere di autorizzazione è vincolata dalle regole stabilite dalla precedente fase di programmazione<sup>58</sup>. Il momento della scelta discrezionale

<sup>55</sup> Sebbene nei fatti si è visto, il diniego o il rilascio di una nuova autorizzazione non è indifferente per i *competitor* già presenti sul mercato.

<sup>56</sup> Sul fenomeno e sugli effetti dell'autolimita ad opera delle amministrazioni si rinvia a P.M. VIPIANA, *L'autolimita della pubblica amministrazione: l'attività amministrativa tra coerenza e flessibilità*, Giuffrè, Milano, 1990.

<sup>57</sup> Come già evidenziato con riferimento al rapporto tra autorità di vigilanza e banche nel settore creditizio da TORCHIA, *Il controllo pubblico della finanza privata*, cit., *passim*.

<sup>58</sup> Si vedano al riguardo il caso dell'installazione di impianti di produzione di energia elettrica da fonti rinnovabili o il caso dell'impianto di viti, o ancora quello del commercio e dell'apertura di farmacie.

è spostato ad una fase antecedente a quella del momento operativo e l'amministrazione assume nei confronti dell'iniziativa economica privata, la veste di regolatore, prima ancora che di decisore del caso concreto.

In questo modo, il grado di discrezionalità dell'amministrazione presente nel controllo sulla libera iniziativa economica è ridotto a garanzia dell'impresa senza che la norma perda le necessarie caratteristiche di generalità ed astrattezza particolarmente necessarie nell'ambito della disciplina delle attività economiche in ragione dei cambiamenti rapidi a cui è assoggettato questo settore e dell'elevato tecnicismo richiesto.

Il legislatore ha poi, inciso sulla discrezionalità amministrativa introducendo nei procedimenti di autorizzazione all'avvio di attività economica momenti, anche rafforzati, di partecipazione e confronto tra interessi pubblici e privati coinvolti che una volta ricevuta evidenza in queste sedi devono necessariamente essere presi in considerazione dall'amministrazione nella decisione finale.

Anche qui, analogamente a quanto visto in presenza di fasi aggiuntive di programmazione o di adozione di linee guida che vincolano l'amministrazione nel suo agire futuro, la tecnica normativa che esplicita con un maggior grado di dettaglio le modalità di esercizio del potere e lo circonda di garanzie procedurali, riduce la distanza tra la norma che attribuisce il potere discrezionale all'autorità amministrativa e il concreto esercizio di questo potere da parte dell'amministrazione. La discrezionalità nel momento operativo è, dunque, limitata senza irrigidire troppo lo schema normativo a scapito della sua necessaria astrattezza. Si incide sui mezzi per indirizzare l'azione amministrativa<sup>59</sup>. La legge non conforma direttamente l'azione amministrativa, ma rafforza il procedimento e le garanzie di partecipazione<sup>60</sup>, di modo che la struttura e l'articolazione del procedimento attraverso cui il potere si concreta in atto<sup>61</sup> diventano nodali.

<sup>59</sup> Il procedimento si conquista, anche in questo campo, la funzione di *super legge*, di decisione di secondo grado finalizzata a risolvere i conflitti tra interessi, secondo quanto già osservato da S. CASSESE, *Il sorriso del gatto, ovvero dei metodi nello studio del diritto pubblico*, in «Riv. trim. dir. pubbl.», 2006, pp. 597 ss. Con specifico riferimento al rapporto nodale tra procedimento amministrativo e processo economico, G. NAPOLITANO, *Diritto amministrativo e processo economico*, in «Dir. amm.», 2014, pp. 696 ss.; lo stesso M.S. Giannini indicava nel procedimento il tipo fondamentale di azione dei pubblici poteri in campo economico. Cfr. GIANNINI, *Sull'azione dei pubblici poteri nel campo dell'economia*, cit., pp. 313 ss. e p. 323.

<sup>60</sup> In questo senso già G. MORBIDELLI, *Il principio di legalità i cd. poteri impliciti*, in «Dir. amm.», 2007, pp. 703 ss., spec. pp. 721 ss.

<sup>61</sup> F. BENVENUTI, *Funzione amministrativa, procedimento, processo*, Prolusione al Corso di Diritto amministrativo, Facoltà di Scienze politiche – Università di Padova, 3 dicembre

Sede privilegiata di confronto tra amministrazioni è, si è visto, la conferenza di servizi, oggi ulteriormente valorizzata e prevista in quasi tutti i procedimenti analizzati in sostituzione delle previsioni contenute nelle normative più risalenti che assegnavano una funzione consultiva ad organi collegiali che avevano tuttavia, come conseguenza sfavorevole per l'impresa, quella di assegnare nella decisione un peso determinante a interessi di natura corporativa spesso confliggenti con quello dell'imprenditore.

Il rafforzamento dei momenti di confronto e di partecipazione può produrre tuttavia anche risultati disfunzionali, come è emerso dall'analisi. La possibilità per tutti gli interessati di far valere le proprie ragioni, ad esempio, se da un lato, avvantaggia l'impresa, in quanto soggetto interessato, dall'altro rischia di penalizzarla. Il concreto operare degli istituti sopra richiamati, infatti, determina un rallentamento fisiologico del procedimento, a cui si aggiunge un rallentamento «patologico» dovuto all'uso strumentale degli istituti di partecipazione, sia da parte dei privati, sia da parte delle amministrazioni, per risolvere il quale le riforme che si sono succedute, anche le più recenti,<sup>62</sup> sono riuscite a fare poco.

Il grado di diffusione degli istituti di partecipazione e più in generale delle garanzie procedurali, inoltre, non è uniforme, come dimostra, ad esempio, la disciplina delle crisi bancarie, dove la previsione di limiti pervasivi all'autonomia privata, pur giustificata alla luce dei rilevanti interessi pubblici coinvolti, non è apparsa adeguatamente bilanciata da idonee garanzie procedurali.

#### 4.2. Legge e amministrazione nella disciplina dell'iniziativa economica

*Rules rather than discretion* dunque, ma non solo nel senso di una compressione della discrezionalità amministrativa, quanto piuttosto della sua ridefinizione attorno a norme di legge e a principi *pro mercato* chiari e uniformi. Tra questi in particolare la proporzionalità che diviene, come si ricava anche dalle decisioni giurisprudenziali analizzate, la principale regola

1951, pubblicata in «Riv. trim. dir. pubbl.», 1952, pp. 118 ss.

<sup>62</sup> Emblematici i numerosi interventi che hanno modificato la conferenza di servizi e in particolare le modalità di partecipazione e di decisione al suo interno (solo per citare l'ultimo intervento si veda la circolare n. 4 del 3 dicembre 2018) che con l'obiettivo anche di chiarirne il funzionamento spesso hanno ulteriormente complicato il compito delle amministrazioni. Nel senso che le riforme volte a semplificare rischiano di produrre piuttosto complicazioni, specie per le imprese, PINELLI, *Liberalizzazione delle attività produttive e semplificazione amministrativa. Possibilità e limiti di un approccio giuridico*, cit., p. 355 ss.; TRAVI, *Le complicazioni della semplificazione.*, cit., p. 3 ss.

di coesistenza tra la libertà di iniziativa economica privata e le esigenze di governo dell'economia, ponendosi come strumento essenziale nel dialogo tra libertà di impresa e interessi pubblici tutelati dall'autorità amministrativa che disciplina e regola gli eventi economici<sup>63</sup>.

È sotto l'egida di questo principio che si ricomponde l'equilibrio tra legge e amministrazione nella regolazione dell'iniziativa economica privata dando attuazione concreta alla riserva di legge<sup>64</sup> di cui all'art. 41 della Costituzione e valorizzando il principio di legalità. La ricerca ha mostrato sul punto un quadro significativamente diverso rispetto al passato quando l'avvio dell'attività di impresa era spesso oggetto di discipline generiche prive di garanzie procedurali a favore dell'operatore economico e che assegnavano all'amministrazione ampi poteri di condizionamento della scelta privata. Una tendenza già da tempo contrastata dalla Corte costituzionale nella sua interpretazione della riserva di legge sopra richiamata<sup>65</sup>, ma inizialmente solo in minima parte arginata<sup>66</sup>.

Nei vigenti regimi amministrativi di accesso al mercato, al contrario, l'equilibrio tra legge e amministrazione è ridisegnato in un'ottica più rispettosa delle diverse esigenze in gioco, quelle di garanzia dei privati, quelle di garanzia dell'interesse pubblico e quelle di flessibilità e necessaria astrattezza del dettato normativo rispetto alla concreta attuazione amministrativa<sup>67</sup>. Il recupero della legalità che caratterizza le attuali regolazioni in materia di avvio dell'impresa, infatti, non determina, si è visto, un annichilimento della discrezionalità dell'amministrazione il cui ruolo è, anzi, consapevolmente

<sup>63</sup> F. MERUSI, *La legalità amministrativa. Altri sentieri interrotti*, Il Mulino, Bologna, 2012, pp. 17 ss.

<sup>64</sup> La riserva di legge acquisisce il ruolo di principio cardine da rispettare per fissare limiti alla libertà dell'impresa nella fase iniziale dell'attività. La valorizzazione della riserva di legge contenuta nel secondo comma dell'art. 41 consente di compensare la genericità del concetto di utilità sociale richiesto per i controlli previsti dalla norma. Sottolineano questi aspetti DE CARLI, *Costituzione e attività economiche*, cit., pp. 28 ss.; S. FOIS, *Ancora sulla riserva di legge e la libertà economica privata*, in «Giur. cost.», 1954, III, pp. 1257 ss.

<sup>65</sup> Secondo l'interpretazione che da un certo momento in poi è stata fatta propria dalla Corte costituzionale (a partire dalla nota sentenza del 24 giugno 1961, n. 35), il legislatore non può limitarsi ad adottare discipline generiche che assegnino il potere di intervento ad una amministrazione, ma deve disciplinare nel merito, i modi e i criteri in base ai quali l'autorità amministrativa potrà concretamente applicare la limitazione all'iniziativa economica.

<sup>66</sup> In senso critico, già AMATO, *La nuova costituzione economica*, cit., 1998, p. 20.

<sup>67</sup> Con il rischio che «mura usate per proteggere possono tuttavia diventare una prigione» come ricordato già da CASSESE, *Stato ed economia. Il problema storico*, cit., pp. 45 ss. In senso analogo, questa volta con specifico riferimento alla riserva di legge, già BACHELET, *Legge attività amministrativa e programmazione economica*, cit., pp. 34 ss., il quale ha evidenziato il rischio che la riserva di legge possa trasformarsi in una «trappola».

mantenuto<sup>68</sup>. Si evita così di incorrere nell'errore di privilegiare soluzioni predeterminate e apparentemente certe che prescindono dal gioco degli interessi<sup>69</sup> e ne effettuano una astratta quanto ingiustificata gerarchizzazione<sup>70</sup>. Grazie alla discrezionalità dell'amministrazione e all'individuazione attraverso essa dell'«interesse essenziale»<sup>71</sup> e degli altri interessi cui questo è ordinato, è infatti possibile individuare lo spazio massimo che, secondo il principio di proporzionalità, può e deve essere lasciato alla libertà del privato, costituzionalmente garantita, di iniziare un'attività economica<sup>72</sup>. Questa libertà, inizialmente considerata quale mera aspettativa del privato ad un provvedimento discrezionale favorevole dell'amministrazione<sup>73</sup> assume oggi

<sup>68</sup> La riduzione della quota di discrezionalità dell'amministrazione non ha determinato una perdita di rilevanza del ruolo dei pubblici poteri nell'economia, nella specie, nella fase di avvio dell'attività di impresa. I pubblici poteri nel regolare la fase dell'iniziativa economica privata si vanno ad inserire in una trama complessa di rapporti che non investe più solo il titolare del potere e il privato destinatario, in quanto coinvolge una pluralità di interessi, non solo pubblici, ma anche privati. Questa trama di relazioni e questa complessità di interessi è governata da discipline diverse da settore a settore che rimandano, ancora oggi in modo rilevante, all'amministrazione l'importante ruolo di darvi concreta attuazione.

<sup>69</sup> La funzione amministrativa è per definizione contemperamento di interessi, bilanciamento e soluzione dei conflitti che si pongono tra interessi primari e interessi secondari. Quando l'amministrazione interviene a limitare l'attività economica privata con propri provvedimenti inevitabilmente deve tenere conto di questi interessi: di quello dell'imprenditore, di quello degli utenti o consumatori, di quelli del paesaggio, della salute o del governo del territorio. Anche quando le vengono in soccorso norme tecniche, queste richiedono di essere ben calate nella realtà senza mai poter essere separate dal «gioco degli interessi». In argomento, F. SALVIA, *La permeabilità della tecnica agli interessi e la sua diversa incidenza nei processi decisionali*, in *Studi economico-giuridici dell'Università di Cagliari (2003-2004)*, *In memoria di Franco Ledda*, vol. II, Giappichelli, Torino, 2004, pp. 1091 ss. L'idea che la scienza e la tecnica utilizzate dall'amministrazione non possano comunque mai essere pienamente asettiche e neutre era già stata sviluppata in ID., *Considerazioni su tecnica e interessi*, in «Dir. pubbl.», 2002, pp. 603 ss.

<sup>70</sup> Solo all'amministrazione, infatti, deve spettare il compito di contemperare in concreto gli interessi coinvolti. Per tutti, sul tema, M.S. GIANNINI, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione: concetto e problemi*, Giuffrè, Milano, 1939, ora in *Scritti*, vol. I, Giuffrè, Milano, 2000. Del resto la sicurezza di soluzioni predeterminate, certe, che gerarchizzano gli interessi, quando più interessi di pari dignità entrano tra loro in conflitto, rappresenta una sicurezza solo apparente. L'incertezza, come è stato ricordato, è un elemento che inevitabilmente scaturisce dalla complessità che caratterizza l'attuale società. Così, L. TORCHIA, *Lontano dal giuspositivismo: incertezza, sicurezza, fiducia*, in «Giorn. dir. amm.», 2017, 2, pp. 171 ss.

<sup>71</sup> Citando nuovamente GIANNINI, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione.*, cit.

<sup>72</sup> Così, FOIS, *Ancora sulla riserva di legge e la libertà economica privata.*, cit., p. 1256.

<sup>73</sup> L'iniziativa economica privata era vista, in particolare, come un'istituzione residuale il cui mantenimento era derivante dal carattere convenzionale o di compromesso della

contenuti e rilevanza nuovi<sup>74</sup>. Non più libertà minore suscettibile di essere conculcata senza particolari cautele e garanzie dall'amministrazione<sup>75</sup>, ma libertà regolata<sup>76</sup>, al pari delle altre libertà costituzionali. Non dunque, libertà di iniziare l'attività in totale assenza di limiti o controlli, ma libertà da indebite e arbitrarie ingerenze del pubblico potere<sup>77</sup>.

Ne consegue che nella fase di iniziativa economica, l'impresa nei confronti dei pubblici poteri non è più in una posizione di soggezione, ma è titolare di una sostanziale autonomia<sup>78</sup> che si realizza con la scelta del soggetto di chiedere e di promuovere l'adozione di un provvedimento amministrativo ad esso favorevole<sup>79</sup>, accettando di soggiacere ai limiti che l'ordinamento

---

nostra Costituzione. In questi termini, SPAGNUOLO VIGORITA, *L'iniziativa.*, cit., p. 28.

<sup>74</sup> Un ruolo nodale secondo M. DUGATO, *Diritto dell'amministrazione e mercati*, in *Diritto amministrativo e Corte costituzionale*, a cura di G. DELLA CANANEA, M. DUGATO, ESI, Napoli, 2006, p. 55, il quale qualifica la libertà di iniziativa economica come «principio attivo di propulsione dell'attività del legislatore e limite alle tentazioni di onnipotenza dello Stato imprenditore».

<sup>75</sup> L'iniziativa economica privata era vista, in particolare, come un'istituzione residuale il cui mantenimento era derivante dal carattere convenzionale o di compromesso della nostra Costituzione. In questi termini, SPAGNUOLO VIGORITA, *L'iniziativa.*, cit., 28; in senso analogo anche CASSESE, *La nuova Costituzione economica.*, cit.

<sup>76</sup> CORSO, *Attività economica privata e deregulation.*, cit., pp. 629 ss.

<sup>77</sup> Tornano attuali le parole di Giuliano Amato il quale osservava: «la libertà economica è un Giano bifronte che ingloba a sé sommandoli i caratteri tipici delle libertà individuali e quelli del *munus* nell'interesse collettivo». Così, G. AMATO, *Introduzione*, in G. AMATO, *Il governo dell'industria*, Bologna, Il Mulino, 1972, p. 29.

<sup>78</sup> Intesa, conformemente alla configurazione datane in dottrina, non come libertà totale, ma come una posizione necessaria di libertà e autodeterminazione di un soggetto in un ordinamento. In questo senso si veda M.S. GIANNINI, *Autonomia (Saggio sui concetti di autonomia)*, in *Scritti giuridici*, vol. III, Giuffrè, Milano, 2003, pp. 343 ss., spec. p. 374 (già in «Riv. trim. dir. pubbl.», 1951, pp. 851 ss.).

<sup>79</sup> La scelta relativa alla modalità di esplicazione del potere correlato alla libera iniziativa economica è riferibile in via esclusiva, al titolare della sfera giuridica soggettiva, nel senso che la decisione se intraprendere l'attività spetta solo al privato. Si conferma dunque, l'intangibilità e l'indisponibilità del momento iniziale della scelta privata: l'iniziativa e la titolarità dell'operazione economica rimangono private e il privato imprenditore non cura direttamente l'effettiva soddisfazione dell'interesse pubblico. L'autonomia privata tuttavia, quale posizione giuridica non compiuta e perfetta in sé, quale valore non superiore ad altri, è suscettibile di essere bilanciata e temperata con gli altri interessi rilevanti. Il carattere relazionale dell'autonomia privata, anche in assenza di una contrapposizione con interessi pubblici è stato evidenziato da tempo dalla dottrina. Cfr. M. NIGRO, *Formazioni sociali, poteri privati e libertà del terzo*, in «Pol. dir.», 1975, pp. 579 ss.; C.M. BIANCA, *Le autorità private*, Jovene, Napoli, 1977; L. BIGLIAZZI GERI, *Osservazioni minime su poteri privati e interessi legittimi*, in «Riv. giur. lav.», 1981, 4-5, pt. 1, pp. 259 ss.

ha preventivamente fissato<sup>80</sup> in ragione di esigenze di tutela dell'interesse pubblico e, si è visto, di interessi privati di categoria, al fine di ottenere dei benefici che gli sarebbero altrimenti preclusi. Da soggetto «amministrato», investito unicamente di obblighi nei confronti dell'amministrazione, l'impresa diviene soggetto beneficiario dell'intervento pubblico<sup>81</sup>, titolare di specifiche preferenze e della capacità di ordinarle gerarchicamente, che vede rafforzato il diritto a prestazioni positive nei confronti della pubblica amministrazione. In conseguenza del carattere neutrale rispetto agli interessi privati in gioco e giustiziale<sup>82</sup> in virtù delle garanzie procedurali e giurisdizionali riconosciute nei confronti della discrezionalità<sup>83</sup>, il potere pubblico con il quale l'impresa si confronta, assume oggi rilevanza quale «risorsa pubblica» a cui l'operatore economico può scegliere di attingere e che gli consente l'esercizio di diritti di azione, attivabili in conseguenza dell'ottenimento del provvedimento amministrativo.

Il rafforzamento della libertà di iniziativa economica privata che si realizza a fronte del mantenimento dell'intervento pubblico<sup>84</sup>, attraverso la

<sup>80</sup> Limiti che si giustificano in conseguenza del fatto che l'autonomia privata non viene esclusivamente assunta come manifestazione di libertà, ma anche come manifestazione di potere rispetto alla quale occorre garantire tanto il rispetto di limiti di ordine pubblico e la tutela di interessi pubblici, quanto la tutela di altri interessi privati.

<sup>81</sup> Considerando non solo i destinatari diretti dei provvedimenti di autorizzazione, ma anche gli operatori economici investiti in via indiretta degli effetti del provvedimento, l'intervento pubblico risulta auspicato, se non addirittura, sollecitato. Non solo. Il privato può iniziare una nuova intrapresa immettendosi in un mercato con il vantaggio di gestire le variabili economiche (dalla competitività, allo sviluppo tecnologico) sotto la guida del pubblico potere che viene ad operare come guida e come punto di riferimento. E, in funzione di questo risultato, si assiste, come è stato osservato, alla «spontanea rinuncia ad una parte di libertà». F. SALVIA, *Il mercato e l'attività amministrativa*, in «Dir. amm.», 1994, 4, pp. 523 ss.

<sup>82</sup> Sul carattere giustiziale del potere che connota le attuali amministrazioni, anche nei confronti delle imprese, si rinvia a B. SORDI, *Al di là del nesso autorità e libertà: i nuovi sentieri della divisione dei poteri*, in *Al di là del nesso autorità/libertà: tra legge e amministrazione*, a cura di S. PERONGINI, Giappichelli, Torino, 2017, pp. 11 ss.

<sup>83</sup> Le regole oggettivizzate divengono uno strumento, un mezzo per favorire i comportamenti che aumentano il benessere complessivo e, di converso, per disincentivare gli altri. In questo senso, F. DENOZZA, *Regole e mercato nel diritto neoliberale*, in *Regole e mercato*, a cura di M. RISPOLI FARINA, A. SCIARRONE ALIBRANDI, E. TONELLI, vol. II, Giappichelli, Torino, 2017, pp. XV ss.

<sup>84</sup> Un governo pubblico dell'economia è presente in diverso grado e con diversi caratteri in tutti i sistemi capitalistici. Ubbidisce ad uno stato di necessità dell'economia capitalistica incapace, come dimostrato storicamente, di autogovernarsi secondo i meccanismi spontanei del mercato e inidoneo da solo a garantire uno sviluppo economico equilibrato. Di qui l'importanza e, in alcuni casi, la necessità di un intervento dei pubblici poteri che riduce gli spazi della libertà di iniziativa economica privata inserita necessariamente in un sistema

valorizzazione di un metodo garantista di azione che il pubblico potere deve seguire per la realizzazione degli interessi potenzialmente incisi dalla scelta del privato di avviare un'attività ed entrare nel mercato e il corrispondente rafforzamento delle garanzie di cui il privato può beneficiare<sup>85</sup>, determina, inoltre, un'inversione di tendenza rispetto alla prospettiva sottesa all'art. 41 della Costituzione. La libertà di iniziativa economica da oggetto di limiti pubblicistici diviene essa stessa limite al potere amministrativo di controllo<sup>86</sup>. Il rafforzamento degli strumenti di protezione giuridica dei destinatari del provvedimento amministrativo consente di mettere a fuoco e di rafforzare le situazioni giuridiche soggettive degli operatori impedendo che l'esercizio del potere pubblico di regolazione dell'iniziativa economica privata si traduca nel prevalere incondizionato dell'interesse pubblico su quelli privati.

In quest'ottica, lo schema autorità-libertà, tradizionalmente utilizzato per descrivere i rapporti tra privato e autorità amministrativa nella fase dell'iniziativa economica, facendo con esso riferimento ad un insanabile contrasto tra i due poli, risulta ormai in larga parte superato<sup>87</sup>. In primo

di pubblico governo dell'economia. La libertà di iniziativa economica si svolge nel quadro stabilito dai pubblici poteri, ma ciò non modifica la natura di questa libertà che equivale a quella delle altre libertà costituzionalmente garantite. In questo senso F. SALVIA, *op. ult. cit.*  
<sup>85</sup> Sulla centralità delle garanzie del procedimento amministrativo nei rapporti tra impresa e amministrazione, appaiono interessanti alcune pronunce più risalenti della Corte costituzionale nelle quali, con riferimento a provvedimenti pubblici di intervento nell'economia, limitativi dell'iniziativa economica privata, la Corte ha individuato in alcuni «aggiustamenti procedurali» (quali la partecipazione di esperti all'iter formativo degli atti amministrativi limitativi della libertà di iniziativa economica o la partecipazione attraverso commissioni consultive di elementi rappresentativi delle organizzazioni di categoria o ancora il meccanismo di concerto fra più ministri) limiti sufficienti a circoscrivere la discrezionalità amministrativa dell'amministrazione. In questo senso, Corte cost., 8 luglio 1957, n. 103; 30 dicembre 1958, n. 4; 14 luglio 1958, n. 52.

<sup>86</sup> Si sviluppano qui alcune considerazioni svolte da TONOLETTI, *Accesso alle infrastrutture.*, cit., p. 3. In quest'ottica, già NAPOLITANO, *Regole e mercato.*, cit., p. 98.

<sup>87</sup> Come osservato da B.G. MATTARELLA, *Il rapporto autorità-libertà e il diritto amministrativo europeo*, in «Riv. trim. dir. pubbl.», 2006, pp. 909 ss., l'affermazione di maggiori garanzie normative e la corrispondente riduzione della discrezionalità si traducono nell'avanzare del momento della libertà a scapito del momento dell'autorità. Molto interessanti sul tema con un focus sul provvedimento amministrativo transnazionale, le osservazioni di L. DE LUCIA, *Evoluzione del rapporto autorità/libertà: il provvedimento amministrativo transnazionale nell'Unione europea*, in Associazione italiana dei professori di diritto amministrativo, *Annuario 2011, L'atto autoritativo. Convergenze e divergenze tra ordinamenti*, 2012, ES, Napoli, pp. 353 ss. L'inadeguatezza dello schema dicotomico che intende autorità-libertà come due forze che hanno diversi centri di appoggio e di espansione, ciascuna delle quali tende a comprimere e ridurre l'altra, è stata ampiamente dimostrata con l'affermazione delle autorità indipendenti, in considerazione della peculiarità dei poteri, nella specie quelli di regolazione, esercitati nei confronti delle imprese. Sul rapporto tra autorità e libertà si rinvia per tutti a M.S. GIANNINI,

luogo, perché, come più volte ricordato, l'aumento delle garanzie procedurali a favore dell'impresa e i presidi introdotti nei confronti della discrezionalità determinano un avanzamento del momento della libertà a scapito di quello dell'autorità. In secondo luogo, perché la relazione tra autorità amministrativa e impresa privata e tra autorità e libertà è oggi molto più vicina ad uno scambio piuttosto che ad un conflitto. Le esigenze dell'autorità e quella di libertà e autonomia collaborano nei numerosi momenti di partecipazione al procedimento<sup>88</sup> spesso previsti anche in via di prassi amministrative, e contribuiscono, pur senza eliminarlo, a ridurre di molto<sup>89</sup> il momento autoritativo del potere (nonché il suo carattere unilaterale<sup>90</sup>).

---

*Lezioni di diritto amministrativo*, vol. I, Giuffrè, Milano, 1950, p. 71 che parla al riguardo di «sociologia dinamica» sottolineando il rapporto dialettico tra i due poli.

<sup>88</sup> La procedimentalizzazione dell'attività amministrativa sostituisce ad un modello in cui il cittadino partecipava al processo politico, obbediva al comando dell'amministrazione e ricorreva al giudice per difendere le sue ragioni, uno schema d'azione amministrativa in cui i tre momenti si intrecciano in un *unicum* e assicurano maggior tutela al cittadino, ma anche maggiore legittimazione alle decisioni amministrative. Sull'importanza della procedimentalizzazione dall'azione amministrativa con riferimento alla posizione del cittadino e al potere pubblico, cfr. L. TORCHIA, *Diritto amministrativo, potere pubblico e società nel terzo millennio o della legittimazione inversa*, in *Il diritto amministrativo oltre i confini. Omaggio degli allievi a Sabino Cassese*, Giuffrè, Milano, 2008, pp. 49 ss. In termini analoghi anche G. CORSO, *Il cittadino e l'amministrazione: nuove tendenze del sistema italiano*, in «Reg. e gov. loc.», 1989, 1, pp. 5 ss. Come osservato dall'A. partecipare ad un processo di decisione a conclusione del quale le scelte verranno prese dall'amministrazione «offre una sorta di compensazione che rende accetta la decisione e la legittima».

<sup>89</sup> La normazione in materia economica, si è visto, diviene una normazione più tecnica, che applica criteri specialistici e oggettivi e che riduce così il margine di scelta e di discrezionalità dell'autorità. In questo modo, l'economia priva lo Stato del potere di scegliere fini arbitrari e gli impone di perseguire il fine dello sviluppo economico che a sua volta, impone il rispetto di regole tecniche.

<sup>90</sup> Si pensi ai casi analizzati (e in particolare al rilascio dell'autorizzazione bancaria), in cui il consenso del destinatario assume la rilevanza di elemento essenziale del provvedimento, sebbene non formalizzato, e la decisione amministrativa, pur restando unilaterale, è il risultato di una trattativa con una pluralità di attori e, in ultimo, di un inevitabile compromesso tra interessi divergenti e in potenziale conflitto. Nei settori studiati, si è visto come in alcuni casi il momento autoritativo può considerarsi in verità solo 'apparente' in quanto la decisione finale rappresenta di fatto, la risultanza logica degli incontri e delle trattative avvenute in sede di consultazione o di contrattazione programmata. Si conferma così l'insufficienza del solo strumento autoritativo nel governo dell'economia, aspetto evidenziato già da G. AMATO, *Gli strumenti di programmazione e i privati*, in *Aspetti privatistici della programmazione economica: atti della tavola rotonda tenuta a Macerata nei giorni 22-24 maggio 1970*, Giuffrè, Milano, 1971, vol. I, pp. 145 ss.

#### 4.3. *Il rafforzamento della posizione giuridica dell'impresa alla prova dell'attuazione*

Il rafforzamento del ruolo della legge nel dettare le linee guida principali per l'agire amministrativo e allo stesso tempo la ridefinizione della discrezionalità, secondo l'equilibrio sopra descritto, non avvantaggiano solo il privato, cui sono garantite maggiore pubblicità, generalità e certezza<sup>91</sup>, ma anche l'amministrazione. Questa beneficia di un ausilio nel ridurre il margine di errore della propria azione e di conseguenza limita i rischi di responsabilità che spesso frenano l'agire amministrativo, senza però essere relegata al ruolo di mera esecutrice di norme di legge eccessivamente dettagliate.

Nei fatti, tuttavia, non sempre questo equilibrio tiene. Riforme inadeguate, a volte prive di un disegno organico, che si succedono a ritmi spesso incalzanti<sup>92</sup>, mettono in difficoltà l'amministrazione<sup>93</sup>. Le novità legislative che nascono dal corpo politico, sollecitate da spinte e interessi di segno diverso, appaiono a volte così complesse o slegate dalla realtà degli apparati amministrativi che le amministrazioni sono pressoché incapaci a darne un'attuazione efficiente ed efficace<sup>94</sup>. In questo quadro, come emerso

<sup>91</sup> Elementi riconosciuti, da tempo, come indispensabili per la sicurezza delle previsioni dell'operatore economico e per il concreto esercizio della sua libertà di iniziativa e dunque fondamentali nelle previsioni normative. In questo senso, V. BACHELET, *Legge e attività amministrativa nella programmazione economica*, in «Giur. cost.», 1961, pp. 904 ss., ora in *Legge e attività amministrativa nella programmazione economica*, Giuffrè, Milano, 1975, p. 9. Cfr. anche A. KEMP, *I concetti di intervento e di discrezionalità dell'amministrazione*, in «Il politico», 1957, pp. 539 ss.

<sup>92</sup> Critici su questo atteggiamento del legislatore TONOLETTI, *Fuga dal regolamento.*, cit. pp. 389 ss.; CASSESE, *Sulla buona amministrazione.*, cit.; DE BENEDETTO, *Diritto amministrativo e crescita economica.*, cit., pp. 189 ss.

<sup>93</sup> Il diritto amministrativo come limite all'intervento pubblico nell'economia, dunque, sebbene si confermi centrale nel regolare l'azione dell'amministrazione anche e soprattutto a garanzia del privato, dall'altro, evidenzia alcune debolezze rese evidenti dal modo in cui il legislatore, ma anche il giudice, sono intervenuti su alcuni istituti come la SCIA o la conferenza di servizi. Sul tema le riflessioni di NAPOLITANO, *Diritto amministrativo e processo economico*, cit., pp. 695 ss., (spec.p. 708 con specifico riferimento al ruolo svolto dalla legge n. 241 del 1990). Cfr. anche M. D'ALBERTI, *Il diritto amministrativo fra imperativi economici e interessi pubblici*, in «Dir. amm.», 1/2008, pp. 51 ss., sulla rilevanza del diritto amministrativo nel disciplinare le libertà economiche in contrasto con le tesi più favorevoli al *common law* (A.V. Dicey, *An introduction to the Study of The Law of the Constitution*, 1885, London, 1959, 10° ed.; di F.A. Hayek, *Law, Legislation and Liberty*, I, *Rules and Order*, Chicago, 1973).

<sup>94</sup> Da ultimo su queste problematiche S. CASSESE, *Cosa resta dell'amministrazione pubblica?*, in «Riv. trim. dir. pubbl.», 2019, 1, pp. 1 ss., spec. p. 8.

in materia di semplificazione e di riforma SUAP, l'amministrazione «tende a difendersi più che a fare»<sup>95</sup>, si preoccupa di assumere una decisione diversa da un provvedimento di diniego<sup>96</sup> e sembra reclamare essa stessa un compito di sola esecuzione<sup>97</sup> di discipline di cui auspica un sempre maggior grado di precisione e dettaglio<sup>98</sup>.

A queste ipotesi di ridotta *compliance* dell'amministrazione si aggiungono poi, i numerosi casi, pure emersi nei capitoli di analisi, in cui l'amministrazione fa uso della propria discrezionalità per perseguire interessi egoistici secondo un modello, quello dell'attore razionale, ormai da tempo utilizzato negli studi di analisi economica del diritto pubblico per spiegare i comportamenti delle moderne amministrazioni<sup>99</sup>. La logica appropriativa, ricordata all'inizio del lavoro come logica diffusa in passato è quindi ancora presente nell'indirizzare l'operato di molte amministrazioni che usando strumentalmente l'interesse generale – dalla tutela dell'ambiente, a quella del territorio – tutelano in verità, interessi particolari con effetti negativi nei confronti dell'impresa e dello sviluppo economico. Si pensi, ad esempio, al

<sup>95</sup> Come osservato dal Presidente del Consiglio di Stato, Alessandro Pajno, nella relazione tenuta in occasione della cerimonia di inaugurazione dell'anno giudiziario a Roma, Palazzo Spada, il 31 gennaio 2017. Sulla rilevanza di questo fenomeno si vedano i dati contenuti in S. BATTINI, F. DE CAROLIS, *L'amministrazione si difende*, in «Riv. trim. dir. pubbl.», 2019, 1, pp. 293 ss.

<sup>96</sup> I funzionari pubblici poco o non adeguatamente preparati di fronte a norme, spesso complesse, e modifiche normative che entrano in vigore a distanza anche di pochi mesi le une dalle altre, fanno fatica a decidere, e temono le responsabilità civili connesse alla decisione. L'importanza per una migliore attuazione amministrativa di investire di più sulla formazione dei dipendenti della pubblica amministrazione quale antidoto alla cattiva amministrazione è stata più volte richiamata dalla scienza giuridica, sia in passato che in tempi più recenti. In questo senso, S. CASSESE, *A che serve la formazione dei dipendenti pubblici?*, in «Pol. dir.», 1989, pp. 431 ss.; Id., *Formazione dei pubblici dipendenti e riforma amministrativa*, in «Riv. trim. dir. pubbl.», 1976, pp. 227 ss.; G. MELIS, *Le culture della pubblica amministrazione*, in *Attraversare i confini del diritto*, a cura di L. TORCHIA, Il Mulino, Bologna, 2016, pp. 151 ss.; M. RAMAJOLI, *Quale cultura per l'amministrazione pubblica?*, Relazione al Convegno «Verso le carriere amministrative», Roma, 19-20 gennaio 2017, in «Giorn. dir. amm.», 2017, 2, pp. 187 ss.

<sup>97</sup> Con conseguenze estremamente negative. Su questi problemi S. CASSESE, *L'imbutto dello Stato inefficiente*, articolo pubblicato su «Il Corriere della Sera» del 3 gennaio 2017.

<sup>98</sup> Il recupero della discrezionalità tecnica, se da un lato è sorretto dall'esigenza di lasciare all'amministrazione un margine di discrezionalità presidiato dal ricorso a dati tecnico-scientifici, dall'altro può creare problemi nella pratica operativa delle amministrazioni sempre più caratterizzate da una patologica assenza di personale con competenze tecniche in favore di funzionari con competenze generalistiche privi delle conoscenze e dell'esperienza necessarie. Il problema è stato ampiamente evidenziato da G. MELIS, *Burocrazia*, Il Mulino, Bologna, 2003, *passim*.

<sup>99</sup> NAPOLITANO, ABRESCIA, *L'analisi economica del diritto pubblico.*, cit.

cattivo uso che è stato fatto della conferenza di servizi rispetto al quale si è assistito ad una vera e propria eterogenesi dei fini. Un istituto caratterizzato dalla doppia anima della semplificazione e del confronto ai fini di una decisione condivisa che si è, nei fatti, trasformato in un meccanismo di dilazione, se non di blocco, delle decisioni amministrative<sup>100</sup>. Tutto ciò riduce notevolmente l'effettività delle riforme e l'operatività dei principi della nuova costituzione economica<sup>101</sup> riportando l'impresa a rivestire in concreto una posizione di soggezione e di incertezza nei confronti del potere amministrativo, che invece le nuove regole di liberalizzazione e semplificazione delle attività economiche miravano a superare.

### *5. La necessità dello Stato e la resilienza del mercato nella disciplina dell'economia dopo la crisi*

Alla luce di quanto sin qui emerso dall'analisi è ora possibile svolgere alcune riflessioni su come si configura nell'attuale periodo storico il rapporto tra Stato e mercato e di come su di esso abbia inciso la crisi economica del 2008. I due poli, è noto, sono stati tradizionalmente posti tra loro in termini di antinomia. L'approccio dicotomico, pur non completamente privo di fondamento, si scontra tuttavia, come l'indagine ha confermato, con la realtà degli ordinamenti<sup>102</sup>. La possibilità di contrapporre Stato e mercato,

---

<sup>100</sup> Sebbene, rispetto al passato, il rischio che le amministrazioni vengano «catturate» dai portatori degli interessi di categoria è minore in ragione della scomparsa degli organismi corporativi nella fase di adozione del provvedimento.

<sup>101</sup> Intendendola non solo come costituzione formale ma come comprendente le leggi, le prassi applicative e appunto il ruolo delle amministrazioni.

<sup>102</sup> Ciò è evidente se si guarda all'esperienza italiana. Se lo Stato inizialmente disciplinava l'economia, ma non vi interveniva, costruendo il mercato senza esserne il protagonista, a partire dagli anni venti dello scorso secolo, anche in reazione alla crisi del 1929, il ruolo pubblico nell'economia è radicalmente cambiato, sia in termini quantitativi, sia in termini qualitativi, divenendo forte e diffuso, assumendo dapprima finalità principalmente protettive nei confronti delle imprese, in particolare dopo la crisi citata, per poi passare, a partire dagli anni cinquanta, anche a finalità di indirizzo dello sviluppo economico complessivo e di governo dell'economia. A questo lungo ciclo storico che ha visto l'espansione del ruolo dello Stato è succeduto un ciclo di circa tre decenni in cui si sono affermati con maggior forza i principi del libero mercato. A questa fase, si sta sostituendo oggi un nuovo corso, in cui torna ad affacciarsi l'esigenza dell'intervento dello Stato, quale correttivo necessario, ma passeggero, e non invece come un nuovo schema di riferimento generale. Su questo ruolo L. TORCHIA, *Diritto ed economia fra Stati e mercati*, ES, Napoli, 2016. Per una rassegna degli strumenti di intervento pub-

sino a postulare la capacità di quest'ultimo di autoregolarsi, ragionando in termini quantitativi secondo uno schema di *zero sum game*, tale per cui alla crescita dello Stato corrisponde necessariamente una riduzione del mercato e viceversa, sembra esistere infatti solo in teoria<sup>103</sup>. L'attribuzione a priori di determinate capacità o funzioni allo Stato o al mercato appare dunque, più ideologica che realistica<sup>104</sup>.

blico in economia nell'ordinamento italiano dall'unità d'Italia sino ai giorni nostri, che consente di ripercorrere anche il diverso atteggiarsi nel tempo del rapporto tra Stato e mercato, si rinvia a F. MERUSI, *La disciplina pubblica delle attività economiche nei 150 anni dell'unità d'Italia*, Relazione al Convegno «Il contributo del diritto amministrativo in 150 anni di unità d'Italia», Napoli, 6 dicembre 2011, in «Diritto e società», 2012, 1, pp. 93 ss. Un approfondimento, da un punto di vista di storia del diritto, di come si è atteggiato nei diversi periodi l'intervento dello Stato nell'economia è contenuto nei contributi raccolti in G. TONIOLO (a cura di), *L'economia italiana 1861-1940*, Roma-Bari, Laterza, 1978; cfr. anche A. MORTARA (a cura di), *Il settore pubblico dell'economia. Dati e notizie 1970-74*, Milano, Franco Angeli, 1976. Con riferimento all'aumento consistente di misure pubbliche nella c.d. «età giolittiana», G. CAROCCI, *Giolitti e l'età giolittiana. Dall'inizio del secolo alla prima guerra mondiale*, Torino, Einaudi, 1961. Con riferimento all'intervento pubblico nell'economia dopo il primo conflitto bellico, P. FRASCANI, *Politica economica e finanza pubblica in Italia nel primo dopoguerra 1918-1922*, Napoli, Giannini, 1975; G. TONIOLO, *L'economia dell'Italia fascista*, Roma-Bari, Laterza, 1980; G. GUALERNI, *Industria e fascismo: per una interpretazione dello sviluppo economico italiano tra le due guerre*, Milano, Vita e pensiero, 1976; con riferimento, infine, all'intervento pubblico nella disciplina del mercato dopo la seconda guerra mondiale, S. SETTA, *Croce, il liberalismo e l'Italia postfascista*, Roma, Bonacci, 1979; C. DANEO, *La politica economica della ricostruzione 1945-1949*, Torino, Einaudi, 1972.

<sup>103</sup> Si conferma l'impossibilità di porre i due elementi in termini di stretta alternatività o di necessario contrasto. Già da tempo è stato osservato, infatti, come la contrapposizione tra i due poli sia una semplificazione erronea. Così, S. CASSESE, *Stato e mercato dopo privatizzazioni e deregulation*, in «Riv. trim. dir. pubbl.», 1991, p. 380. La stessa terminologia usata appare spesso fuorviante: la presenza di una disciplina pubblicistica è descritta come «ingerenza» con una valenza del termine non neutra, ma negativa, volta ad evidenziare un'appropriazione da parte dei pubblici poteri di un ruolo che non competerebbe a loro, ma all'operare delle libere forze di mercato. In senso conforme, con riferimento specifico alla materia del controllo delle attività finanziarie si vedano le riflessioni critiche di TORCHIA, *Il controllo pubblico.*, cit., pp. 427-428.

<sup>104</sup> La prospettiva dicotomica è, dunque, inficiata dal fatto di fondarsi più sulla prospettazione di schemi precettivi ed interpretativi che non sui risultati dell'esperienza reale. Come ben sintetizzato da TORCHIA, *Il controllo pubblico.*, cit., p. 418, «[i]l dibattito sulla disciplina costituzionale dell'economia sembra avere in Italia, un andamento ciclico, spesso più in corrispondenza delle opzioni ideologiche contingentemente prevalenti, che non in ragione di mutamenti e trasformazioni nell'economia reale. La discussione quindi finisce per essere polarizzata intorno a contrapposizioni (programmazione e mercato, pubblico e privato, regolazione e deregolazione) che sono tali più sul piano delle ideologie che sul piano della realtà come viene ricorrentemente dimostrato dalle ricerche di storia

L'analisi condotta ha confermato questa lettura. Come si è visto, infatti, nei settori analizzati, a fronte dell'affermazione della libertà di iniziativa economica e delle istanze *pro mercato* della liberalizzazione e della semplificazione, non si è assistito ad una vera 'ritirata' dello Stato, quanto piuttosto ad un suo «riposizionamento»<sup>105</sup>. La produzione di regole che disciplinano il momento di accesso al mercato ha mantenuto la sua rilevanza ed anzi, in alcuni casi, è aumentata<sup>106</sup> e è sviluppata settorialmente, ramificandosi.

Si tratta, tuttavia, di una regolazione priva di carattere intrusivo e finalità protezionistiche<sup>107</sup>, e caratterizzata, invece, dal ricorso a criteri trasparenti

economica e dagli studi dedicati all'intervento pubblico in economia». Pensiero ribadito anche in seguito alla crisi economico-finanziaria iniziata nel 2008, che ha ulteriormente confermato l'impossibilità e l'inutilità di ragionare ancora in termini di alternativa tra Stato e mercato avendo entrambi fallito. EAD., *Stati e mercati alle soglie del terzo millennio*, Testo della relazione svolta durante le «Giornate di studi in onore di Guido Corso. Il cittadino e la pubblica amministrazione», Palermo, 12-13 dicembre 2014. In senso analogo già G. PASTORI, *La pubblica amministrazione e l'impresa nella normazione e nella produzione di beni e servizi*, in «Il diritto dell'economia», 1990, 1, pp. 51 ss.; U. POTOTSCHNIG, *Poteri pubblici e attività produttive*, *ibidem*, 1990, pp. 33 ss.; AMATO, *Il mercato nella costituzione (1991)*, cit., pp. 7 ss.

<sup>105</sup> M. HILGERS, *The Historicity of the Neoliberal State*, 20 *Social Anthropology*, 2012, p. 80.

<sup>106</sup> L'iniziativa economica privata richiede per potersi realizzare ancora l'esercizio di un potere da parte dell'amministrazione che determina, per il tramite del diritto amministrativo, un aumento delle regole. Come osservato da Sabino Cassese, gli Stati «producono un minor numero di pubblicizzazioni di imprese, ma un maggior numero di regole». Così S. CASSESE, L. TORCHIA, *Diritto amministrativo. Una conversazione*, Il Mulino, Bologna, 2014, p. 68. Il paradosso dell'aumento delle regole a fronte delle privatizzazioni e delle liberalizzazioni era stato già rilevato in CASSESE, *Stato e mercato dopo privatizzazioni e deregulation*, cit. In senso analogo, in precedenza anche P. SARACENO, *Iniziativa privata e azione pubblica nei piani di sviluppo economico*, Giuffrè, Roma, 1959, p. 78, il quale configura la possibilità ammessa dalla Costituzione di indirizzare, coordinare e limitare la libertà di iniziativa economica come uno strumento finalizzato non a impedire ma a favorire, in un quadro organico di sviluppo economico, la stessa iniziativa privata. Osserva in senso critico come la deregolamentazione proclamata negli anni '80 e '90 non sia di fatto avvenuta S.K. VOGEL, *Freer Markets, More Rules*, Cornell University Press, 1996.

<sup>107</sup> Non possono infatti ritenersi protezionistiche le discipline, come quelle incontrate nel corso dell'indagine, che hanno effetti protezionistici *indiretti*. Si può trattare, ad esempio dell'interesse delle imprese già affermate nei mercati che, si è detto, sfruttano gli spazi di discrezionalità lasciati dalla legge nel disciplinare il regime amministrativo dell'accesso per forzare il libero gioco della concorrenza e di conseguenza per limitare la libertà di iniziativa economica degli eventuali *competitor*. Si pensi, per citare alcuni degli esempi esaminati, ai proprietari di esercizi di grandi dimensioni, che si avvalgono della propria posizione qualificata per impugnare il rilascio di autorizzazioni ad imprese concorrenti, censurando presunte violazioni di legge. Come evidenziato nel corso dell'analisi, non si tratta di un fenomeno nuovo, ma di una tendenza risalente come mostra la vicenda dell'autorizzazione

e oggettivi e retta dall'obiettivo di coniugare, nello svolgimento di attività economiche, interesse pubblico e interesse privato<sup>108</sup>, sul presupposto che la libertà di iniziativa economica sia funzionale allo sviluppo dell'economia e come tale vada promossa. La perdurante rilevanza del ruolo dello Stato è stata bilanciata da un aumento delle norme che definiscono i contorni della posizione giuridica dei singoli operatori<sup>109</sup> e ne individuano il grado di resistenza rispetto all'esercizio dei pubblici poteri<sup>110</sup>. Il potere, come si è avuto modo di vedere, da conformativo è divenuto giustiziale: sono aumentate le

agli impianti industriali di cui fu fatto un uso distorto dai grandi monopoli e oligopoli privati per evitare la concorrenza. Scopo che fu raggiunto grazie un uso protezionistico della legge, che portò a centellinare le autorizzazioni per evitare competitori alle imprese esistenti. Tendenza evidenziata e criticata da CASSESE, *La nuova costituzione economica.*, cit., p. 70 il quale ha osservato come così facendo, uno strumento di intervento dello Stato nell'economia è diventato uno strumento di intervento dell'economia nello Stato. In senso critico sul c.d. «capitalismo di relazione», ovvero sulla stretta alleanza fra potere politico ed imprese con finalità anche anticoncorrenziali, si veda M. LIBERTINI, *Impresa e finalità sociali. Riflessioni sulla teoria di responsabilità sociale dell'impresa*, in «Riv. soc.», 2009, 1, pp. 1 ss. Sul tema dell'indiretto effetto protezionistico derivante dai regimi autorizzatori si rinvia ai rilievi svolti *supra* ai capitoli II e III.

<sup>108</sup> Le regolazioni che non incidono sulla concorrenza e sull'entrata ma tutelano altri interessi rilevanti, come quelle in materia di ambiente e salute sono state definite «qualitative». Al riguardo è stato osservato come queste, pur giustificabili, sono comunque produttive di costi amministrativi ed economici per le imprese (si pensi alle modifiche in termini di scelte di localizzazione). Ciò riduce il dinamismo e l'innovazione e modifica il flusso degli investimenti, riduce l'efficienza allocativa e accresce le incertezze per le imprese, diminuendo in ultima istanza il tasso di crescita dell'economia. Gli effetti conseguenti alla loro entrata in vigore andrebbero quindi attentamente vagliati con analisi di impatto della regolazione. Sul punto, sebbene non recenti, si vedano i risultati degli studi contenuti in J.F. GATTI (ed.), *The Limits of Government Regulation*, New York, 1981; cfr. anche M.L. WEIDENBAUM, *Reducing Inflationary Pressures by Reforming Government Regulation*, in W. FELLNER (ed.), *Studies on Contemporary Economic Problems*, Washington, 1977.

<sup>109</sup> È stato osservato in senso critico, che proprio in ragione della crescita dell'ambito di intervento dell'amministrazione, l'ordinamento ha affinato gli strumenti di protezione. Tali strumenti presupporrebbero l'esistenza di un'autorità onnipotente dalla quale bisogna difendersi e non sarebbero necessari a fronte di una riduzione dell'attività di questa autorità. Così G. CORSO, *Conclusioni della prima giornata di studi*, in *Al di là del nesso.*, cit., p. 297.

<sup>110</sup> È necessario tuttavia che l'aumento delle regole non sia eccessivo e che quindi la combinazione stato-mercato non si traduca in un *overruling*. Questo rischio è stato paventato con riferimento alle conseguenze della crisi economica e finanziaria da G. ROSSI, *Crisi del capitalismo e nuove regole*, in «Riv. soc.», 2009, pp. 935 ss. L'A. in particolare ha osservato come la crisi abbia dimostrato quanto l'intervento pubblico sia indispensabile per il mercato tuttavia, «nel contrasto tra assoluta libertà contrattuale e norme imperative è necessario che venga creato un equilibrio il quale da un lato tolga definitivamente di mezzo le appendici ideologiche del *laissez faire* e dall'altro non cada in una opposta frenesia normativa o *regulatory overshootings*».

garanzie procedurali ed è stata intensificata l'applicazione del principio di legalità – declinato come prevedibilità e certezza dell'azione amministrativa – e quello di proporzionalità<sup>111</sup>.

La configurabilità dei rapporti tra Stato e mercato in termini di contaminazione ed ibridazione, nel senso sin qui detto, tale per cui i due termini non sono posti in contrapposizione, ma necessitano l'uno dell'altro, non sembra essere stata rovesciata in seguito alla crisi economico-finanziaria del 2008.

Questa, in particolare, nonostante l'indubbio impatto avuto sul ruolo degli Stati nell'economia non sembra avere avuto come effetto il superamento del modello dello Stato regolatore, quanto quello di aver messo in luce alcune sue disfunzioni. Analogamente le misure adottate sono apparse sorrette dall'obiettivo di correggere e migliorare tale modello e non di sostituirlo con un tipo diverso.

La crisi globale ha senz'altro, messo in evidenza l'impossibilità sia teorica, sia pratica che i mercati, in particolare quelli finanziari, potessero autoregolarsi<sup>112</sup>. La soluzione ai problemi da essa generati non è stata trovata in un ampliamento delle soluzioni di mercato, ma al contrario, il nuovo corso degli eventi ha aumentato e stimolato le istanze a favore di politiche protezionistiche a scapito di politiche pro-concorrenziali. Essa ha, inoltre, generato una sfiducia verso l'economia di mercato quale unico modello possibile<sup>113</sup> e ha spinto gli Stati ad intervenire in alcuni settori, in

---

<sup>111</sup> L'importanza del principio di proporzionalità in questo settore è anzi rafforzata proprio dalla correlazione per quanto attiene al mezzo in rapporto al fine, con un elemento esterno, la libertà del privato. In particolare, per quanto qui interessa, si rafforza la tutela del diritto di libertà economica e dunque di un diritto in passato non considerato come fondamentale. La correlazione tra mezzo, fine e diritto rende la proporzionalità strettamente connessa alla razionalità e dunque alla legalità e opera come clausola di chiusura che consente di raggiungere l'equilibrio tra autorità e libertà. La stretta interrelazione tra i principi qui richiamati e i riflessi citati sull'iniziativa economica sono stati evidenziati da MERUSI, *La legalità amministrativa.*, cit., p. 81.

<sup>112</sup> Nel senso che il mercato ha bisogno di un ordine giuridico, IRTI, *L'ordine giuridico del mercato.*, cit., *passim*. Analogamente, L. EINAUDI, *Lezioni di politica sociale*, Torino, Nuova Universale Einaudi, 1977, p. 43, per cui «[s]e si osserva il “mercato” all'interno del quale le imprese, pubbliche e private operano, con le lenti del giurista questo, da luogo di scambio e di svolgimento di attività economica, si popola di “regole” e “istituti” in parte di diritto pubblico e in parte di diritto privato. Le leggi, come da tempo riconosciuto, influiscono inevitabilmente sul mercato e gli operatori del mercato, le imprese, devono ubbidire a queste regole».

<sup>113</sup> Contrariamente a quanto sostenuto dai sostenitori del c.d. *laissez faire* per cui quanto più è estesa la libera scelta individuale per il perseguimento del proprio interesse, tanto maggiore è il beneficio che la società ne trae. Si tratta delle funzioni del «guardiano notturno» così definite

modo intrusivo, con misure di salvataggio, interventi di nazionalizzazione e discipline che hanno nuovamente in parte assunto caratteristiche finalistiche a scapito di quelle condizionali<sup>114</sup>.

Ciò è avvenuto principalmente in quei settori in cui i rischi di contagio sistemico sono più elevati. Nel mercato creditizio, in particolare, la crisi del 2008 ha inciso notevolmente sulla disciplina del settore. Come si è visto, qui, le esigenze di stabilità del sistema hanno imposto un accentramento della disciplina e delle procedure. L'autorizzazione all'entrata nel mercato, sebbene sia stata confermata la sua natura di atto a ridotto contenuto discrezionale, nell'ottica della liberalizzazione e della competitività, è oggi un atto sovranazionale frutto di un procedimento composto che vede come decisore di ultima istanza la Banca centrale europea.

La disciplina della risoluzione, anch'essa armonizzata, affida le scelte in materia ad un organo sovranazionale e a un procedimento caratterizzato da estrema celerità, anche a scapito delle garanzie procedurali della banca interessata, tutelando, in virtù della rilevanza degli interessi sottesi, le ragioni della stabilità del sistema ben più di quanto facesse la precedente disciplina.

La crisi del 2008, come anticipato, non ha tuttavia, determinato un ritorno al modello dello Stato interventore, né una riaffermazione delle tesi e delle politiche protezionistiche per cui il mercato deve essere corretto e protetto dallo Stato. Lo Stato, dopo gli eventi successivi al 2008, è

---

enfaticamente da R. NOZICK, *Anarchy, State and Utopia*, NY, trad. it., Firenze, Le Monnier, 1981. In senso analogo, J.S. MILL, *On Liberty*, 1969, London; F.A. VON HAYEK, *Scientism and the Study of Society*, in *The Counter-Revolution of Science. Studies on the Abuse of Reason*, cit., 180 ss.; L. VON MISES, *Individuo, mercato e Stato di diritto*, cit.

<sup>114</sup> Salvataggi, nazionalizzazioni, azionariato di Stato, assunzione di garanzia e di rischi, sono tornati al centro del diritto pubblico dell'economia tanto da far parlare di un ritorno al neo-protezionismo. La tendenza è stata da subito evidenziata da G. NAPOLITANO, *Il nuovo Stato salvatore: strumenti di intervento e nuovi assetti istituzionali*, in «Giorn. dir. amm.», 2008, 11, pp. 1083 ss.; per un'analisi comparata sul tema cfr. ID., *The Role of the State in (and after) the Financial Crisis: new Challenges for Administrative Law*, in *Comparative administrative law*, ed. by P. LINDSETH, S. ROSE-ACKERMAN, Cheltenham, Edward Elgar, 2010. In argomento, anche C. DORDI, *A new «protection era» in the aftermath of the economic and financial crisis?*, in «Dir. pubbl. comp. ed eur.», 2010, 1, pp. 233 ss. Sulla relazione tra la crisi economica e la fragilità dell'allora sistema finanziario gli studi sono ormai numerosi. Senza pretesa di completezza, si rinvia pertanto a M. ONADO, *I nodi al pettine. La crisi finanziaria e le regole non scritte*, Laterza, Roma-Bari, 2009; P. GUERRIERI, D. LOMBARDI (a cura di), *L'architettura del mondo nuovo. Governance economica e sistema multipolare*, Il Mulino, Bologna, 2010; E. CHITI, G. VESPERINI (a cura di), *The Administrative Architecture of Financial Integration. Institutional Design, Legal Issues, Perspectives*, Il Mulino, Bologna, 2015. Nella letteratura straniera, R.A. POSNER, *A Failure of Capitalism. The Crisis of '08 and the Descent into Depression*, Cambridge, Harvard University Press, 2009.

senz'altro considerato un fattore necessario per il funzionamento del mercato rispetto al quale si pone, però non tanto in termini di correttivo per il malfunzionamento, quanto in posizione strumentale, finalizzata ad esaltarne l'efficienza, attraverso interventi settoriali specifici per ogni singolo mercato e transazione<sup>115</sup>.

Ciò si ricava dal fatto che come risposta alla crisi, non sono stati riproposti i modelli tradizionali di intervento pubblico, ma si è andati, al contrario, verso la definizione di assetti nuovi, dallo Stato salvatore, allo Stato assicuratore, non destinati a consolidarsi, ma piuttosto funzionali a dare una risposta temporanea ad eventi urgenti ed eccezionali.

Se paragonata agli interventi adottati in seguito alle passate crisi economiche, anche a quelle con effetti ancor più drammatici per l'economia<sup>116</sup>, la risposta data dai governi all'ultima crisi finanziaria appare allora di segno decisamente diverso. In seguito alla crisi del '29, infatti, le politiche pro-concorrenziali<sup>117</sup> subirono una notevole contrazione<sup>118</sup> e le misure prese furono caratterizzate da finalità principalmente protettive nei confronti delle imprese<sup>119</sup>. Dopo la crisi del 2008, a più di dieci anni

<sup>115</sup> L'importanza nell'attuale governo dell'economia di politiche che guardano non ai grandi aggregati ma alle singole transazioni apportando una serie di regole che ne garantiscono l'efficienza è sottolineata da DENOZZA, *Regole e mercato.*, cit., pp. XXIII.

<sup>116</sup> Sulla maggior rilevanza, sia in termini di dimensioni, sia in termini di riflessi sull'economia, della crisi del '29 rispetto al quella del 2008, G. TONIOLO, *Crisi finanziaria, plus ça change ... ?*, in *Atti del convegno in onore di Giorgio Lunghini, L'economia politica e l'evoluzione del capitalismo negli ultimi quarant'anni*, «Quaderni del Dipartimento», settembre 2011.

<sup>117</sup> Nel '29 gli Stati Uniti ridussero l'azione a tutela della concorrenza come risposta alla crisi in atto. Per far fronte alla crisi, nel 1933 in America furono adottate una serie di misure funzionali a rallentare l'*enforcement antitrust*. Cfr. *National Industrial Recovery Act*. In Italia si assistette al salvataggio pubblico delle banche e all'acquisizione tramite l'IRI di un'ampia quota del capitale industriale. Si ampliò inoltre, come si è visto, il numero di autorizzazioni richieste per svolgere l'attività in numerosi settori produttivi e si determinò così, la protezione delle imprese più forti già presenti sul mercato.

<sup>118</sup> Come osservato, le vicende storiche evidenziano che le crisi economiche mettono in dubbio le politiche di concorrenza, creano sfiducia nei mercati e sollecitano interventi pubblici d'urgenza spesso in direzione protezionistica. Così FIORENTINO, SALTARI, *Le politiche di concorrenza.*, cit., p. 256.

<sup>119</sup> G. AMATO, *Il governo dell'economia*, in G. AMATO ET AL., *Il governo dell'economia in Italia*, Franco Angeli, Milano, 1977, pp. 13 ss.; F. CATALANO, *La grande crisi del 1929: conseguenze politiche ed economiche*, Dall'Oglio, Milano, 1976, *passim*. Concorde anche M. CLARICH, *Editoriale. La «mano visibile» dello Stato nella crisi economica e finanziaria*, in «Riv. reg. merc.», 2015, 2, pp. 1 ss., che richiama sia l'interventismo degli Stati Uniti nel periodo del *New Deal*, sia le misure adottate in Italia negli anni trenta e l'estensione della mano pubblica su banche e imprese private oggetto di salvataggi che hanno segnato

dal suo inizio, non sembra potersi rinvenire un simile cambio di rotta. Le tendenze avviate a partire dagli anni novanta sono risultate, ad eccezione di quanto detto a proposito dei mercati finanziari, tutte confermate<sup>120</sup>. Come si è visto, nei settori analizzati, non si è avuto un ritorno al modello dello Stato imprenditore, né un sostanziale indebolimento del primato della concorrenza come regola di funzionamento dell'economia. Non sono stati introdotti nuovi controlli in entrata, né le riforme approvate sono state sconfessate con normative di segno opposto. Al contrario, in alcuni settori, proprio in seguito alla crisi, le politiche a favore della concorrenza e della libera iniziativa economica sono state rilanciate, sebbene con i limiti in termini di concreta attuazione, sopra evidenziati. In materia di attività produttive, per fare un esempio, successivamente ai fatti del 2008, il governo ha adottato una serie di misure volte rafforzare la concorrenza e la libera iniziativa economica. Il rischio di intervenire contro la crisi, con l'obiettivo di stimolare la domanda, con misure protezionistiche e discipline solamente nazionali sembra, per il momento essere stato scongiurato<sup>121</sup>. La cultura della concorrenza pur sottoposta ad una dura revisione critica tuttora in atto, ha quindi mostrato una resilienza maggiore di quella avuta in passato, dovuta senza dubbio alle spinte in tal senso dell'Unione europea. Ciò conferma la forza che i principi della costituzione economica europea hanno avuto all'interno degli ordinamenti nazionali, e del nostro in particolare, a prescindere dalle disposizioni costituzionali in essi vigenti. Il diritto europeo ha dunque, ampiamente sciolto le ambiguità dell'art. 41, compiendone, nella sostanza, una riscrittura che pur confermando l'importanza delle istanze di solidarietà sociale e di alcuni interessi pubblici, ha affermato con forza che quelle istanze devono essere perseguite conformemente al principio di un'economia di mercato aperta e in libera concorrenza. Il modello dei rapporti tra Stato e mercato e tra principi della costituzione

---

lo sviluppo del Paese negli anni successivi.

<sup>120</sup> Si confermano, quindi, anche con le discipline più recenti, i cambiamenti avviati a partire dagli anni novanta e in particolare, il passaggio da una regolazione finalistica e di risultato ad una regolazione condizionale e di processo. Per un'analisi dei modelli che si sono affermati negli anni novanta in sostituzione al precedente sistema di intervento dello Stato in economia si rinvia a L. TORCHIA, *La nuova Costituzione economica*, in *L'amministrazione pubblica italiana. Un profilo*, a cura di S. CASSESE, C. FRANCHINI, Il Mulino, Bologna, 1994, p. 122.

<sup>121</sup> Non sono tuttavia esaurite le spinte in tal senso. Si pensi, solo per fare alcuni esempi, al progetto di fusione tra Alstom e Siemens per creare un 'campione nazionale', bocciato dalla Commissione europea, o a livello nazionale, alle proposte di legge volte a regolamentare nuovamente gli orari degli esercizi commerciali, imponendo la chiusura domenicale.

economica italiana e vincoli europei, appare dunque, un modello fluido e perfezionabile, ma per il momento, non precario.

## Bibliografia

- ABBAMONTE G., *Libertà di iniziativa economica e diniego della licenza*, in *Foro it.*, 1960, III, pp. 68 ss.
- ABBAMONTE G., *Programmazione economica e pianificazione territoriale*, in «Enc. dir.», Aggiorn., vol. II, Giuffrè, Milano, 1998, pp. 802 ss.
- ALDISIO A., *Le nuove regole europee sulla risoluzione. L'intervento pubblico tra Scilla e Cariddi*, in *AGE*, 2016, 2, pp. 333 ss.
- ALESSI R., *Sulla qualificazione giuridica del permesso di ricerca mineraria*, in *Riv. dir. min.*, 1953, pp. 63 ss.
- ALÌ A., *Le autorizzazioni generali di reti e di servizi di comunicazione elettronica*, in CLARICH M., CARTEI G.F. (a cura di), *Il codice delle comunicazioni elettroniche*, Giuffrè, Milano, 2004, pp. 152 ss.
- ALLEGRI A., *Libertà e licenza di commercio*, in *Nuova rass.*, 1958, pp. 1147 ss.
- ALPA G., *Strumenti privatistici ed esigenze economiche. Ipotesi sintomatiche di interventi correttivi, adesivi o distorsivi delle regole di mercato*, in *Soc. dir.*, 1990, 1-2, pp. 7 ss.
- AMATO G., *L'interesse pubblico e le attività economiche private*, in *Pol. dir.*, 1970, 3, p. 448 ss.
- AMATO G., *Gli strumenti di programmazione e i privati*, in *Aspetti privatistici della programmazione economica: atti della tavola rotonda tenuta a Macerata nei giorni 22-24 maggio 1970*, Giuffrè, Milano, 1971, vol. I, pp. 145 ss.
- AMATO G., *Il governo dell'industria in Italia*, Il Mulino, Bologna, 1972.
- AMATO G., *L'autorizzazione agli impianti industriali: una cronaca*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1973, pp. 319 ss.
- AMATO G., *Il mercato nella Costituzione*, in *Quad. cost.*, 1992, pp. 7 ss.
- AMATO G., *Il governo dell'economia*, in G. AMATO ET AL., *Il governo dell'economia in Italia*, Franco Angeli, Milano, 1977, pp. 13 ss.
- AMMANNATI L., *L'incertezza del diritto. A proposito della politica per le energie rinnovabili*, in *Scritti in onore di Paolo Stella Richter*, ES, Napoli, 2013, vol. II, pp. 963 ss.
- AMOROSINO S., *L'autorizzazione all'attività creditizia nel nuovo T.U. delle leggi bancarie*, in *Dir. banca e merc. finanz.*, 1994, 2, pt. 1, pp. 149 ss.
- AMOROSINO S., *La disciplina giuridica del vino: profili di diritto amministrativo*, in *Riv. dir. alim.*, 2014, 1, pp. 4 ss.
- AMOROSINO S., *I modelli ricostruttivi dell'ordinamento amministrativo delle banche: dal mercato «chiuso» alla «regulation» unica europea*, in *Banca borsa e titoli di credito*, 2016, 4, pp. 391 ss.

- AMORTH A., *La Costituzione italiana*, Giuffrè, Milano, 1948.
- AMORTH A., *Commercio (diritto amministrativo)*, in *Enc. dir.*, Giuffrè, Milano, vol. VII, 1960, pp. 808 ss.
- ANGELICI C., *Appunti sull'interpretazione degli statuti di società per azioni*, in *Riv. dir. comm.*, 1993, 11, pt. 1, pp. 797 ss.
- ANTONIAZZI S., *L'Unione bancaria europea: i nuovi compiti della BCE di vigilanza prudenziale degli enti creditizi e il meccanismo unico di risoluzione delle crisi bancarie*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2014, pp. 359 ss.
- ARGENTATI A., *La disciplina giuridica del commercio tra diritto interno e influssi comunitari. Profili evolutivi e prospettive*, in *Dir. dell'econ.*, 2004, 1, pp. 141 ss.
- ARGENTATI M., *La libertà di accesso al mercato delle comunicazioni elettroniche tra diritto comunitario e diritto amministrativo nazionale*, in *Dir. econ.*, 3, 2005, pp. 481 ss.
- AVERARDI A., *Amministrare il conflitto: costruzioni di grandi opere e partecipazione democratica*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2015, pp. 1173 ss.
- AVERARDI A., *Potere pubblico e politiche industriali*, Jovene, Napoli, 2018.
- BABIS V., *European Bank Recovery and Resolution Directive: Recovery Proceedings for Cross-Border Banking Groups*, University of Cambridge Faculty of Law, Research Paper n. 49/2013.
- BACHELET V., *Legge e attività amministrativa nella programmazione economica*, in *Giur. cost.*, 1961, pp. 904 ss.
- BACHELET V., *Industria e industrializzazione*, in *Enc. dir.*, Giuffrè, Milano, 1971, vol. XXI, pp. 272 ss.
- BALDASSARRE A., *Iniziativa economica privata*, in *Enc. dir.*, Giuffrè, Milano, 1971, vol. XXI, pp. 593 ss.
- BALLADORE PALLIERI G., *Diritto costituzionale*, Giuffrè, Milano, 1953.
- BARBERA A., *Leggi di piano e sistema delle fonti*, Giuffrè, Milano, 1968.
- BARCELLONA P., *Intervento statale e autonomia privata nella disciplina dei rapporti economici*, Giuffrè, Milano, 1969.
- BARTOLINI A., *Semplificazioni in materia di autorizzazioni per l'esercizio di attività economiche*, in *Urb. e app.*, 2012, 6, pp. 623 ss.
- BARTOLOMEI M., *Riflessioni ed esercizi di stile sulla «riscrittura» dell'art. 41 della Costituzione*, in *Quad. cost.*, 2011, 2, pp. 394 ss.
- BARUCCI E., PIEROBON F., *Stato e mercato nella Seconda Repubblica. Dalle privatizzazioni alla crisi finanziaria*, Il Mulino, Bologna, 2010.

- BASSANINI F., *La regolazione intelligente e la «qualità» delle liberalizzazioni*, in MATTARELLA B.G., NATALINI A. (a cura di), *La regolazione intelligente. Un bilancio critico delle liberalizzazioni italiane*, Ed. Passigli, Firenze, 2013.
- BATTINI S., DE CAROLIS F., *L'amministrazione si difende*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2019, pp. 293 ss.
- BECK U., *Un mondo a rischio*, Einaudi, Torino, 2003.
- BENVENUTI F., *Funzione amministrativa, procedimento, processo*, Prolusione al Corso di Diritto amministrativo, Facoltà di Scienze politiche – Università di Padova, 3 dicembre 1951, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1952, pp. 118 ss.
- BERIO G., *La riforma della legislazione mineraria*, Ist. editoriale scientifico, Milano, 1928.
- BIANCA C.M., *Le autorità private*, Jovene, Napoli, 1977.
- BIGLIAZZI GERI L., *Osservazioni minime su poteri privati e interessi legittimi*, in *Riv. giur. lav.*, 1981, 4-5, pt. 1, pp. 259 ss.
- BILANCIA P., *Determinazione dei prezzi e libertà di impresa*, CEDAM, Padova, 1986.
- BILANCIA P., *Modello economico e quadro costituzionale*, Giappichelli, Torino, 1996.
- BINDER J.H., *Resolution: concept, requirements and tools*, in J.H. BINDER, D. SINGH, *Bank Resolution: The European Regime*, Oxford University Press, Oxford, 2016, pp. 25 ss.
- BODDA P., *Le autorizzazioni amministrative con particolare riferimento alle licenze di commercio*, in *Nuova rass.*, 1955, pp. 1451 ss.
- BODDA P., *La revoca delle licenze di commercio*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1955, p. 713 ss.
- BOGNETTI G., *La costituzione economica tra ordinamento nazionale e ordinamento comunitario*, in *La costituzione economica*, Atti del Convegno dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti, Ferrara, 11-12 ottobre 1991, CEDAM, Padova.
- BONANNI P., *Le autorizzazioni e le licenze di commercio nel sistema della pianificazione e della giurisprudenza*, CEDAM, Padova, 1988.
- BOSCOLO E., *L'attuazione regionale della riforma del commercio*, in FERRARI E. (a cura di), *Livelli e contenuti della pianificazione urbanistica*, Giuffrè, Milano, 2001, pp. 251 ss.
- BOSCOLO E., *La segnalazione certificata di inizio attività fra esigenze di semplificazione ed effettività dei controlli*, in *Riv. giur. urb.*, 2010, pp. 580 ss.
- BOSCOLO E., *Il decreto-legge liberalizzazioni*, in *Urb. e app.*, 2012, pp. 501 ss.
- BOSCOLO E., *La regolamentazione del commercio: barriere di ordine territoriale e tecniche di liberalizzazione*, in *Riv. giur. ed.*, 2013, pp. 1179 ss.
- BRESCIA MORRA C., MORERA U., *L'impresa bancaria. L'organizzazione e il contratto*, in *Trattato di diritto civile del Consiglio Nazionale del Notariato*, diretto da P. PERLINGERI, ESI, Napoli, 2006, pp. 94 ss.

- BRESCIA MORRA C., *Nuove regole per la gestione delle crisi bancarie: risparmiatori vs contribuenti*, in *AGE*, 2016, 2, pp. 287 ss.
- BRUTI LIBERATI E., *La regolazione pro-concorrenziale dei servizi pubblici a rete*, Giuffrè, Milano, 2006.
- BRUTI LIBERATI E., *Politica di concorrenza e politica industriale tra unità e differenziazione*, in *Riv. reg. merc.*, 2/2015.
- BUONOCORE V., *Di alcune norme del codice civile in tema di impresa in rapporto al principio di utilità sociale di cui al 2° comma dell'art. 41 della Costituzione*, in *Banca borsa tit. cred.*, 1971, pp. 194 ss.
- BUONOCORE V., *Iniziativa economica privata e impresa*, in Id., *Iniziativa economica e impresa nella giurisprudenza costituzionale*, ESI, Napoli, 2006, pp. 12 ss.
- BUZZACCHI C., *Risparmi, credito e moneta tra art. 47 Cost. e funzioni della Banca centrale europea: beni costituzionali che intersecano ordinamento della Repubblica e ordinamento dell'Unione*, in *Costituzionalismo.it*, 2/2016, pt. 3.
- CAIA G., *Governo del territorio e attività economiche*, in *Dir. amm.*, 2003, 4, pp. 707 ss.
- CAFAGNO M., *Principi e strumenti di tutela dell'ambiente*, Giappichelli, Torino, 2007.
- CAMILLI E.L., *Il recepimento della direttiva servizi in Italia*, in *Giorn. dir. amm.*, 2010, 12, pp. 1239 ss.
- CAMMELLI M., *Organizzazione amministrativa e amministrazione per collegi*, Il Mulino, Bologna, 1979.
- CAPUTI JAMBRENGHI P.M., *Studi sulla disciplina giuridica dell'insediamento commerciale*, Giuffrè, Milano, 2000.
- CARANTA R., *L'intervento pubblico nell'economia, ad vocem* in *Dig. disc. pubbl.*, UTET, Torino, 2000.
- CARGNIEL E., *Sicurezza ferroviaria e prevenzione: ANSF e DGIF*, in *Dir. dei trasporti*, 2011, 3, pp. 797 ss.
- CARMASSI J., DI GIORGIO G., *L'impatto del bail-in sulla rete di protezione finanziaria*, in *AGE*, 2016, 2, pp. 297 ss.
- CAROTTI B., *La semplificazione per le imprese*, in *Giorn. dir. amm.*, 2012, 7, pp. 702 ss.
- CARRIERO G.L., *Crisi bancarie, tutela del risparmio, rischio sistemico*, in *AGE*, 2016, 2, pp. 378 ss.
- CARTEI G.F., *Ambiente e mercato nella disciplina delle energie rinnovabili*, in *Dir. econ.*, 2013, 3, pp. 589 ss.
- CASASOLE G., *La Corte di Giustizia e la tutela della stabilità finanziaria: verso una nuova dimensione della funzione sociale della proprietà?*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2017, 4, pp. 639 ss.

- CASSETTA E., *Sulla natura giuridica del permesso di ricerca mineraria*, in *Riv. dir. min.*, 1950, pp. 57 ss.
- CASSETTA E., *La difficoltà di semplificare*, in *Dir. amm.*, 1998, 3-4, pp. 335 ss.
- CASINI L., *L'inchiesta pubblica. Analisi comparata*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2007, pp. 43 ss.
- CASSESE S., *Partecipazioni pubbliche ed enti di gestione*, Ed. Comunità, Milano, 1962.
- CASSESE S., *I beni pubblici. Circolazione e tutela*, Giuffrè, Milano, 1969.
- CASSESE S., *Formazione dei pubblici dipendenti e riforma amministrativa*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1976, pp. 227 ss.
- CASSESE S., *È ancora attuale la legge bancaria del 1936? Stato, banche e imprese pubbliche dagli anni '30 agli anni '80*, Nis, Roma, 1987.
- CASSESE S., *Stato ed economia. Il problema storico*, in LANGE P., REGINI M. (a cura di), *Stato e regolazione sociale. Nuove prospettive sul caso italiano*, Il Mulino, Bologna, 1987, pp. 45 ss.
- CASSESE S., *A che serve la formazione dei dipendenti pubblici?*, in *Pol. dir.*, 1989, pp. 431 ss.
- CASSESE S., *Stato e mercato dopo privatizzazioni e deregulation*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1991, pp. 378 ss.
- CASSESE S., *Amministrazione pubblica e interessi in Italia*, in *Dir. e soc.*, 1992, pp. 223 ss.
- CASSESE S., *La trasformazione dei servizi pubblici in Italia*, in *Econ. pubbl.*, 1996, pp. 5 ss.
- CASSESE S., *La liberalizzazione delle telecomunicazioni*, in BONELLI F., CASSESE S. (a cura di), *La disciplina giuridica delle telecomunicazioni*, Giuffrè, Milano, 1999, pp. 53 ss.
- CASSESE S., *Regolazione e concorrenza*, in TESAURO G., D'ALBERTI M. (a cura di), *Regolazione e concorrenza*, Il Mulino, Bologna, 2000, pp. 11 ss.
- CASSESE S., *Quattro paradossi sui rapporti tra poteri pubblici e autonomie private*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2000, pp. 389 ss.
- CASSESE S., *La costituzione economica europea*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2001, pp. 911 ss.
- CASSESE S., *L'energia elettrica nella legge costituzionale n. 3 del 2001*, in *Rass. giur. en. el.*, 2002, pp. 499 ss.
- CASSESE S., *Il sorriso del gatto, ovvero dei metodi nello studio del diritto pubblico*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2006, pp. 597 ss.
- CASSESE S., *La partecipazione dei privati alle decisioni pubbliche. Saggio di diritto comparato*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2007, pp. 13 ss.
- CASSESE S., *Cosa resta dell'amministrazione pubblica?*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2019, pp. 1 ss.
- CASSESE S., TORCHIA L., *Diritto amministrativo. Una conversazione*, Il Mulino, Bologna, 2014.

- CATALANO F., *La grande crisi del 1929: conseguenze politiche ed economiche*, Dall'Oglio, Milano, 1976.
- CERA M., *Autonomia statutaria delle banche e vigilanza*, Giuffrè, Milano, 2001.
- CERA M., *Il depositante bancario tra processo economico e mercati*, in *AGE*, 2016, 2, pp. 271 ss.
- CERULLI IRELLI V., *Modelli procedimentali alternativi in tema di autorizzazioni*, in *Dir. amm.*, 1993, pp. 60 ss.
- CERULLI IRELLI V., *L'autorizzazione alla produzione e il riconoscimento di incentivi*, in NAPOLITANO G., ZOPPINI A. (a cura di), *Regole e mercato delle energie rinnovabili*, Il Mulino, Bologna, 2013, pp. 165 ss.
- CHELI E., *Libertà e limiti dell'iniziativa economica privata nella giurisprudenza della Corte costituzionale e nella dottrina*, in *Rass. dir. pubbl.*, 1960, pt. 1, pp. 303 ss.
- CHITI E., VESPERINI G. (a cura di), *The Administrative Architecture of Financial Integration. Institutional Design, Legal Issues, Perspectives*, Il Mulino, Bologna, 2015.
- CHITI M.P., *Licenze commerciali e libertà di iniziativa economica*, in *Foro amm.*, 1970, 11, pt. 3, pp. 870 ss.
- CHITI M.P., *Nuovi profili giuridici e caratteri funzionali delle licenze di esercizio*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1975, pp. 805 ss.
- CHITI M.P., *The Passage from Banking Supervision to Banking Resolution. Players, Competences, Guarantees*, in BARUCCI E., MESSORI M. (a cura di), *Towards the European Banking Union*, Ed. Passigli, Firenze, 2014, pp. 89 ss.
- CINTIOLI F., *Commercio e liberalizzazione*, in *Mercato concorrenza e regole*, 2007, 3, pp. 427 ss.
- CINTIOLI F., *L'art. 41 della Costituzione e il paradosso della libertà di concorrenza*, in *Percorsi costituzionali: quadrium. Diritti e libertà*, 2009, II, 1, pp. 91 ss.
- CIOCCA P., *Banca, finanza e mercato: bilancio di un decennio e nuove prospettive*, Einaudi, Torino, 1991.
- CLARICH M., BOSO CARETTA A., *Il nuovo sistema delle autorizzazioni per le reti e i servizi di comunicazione elettronica*, in *Dir. inf.*, 2002, pp. 685 ss.
- CLARICH M., *Servizi pubblici e diritto europeo della concorrenza: l'esperienza italiana e tedesca a confronto*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2003, pp. 91 ss.
- CLARICH M., *La tutela dell'ambiente attraverso il mercato*, in *Dir. pubbl.*, 2007, pp. 219 ss.
- CLARICH M., *Il decreto «Semplifica Italia»*, in *Giorn. dir. amm.*, 2012, 7, pp. 691 ss.
- CLARICH M., *Editoriale. La «mano visibile» dello Stato nella crisi economica e finanziaria*, in *Riv. reg. merc.*, 2015, 2, pp. 1 ss.
- COLAVECCHIO A., *Il «punto» sulla giurisprudenza costituzionale in tema di impianti da fonti rinnovabili*, in NAPOLITANO G., ZOPPINI A. (a cura di), *Regole e mercato delle energie rinnovabili*, Il Mulino, Bologna, 2013, pp. 1 ss.

- CORSO G., SALVIA F., TERESI F., *Aspetti urbanistici della nuova legge per il mezzogiorno*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1973, pp. 1957 ss.
- CORSO G., *Il cittadino e l'amministrazione: nuove tendenze del sistema italiano*, in *Reg. e gov. loc.*, 1989, 1, pp. 5 ss.
- CORSO G., *Attività economica privata e deregulation*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1998, pp. 629 ss.
- CORSO G., *Attività amministrativa e mercato*, in *Riv. giur. quadr. serv. pubbl.*, 1998, pp. 1 ss.
- CORSO G., *Liberalizzazione amministrativa ed economica*, in *Dizionario di dir. pubbl.*, diretto da S. CASSESE, Giuffrè, Milano, 2006, vol. IV, pp. 3492 ss.
- CORSO G., *Politici e burocrati: interessi professionali e interesse pubblico*, in *Annuario dell'Associazione italiana dei professori di diritto amministrativo*, Anno 2006, Giuffrè, Milano, 2007, pp. 1 ss.
- CORSO G., *Conclusioni della prima giornata di studi*, in PERONGINI S. (a cura di), *Al di là del nesso autorità/libertà: tra legge e amministrazione*, Giappichelli, Torino, 2017, pp. 290 ss.
- COSTI R., *L'ordinamento bancario italiano e le direttive comunitarie*, in *Banca, impresa, società*, 1986, pp. 9 ss.
- COSTI R., *L'ordinamento bancario*, Il Mulino, Bologna, 1994.
- D'ACUNTO S., *Direttiva «servizi» (2006/123/Ce): genesi obiettivi e contenuto*, Giuffrè, Milano, 2009.
- D'ALBERTI M., *Diritto pubblico dei mercati e analisi economica*, in *Riv. dir. comm. e dir. generale delle obbligazioni*, 2007, 4-6, pp. 239 ss.
- D'ALBERTI M., *Il diritto amministrativo fra imperativi economici e interessi pubblici*, in *Dir. amm.*, 2008, 1, pp. 51 ss.
- D'ALBERTI M., *Poteri pubblici, mercati e globalizzazioni*, Il Mulino, Bologna, 2008.
- D'AMBROSIO R., *La stabilità finanziaria tra gli obiettivi della legislazione dell'Unione su mercati finanziari, Sevif e Unione bancaria*, in *Riv. it. dir. pubbl. comp.*, 2017, 6, pp. 1469 ss.
- M. D'ANGELOSANTE, *Servizi sanitari, libertà di iniziativa economica e mercato*, in PIOGGIA A., DUGATO M., RACCA G., CIVITARESE MATTEUCCI S. (a cura di), *Oltre l'aziendalizzazione del servizio sanitario. Un primo bilancio*, Franco Angeli, Milano, 2008, pp. 400 ss.
- DANIELE L., *La tutela del diritto di proprietà e del diritto al libero esercizio delle attività economiche nell'ordinamento comunitario e nel sistema della Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Dir. Un. eu.*, 1998, pp. 55 ss.
- DE BENEDETTO M., *Diritto amministrativo e crescita economica*, in *Dir. econ.*, 2014, 1, pp. 189 ss.

- DE CARLI P., *Costituzione e attività economiche*, CEDAM, Padova, 1978.
- DEL GATTO S., *Il Single resolution mechanism. Quadro di insieme*, in CHITI M.P., SANTORO V. (a cura di), *L'Unione bancaria europea*, Pacini giuridica, Pisa, 2016, pp. 267 ss.
- DELLA CANANEA G., *I procedimenti amministrativi composti dell'Unione europea*, in BIGNAMI F., CASSESE S. (a cura di), *Il procedimento amministrativo nel diritto europeo*, «Quaderni della Rivista trimestrale di diritto pubblico», n. 1, Giuffrè, Milano, 2004, pp. 307 ss.
- DELL'ANNO P., *Principi di diritto ambientale europeo e nazionale*, Giuffrè, Milano, 2004.
- DELL'ANNO P., *Valutazione di impatto ambientale*, in FERRARA R., VIPIANA P.M. (a cura di), *I «nuovi diritti» nello Stato sociale in trasformazione*, CEDAM, Padova, 2002, pp. 208 ss.
- DELSIGNORE M., *Il contingentamento dell'iniziativa economica privata. Il caso non unico delle farmacie*, Giuffrè, Milano, 2011.
- DELSIGNORE M., *La proclamata liberalizzazione e le nuove questioni in tema di farmacie*, in *Dir. dell'econ.*, 2012, 2, pp. 305 ss.
- DE LUCIA L., *La regolazione amministrativa dei servizi di pubblica utilità*, Giappichelli, Torino, 2002.
- DE LUCIA L., *Evoluzione del rapporto autorità/libertà: il provvedimento amministrativo transnazionale nell'Unione europea*, in Associazione italiana dei professori di diritto amministrativo, *Annuario 2011, L'atto autoritativo. Convergenze e divergenze tra ordinamenti*, 2012, ES, Napoli, pp. 353 ss.
- DE LUCIA L., *La conferenza di servizi nel decreto legislativo 30 giugno 2016, n. 127*, in *Riv. giur. urb.*, 2016, pp. 12 ss.
- DENOZZA F., *Regole e mercato nel diritto neoliberale*, in RISPOLI FARINA M., SCIARRONE ALIBRANDI A., TONELLI E. (a cura di), *Regole e mercato*, Giappichelli, Torino, 2017, vol. II, pp. I ss.
- DESIDERIO L., *La liquidazione coatta amministrativa delle aziende di credito*, Giuffrè, Milano, 1981.
- DESIDERIO L., *La liberalizzazione all'accesso dell'attività creditizia*, in *Cooper. Credito*, 1988, pp. 42 ss.
- DE VERGOTTINI G., *La costituzione economica italiana: passato e attualità*, in *Dir. e società*, 2010, pp. 333 ss.
- DE VERGOTTINI G., *Il governo delle energie rinnovabili tra Stato e regioni*, in NAPOLITANO G., ZOPPINI A. (a cura di), *Regole e mercato delle energie rinnovabili*, Il Mulino, Bologna, 2013, pp. 17 ss.
- DE WITTE B., *Setting the Scene: How Did Services Get to Bolkestein and Why?*, EUI Working Papers, LAW, 20, Florence, 2007.
- DI CRISTINA F., *Il decreto «salva Ilva»*, in *Giorn. dir. amm.*, 2013, 4, pp. 369 ss.

- DI DIO F., *Il «paradosso fotovoltaico» dopo la consulta: criteri di bilanciamento tra impatto paesaggistico ambientale e sviluppo delle energie rinnovabili*, in *Riv. giur. amb.*, 2010, pp. 775 ss.
- DI GASPARE G., *Costituzionalizzazione simbolica e decostituzionalizzazione di fatto dell'art. 41 della Costituzione*, in <http://www.amministrazioneincammino.luiss.it/>.
- DI LASCIO F., *Il «decreto Salva Italia»*, in *Giorn. dir. amm.*, 2012, 2, pp. 229 ss.
- DI PORTO F., SILVA F., *Riformare le utilities è difficile: il caso elettrico italiano*, in *Mercato concorrenza regole*, 2005, pp. 11 ss.
- DORDI C., *A new «protection era» in the aftermath of the economic and financial crisis?*, in *Dir. pubbl. comp. ed eur.*, 2010, 1, pp. 233 ss.
- D'ORSOGNA D., *Conferenza di servizi e amministrazione della complessità*, Giappichelli, Torino, 2002.
- DUGATO M., *Diritto dell'amministrazione e mercati*, in DELLA CANANEA G., DUGATO M. (a cura di), *Diritto amministrativo e Corte costituzionale*, ESI, Napoli, 2006, pp. 55 ss.
- EINAUDI L., *Intorno alla disciplina degli impianti industriali*, in *Giorn. degli economisti*, 1941, pp. 458 ss.
- EINAUDI L., *Sulle licenze commerciali*, in *Lo scrittoio del presidente (1948-1955)*, Einaudi, Torino, 1956, pp. 421 ss.
- EINAUDI L., *Lezioni di politica sociale*, Nuova Universale Einaudi, Torino, 1977.
- ESPOSITO C., *I tre commi dell'art. 41 della Costituzione*, in *Giur. cost.*, 1962, pp. 33 ss.
- FALCON G., *L'autoamministrazione dei privati*, in *Procedimenti e accordi nell'amministrazione locale*, Atti del XLII convegno di studi di scienza dell'amministrazione, Trezzano, 19-21 settembre 1996, Giuffrè, Milano, 1997, pp. 139 ss.
- FALZONE G., *Le farmacie (natura giuridica e trasferimento)*, Lilia, Palermo, 1948.
- FARINA G., *Impresa bancaria, funzione pubblica, poteri della pubblica amministrazione*, in *Foro amm.*, 1989, 1-2, pp. 115 ss.
- FERRARA R., *Farmacia e farmacisti, ad vocem*, in *Enc. giur.*, vol. XIV, Ed. enc. it., Roma, 1989.
- FERRARA R., *La valutazione di impatto ambientale fra discrezionalità dell'amministrazione e sindacato del giudice amministrativo*, in *Il Foro amministrativo T.A.R.*, 2010, 10, pp. 3179 ss.
- FIorentino L., SALTARI L., *Politiche di concorrenza: dallo stallo al rilancio*, in NAPOLITANO G. (a cura di), *Uscire dalla crisi. Politiche pubbliche e trasformazioni istituzionali*, Il Mulino, Bologna, 2012, pp. 251 ss.

- FERRO-LUZZI P., *Lezioni di diritto bancario*, vol. I, parte generale, Giappichelli, Torino, 2004.
- FOIS S., *Ancora sulla riserva di legge e la libertà economica privata*, in *Giur. cost.*, 1954, III, pp. 1257 ss.
- FONDERICO F., *Valutazione di impatto ambientale e amministrazione precauzionale*, in *Giorn. dir. amm.*, 2012, 1, pp. 69 ss.
- FONDERICO G., *Il manuale della Commissione per l'attuazione della direttiva servizi*, in *Giorn. dir. amm.*, 2008, 8, pp. 921 ss.
- FONDERICO G., *La «manovra di agosto». Libertà economica e controlli amministrativi*, in *Giorn. dir. amm.*, 2012, 1, pp. 18 ss.
- FORESTIERI G., ONADO M., *Governo societario e imprese bancarie*, in *Banca, impr. soc.*, 1998, pp. 31 ss.
- FRACCHIA F., *Autorizzazioni amministrative e situazioni giuridiche soggettive*, Jovene, Napoli, 1996.
- FRACCHIA F., *La liberalizzazione dell'attività di distribuzione dei carburanti*, in *Giorn. dir. amm.*, 1998, 6, pp. 516 ss.
- FRANCHINI F., *Le autorizzazioni costitutive di rapporti giuridici fra l'amministrazione e i privati*, Giuffrè, Milano, 1957.
- GALETTA D.U., *Principio di proporzionalità e sindacato giurisdizionale nel diritto amministrativo*, Giuffrè, Milano, 1998.
- GALGANO F., *La libertà di iniziativa economica privata nel sistema delle libertà costituzionali*, in *Trattato di dir. comm. e di dir. pubbl. dell'economia*, diretto da GALGANO F., vol. I, CEDAM, Padova, 1977, pp. 512 ss.
- GALLARATI F., *La tutela dei diritti di azionisti e creditori nell'Unione bancaria, tra Corti europee e Corti costituzionali nazionali*, in *Dir. pubbl. comp. ed eur.*, 2018, 4, pp. 1159 ss.
- GATTI J.F. (ed.), *The Limits of Government Regulation*, New York, 1981.
- GESSA L., *La nuova disciplina del commercio*, in *Nuova rassegna di legisl. dottr. e giur.*, 1973, 19, pp. 2093 ss.
- GIANNINI M.S., *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione: concetto e problemi*, Giuffrè, Milano, 1939.
- GIANNINI M.S., *Istituti di credito e servizi di interesse pubblico*, in *Moneta e credito*, 1949, pp. 105 ss.
- GIANNINI M.S., *Intorno all'autorizzazione all'apertura di sportelli*, in *Banca, borsa e tit. di cambio*, 1950, II, pp. 303 ss.
- GIANNINI M.S., *Autonomia (Saggio sui concetti di autonomia)*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1951, pp. 851 ss.

- GIANNINI M.S., *Sull'azione dei pubblici poteri nel campo dell'economia*, in *Riv. dir. comm.*, 1959, 9-10, pp. 313 ss.
- GIANNINI M.S., *Le farmacie (problemi generali)*, in *Rass. amm. sanità*, 1963, pp. 171 ss.
- GIANNINI M.S., *Diritto pubblico dell'economia*, Il Mulino, Bologna, 1995.
- GIARDINO E., *L'individuazione, la semplificazione e l'accelerazione dei procedimenti*, in *Giorn. dir. amm.*, 2017, 1, pp. 26 ss.
- GIARDINO E., *La realizzazione delle infrastrutture di comunicazione elettronica tra poteri statali e veti locali*, in *GiustAmm.it*, 2017, 11, pp. 47 ss.
- GIGLIONI F., *La regolazione dell'accesso nel mercato delle telecomunicazioni*, in *Dir. amm.*, 2001, 1, pp. 101 ss.
- GIGLIONI F., *L'accesso al mercato nei servizi di interesse generale. Una prospettiva per riconsiderare liberalizzazione e servizi pubblici*, Giuffrè, Milano, 2008.
- GNES M., *Il meccanismo di vigilanza prudenziale. Le procedure di vigilanza*, in CHITI M.P., SANTORO V. (a cura di), *L'Unione bancaria europea*, Pacini giuridica, Pisa, 2016, pp. 243 ss.
- GRAZIANO F., *La disciplina amministrativa e fiscale dei distributori di carburante*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1988, pp. 604 ss.
- GUARINO G., *La disciplina giuridica dei permessi di ricerca e delle concessioni minerarie*, in *Scritti di diritto pubblico dell'economia e diritto dell'energia*, Giuffrè, Milano, 1962, pp. 267 ss.
- GUARINO G., *Note in merito all'autorizzazione per l'impianto e l'esercizio di distributori di carburante*, in *Scritti di diritto pubblico dell'economia. Seconda serie*, Giuffrè, Milano, 1970, pp. 627 ss.
- GUARINO G., *Pubblico e privato nell'economia. La sovranità tra Costituzione ed istituzioni comunitarie*, in *Quad. cost.*, 1992, pp. 35 ss.
- GUARINO S., *«Moratoria eolica»: incostituzionale se disposta con legge, ricompare come provvedimento amministrativo*, in *Riv. giur. amb.*, 2009, pp. 374 ss.
- GUGLIELMI V., *Il giudice «liberalizzatore»: l'abolizione delle distanze minime nella distribuzione di carburanti*, in *Giorn. dir. amm.*, 2012, 12, pp. 1216 ss.
- IRTI N., *Iniziativa economica e concorrenza*, in DELLA CANANEA G., NAPOLITANO G. (a cura di), *Per una nuova costituzione economica*, Il Mulino, Bologna, 1998.
- IRTI N., *Economia di mercato e interesse pubblico*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2000, 2, pp. 435 ss.
- IRTI N., *L'ordine giuridico del mercato*, Laterza, Bari-Roma, 2016.

- KEMP A., *I concetti di intervento e di discrezionalità dell'amministrazione*, in *Il politico*, 1957, pp. 539 ss.
- LAMANDINI M., RAMOS D., SOLANA J., *The European Central Bank (ECB) powers as a catalyst for change in Eu law. Part 2: SSM, SRM, and fundamental rights*, in *Columbia Journal of European Law*, 2017, pp. 201 ss.
- LA SPINA A., MAJONE G., *Lo Stato regolatore*, Il Mulino, Bologna, 2000.
- LAVAGNA C., *Istituzioni di diritto pubblico*, UTET, Torino, 1985.
- LESSONA C., *La licenza di esercizio per la vendita al pubblico*, in *Riv. dir. comm.*, 1930, pp. 395 ss.
- LEVI F.A., *La pianta organica delle farmacie*, in BODDA P. (a cura di), *L'ordinamento sanitario. 2: Gli ospedali e le farmacie*, Atti del congresso celebrativo del centenario delle leggi amministrative di unificazione, Neri Pozza, Vicenza, 1967, pp. 119 ss.
- LEVI R., *I controlli dello stato sulla produzione industriale: contributo allo studio della disciplina corporativa della produzione*, Giuffrè, Milano, 1938.
- LIBERTINI M., *I rapporti tra Ministero e Autorità garante delle comunicazioni*, in *Giorn. dir. amm.*, 2001, 11, pp. 1287 ss.
- LIBERTINI M., *Impresa e finalità sociali. Riflessioni sulla teoria di responsabilità sociale dell'impresa*, in *Riv. soc.*, 2009, 1, pp. 1 ss.
- LIBERTINI M., *La tutela della concorrenza nella Costituzione. Una rassegna critica della giurisprudenza costituzionale italiana dell'ultimo decennio*, in *Mercato, concorrenza, regole*, 2014, pp. 503 ss.
- LIBONATI B., *Ordine giuridico e legge economica del mercato*, in *Riv. soc.*, 1998, pp. 1555 ss.
- LOLLI A., *Pianificazione urbanistica, interessi economici e pianificazione commerciale*, in CAMMELLI M. (a cura di), *Territorialità e delocalizzazione nel governo locale*, Il Mulino, Bologna, 2007, pp. 571 ss.
- LONGOBARDI N., *Liberalizzazioni e libertà di impresa*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2013, pp. 603 ss.
- LUCCHINI S., ZOPPINI A., *Vigilare le banche in Europa. Chi controlla il controllore?*, Ed. Passigli, Firenze, 2019.
- LUCIANI M., *La produzione economica privata nel sistema costituzionale*, CEDAM, Padova, 1983.
- LUCIANI M., *Economia (nel diritto costituzionale)*, in *Dig. disc. pubbl.*, vol. V, UTET, Torino, 1991, pp. 373 ss.
- LUCIANI M., *Unità nazionale e struttura economica. La prospettiva della Costituzione repubblicana*, in *Diritto e società*, 2011, 4, pp. 635 ss.

- LUCIFERO N., *Profili pubblicistici e profili privatistici delle autorizzazioni di impianto e di reimpianto di vigneti*, in *Riv. dir. agr.*, 2017, 3, pp. 476 ss.
- MACCHIA M., *L'architettura europea dell'Unione bancaria tra tecnica e politica*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2015, 6, pp. 1579 ss.
- MACCHIA M., *Le misure di risoluzione delle banche in crisi: profili di diritto amministrativo*, in *Giorn. dir. amm.*, 2016, 2, pp. 158 ss.
- MACCHIA M., *Integrazione amministrativa e unione bancaria*, Giappichelli, Torino, 2019.
- MAIOCOCE F., *Le liberalizzazioni tra libertà e responsabilità*, in *Contratto e impresa*, 2012, pp. 989 ss.
- MANCINI O., PERILLO F., ZAGARI E., *La teoria economica del corporativismo*, ESI, Napoli, 1982.
- MANGANARO F., *Regolazione programmazione e pubblicizzazione di attività economiche*, in *Ist. feder.*, 2012, 4, pp. 977 ss.
- MAGLIARI A., *L'attuazione della direttiva sul risanamento e la risoluzione degli enti creditizi nell'ordinamento italiano: profili pubblicistici*, in CHITI M.P., SANTORO V. (a cura di), *L'Unione bancaria europea*, Pacini giuridica, Pisa, 2016, pp. 385 ss.
- MASCIOCCHI P., *Lo sportello unico per le attività produttive*, Giuffrè, Milano, 2000.
- MATTARELLA B.G., *Il rapporto autorità-libertà e il diritto amministrativo europeo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2006, pp. 909 ss.
- MAZZAROLLI L., *I piani regolatori urbanistici nella teoria generale della pianificazione*, CEDAM, Padova, 1962.
- MELIS G., *Burocrazia*, Il Mulino, Bologna, 2003.
- MELIS G., *Le culture della pubblica amministrazione*, in TORCHIA L. (a cura di), *Attraversare i confini del diritto*, Il Mulino, Bologna, 2016, pp. 151 ss.
- MERUSI F., *Su alcuni aspetti problematici della determinazione autoritativa dei prezzi*, in *Foro amm.*, 1965, 1-2, pp. 158 ss.
- MERUSI F., *Il commercio tra programmazione e tutela dei diritti quesiti*, in *Studi in onore di G. Chiarelli*, Giuffrè, Milano, 1974, vol. II, pp. 1453 ss.
- MERUSI F., *La nuova legge sul commercio: aspetti di diritto sostanziale*, in *La disciplina giuridica della licenza di commercio: atti amministrativi economici e misure sui prezzi nell'ambito della CEE*, Atti del XVIII Convegno di Studi di scienza dell'amministrazione, Varenna, Villa Monastero, 21-24 settembre 1972, Giuffrè, Milano, 1975.
- MERUSI F., *Le leggi del mercato. Innovazione comunitaria e autarchia nazionale*, Il Mulino, Bologna, 2002.
- MERUSI F., *La legalità amministrativa. Altri sentieri interrotti*, Il Mulino, Bologna, 2012.

- MERUSI F., *La disciplina pubblica delle attività economiche nei 150 anni dell'unità d'Italia*, Relazione al Convegno «Il contributo del diritto amministrativo in 150 anni di unità d'Italia», Napoli, 6 dicembre 2011, in *Diritto e società*, 2012, 1, pp. 93 ss.
- MERUSI F., *Metamorfosi dell'intervento pubblico in economia*, in *Dir. amm.*, 2015, 2-3, pp. 579 ss.
- MINERVINI G., *Contro la «funzionalizzazione» dell'impresa privata*, in *Riv. dir. civ.*, 1958, pt. 1, pp. 621 ss.
- MINUTELLI G., *La disciplina del commercio*, Giuffrè, Milano, 1959.
- MOCAVINI G., *L'impatto ambientale delle attività estrattive e la funzione delle misure di compensazione*, in *Giorn. dir. amm.*, 2017, 3, pp. 380 ss.
- MOLASCHI V., *Paesaggio versus ambiente: osservazioni alla luce della giurisprudenza in materia di realizzazione di impianti eolici*, in *Riv. giur. edil.*, 2009, pp. 172 ss.
- MORBIDELLI G., *Rapporti tra disciplina urbanistica e disciplina del commercio*, in *Riv. giur. urb.*, 1990, pp. 159 ss.
- MORBIDELLI G., *Il principio di legalità i cd. poteri impliciti*, in *Dir. amm.*, 2007, pp. 703 ss.
- NANNIPIERI L., *Energia rinnovabile: sono (ancora una volta) dichiarate incostituzionali norme regionali che pongono limitazioni alla localizzazione di impianti da fonti rinnovabili, dettati in assenza delle linee guida statali*, in *Rivista AIC*, 2010, 4-5.
- NAPOLITANO G., *Regole e mercato nei servizi pubblici*, Il Mulino, Bologna, 2005.
- NAPOLITANO G., *Il nuovo Stato salvatore: strumenti di intervento e nuovi assetti istituzionali*, in *Giorn. dir. amm.*, 2008, 11, pp. 1083 ss.
- NAPOLITANO G., *La logica del diritto amministrativo*, Il Mulino, Bologna, 2014.
- NAPOLITANO G., *Energie rinnovabili: un problema di governance*, in NAPOLITANO G., ZOPPINI A. (a cura di), *Regole e mercato delle energie rinnovabili*, Il Mulino, Bologna, 2013, pp. 281 ss.
- NAPOLITANO G., *Diritto amministrativo e processo economico*, in *Dir. amm.*, 2014, 4, pp. 695 ss.
- NAPOLITANO G., ABRESCIA M., *Analisi economica del diritto pubblico*, Il Mulino, Bologna, 2009.
- NATALINI A., *Le semplificazioni amministrative*, Il Mulino, Bologna, 2002.
- NEGRELLI A., *Accesso al mercato e autorizzazioni amministrative nazionali*, Giuffrè, Milano, 2016.
- NIGRO A., *L'autorizzazione «all'attività bancaria» nel T.U. delle leggi in materia bancaria e creditizia*, in *Dir. della banca e del merc. fnanz.*, 1994, pp. 285 ss.

- NIGRO M., *Profili pubblicistici del credito*, Giuffrè, Milano, 1969.
- NIGRO M., *Formazioni sociali, poteri privati e libertà del terzo*, in *Pol. dir.*, 1975, pp. 579 ss.
- OPPO G., *Iniziativa economica*, in *Riv. dir. civ.*, 1988, pt. 1, pp. 329 ss.
- ONADO M., *I nodi al pettine. La crisi finanziaria e le regole non scritte*, Laterza, Roma - Bari, 2009.
- ORLANDO A., *Il Commercio*, in CASSESE S. (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, vol. IV, parte speciale, Giuffrè, Milano, 2004, pp. 3533 ss.
- PACE A., *Iniziativa privata e governo pubblico dell'economia. Considerazioni preliminari*, in *Scritti in onore di Egidio Tosato, Libertà e autonomie nella Costituzione*, vol. II, Giuffrè, Milano, 1982, pp. 531 ss.
- PANUCCIO V. ET AL., *Studi sull'art. 41 della Costituzione*, Pàtron Editore, Bologna, 1969.
- PADOA SCHIOPPA T., *Il governo dell'economia*, in *Lo Stato delle istituzioni italiane. Problemi e prospettive*, Giuffrè, Milano, 1994, p. 294 ss.
- PAGLIERINI M., SCIASCIA G., *Prevenzione e gestione armonizzata delle crisi bancarie nell'Unione europea – uno sguardo d'insieme*, in *Le Società*, 2015, 8-9, pp. 986 ss.
- PAMPANIN V., *Autorizzazione integrata e regolazione ambientale*, Aracne editrice, Roma, 2014.
- PASTORI G., *La pubblica amministrazione e l'impresa nella normazione e nella produzione di beni e servizi*, in *Il diritto dell'economia*, 1990, 1, pp. 51 ss.
- PATRONI GRIFFI A., *La concorrenza nel sistema bancario*, Jovene, Napoli, 1979.
- PATRONI GRIFFI A., *Accesso all'attività bancaria*, in *Banca e borsa*, 1990, pp. 484 ss.
- PATRONI GRIFFI A., *La legge bancaria nel passaggio dal vecchio al nuovo testo: prime riflessioni sistematiche*, in ANTONUCCI A. (a cura di), *Dall'attuazione della II direttiva CEE in materia bancaria al Testo Unico*. Atti del Convegno di Bari, 5-6 marzo 1993, Cacucci, Bari, 1993, pp. 39 ss.
- PELAGGI A., *Principi ed orientamenti del Consiglio di Stato sulla licenza di commercio*, in *Corr. amm.*, 1967, pp. 1326 ss.
- PELLEGRINI L., *Concorrenza e regolamentazione: la distribuzione commerciale*, in TESAURO G., D'ALBERTI M. (a cura di), *Regolazione e concorrenza*, Il Mulino, Bologna, 2000, pp. 89 ss.
- PELLEGRINI L., *La liberalizzazione delle attività commerciali*, in MATTARELLA B.G., NATALINI A. (a cura di), *La regolazione intelligente. Un bilancio critico delle liberalizzazioni italiane*, Ed. Passigli, Firenze, 2013, pp. 199 ss.

- PELLIZZARI S., *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, pp. 265 ss.
- PEREZ R., *Telecomunicazioni e concorrenza*, Giuffrè, Milano, 2002.
- PINELLI C., *Liberalizzazione delle attività produttive e semplificazione amministrativa. Possibilità e limiti di un approccio giuridico*, in *Dir. amm.*, 2014, 1-2, pp. 355 ss.
- PIFFERI G., *Libertà di iniziativa economica e licenze di commercio*, in *L'amministrazione italiana*, 1971, 9, pp. 1130 ss.
- PIRAS A., *Gli stabilimenti bancari nella dinamica dei rapporti di impresa*, Giuffrè, Milano, 1975.
- PIRAS A., *Il controllo sull'accesso all'attività bancaria alla luce delle direttive comunitarie*, in *Banca, impr., soc.*, 1983, pp. 327 ss.
- PISANESCHI A., *Commercio e attività produttive*, in CORSO G., LOPILATO V. (a cura di), *Il diritto amministrativo dopo le riforme costituzionali*, vol. I, parte speciale, Giuffrè, Milano, 2006, pp. 105 ss.
- PORTALURI P.L., *Primauté della disciplina urbanistica e regolazione delle attività commerciali*, in *Scritti in onore di P. Stella Richter*, ES, Napoli, 2013, pp. 1720 ss.
- POSNER R.A., *A Failure of Capitalism. The Crisis of '08 and the Descent into Depression*, Cambridge, Harvard University Press, 2009.
- POTOTSCHNIG U., *Poteri pubblici e attività produttive*, in *Il diritto dell'economia*, 1990, pp. 33 ss.
- PRATIS C.M., *La disciplina giuridica delle aziende di credito*, Giuffrè, Milano, 1972.
- PUGLIESE F.P., *Proprietà e impresa: riflessioni sui procedimenti costitutivi dei beni minerari e del regime amministrativo dell'impresa*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1971, pp. 919 ss.
- PUGLIESE F.P., *La nuova disciplina del commercio*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1972, pp. 992.
- RADICATI DI BROZOLO L.G., *Il diritto comunitario delle telecomunicazioni – un modello di liberalizzazione di un servizio pubblico*, Giappichelli, Torino, 1999.
- RAGANELLI B., *La tutela della stabilità finanziaria nel settore bancario*, in *Giorn. dir. amm.*, 2017, 3, pp. 339 ss.
- RAGONESI V., *Programmazione commerciale e vincoli all'iniziativa privata nell'interpretazione giurisprudenziale*, in *Disc. comm.*, 1992, 3, pp. 67 ss.
- RAMAJOLI M., *Liberalizzazioni: una lettura giuridica*, in MANGANARO F., ROMANO TASSONE A., SAITTA F. (a cura di), *Liberalizzare o regolamentare: il diritto amministrativo di fronte alla crisi*, Atti del XVII Convegno di Copanello, 29-30 giugno 2012, Giuffrè, Milano, 2013, pp. 3 ss.
- RAMAJOLI M., *Quale cultura per l'amministrazione pubblica?*, Relazione al Convegno «Verso le carriere amministrative», Roma, 19-20 gennaio 2017, in *Giorn. dir. amm.*, 2017, 2, pp. 187 ss.

- RANGONE N., *Regolazione*, in *Dizionario di dir. pubbl.*, diretto da CASSESE S., Giuffrè, Milano, 2006, pp. 5057 ss.
- RANGONE N., *Fonti rinnovabili di energia: stato della regolazione e prospettive di riforma*, in *Giur. cost.*, 2010, pp. 1492 ss.
- RENNA M., *Il sistema degli «standard ambientali» tra fonti europee e competenze nazionali*, in POZZO B., RENNA M. (a cura di), *L'ambiente nel nuovo titolo V della Costituzione*, *Quaderni della Rivista Giuridica dell'Ambiente*, 2004, 15, pp. 93 ss.
- RENNA M., *Semplificazione e ambiente*, in *Riv. giur. edil.*, 2008, 1, pp. 37.
- RESCIGNO G.U., *Come i governanti hanno tentato furbescamente di aggirare la Costituzione e come la Corte ha risposto in modo debole e non adeguato*, in *Giur. cost.*, 2012, pp. 2945 ss.
- RIZZO G., *Accesso al mercato e concorrenza nelle telecomunicazioni. Il ruolo delle autorizzazioni generali nella prospettiva della convergenza*, in *Dir. comm. int.*, 2001, 4, pp. 907 ss.
- ROSSI G., *Crisi del capitalismo e nuove regole*, in *Riv. soc.*, 2009, pp. 935 ss.
- ROSSI G. (a cura di), *Diritto dell'ambiente*, 2017, Giappichelli, Torino.
- ROTOLO E., DEL GATTO S., *Il giudice e l'amministrazione*, in TORCHIA L. (a cura di), *La dinamica del diritto amministrativo. Dieci lezioni*, Il Mulino, Bologna, 2017, pp. 255 ss.
- RUTA G., *Il sistema della legislazione bancaria*, Bancaria, Roma, 1975.
- SACCHI MORSIANI G., *Autorizzazioni in funzione di controllo*, in *Rass. dir. pubbl.*, 1961, pp. 50 ss.
- SALERNO M., SANTONE P., *Liberalizzazioni nella distribuzione dei carburanti e mercato unico: la Corte annulla... le distanze*, in *Dir. pubbl. comp. ed europeo*, 2010, pp. 1273 ss.
- SALTARI L., *Stato e mercato nel decreto «Bersani-bis», (Commento a d.l. 31 gennaio 2007, n. 7; l. 2 aprile 2007, n. 40)*, in *Giorn. dir. amm.*, 2007, 8, pp. 809 ss.
- SALTARI L., *Lo «stato del mercato». Commento a d.l. 24 gennaio 2012, n. 1*, in *Giorn. dir. amm.*, 2012, 6, pp. 583 ss.
- SALVIA F., *Crisi della programmazione e nuovi strumenti di coordinamento*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1975, pp. 502 ss.
- SALVIA F., *L'autorizzazione agli impianti industriali*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1978, pp. 560 ss.
- SALVIA F., *Il mercato e l'attività amministrativa*, in *Dir. amm.*, 1994, 4, pp. 523 ss.
- SALVIA F., *La permeabilità della tecnica agli interessi e la sua diversa incidenza nei processi decisionali*, in *Studi economico-giuridici dell'Università di Cagliari (2003-2004)*, *In memoria di Franco Ledda*, vol. II, Giappichelli, Torino, 2004, pp. 1091 ss.
- SALVIA F., *Considerazioni su tecnica e interessi*, in *Dir. pubbl.*, 2002, pp. 603 ss.
- SANDULLI A., *La proporzionalità dell'azione amministrativa*, CEDAM, Padova, 1998.

- SANDULLI A.M., *Abilitazioni. Autorizzazioni. Licenze*, in *Rass. dir. pubbl.*, 1958, pp. 11 ss.
- SANDULLI A.M., *Considerazioni sul servizio di distribuzione automatica di carburanti*, in *Giust. civ.*, 1958, pt. 1, pp. 1172 ss.
- SANDULLI M.A., *Brevi riflessioni sulla V.I.A.*, Relazione alla giornata di studio sul tema: «V.I.A. e pianificazione urbanistica», Università degli studi di Napoli, 26 giugno 1989, in *Riv. giur. edil.*, 1989, 5, pt. 2, pp. 133 ss.
- SANDULLI M.A., *L'autorizzazione al commercio di vendita a posto fisso*, Giuffrè, Milano, 1990.
- SANDULLI M.A., *Tutela dell'ambiente e sviluppo economico e infrastrutturale: un difficile ma necessario contemperamento*, Relazione al convegno «Ambiente e mercato: quale gerarchia di valori?», Genova, 29-30 ottobre 1999, in *Riv. giur. ed.*, 2000, 1, pt. 2, pp. 3 ss.
- SANDULLI M.A., *La semplificazione dell'azione amministrativa: considerazioni generali*, in *Nuove autonomie*, 2008, 3-4, pp. 405 ss.
- SANDULLI M.A., *Dalla d.i.a. alla s.c.i.a.: una liberalizzazione «a rischio»*, in *Riv. giur. edil.*, 2010, 6, pt. 2, pp. 465 ss.
- SANDULLI M.A., *La segnalazione certificata di inizio attività (s.c.i.a.)*, in SANDULLI M.A. (a cura di), *Principi e regole dell'azione amministrativa*, Giuffrè, Milano, 2017, pp. 215 ss.
- SANFILIPPO P.M., *Funzione amministrativa e autonomia statutaria nelle società per azioni*, Giappichelli, Torino, 2000.
- SANTORO V., *Prevenzione e «risoluzione» della crisi delle banche*, in <http://www.regolazionedemercati.it/pubblicazioni>, 2014.
- SARACENO P., *Iniziativa privata e azione pubblica nei piani di sviluppo economico*, Giuffrè, Roma, 1959.
- SARPI F., *La crociata contro gli oneri amministrativi. Attori, processi, tecniche e risultati della misurazione degli oneri amministrativi in alcuni Paesi europei: un'analisi comparata*, in NATALINI A., TIBERI G. (a cura di), *La tela di Penelope. Primo Rapporto Astrid sulla semplificazione legislativa burocratica*, Il Mulino, Bologna, 2010, pp. 333 ss.
- SATTA F., *Liberalizzare e semplificare*, in *Dir. amm.*, 2012, 1-2, pp. 177 ss.
- SAVINO M., *Autorità e libertà nell'Unione europea: la sicurezza alimentare*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2007, pp. 413 ss.
- SAVINO M., *I caratteri del diritto amministrativo europeo*, in MARCHETTI B., DE LUCIA L. (a cura di), *L'amministrazione europea e le sue regole*, Il Mulino, Bologna, 2015, pp. 232 ss.
- SCALCIONE R., *Il potere di vigilanza sugli statuti delle banche: valutazione discrezionale e limiti*, in *Banca, borsa e tit. di cred.*, 2001, 2, pp. 233 ss.
- SCARCELLA A., *L'autorizzazione integrata ambientale. Il nuovo sistema unitario di prevenzione e controllo delle fonti inquinanti dell'ambiente*, Giuffrè, Milano, 2005.
- SCARLATA FAZIO M., *La nuova disciplina del commercio*, Giuffrè, Milano, 1973.

- E, SCHNEIDER, *L'autorizzazione unica ambientale. Decreto del Presidente della Repubblica 13 marzo 2013, n. 59. Aua: linee guida operative*, in *Giorn. dir. amm.*, 2014, 5, pp. 454 ss.
- SICLARI D., *Costituzione e autorità di vigilanza bancaria*, CEDAM, Padova, 2007.
- SIMONCELLI D., *Lo Stato e l'industria mineraria*, vol. I, Treves, Milano, 1929.
- SIMONCELLI D., *Discrezionalità e insindacabilità dei provvedimenti della pubblica amministrazione in materia di concessioni minerarie*, in *Dir. beni pubbl.*, 1937, pp. 493 ss.
- SINISI M., *L'autorizzazione paesaggistica tra liberalizzazione e semplificazione (D.P.R. 13 febbraio 2017 n. 31): la «questione aperta» del rapporto tra semplificazione amministrativa e tutela del paesaggio*, in *Riv. giur. edil.*, 2017, 4, pt. 2, pp. 235 ss.
- SINGH D., *Recovery and resolution planning: reconfiguring financial regulation and supervision*, in BINDER J.H., SINGH D., *Bank Resolution: The European Regime*, Oxford University Press, Oxford, 2016, pp. 7 ss.
- SORACE D., *Tutela dell'ambiente e principi generali sul procedimento amministrativo*, in FERRARA R., SANDULLI M.A. (a cura di), *Trattato di diritto dell'ambiente*, vol. II, Giuffrè, Milano, 2014, pp. 3 ss.
- SORDI B., *Al di là del nesso autorità e libertà: i nuovi sentieri della divisione dei poteri*, in PERONGINI S. (a cura di), *Al di là del nesso autorità/libertà: tra legge e amministrazione*, Giappichelli, Torino, 2017, pp. 11 ss.
- SPAGNUOLO VIGORITA V., *Considerazioni in tema di forme, finalità e organi della disciplina pubblica dell'attività economica*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1957, pp. 386 ss.
- SPAGNUOLO VIGORITA V., *Note sull'autorizzazione all'apertura di istituti di credito. Struttura, presupposti, funzione*, in *Banca, borsa, tit. credito*, 1962, I, pp. 16 ss.
- SPAGNUOLO VIGORITA V., *L'iniziativa economica privata nel diritto pubblico*, Jovene, Napoli, 1959.
- SPAGNUOLO VIGORITA V., MARRAMA R., *Osservazioni sull'apertura di sportelli di Casse di risparmio*, in *Rass. dir. pubbl.*, 1965, pp. 335 ss.
- STANGHELLINI L., *La disciplina delle crisi bancarie: la prospettiva europea*, in *Dal testo unico bancario all'unione bancaria: tecniche normative e allocazione dei poteri. Quaderni di ricerca giuridica della Banca d'Italia*, n. 75, 2013.
- STEWART R.B., *Ambiente, ad vocem*, in *Enc. delle scienze sociali*, Treccani, Roma, 1991
- STEWART R.B., *Environmental Regulation and International Competitiveness*, in *Yale Law Journal*, 1993, vol. 102, n. 8, pp. 2039 ss.
- STICCHI DAMIANI E. (a cura di), *Studi in tema di liberalizzazioni. Riflessi giuridici dell'evoluzione della disciplina*, Giappichelli, Torino, 2008.
- STIGLER G.J., *La teoria della regolamentazione economica* (1971), ora in Id., *Mercato, informazione, regolamentazione*, Il Mulino, Bologna, 1994.

- TARANTOLA A.M., RONCHI F., PARENTE F., ROSSI P., *La vigilanza sulle banche e sui gruppi bancari*, Il Mulino, Bologna, 1996.
- TESAURO G., *Intervento pubblico nell'economia e art. 90, n. 2, del Trattato CE*, in *Il dir. dell'Unione europea*, 1996, 3, pp. 719 ss.
- TIBERI G., *L'Unione europea e la liberalizzazione dei servizi: la sfida della creazione di un «mercato interno dei servizi»*, in MATTARELLA B.G., NATALINI A., (a cura di), *La regolazione intelligente. Un bilancio critico delle liberalizzazioni italiane*, Ed. Passigli, Firenze, 2013, pp. 87 ss.
- TONIOLO G. (a cura di), *Industria e banca nella grande crisi 1929-1934*, ETAS Libri, Milano, 1978.
- TONIOLO G., *Crisi finanziarie, plus ça change ... ?*, in *Atti del convegno in onore di Giorgio Lunghini, L'economia politica e l'evoluzione del capitalismo negli ultimi quarant'anni*, «Quaderni del Dipartimento», settembre 2011.
- TONOLETTI B., *Fuga dal regolamento e confini della normatività nel diritto amministrativo*, in *Dir. amm.*, 2015, pp. 389 ss.
- TONOLETTI B., *Accesso alle infrastrutture e riconoscimento dei costi nei mercati dell'energia*, in *Munus*, 2017/1.
- TORCHIA L., *Il controllo pubblico della finanza privata*, CEDAM, Padova, 1992.
- TORCHIA L., *La nuova Costituzione economica*, in CASSESE S., FRANCHINI C. (a cura di), *L'amministrazione pubblica italiana. Un profilo*, Il Mulino, Bologna, 1994, pp. 122 ss.
- TORCHIA L., *Tendenze recenti della semplificazione amministrativa*, in *Dir. amm.*, 1998, pp. 385 ss.
- TORCHIA L., *Diritto amministrativo, potere pubblico e società nel terzo millennio o della legittimazione inversa*, in *Il diritto amministrativo oltre i confini. Omaggio degli allievi a Sabino Cassese*, Giuffrè, Milano, 2008, pp. 49 ss.
- TORCHIA L., *Teoria e prassi delle decisioni amministrative*, in *Dir. amm.*, 2017, 1, pp. 1 ss.
- TORCHIA L. (a cura di), *I nodi della pubblica amministrazione*, ES, Napoli, 2016.
- TORCHIA L., *Diritto ed economia fra Stati e mercati*, ES, Napoli, 2016.
- TORCHIA L., *Lontano dal giuspositivismo: incertezza, sicurezza, fiducia*, in *Giorn. dir. amm.*, 2017, 2, pp. 171 ss.
- TRAINA D.M., *Disciplina del commercio, programmazione ed urbanistica*, in *Riv. giur. edil.*, 2011, pt. 2, pp. 119 ss.
- TRAVI A., *La cornice amministrativa delle attività imprenditoriali*, Istituto di diritto pubblico, Università di Firenze, Firenze, 1997.
- TRAVI A., *La conferenza di servizi*, in *Incontri sull'attività amministrativa e sul procedimento*, Giappichelli, Torino, 2006.
- TRAVI A., *Dichiarazione di inizio attività (diritto amministrativo)*, in *Enc. dir. - Annali*, Giuffrè, Milano, 2008, pp. 343 ss.

- TRAVI A., *La tutela nei confronti della d.i.a. tra modelli positivi e modelli culturali*, in *Dir. pubbl.*, 2014, pp. 15 ss.
- TRAVI A., *Attività commerciali e strumenti urbanistici: ovvero «il diritto preso sul serio»*, in *Urb. e app.*, 2014, pp. 104 ss.
- TRAVI A., *La semplificazione amministrativa come strumento per far fronte alla crisi economica*, in *GiustAmm.it*, 2016, 5, pp. 6 ss.
- TRAVI A., *Le complicazioni della semplificazione amministrativa*, in SALA G., SCIULLO G. (a cura di), *Procedimento e servizi pubblici nel diritto amministrativo in trasformazione*, ESI, Napoli, 2017, pp. 3 ss.
- TRIMARCHI BANFI F., *Organizzazione economica ad iniziativa privata e organizzazione economica ad iniziativa riservata negli articoli 41 e 43 della Costituzione*, in *Pol. dir.*, 1992, pp. 3 ss.
- TRIMARCHI BANFI F., *Lezioni di diritto pubblico dell'economia*, Giappichelli, Torino, 2009.
- TUCCI M., *Programmazione amministrativa e pianificazione del territorio*, Giappichelli, Torino, 2003.
- VARALDO R., *La disciplina del commercio tra liberalizzazione e regolamentazione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1998, pp. 984 ss.
- VELLA F., *Il corporate governance nelle banche tra regole di vigilanza e disciplina di mercato*, in *Banca, Impr. Soc.*, 1998, pp. 73 ss.
- VERNAGLIONE P., *Il libertarismo. La teoria, gli autori, le politiche*, Rubettino, Catanzaro, 2013.
- VESE D., *Semplificazione procedimentale, analisi economica e tutela del terzo*, in *Dir. econ.*, 2016, 2, pp. 545 ss.
- VESPERINI G., *Industria (interventi pubblici nell')*, *ad vocem*, in *Enc. giur.*, Ed. enc. it., Roma, vol. XVI, 1989.
- VESPERINI G., *La fatica di semplificare*, in *Giorn. dir. amm.*, 2013, 3, pp. 345 ss.
- VILLATA R., *Autorizzazioni amministrative e iniziativa economica privata. Profili generali*, Giuffrè, Milano, 1974.
- VIPIANA P.M., *L'autolimita della pubblica amministrazione: l'attività amministrativa tra coerenza e flessibilità*, Giuffrè, Milano, 1990.
- VIPIANA P.M., *Introduzione allo studio del diritto di ragionevolezza nel diritto pubblico*, CEDAM, Padova, 1993.
- VIPIANA P.M., *La disciplina delle energie rinnovabili: modelli procedurali a confronto*, in *Quad. reg.*, 2011, 2, pp. 465 ss.
- VIPIANA P.M., *I poteri amministrativi a seguito di SCIA al vaglio della Consulta*, in *Giur. It.*, 2016, 10, pp. 2234 ss.

- VIPIANA P.M., *L'attività amministrativa ed i regimi amministrativi delle attività private*, CEDAM, Padova, 2017.
- VISCO A., *Disciplina giuridica degli esercizi commerciali*, Jovene, Napoli, 1963.
- VIVANI C., *I procedimenti di autorizzazione alla realizzazione e alla gestione degli impianti di produzione di energia da fonti rinnovabili*, in *Urb. e app.*, 2011, pp. 775 ss.
- VIVANI C., *Alla ricerca della semplificazione nei processi autorizzativi: brevi spunti sulle autorizzazioni «uniche» e sulle conferenze di servizi decisorie*, in *Dir. econ.*, 2013, 2, pp. 573 ss.
- VOGEL S.K., *Freer Markets, More Rules*, Cornell University Press, 1996.
- VON HAYEK F.A., *Scientism and the Study of Society*, in *The Counter-Revolution of Science. Studies on the Abuse of Reason*, The Free Press, Glencoe, 1952, Trad. It., CIMINO A., *Lo scientismo e lo studio della società*, in *Conoscenza, mercato, pianificazione*, Bologna, 1988.
- ZANETTI G., *Prezzi amministrati: obiettivi e limiti dell'azione pubblica*, in FERRARI C. (a cura di), *La regolamentazione giuridica dell'attività economica*, Giuffrè, Milano, 1987, pp. 212 ss.
- ZANETTI L., *Il procedimento unificato per gli impianti produttivi*, in GARDINI G., PIPERATA G. (a cura di), *Lo sportello unico per le attività produttive*, Giappichelli, Torino 2002, pp. 115 ss.
- ZANOBINI G., *Corso di diritto corporativo*, Giuffrè, Milano, 1940.
- ZANOBINI V., *L'esercizio privato delle funzioni e dei servizi pubblici*, in ORLANDO V.E. (a cura di), *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano*, vol. II, pt. 3, Società editrice libraria, Milano, 1935, pp. 433 ss.
- ZATTI A., *Aspetti economici della normativa IPPC e dell'autorizzazione integrata ambientale*, in *Ambiente e sviluppo*, 2005, pp. 12 ss.

Il momento dell'avvio di un'attività economica rappresenta lo snodo critico, il punto chiave del rapporto tra Stato e impresa e dell'interazione tra poteri amministrativi di controllo e autonomia imprenditoriale. La fase dell'accesso al mercato è da tempo oggetto privilegiato della disciplina pubblicistica delle imprese e la scienza giuridica vi ha dedicato numerose e approfondite ricerche al fine di saggiare il grado di attuazione della libera concorrenza. Meno trattato è stato invece, il tema relativo all'atteggiarsi della situazione giuridica dell'impresa nei confronti del pubblico potere e dei tuttora, numerosi condizionamenti alla libertà di iniziativa economica. L'indagine si propone di analizzare questa posizione soggettiva e l'attuale configurazione del rapporto tra impresa e amministrazione, anche in termini di conflitto tra libertà e autorità, nella fase di avvio dell'attività, attraverso l'analisi di alcuni settori economici e dell'evoluzione normativa e giurisprudenziale che li ha interessati.

**SVEVA DEL GATTO** è professore associato di diritto amministrativo presso il Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università Roma Tre dove insegna Diritto amministrativo europeo e Analisi economica del diritto pubblico.

È autrice del volume *Il metodo aperto di coordinamento. Amministrazioni nazionali e amministrazione europea*, edito da Jovene, e di numerosi articoli e contributi in volume. Ha scritto in materia di silenzio dell'amministrazione, società pubbliche, autorità amministrative indipendenti, unione bancaria, principio di proporzionalità e cooperazione amministrativa in materia di concorrenza.