

## Prefazione

### POTERI PUBBLICI E MERCATI. UN DIFFICILE EQUILIBRIO

PAOLO URBANI

*È ampiamente noto che le libere attività umane sul territorio provocano conseguenze negative indipendentemente dai moventi del tornaconto e dai richiami alla ragione, poiché le stesse mirano contemporaneamente alla massimizzazione dei profitti ed alla minimizzazione dei costi. Di conseguenza, l'assenza di una qualunque regolazione o della fissazione di criteri sociali di scelta, lascia il singolo operatore privo della possibilità di conoscere gli effetti che l'uso del bene o la sua distruzione (acqua, suolo, boschi, paesaggio etc.) può produrre sia sul sistema di relazione con gli altri beni sia sul benessere della comunità locale o superlocale. Così Giannini si esprimeva nel suo saggio sull'Ambiente<sup>1</sup>.*

Non credo che vi siano considerazioni più lucide di queste per affrontare le tematiche di questo libro. Giannini si riferiva alle tematiche degli usi e del consumo di territorio ma è evidente che tale ragionamento può essere esteso a tutte quelle attività nelle quali l'iniziativa economica può incidere sulla sicurezza, sulla salute, sul principio di concorrenza, sugli interessi dei terzi, sulla produzione di beni e servizi.

*Si è sempre ritenuto, quindi, che al singolo manchino le capacità di previsione che solo alcuni organismi pubblici specializzati sono in grado di fornire.* Così continuava quel saggio sintetizzando in una frase quel necessario rapporto tra poteri pubblici e attività private che da sempre in ogni ordinamento a regime amministrativo persegue la finalità dell'armonico sviluppo dell'economia e della società. Non si tratta di "ingerenza" dei pubblici poteri poiché in ogni ordinamento giuridico contemporaneo ovvero in ogni "Stato pluriclasse" esistono regole del gioco di una società o vincoli che la collettività ha stabilito per disciplinare i propri rapporti e sono le istituzioni, gestite da pubblici poteri che condizionano la vita dei soggetti privati ed i rapporti giuridici interprivati. Così ancora il Maestro in un altro saggio lungimirante degli anni '80<sup>2</sup>.

Nell'ultimo ventennio i fatti dell'economia hanno certamente preso il sopravvento considerando che la globalizzazione economica richiede una circolazione più ca-

---

<sup>1</sup> M.S. GIANNINI, *Ambiente. Saggio sui suoi diversi aspetti giuridici*, in RTDP, 1973 ora in *Scritti*, Vol. VII, 443.

<sup>2</sup> M.S. GIANNINI, *Il pubblico potere*, Il Mulino, Bologna, 1986, 56 ss.

pillare di beni, servizi, capitali e manodopera. Il mutato quadro internazionale, l'avvento della Comunità Europea per quanto ci riguarda, ha inciso certamente sulla funzione dei pubblici poteri che da regolatori dei mercati dovrebbero tendere sempre più a favorire i complessi ed emergenti processi della libertà del contratto, d'impresa, di scambio, presupposti indispensabili della circolarità dell'economia globale<sup>3</sup>. Il lavoro di Durano si cimenta con successo, a partire dalla Costituzione del '48, sulla ricostruzione delle invarianti costituzionali del rapporto tra iniziativa economica e pubbliche funzioni e ne delinea la lenta evoluzione in sintonia con la disciplina comunitaria che ha dettato norme per la liberalizzazione di numerosi settori economici e per l'apertura del mercato interno.

Non vi è dubbio che questi mutamenti abbiano inciso sull'autoritarità dell'amministrazione e sull'esercizio del potere in tutti i settori nei quali appare necessario svolgere quell'azione di controllo preventivo o di vigilanza sul libero esercizio dell'azione privata. La risposta, problematica, della deregolazione, della semplificazione, della riduzione della discrezionalità costituisce per l'Autore il terreno di analisi per la verifica dell'efficacia di tali misure specie nei settori ove più marcata è l'esigenza della celerità dell'attività d'impresa a fronte di un declino dei titoli abilitativi, sostituiti gradualmente da forme di responsabilizzazione dell'operatore nell'esercizio di diritti soggettivi a controllo amministrativo, il tutto temperato oggi dall'attuazione del principio di concorrenza.

E questo ragionamento assume una rilevanza ancora più attuale, ed a volte drammatica, in considerazione dell'evoluzione delle tecnologie applicate agli usi del territorio, la cui diffusione richiede necessariamente la fissazione di regole e di prescrizioni tecniche (al pari di quelle urbanistiche) che ne disciplinino l'uso, compatibile con la tutela di altri interessi (riguardanti la salute, la limitatezza della risorsa, la sua integrità fisica). Sono quelli che oggi si considerano come "rimedi" ai cosiddetti fallimenti o insuccessi del mercato che si verificherebbero se l'uso delle risorse fosse lasciato all'autodisciplina dei privati. È un tema caro a chi scrive indagato più volte e a più riprese<sup>4</sup> che l'Autore riprende (specie nel cap. IV) ove emerge con sempre maggiore evidenza l'affermarsi – più volte osteggiato dalla dottrina amministrativistica fino alla prima decade del 2000 – dell'uso dell'accordo in luogo del provvedimento amministrativo (cioè laddove non operano norme che impongono l'agire secondo moduli di diritto pubblico<sup>5</sup>) specie nel procedimento di conformazione dei suoli per particolari fenomeni urbani quali la ricostruzione del costruito di quartieri degradati o di aree dismesse – che richiede – al contrario di quanto spesso reclamato – maggiore discrezionalità dell'azione amministrativa in alternativa al modulo dell'esercizio del potere come strumento dell'azione amministrativa poiché solo co-

---

<sup>3</sup> Così M. D'ALBERTI, *Il diritto amministrativo tra imperativi economici e interessi pubblici*, in *Diritto amministrativo*, 2008, 56.

<sup>4</sup> P. URBANI, *Territorio e poteri emergenti*, Giappichelli, Torino, 2007; *Urbanistica consensuale*, Bollati Boringhieri, Torino, 2000; *Urbanistica solidale*, Bollati Boringhieri, Torino, 2011.

<sup>5</sup> V. CERULLI, *Amministrazione pubblica e diritto privato*, Giappichelli, Torino, 2011, 22.

determinando l'assetto dei suoli tra pubblico e privati si garantisce un'amministrazione di risultato in funzione dell'interesse pubblico generale. Il carattere finalistico dell'azione amministrativa resta fermo, e questa si pone al servizio della collettività rappresentata. Si tratta di situazioni nelle quali le "determinazioni" dell'amministrazione si confrontano con disposizioni che offrono più soluzioni prescrittive che solo il "contratto" può cristallizzare in funzione di una maggiore garanzia dell'interesse pubblico. D'altronde, come affermava un giurista precocemente scomparso, *il consenso è legittimazione del potere*<sup>6</sup>. Di talché certamente l'accordo non può determinare nulla di diverso dal provvedimento<sup>7</sup>, ma in questi casi, la sostituzione di quest'ultimo con l'accordo non fa altro che seguire lo stesso iter procedimentale dell'azione amministrativa, ma più vantaggioso per le parti. E l'emergere di un'urbanistica per accordi, parafrasando il titolo di un altro scritto di Giannini<sup>8</sup>, assume il rilievo pregnante di far assurgere in una dimensione nuova l'antico rapporto tra diritto amministrativo e diritto privato. E d'altronde, lo stesso Mario Nigro che presiedette la Commissione di studio per l'elaborazione della legge sul procedimento amministrativo, in un convegno del 1986 affermò in chiusura *"guardate che il potere è sempre negoziabile, sempre negoziabile, e non c'è potere più negoziabile di quello della pianificazione del territorio"*. La metamorfosi del provvedimento amministrativo nell'ambito dei processi di sviluppo economico sui quali l'Autore indaga ha spinto un'autorevole amministrativista<sup>9</sup>, misurandosi proprio con una provincia classica del diritto amministrativo – la pianificazione del territorio – a rivalutare pienamente l'accordo all'interno del procedimento come strumento della volontà procedimentale, in luogo del provvedimento amministrativo unilaterale e imperativo.

Se queste appaiono le nuove frontiere di un dialogo ormai continuo tra diritto amministrativo e sviluppo dei mercati, che coinvolgono molti altri settori dell'economia, non si può non concordare con chi afferma<sup>10</sup> *che comunque la realizzazione degli imperativi economici non può significare sacrificio di interessi collettivi e pubblici, di valori sociali, di diritti fondamentali*.

Ecco perché, per chiudere, il contributo migliore del volume sta proprio nell'analisi attenta della giurisprudenza delle Corti, tendente non solo a fissare i parametri del dialogo tra diritto interno e diritto comunitario, ma anche a sollecitare in più occasioni l'adeguamento dell'agire pubblico ai nuovi equilibri tra poteri pubblici e mercati.

---

<sup>6</sup>F. PUGLIESE, *Risorse finanziarie, contestualità ed accordi nella pianificazione urbanistica*, in AA.VV. *Presente e futuro della pianificazione urbanistica*, AIDU Giuffrè, Milano, 1999, 69.

<sup>7</sup>A. TRAVI, *Accordi fra proprietari e comune per modifiche al piano regolatore ed oneri esorbitanti*, in *Foro it.*, 2002, pt. V, 274 ss.

<sup>8</sup>M.S. GIANNINI, *Dell'Amministrare per accordi*, in *Administration-politique, Scritti in onore di Athos G. Tsoutos*, Atene, 1990, ora in *Scritti*, Vol. VIII, 1137.

<sup>9</sup>L. TORCHIA, *Teoria e prassi delle decisioni amministrative*, Convegno AIPDA Bergamo 5 ottobre 2017.

<sup>10</sup>M. D'ALBERTI, *Il diritto amministrativo*, cit., 62.



## INTRODUZIONE

Gli ordinamenti giuridici hanno tradizionalmente incontrato numerose difficoltà nell'analisi delle continue e multiformi ingerenze del potere pubblico sull'attività economica privata.

Inevitabilmente, le maggiori perplessità sono state riscontrate – al variare dei periodi storici di riferimento – nella costante oscillazione tra ordinamenti dominati dai principi del liberismo ed epoche dominate, invece, dal cosiddetto interventismo<sup>1</sup>.

In ragione di quanto innanzi, storicamente sono stati posti in eterna contrapposizione il polo del potere pubblico e quello dell'attività economica, ricondotti nella tradizionale dialettica tra autorità e libertà<sup>2</sup>.

Nel contesto appena delineato hanno agito i pubblici poteri destinati a regolamentare la vita economica dei cittadini e a controllare l'avvio delle iniziative economiche private contingentando l'accesso ai mercati in funzione del soddisfacimento di finalità di carattere generale.

Tuttavia, nell'attuale contesto amministrativo-ordinamentale, è verosimile affermare che la disciplina di “controllo”, tipica del potere amministrativo, abbia recentemente mutato le proprie forme; e ciò in quanto, si manifestano, sempre più frequentemente, nuove forme di esercizio del potere che non consentono oltremodo all'Amministrazione di esercitare forme di controllo *ex ante* sull'accesso al mercato

---

<sup>1</sup> Come rilevato puntualmente da S. CASSESE, *La nuova costituzione economica*, Laterza, Bari-Roma, 2015, p. 30, si sono contrapposte epoche dominate dal liberalismo ispirato al *laissez-faire* e contesti pervasi dall'interventismo diffusosi a partire dal secondo XIX sino ai nostri giorni. Tuttavia, l'Autore rileva come «Questa ricostruzione storica si è dimostrata insoddisfacente. Basti ricordare la ricchezza degli interventi statali nell'economia che caratterizzò il '700 francese (colbertismo, dal nome del Ministro Colbert). Oppure notare che gran parte della strumentazione del cosiddetto intervento pubblico nell'economia non ha alcuna finalità interventistica o dirigistica, ma risponde a esigenze degli stessi operatori economici, quali la definizione degli istituti (società, consorzi di società, gruppi, ecc.) e l'individuazione delle responsabilità nei rapporti economici (ad esempio, gli obblighi di informazione, dettati dalla necessità di proteggere i risparmiatori).

<sup>2</sup> S. CASSESE, *op. cit.*, p. 29, evidenzia come esista un rapporto continuo, biunivoco tra autorità e libertà, segnalando come «I rapporti tra pubblici poteri e privati, in relazione alla fase dell'attività economica oggetto della disciplina, si distinguono a seconda che condizionino l'inizio e la fine dell'attività economica; i fattori produttivi; i processi produttivi e i prodotti. L'inizio e la fine dell'attività economica di privati sono frequentemente sottoposti a provvedimenti amministrativi (autorizzazioni, licenze, concessioni), molti dei quali revocabili, che condizionano l'accesso e l'uscita dell'impresa dal settore al consenso dei poteri pubblici».

né di intervenire sull'avvio delle attività socio-economiche intraprese dai cittadini.

Ciò risponde alle oramai note logiche di liberalizzazione dettate dall'ordinamento europeo, ove vengono sancite le libertà fondamentali di libera circolazione dei servizi, delle merci, dei capitali e delle persone<sup>3</sup> che mal si adattano a un intervento preventivo del potere pubblico.

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

Invero, in ragione di contingenti fenomeni politici (entrata in vigore del Trattato di Lisbona e recepimento di numerose direttive, fra tutte la Direttiva 2006/123/CE<sup>4</sup>, aventi rilevanti ricadute sui singoli ordinamenti) ed economici (la più acuta e perdurante crisi finanziaria manifestatasi dopo la risalente crisi di Wall Street del 1929) è divenuto assillante l'appello ad accrescere la competitività dell'intero sistema economico.

D'altra parte, è circostanza ben nota che senza uno stabile ed effettivo sviluppo

---

<sup>3</sup> Sempre S. CASSESE, *op. cit.*, p. 40, segnala come «Il primo strumento per assicurare il mercato interno è la libertà di circolazione nell'ambito del mercato. Questa trova il proprio fondamento nell'art. 26.2 del trattato sul funzionamento dell'Unione europea-TFUE, che dispone "il mercato interno comporta uno spazio senza frontiere interne, nel quale è assicurata la libera circolazione delle merci, delle persone dei servizi e dei capitali secondo le disposizioni dei trattati». In particolare, con riferimento alla libera circolazione delle merci vengono in rilievo gli artt. 28.1, 30, 34, 35 e 110 TFUE, mentre le successive disposizione di cui agli artt. 45 e 48 regolamentano la libera circolazione dei lavoratori. Infine, per quanto di specifico interesse al presente lavoro, occorre far riferimento agli artt. 49, 53 e 56 del TFUE i quali disciplinano la libertà di stabilimento dei cittadini europei e il pedissequo divieto di porre restrizioni alla libera prestazione dei servizi all'interno dell'Unione; in tale ottica, il successivo art. 63.1 TFUE vieta, inoltre, la possibilità di porre restrizioni ai movimenti di capitali tra Stati membri dell'Unione.

<sup>4</sup> La direttiva 2006/123/CE è stata adottata con il dichiarato intento di assicurare la libertà di stabilimento (art. 49 TFUE) e il diritto di prestare servizi all'interno della Comunità (art. 56 TFUE), eliminando le barriere allo sviluppo dei servizi (I considerando). Tale direttiva, in particolare, ha indicato con chiarezza l'obiettivo di «sopprimere regimi di autorizzazione, procedure e formalità eccessivamente onerosi che ostacolano la libertà di stabilimento e la creazione di nuove società di servizi che ne derivano» (cfr. considerando 42). Secondo il disposto dell'art. 9 della citata direttiva «gli Stati Membri possono subordinare l'accesso ad un'attività di servizio e il suo esercizio ad un "regime di autorizzazione" soltanto se sono soddisfatte le seguenti condizioni a) il regime di autorizzazione non è discriminatorio nei confronti del prestatore; b) la necessità di un regime di autorizzazione è giustificata da un motivo imperativo di interesse generale; c) l'obiettivo perseguito non può essere conseguito tramite una misura meno restrittiva, in particolare in quanto un controllo a posteriori interverrebbe troppo tardi per avere reale efficacia». Per un attento esame delle disposizioni dettate da tale direttiva, cfr. in particolare: R. CAFARI PANICO, *La liberalizzazione dei servizi tra regime vigente e la direttiva Bolkestein*, in *Dir. pubbl. comparato ed europeo*, 2006, p. 1880 ss.; N. LONGOBARDI, *Attività economiche e semplificazione amministrativa. La direttiva Bolkestein modello di semplificazione*, in *Dir. proc. amm.*, 2009, p. 695 ss.; C. BERNARD, *The substantive law of the EU: the four freedoms*, OUP Oxford, Oxford, 2010, pp. 348 ss. e 403 ss.

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

La necessità di un risanamento del debito pubblico, di un recupero di competitività, di una crescita occupazionale assumono, dunque, un ruolo centrale in tutti gli ordinamenti europei, considerato altresì che con l'adozione della moneta unica non è più possibile utilizzare la leva del cambio e reagire alla perdita di competitività attraverso il fenomeno delle "svalutazioni competitive"; alla luce di quanto detto avviene, quindi, necessario trovare nuovi strumenti che accrescano la qualità dei prodotti, promuovano gli investimenti e mirino alla riduzione dei costi.

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

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

Ebbene, è agevole rilevare come la liberalizzazione e l'attribuzione di nuove posizioni giuridiche soggettive conferiscano nuovi diritti ai cittadini che assistono con favore all'arretramento del potere pubblico e accolgono positivamente la diffusione di moduli e dichiarazioni di stampo privatistico (moduli procedurali semplificati per agevolare l'esercizio dell'iniziativa economica) a discapito del controllo amministrativo; in simili contesti, risulta sempre più residuale la figura del provvedimento autorizzativo, estrinsecazione del potere esercitato *ex ante*, ma pur sempre grimaldello della legalità e della certezza del diritto.

Così, al sol fine di paventare la portata di tali innovazioni, è interessante segnalare come sia radicalmente mutato il regime dei titoli abilitativi in materia edilizia-urbanistica, ove le comunicazioni e i titoli semplificati imperversano a discapito del tradizionale provvedimento autorizzatorio, oggi permesso di costruire<sup>5</sup>.

In egual misura, è mutato anche il regime delle concessioni di bene pubblico, considerato che lo sfruttamento di risorse e beni di scarsa reperibilità è divenuto oc-

---

<sup>5</sup>Tuttavia, ciò non comporta la definitiva scomparsa dei pubblici poteri dallo scenario della pianificazione territoriale. Come vedremo, infatti, al progressivo arretramento dei poteri autorizzatori corrisponde l'ampliamento della potestà pubblicistica in materia pianificatoria. Recentemente, la giurisprudenza (cfr. *ex multis* C.d.S., sez. IV, n. 2710/2012) ha avallato nuove modalità di esercizio del potere pianificatorio legittimando una pianificazione non più ancorata e finalizzata al mero coordinamento delle potenzialità edificatorie, ma orientata a tutelare e salvaguardare una molteplicità di valori e interessi costituzionali riconducibili agli artt. 9, 32, 41, 42 e 44 della nostra Carta Costituzionale.

casione di profitto e di guadagno cui devono poter accedere tutte le imprese nel rispetto dell'invocato regime concorrenziale.

È così che la Corte di Giustizia ha costretto il Legislatore interno a espungere dall'ordinamento il diritto di insistenza, che regolamentava le concessioni demaniali marittime e tutelava le posizioni giuridiche soggettive dei concessionari uscenti; in ragione di ciò, tali concessionari si trovano ad oggi sprovvisti di qualsiasi forma di tutela e attendono, come tutti gli operatori economici, che gli impeti rivoluzionari si assestino e si definiscano ulteriori forme di tutela e nuove manifestazioni dei diritti nell'ambito di un mercato effettivamente competitivo e concorrenziale.

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

In seguito apparirà essenziale ragionare sulle attuali peculiarità dell'autorità amministrativa, riflettendo in particolar modo sulla natura del provvedimento amministrativo "ai tempi della globalizzazione economica", considerata la cogenza dei principi di liberalizzazione e la conseguenziale supremazia delle libertà di iniziativa economica attribuite ai cittadini.

Si deve evidenziare – come è agevole intuire – che tali considerazioni influenzano i rapporti esistenti tra autorità e libertà, posto che storicamente il provvedimento amministrativo autorizzatorio e concessorio – attributivo di una posizione di vantaggio – ha rappresentato lo strumento per contemperare le prerogative tipiche della libertà con le esigenze pubblicistiche tutelate mediante l'esercizio del potere autoritativo.

Invero, la cogenza dei principi comunitari, nel rinnovato quadro del diritto amministrativo europeo, potrebbe indurre taluni a ritenere che il pendolo oscillante tra autorità e libertà tenda con forza sul fronte delle libertà, assottigliando l'ambito dell'autorità amministrativa compressa dalle preminenti esigenze di mercato. Si vedrà, solo nel prosieguo, se queste deduzioni possono dirsi davvero fondate.

In ragione di quanto riferito, occorrerà ragionare sul concetto stesso di atto amministrativo e, in particolare, sulle peculiarità del provvedimento amministrativo attributivo di vantaggi economici, il quale – anch'esso – presta il fianco all'incedere di nuove forme di provvedimenti amministrativi aventi natura vincolata e temporalmente collocati *ex post* rispetto all'avvio delle attività economiche, il cui esercizio non risulta più subordinato, dunque, all'emanazione di un provvedimento autorizzativo.

Nel rinnovato contesto in esame, pertanto, perde irrimediabilmente rilevanza la secolare distinzione che aveva indotto il Ranelletti a individuare un provvedimento di natura autorizzatoria e un provvedimento di natura concessoria, con conseguente venir meno di tutte quelle barriere amministrative poste a tutela delle esigenze pubblicistiche e riconducibili alla tutela delle prerogative autoritative dell'Amministrazione da sempre previste nel nostro ordinamento.

Tuttavia, ciò che non può venire meno è certamente il potere pubblico e le sue prerogative pubblicistiche, necessariamente tutelate mediante l'autoritatività dell'Amministrazione la quale, pur non potendo contrastare l'esplicazione delle libertà mediante i provvedimenti amministrativi autorizzativi, deve comunque contenere il libero dispiegarsi delle libertà mediante l'esercizio della propria autorità.

La suddetta analisi non potrà, inoltre, prescindere da uno studio critico ed esegetico delle disposizioni costituzionali che regolano il rapporto autorità – libertà, salvo poi proseguire con un'indagine che tenga in considerazione i principi di derivazione comunitaria.

Tali principi sembrano prediligere l'incondizionato affermarsi di un quadro amministrativo ove la libertà prevarica l'autorità in virtù delle conclamate esigenze economiche di mercato e in tale contesto l'autorità recede sino a ridursi a mero controllo, peraltro da effettuarsi *ex post*.

Se ciò fosse vero, dovremmo abbandonare la classica concezione del diritto amministrativo per lasciar spazio a un mero diritto di regolazione dei mercati, piegato e asservito alle preponderanti esigenze di mercato.

Così non è e non può essere.

Nel diritto amministrativo di derivazione europea, infatti, l'Amministrazione conserva spazi per l'esercizio della propria autoritarietà sia nelle ipotesi in cui devono essere tutelati interessi pubblici preminenti (clausole di salvezza), sia mediante l'esercizio di un potere discrezionale e programmatico esercitato *ex ante*.

È, infatti, nelle scelte amministrative effettuate a monte che si consuma la discrezionalità amministrativa originariamente rinvenibile nei provvedimenti autorizzativi e (odiernamente) rintracciabile negli atti amministrativi a contenuto generale, i quali rivestono un carattere essenziale in quanto divengono la sede ove l'Amministrazione compie le proprie scelte.

Il potere pubblico è salvo; cambia la propria veste; nascono così nuove forme di provvedimenti amministrativi, non più attributivi *uti singuli*, ma aventi carattere generale e indifferenziato.

Dunque, i provvedimenti pianificatori divengono la sede naturale in cui si svolge la "predeterminazione delle scelte amministrative"<sup>6</sup>.

D'altronde, già in passato si era registrata un'anticipazione del momento di esercizio del potere pubblico allorché l'autoritatività amministrativa aveva lasciato spazio alla consensualità mediante la diffusione dell'amministrazione per accordi.

Al fine di delineare le nuove configurazioni e i contorni del potere pubblico, sarà quindi necessario – nel corso del presente lavoro – valutare anche le conseguenze che sono derivate dal diffondersi dei moduli consensuali, degli accordi amministrativi e, più in generale, dalla diffusa applicazione degli strumenti privatistici per l'espletamento delle funzioni amministrative.

Come si vedrà, anche in esito a tali radicali mutamenti, il potere pubblico e, con-

---

<sup>6</sup> A. POLICE, *La predeterminazione delle decisioni amministrative*, ESI, Napoli, 1997.

sequenzialmente, la stessa autorità amministrativa hanno mutato le proprie prerogative addivenendo alla formazione di nuove figure ibride in luogo del tradizionale provvedimento amministrativo.

Analogamente, appare necessario riflettere sui mutamenti genetici dei tradizionali titoli autorizzativi, irrimediabilmente contaminati dalla diffusione dei principi liberalizzatori e affermativi della libertà individuale di derivazione comunitaria.

In tale delineato contesto, non pare potersi ritenere che i principi comunitari e l'affermarsi delle libertà fondamentali abbiano travalicato i confini dei poteri nazionali depotenziando i poteri pubblici detenuti dalle Amministrazioni locali, ma l'esercizio di tali poteri è stato certamente limitato e ricondotto in canoni predeterminati.

In conclusione, occorre rilevare come il potere pubblico e le sue intrinseche peculiarità debbano essere ripensate; così come è opportuno riflettere sulle modalità con cui si manifesta la supremazia amministrativa; se in passato il potere amministrativo era arbitro delle sorti dei privati mediante esercizio autoritativo del potere stesso, oggi se non si può dire che non lo sia ugualmente, deve ammettersi che ciò accade sotto la vigenza di regole ben diverse.

Come già rilevato, infatti, in passato l'accesso al mercato era sottoposto a regime autorizzatorio con provvedimenti che potevano essere contestati dai privati per profili motivazionali e di ragionevolezza; oggi, invece, la prospettiva deve necessariamente mutare essendo venuto meno il caratteristico momento valutativo-discrezionale che connotava l'atto autorizzatorio.

A fronte di tale perdita, è errato sostenere che sia venuto meno il potere amministrativo per lasciar spazio a un'attività amministrativa totalmente privatizzata; è ragionevole, tuttavia, sostenere che la fase discrezionale delle valutazioni amministrative si è spostata – è rinvenibile negli atti generali di pianificazione a monte – e implica una consapevole ed efficiente predeterminazione delle scelte amministrative.

PARTE I

LA LIBERALIZZAZIONE DELLE ATTIVITÀ  
ECONOMICHE NELL'ORDINAMENTO  
COSTITUZIONALE



## CAPITOLO PRIMO

# LIBERTÀ DI INIZIATIVA ECONOMICA E REGOLAMENTAZIONE DELLE ATTIVITÀ PRIVATE

Sommario: 1. Premessa. – 2. Libertà fondamentali e pubblici poteri. – 3. Elementi di diritto pubblico dell'economia: nozioni e finalità. – 3.1. La disciplina dell'economia come estrinsecazione del potere pubblico. – 3.2. La disciplina dell'economia nello stato borghese: lo stato dirigista. – 4. Elementi di diritto costituzionale. – 4.1. L'art. 41 Cost. e l'enunciazione dei principi di libertà di iniziativa economica. – 4.2. Il concetto di "utilità sociale" e l'interesse alla tutela del mercato. – 5. L'influenza del diritto amministrativo sull'economia. – 6. I rapporti esistenti tra diritto pubblico e libertà fondamentali dei cittadini. – 6.1. Principi costituzionali e regolamentazione comunitaria: libertà fondamentali quale presupposto per l'esplicazione della libertà di iniziativa economica.

### 1. Premessa

Le considerazioni elaborate nell'introduzione del presente lavoro forniscono una prima prova della innovatività e della portata dirompente del tema in esame.

Ed è proprio la varietà dei temi sottesa alla tematica delle liberalizzazioni che rende difficilmente comprensibile il funzionamento del mercato unico attraverso l'ausilio degli strumenti offerti dalla teoria e dalla dogmatica delle fonti del diritto interno<sup>1</sup>.

In ragione di ciò, dunque, non risulta difficile assecondare quanti ritengono che la teoria ermeneutica e il metodo tradizionale non offrano un canone interpretativo attendibile quando si tratta di comprendere le dinamiche del diritto comunitario e le sue influenze sul diritto privato nazionale<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> Soprattutto in questo senso J. KÖNDGEN, *Die Rechtsquellen des Europäischen Privatrechts*, in K. RIESENHUBER, *Europäische Methodenlehre. Handbuch für Ausbildung und Praxis*, 3. Auf., Berlin, 2015, p. 97 ss., in part. Rdn 7 s.; N. REICH, *The Public/Private Divide in European Law*, in H.W. MICKLITZ, F. CAFAGGI (eds.), *European Private Law after the Common Frame of Reference*, Cheltenham (UK)-Northampton (Ma), 2010, p. 56 ss.; cfr. anche L. NIVARRA, *Al di là del particolarismo giuridico e del sistema: il diritto civile nella fase attuale dello sviluppo capitalistico*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2012, p. 211 ss.

<sup>2</sup> B. GSELL, *Zivilrechtsanwendung im Europäischen Mehrebenenensystem*, in 214 *Archiv für die zivilistische Praxis*, 2014, p. 100 ss.; C. SIEBURGH, *A Method to Substantively Guide the Involvement of EU Law in Private Law Matters*, in *European Review of Private Law*, 2013, p. 1165 ss.; P. OLI-

Per assimilare quanto detto, risulta necessario interrogarsi circa la capacità o meno delle norme costitutive del Trattato europeo (segnatamente quelle che formalmente sono rivolte esclusivamente agli Stati membri nell'ottica della creazione di un mercato unico, a partire dalle c.d. «libertà fondamentali»<sup>3</sup>) di modificare e conformare i rapporti tra attori privati e, più in particolare, tra privati e pubblici poteri.

Il quesito assume enorme rilevanza se solo si considera, come si vedrà nel prosieguo, che alcuni studiosi sono financo giunti a sostenere il definitivo tramonto dell'interesse legittimo, il quale avrebbe lasciato spazio alla generalizzata diffusione, in tutti i campi delle attività economiche, dei diritti soggettivi.

Più in particolare, ciò che occorre valutare è se i richiamati principi comunitari possano – e, se sì, a quali condizioni ed entro quali limiti – assurgere a fonte diretta di diritti e di obblighi azionabili tra soggetti privati<sup>4</sup> e, al contempo, determinare l'invalidità o inefficacia delle regole derivanti dall'autonomia privata<sup>5</sup>.

Il rilievo assunto dai pubblici poteri – da intendersi quale fonte di regolazione e programmazione delle attività economiche con inevitabili riflessi sull'affermarsi delle libertà fondamentali all'interno dell'ordinamento – impone di ricostruire, preliminarmente, gli istituti e le prerogative dei pubblici poteri al fine di definire la reale incidenza delle libertà fondamentali del Trattato nei rapporti tra privati e Pubblica Amministrazione.

Il tema riveste tale spessore che la stessa giurisprudenza comunitaria si è interro-

VER, W.H. ROTH, *The Internal Market and the Four Freedoms*, in *Common Market Law Review*, 2004, p. 407 ss.

<sup>3</sup>In termini semantici, «libertà fondamentali del Trattato» è una categoria dottrinale che vuole indicare in modo sintetico le libertà di circolazione previste dal Trattato; per quanto l'espressione non ricorra come tale né nelle fonti normative europee né nella giurisprudenza della Corte europea di giustizia, essa è entrata ormai nella convenzione linguistica della dottrina europea. Per una ricerca giurispubblicistica si v. T. KINGREEN, *Fundamental Freedoms*, in A. VON BOGDANDY, J. BAST (eds.), *Principles of European Constitutional Law*, II ed., München-Portland, 2009, p. 515 ss. (e ID., *Die Struktur der Grundfreiheiten des Europäischen Gemeinschaftsrechts*, Berlin, 1999).

<sup>4</sup>Mentre è pacifico che tali norme costituiscano situazioni soggettive in capo ai singoli nei confronti degli Stati membri in virtù della seminale decisione – che molto deve alla intuizione giuridica di Alberto Trabucchi – C. Giust. CE, 5 febbraio 1963, C-26/62, *NV Algemene Transport – en Expeditie Onderneming van Gend & Loos c. Amministrazione olandese delle imposte*, in *Giur. it.*, 1963, IV, c. 49 ss., con nota di P. GORI, *Una pietra miliare nell'affermazione del diritto europeo*; su cui merita rileggere A. TRABUCCHI, *Un nuovo diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 1963, I, p. 263 ss. Sul punto, cfr. la raccolta di studi celebrativa dell'arresto *Van Gend en Loos 1963-2013. 50<sup>th</sup> Anniversary of the Judgment*, in *Cour de Justice de l'union européenne*, Luxembourg, 2013, disponibile all'indirizzo [http://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2013-12/qd30136442ac\\_002.pdf](http://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2013-12/qd30136442ac_002.pdf).

<sup>5</sup>Su questo tema, si segnalano le tre monografie presenti nella letteratura tedesca e segnatamente S. PERNER, *Grundfreiheiten, Grundrechte-Charta und Privatrecht*, Tübingen, 2013; T. KÖRBER, *Grundfreiheiten und Privatrecht*, Tübingen, 2004; O. REMIEN, *Zwingendes Vertragsrecht und Grundfreiheiten des EG-Vertrages*, Tübingen, 2003. Nella letteratura italiana v. in particolare il primo capitolo della monografia di D. GALLO, *I servizi di interesse economico generale. Stato, mercato e Welfare nel diritto dell'Unione europea*, Giuffrè, Milano, 2010, p. 5 ss.

gata sovente sugli effetti, nei rapporti tra privati, prodotti dalle libertà fondamentali del Trattato<sup>6</sup> (di qui appunto il lemma *Drittwirkung*, che letteralmente vuol dire “effetti verso i terzi”, utilizzato nella dogmatica delle fonti che più ha approfondito il tema) chiedendosi, altresì, se tali principi producano un effetto conformativo sui rapporti giuridici di diritto privato e sulle aspettative che i cittadini europei possono legittimamente vantare nei confronti delle autorità regolatorie delle attività economiche.

L'importanza del tema è stata tempestivamente colta dagli studiosi di diritto privato<sup>7</sup> e, forse, sottovalutata dagli studiosi di diritto pubblico, i quali debbono oggi difendere il debole presidio dei pubblici poteri dalla fragorosa aggressione dei diritti e delle libertà sancite dall'ordinamento comunitario, che ignorano le problematiche connesse con l'esercizio di funzioni pubblicistiche orientate alla tutela di finalità sociali, collettive e pubblicistiche.

Prima di entrare nel merito della tematica appena introdotta è necessario, tuttavia, ricostruire il quadro normativo e costituzionale di riferimento, al fine di comprendere come coniugare diritti e libertà di derivazione comunitaria con prerogative e peculiarità dell'ordinamento costituzionale.

## 2. Libertà fondamentali e pubblici poteri

Nella dogmatica del provvedimento amministrativo<sup>8</sup>, atto estrinsecativo dei pubblici poteri, a prescindere dalla corrente dottrina prescelta<sup>9</sup>, è pur sempre immanente e connaturato l'esercizio di un potere invasivo, sia sotto il profilo della compressione di posizioni giuridiche soggettive (o reciprocamente della loro liberalizzazione ove in attesa di espansione), sia nel riconoscimento o nella negazione di servizi pubblici.

Tale caratteristica del provvedimento amministrativo – quale esplicazione del potere pubblico di regolazione, fonte di autorità al cospetto del libero dispiegarsi delle libertà costituzionalmente garantite – costituirà la base della presente analisi, ove si vogliono delineare modalità, funzioni e limiti proprie del potere autoritativo.

---

<sup>6</sup> Per un'analisi della giurisprudenza con riguardo ai rapporti di diritto privato si v. C. KOHLER e J.C. PUFFER-MARIETTE, *EuGH und Privatrecht – Ein Rückblick nach 60 Jahren*, in *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht*, 2014, p. 696 ss.; G. BACHMANN, *Nationales Privatrecht im Spannungsfeld der Grundfreiheiten*, in *210 Archiv für die civilistische Praxis*, 2010, p. 424 ss.

<sup>7</sup> Per una trattazione esaustiva della tematica libertà fondamentali-diritto privato, sia consentito rinviare a A. ZOPPINI, *Introduzione a Le “libertà fondamentali” dell'Unione europea e il diritto privato*, F. MEZZANOTTE (a cura di), in *Studies in Law & Social Sciences*, RomaTrePress, Roma, 2016.

<sup>8</sup> Cfr. sul punto R. VILLATA, M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, Giappichelli, Torino, 2017.

<sup>9</sup> Per apprezzare il lungo cammino dell'atto e del provvedimento amministrativo dallo Stato Assoluto allo Stato borghese costituzionale, cfr. S. PERONGINI, *Teoria e dogmatica del Provvedimento Amministrativo*, Giappichelli, Torino, 2016.

Anche nella esperienza inglese<sup>10</sup>, è possibile cogliere i tratti distintivi del provvedere per come inteso nella cultura occidentale.

Non potendosi svolgere una puntuale disamina sulla dogmatica del provvedimento, la quale necessiterebbe di un proprio studio e un volume ad essa integralmente dedicato, nel presente lavoro ci si limiterà a sintetizzare ed enumerare i caratteri propri del provvedimento amministrativo, comuni a tutte le esperienze occidentali, salvo poi sviscerare, nel prosieguo, le tipologie di atti e provvedimenti enucleate dalla dottrina, così da poter analizzare l'evoluzione comunitaria che ha irrimediabilmente influenzato e mutato la natura giuridica dei provvedimenti modificativi delle situazioni giuridiche soggettive.

Le teorie ricostruttive del provvedimento sono state diversamente declinate secondo la tradizione e la cultura giuridica dei singoli ordinamenti. Considerata l'assenza di una definizione normativa di provvedimento amministrativo, appare utile rinviare alle ulteriori definizioni rinvenibili nella legge sul procedimento amministrativo, legge n. 241/1990, ritenendo che la ricerca di una definizione "espressa" di provvedimento amministrativo rappresenti una questione di puro diritto positivo.

Tuttavia, mutando angolazione, appare altrettanto indubbio che il provvedimento in sé, riconducibile a mero strumento di organizzazione sociale, manifesti in tutti i Paesi occidentali il medesimo modulo di regolazione del rapporto autorità-libertà.

Volendo individuare il minimo comune denominatore nei provvedimenti amministrativi, è certamente possibile rintracciare i seguenti caratteri: (i) massima espressione dell'autorità; (ii) sintesi della superiorità del potere pubblico; (iii) potestà di ordinare, decidere, trasformare unilateralmente situazioni giuridiche soggettive; (iv) capacità di gestire il rapporto con il cittadino; (v) espressione di garanzia, considerato il perseguimento degli interessi della collettività e l'esperibilità della tutela giurisdizionale.

L'individuazione di tali elementi consentirà di comprendere appieno l'evoluzione dei provvedimenti medesimi, specie allorché si percepirà il mutamento genetico di taluni aspetti, quali la perdita di autoritarità, di unilateralità a vantaggio di principi quali la consensualità e, più in particolare, l'affermarsi di principi riconducibili alla macro area delle libertà<sup>11</sup>.

---

<sup>10</sup>Per un'ampia ricostruzione sulla dogmatica del provvedimento amministrativo negli ordinamenti europei, cfr. C. ZUCHELLI, *Il "provvedere" ai tempi della globalizzazione. Riflessi sul rapporto autorità/libertà*, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it), 2017, ove l'Autore rileva come la tradizione inglese, ma soprattutto la cultura dei rapporti tra il sovrano e i sudditi direttamente derivante dalla Magna Carta, hanno sempre impedito di concepire la stessa esistenza di un diritto separato che regoli l'attività dei pubblici poteri. È emblematico l'aneddoto secondo cui alla domanda posta dal Presidente Barthelemy Dicey abbia risposto «In Inghilterra non sappiamo nulla di diritto amministrativo, e non vogliamo saperne». Tuttavia, anche in Gran Bretagna la realtà è mutata radicalmente e come segnala M.C. PANGALOZZI, *Le trasformazioni del diritto amministrativo inglese: i «nuovi» amministrative tribunals*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, Giuffrè, Milano, vol. 2, maggio 2016, molta acqua è passata sotto i ponti, anche in Gran Bretagna sono stati istituiti i tribunali amministrativi.

<sup>11</sup>Libertà fondamentali da cui discende come corollario la necessità di garantire la libertà di

Pertanto, ciò su cui occorre riflettere con estrema attenzione è l'ultimo degli aspetti sopra menzionati, dovendosi valutare le conseguenze che discendono dalla concreta esplicitazione di tali libertà e dovendo, perciò, contemperare il riconoscimento di tali prerogative con le finalità collettive salvaguardate dai pubblici poteri.

Al sol fine di individuare il *fil rouge* che condurrà alla lettura del volume, appare indispensabile evidenziare come nel nostro ordinamento costituzionale tali interessi della collettività siano sempre coincisi con la programmazione economica enunciata dagli artt. 41, 43, 44 Cost.<sup>12</sup>, salvo poi orientarsi sulla libertà e sull'affermazione delle posizioni giuridiche soggettive solo in esito al recepimento dei principi di derivazione comunitaria.

Nell'ordinamento costituzionale ricorrono enunciati normativi in antitesi, che

---

avviare attività produttive di beni e attività produttive di servizi. Sul punto, per una approfondita disamina di tale distinzione, cfr. P. URBANI, *Governo del territorio e delle attività produttive. Tra regole, libertà d'iniziativa economica e disciplina della proprietà*, in *Urb. e appalti*, 2016, 6, dove l'Autore individua la portata applicativa della libera prestazione dei servizi delineata dalla Direttiva Bolkestein 2006/123/CE, precisando che le libertà sancite «riguardano i servizi ovvero quelle attività fornite dietro prestazione che secondo la Direttiva Bokenstein del 2006 possono riguardare attività di carattere a) industriale, b) artigianale, c) commerciale, d) delle libere professioni. Direttiva che precede di poco il trattato di Lisbona che prevede espressamente l'obiettivo di instaurare un mercato interno, che viene definito dall'art. 26 TFUE (*ex art.* 14 TCE) come quello spazio senza frontiere interne, nel quale è assicurata la libera circolazione delle merci, delle persone, dei servizi e dei capitali. Gli strumenti per la formazione del mercato interno sono pertanto la compiuta ed effettiva realizzazione delle quattro libertà fondamentali e la disciplina della concorrenza. Mediante le prime, viene limitata l'attività degli Stati nei confronti del mercato; attraverso la seconda si pongono limitazioni rivolte al mercato stesso, per evitare che nello svolgimento dell'attività economica, le imprese possano porre in essere comportamenti tali da ostacolare l'instaurazione e il buon funzionamento del mercato unico. In effetti, i servizi, ancor prima del Trattato di Lisbona, sono stati oggetto dell'importante Dir. 2006/123/CE che il nostro paese ha recepito, seppur con ritardo con il D.Lgs. n. 59/2010 nel quale vi è l'affermazione di principio che recita l'accesso e l'esercizio delle attività di servizi costituiscono espressione della libertà d'iniziativa economica e non possono essere sottoposti a limitazioni non giustificate e discriminatorie, con conseguente eccezionalità del controllo preventivo sulle attività economiche ammissibile solo se funzionale all'interesse pubblico. In particolare, è stato sostanzialmente sancito il divieto di subordinare il rilascio del titolo autorizzatorio a qualsivoglia verifica di natura economica relativa alla "prova dell'esistenza di un bisogno economico o di una domanda di mercato, o alla valutazione degli effetti economici potenziali o effettivi dell'attività" o ancora "alla valutazione dell'adeguatezza dell'attività rispetto agli obiettivi di programmazione economica stabiliti", salvi solo i requisiti di programmazione che non perseguano obiettivi economici, ma che siano dettati da "motivi imperativi d'interesse generale", quali, ad esempio, i valori di rilievo sociale, ambientale o quelli relativi all'ordine pubblico o alla salute».

<sup>12</sup> Come rileva M.S. GIANNINI, *Diritto Pubblico dell'Economia*, Il Mulino, Bologna, 1977, «se si considerano le norme della nostra Costituzione, dall'art. 41 al 47, che disciplinano i «rapporti economici» (quindi anche le norme sulla proprietà e sui beni, delle quali si è detto nel cap. precedente), ci si avvede che esse sono costantemente strutturate con l'affermazione di una regola garantistica del privato e l'affermazione di una regola di disciplina pubblica della materia. Ovviamente varia il contenuto e il rapporto fra le due regole a seconda dell'oggetto, altro essendo l'impresa (art. 41) altro la proprietà (art. 42), altro l'attività agricola (art. 44), e così via. Però è costante il ricorrere di un congiunto binario di enunciati normativi in antitesi».

nella realtà normo-positiva affidano all'impresa e all'iniziativa economica privata un ruolo centrale nella materia dell'economia complessivamente considerata, con il "limite", tuttavia, di affidare alla legislazione positiva e all'amministrazione attiva il compito di circoscrivere la portata applicativa di tali diritti.

Tali enunciati devono, difatti, fronteggiare i diritti e le prerogative derivanti dai principi di utilità sociale, di tutela della sicurezza e della dignità umana, l'applicazione dei quali comporta controlli sull'impresa e sulla direzione pubblica dell'attività delle imprese nel rispetto delle finalità sociali<sup>13</sup>.

È evidente che testi normativi così strutturati prestano il fianco a un immediato dubbio interpretativo: vi è un ordine, una sovraordinazione fra gli enunciati apparentemente in antitesi?

Nonostante taluni abbiano risposto positivamente a tale interrogativo, indicando la prevalenza degli uni rispetto agli altri, deve oramai considerarsi diffusa l'opinione di quanti ritengono che non sussiste alcun rapporto di preminenza, trattandosi di enunciati equiordinati posti sul medesimo piano normativo.

Pertanto, l'Amministrazione nell'esercizio delle sue funzioni dovrà tener conto di entrambi, ponderandoli e bilanciandoli in un quadro amministrativo sempre più complesso e necessariamente ispirato ai canoni di proporzionalità e ragionevolezza tipici dell'ordinamento comunitario.

Tuttavia, è inevitabile che la necessità di contemperare e apprestare tutela, contemporaneamente, a interessi contrapposti fra loro influenzi e modelli l'esercizio del potere e dell'autorità amministrativa, che mediante i provvedimenti regola e limita l'esplorazione delle libertà per la salvaguardia degli interessi di natura collettiva.

Se ci si sofferma un attimo, si potrà notare che è la stessa etimologia dei termini che chiarisce gli scopi sottesi all'attività regolatoria.

Provvedere, infatti, deriva da *pro videre* e il significato è, in senso transitivo, fare o procurare tutto quello che è necessario, cioè dotare di ciò che occorre. In senso intransitivo, il termine allude all'adozione delle misure opportune per raggiungere un determinato scopo, o per ovviare a qualche bisogno o inconveniente.

In ragione di quanto innanzi, verrà dedicato ampio spazio allo studio del provvedimento, considerato che solo l'effettiva comprensione delle funzioni e delle finalità cui aspira il provvedere consentirà di analizzare il mutato rapporto fra autorità e libertà ai tempi della globalizzazione<sup>14</sup>.

---

<sup>13</sup> L'enunciato costituzionale dell'art. 41 codifica contestualmente ben tre diverse regole in antitesi tra loro, prevedendo che «L'iniziativa economica privata è libera; non può svolgersi in contrasto con l'utilità sociale o in modo da recare danno alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana; la legge determina i programmi e i controlli opportuni perché l'attività economica pubblica e privata possa essere indirizzata e coordinata a fini sociali».

<sup>14</sup> C. ZUCHELLI, *op. cit.*, nel suo scritto l'Autore cerca di dar conto della mutata genesi del provvedimento amministrativo ai tempi della globalizzazione economica, delineando l'evoluzione del "provvedere" e le caratteristiche originarie dell'azione amministrativa. L'Autore precisa come, tradizionalmente, «la caratteristica tipicamente autoritaria, unilaterale e invasiva del provvedere pubblico, si è accompagnata nella evoluzione culturale occidentale con la necessaria difesa del

Analogamente, il carattere autoritativo del provvedere<sup>15</sup> ha radicalmente lasciato spazio all'affermarsi di diverse forme di manifestazione del pubblico potere anche mediante la stipulazione di accordi in sostituzione del provvedimento.

Ci si riferisce, in questo senso, al fenomeno dell'Amministrazione consensuale o concordata, ma questa è altra storia di cui si darà comunque conto nel corso della trattazione al sol fine di dimostrare la volubilità – sia sotto il profilo dell'esercizio in sé del potere autoritativo, sia sotto quello dei contenuti del provvedimento stesso – dei caratteri del provvedimento sin qui enunciati.

Ciò che rimane certo è che il potere di provvedere non può essere disgiunto da una rete di norme giuridiche di rango costituzionale o primario che autorizzano lo stesso potere di provvedere e ne delimitano la funzione, gli scopi, i contenuti e le modalità.

Il rapporto autorità-libertà è regolato, quindi, in primo luogo dalla legge ma, secondariamente e concretamente, è sottoposto alla scelta da parte del soggetto dotato del potere, il quale esercita le funzioni di amministrazione attiva interagendo con le posizioni giuridiche dei cittadini.

Nel modello di democrazia occidentale, e in tutte le relative costituzioni nazionali, la funzione di regolazione è attribuita all'organo rappresentativo. Si inserisce, cioè, in un ambito pregiuridico, nel rapporto di agenzia che si instaura tra il cittadino e i suoi rappresentanti.

Nelle democrazie rappresentative, i mandanti, e cioè gli elettori, affidano all'agente il compito di definire e raggiungere un assetto confacente degli interessi in gioco.

L'evoluzione verso un'economica globalizzata, ove valori quali la libertà di stabilimento o la libera circolazione delle merci, servizi e capitali assumono una rilevanza primaria, determina l'inevitabile emersione di una pluralità di interessi ciascuno dei quali trova i propri rappresentanti nell'*agere* dell'Amministrazione e nelle modalità di esplicazione del potere di *pro videre* nell'ottica di salvaguardia degli interessi comuni.

---

cittadino nei confronti del potere stesso. La giustiziabilità dell'atto del provvedere è quindi immanente nella democrazia, ma necessariamente essa rinvia alla esistenza di uno strumentario di regole giuridiche che disciplina il provvedere».

<sup>15</sup> Il diritto amministrativo aveva posto le sue basi sull'idea di supremazia dell'amministrazione sui cittadini. L'imperatività è, da questo punto di vista, il riflesso di ciò che Vittorio Emanuele Orlando intendeva quando affermava che «lo Stato innanzitutto, nell'agire, comanda», o dell'approccio di Santi Romano, secondo il quale: «i soggetti, nel campo del diritto amministrativo, possono essere di diverse specie [...]. Ma la distinzione che ci sembra fondamentale e a cui quindi occorre subordinare le altre, è quella tra soggetti attivi e soggetti passivi della potestà amministrativa». Atteggiamento ovviamente condiviso dalla giurisprudenza, come mostrato da quanto affermato in una sentenza della Corte di cassazione del 1929: «È principio fondamentale di diritto pubblico che l'attività dello Stato consiste nella esplicazione della sua sovranità. Allo Stato il diritto di comando per il conseguimento delle alte finalità di interesse generale, ai singoli politicamente consociati il dovere di sudditanza, che importa subordinazione del diritto individuale». Così si esprime B.G. MATTARELLA, *Fortuna e decadenza dell'imperatività del provvedimento amministrativo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2012, 1.

L'Amministrazione e il potere pubblico divengono così la sede naturale ove vengono effettuate le analisi economiche della scelta pubblica, non in senso strettamente economico-finanziario, ma attraverso una ponderazione dei costi e dei benefici connessi alla soddisfazione di un interesse specifico; e financo nell'adozione delle scelte amministrative si deve giungere a un punto di equilibrio in cui, per ciascun portatore di interessi, il rapporto costi/benefici quanto meno tende all'unità, cioè al pareggio<sup>16</sup>.

In tale delineato contesto, la ponderazione degli interessi, l'*an* e il *quomodo* di soddisfazione degli stessi, costituisce appunto la funzione, libera nei fini, dell'attività amministrativa che si esprime mediante l'adozione di provvedimenti, con cui si regola e si disciplina la vita economica della società e dei singoli cittadini.

Ciò avviene nella consapevolezza che esiste un insieme di disposizioni costituzionali che, a prescindere dalla loro dicitura formale, disegnano complessivamente uno statuto di diritti e obblighi riassumibili nella stessa concezione di Costituzione economica; le richiamate disposizioni tratteggiano prerogative e ambiti entro i quali la P.A. deve realizzare concretamente l'assetto di interessi astrattamente riconducibili al richiamato binomio autorità-libertà<sup>17</sup>.

La sottile linea di confine che delimita gli ambiti operativi delle libertà e l'invasività del potere autoritativo viene ulteriormente sgretolata da un secondo rapporto di agenzia che lega lo Stato ordinamentale, il quale assume il ruolo di mandante, e la Pubblica Amministrazione, la quale riveste il ruolo di agente in qualità di mandataria.

Tuttavia, risulta inevitabile che, come in tutti i rapporti di agenzia, si determinino fenomeni di *trade off*, di scostamento dall'obiettivo astrattamente prefigurato, atteso che sia lo Stato sociale sia la P.A., in qualità di agenti nei rispettivi rapporti di agenzia, sono essi stessi portatori di interessi autonomi che determinano un ulteriore equilibrio degli interessi in gioco.

Quando ci si riferisce, nel corso di questa analisi economica della scelta pubblica, agli interessi degli agenti non si deve, tuttavia, necessariamente far riferimento a inte-

---

<sup>16</sup> C. ZUCHELLI, *op. cit.*, paragona l'attività di ponderazione tipica dell'Amministrazione all'analisi costi-benefici peculiare della scienza economica. L'Autore richiama espressamente l'analisi di Pareto, tecnica statistica a supporto di ogni processo decisionale in cui occorre individuare il sottoinsieme significativo di cause o di azioni che produce la percentuale più elevata di effetti, evidenziando come «la scelta degli interessi, l'*an* e il *quomodo* di soddisfazione degli stessi costituisce appunto la funzione, libera nei fini, della politica e si esprime necessariamente in uno strumentario normativo, costituzionale e primario, che nel suo insieme determina la costituzione economica del Paese».

<sup>17</sup> S. CASSESE, *op. cit.*, p. 30, mette in evidenza l'improduttività dell'antitesi sottolineando che «L'altro frequente errore è quello di contrapporre il potere pubblico all'attività economica, in una dialettica tra due poli, quello dell'autorità e quello della libertà. I rapporti tra Stato ed economia, invece, presentano una grande varietà di combinazioni tra più interessi: ad esempio, molte norme sono dettate da molti organi sono istituiti allo scopo di tutelare una parte degli operatori economici (ad esempio i risparmiatori o i consumatori) nei confronti di altri (ad esempio, le imprese che sollecitano il pubblico risparmio o che producono). Il rapporto, quindi, invece che bipolare, è tripolare e i poteri pubblici, spesso, non intervengono per soddisfare un interesse proprio, bensì per tutelare gli interessi di una parte della collettività nei confronti di quelli di un'altra parte».

ressi illeciti o inconfessabili. La realtà di uno Stato complesso – peraltro inserito nel quadro delle relazioni internazionali – ci pone dinanzi la necessità che sia lo Stato, per un verso, sia la P.A., per l'altro, debbano soddisfare anche bisogni generali e, dunque, pubblici che si pongano a vantaggio di tutta la collettività; di tali interessi lo Stato e l'Amministrazione rimangono autonomi portatori, nel senso che gli stessi non sono entrati nella valutazione dell'equilibrio che ha dato luogo all'indirizzo politico generale e alla prima forma di costituzione economica.

Nell'azione dell'agente – che sia questi lo Stato nei confronti dei mandanti cittadini elettori o la P.A. nei confronti del proprio mandante politico – residuano ampi margini di discrezionalità, in senso atecnico, nella comparazione che deve essere effettuata tra gli interessi pubblici oggetto del rapporto di agenzia e quelli propri dell'agente.

Segnatamente, per quanto concerne la P.A., l'agire nel quadro stringente della norma primaria non elide l'ampio margine di scelta, perfino dinanzi a situazioni che usiamo definire di atto vincolato.

Ciò che è importante sottolineare, nell'ottica sostanzialista e finalistica che si prefigge di perseguire il presente lavoro, è che il provvedere della P.A., pur nell'ampio margine di scelta che residua, deve sempre e comunque rispondere ai dettami costituzionali e ai principi dettati dallo Stato sociale mandante, perseguendo pertanto, per rappresentazione, le finalità comuni ai mandanti cittadini-elettori.

Il modello appena delineato è quello che Lincoln definiva “*Il Governo del popolo, dal popolo e per il popolo*”<sup>18</sup>. E ciò considerato che, per quanto incidano meccanismi di *trade off* e per quanto la costituzione economica nella prima accezione possa essere incisa e talvolta modificata dalla costituzione economica nella seconda accezione, il quadro di riferimento che deve delineare e indirizzare l'esercizio delle prerogative amministrative è sempre e comunque quello determinato dalla legge. Lo è negli obiettivi, negli strumenti, nei modi concreti di gestire il potere.

Tuttavia, il quadro sin qui delineato (di per sé abbastanza complesso), riceve una ulteriore complicazione con l'evoluzione della società verso un modello globalizzato e con l'affermarsi di principi e libertà che sembrano aver irrimediabilmente mutato il labile equilibrio esistente tra affermazione delle libertà e perseguimento delle finalità pubbliche mediante esercizio di potere autoritativo.

### 3. Elementi di diritto pubblico dell'economia: nozioni e finalità

In merito alla configurabilità di poteri amministrativi capaci di incidere e condizionare l'iniziativa economica dei privati nel quadro dell'ordinamento costituziona-

---

<sup>18</sup> C. ZUCHELLI, *op. cit.*, nel descrivere le peculiarità che caratterizzano il nostro ordinamento, precisa che «Ciò che è importante sottolineare, a nostro avviso, è che il provvedere della P.A. pur nell'ampio margine di scelta che abbiamo visto, risponde comunque, per il mezzo della legge, al mandante politico e quindi, per rappresentazione, al mandante elettore».

le, autorevoli giuristi e accreditate correnti di pensiero hanno cercato di delineare, concettualmente e sistematicamente, la creazione di nuove discipline giuridiche all'interno delle quali ricondurvi temi e studi annoverabili fra le pietre miliari del sistema giuridico-costituzionale di riferimento.

Tuttavia, occorre evidenziare come nell'ordinamento esista una netta differenza tra «le discipline giuridiche che si applicano a settori di normazione positiva (discipline settoriali) e quelle che si applicano a istituti o gruppi di istituti positivi (c.d. discipline oggettuali): le prime elaborano conoscenze scientificamente ordinate alla costruzione del settore di normazione positiva; le seconde studiano l'istituto giuridico positivo per ciò che esso si manifesta nell'ordinamento giuridico»<sup>19</sup>.

Alla stregua di quanto argutamente rilevato dalla scienza giuridica, ciò che può essere individuato come autonoma e rilevante disciplina è senza ombra di alcun dubbio il diritto costituzionale, il quale regola libertà, potestà, posizioni giuridiche soggettive e finalità pubblicistiche da perseguire mediante l'azione della Pubblica Amministrazione.

Definito l'ambito disciplinare di riferimento, preme evidenziare come lo studio di fenomeni riconducibili a fatti, evidenze e rapporti socio-economici non può che essere riferito allo studio di una disciplina oggettuale, che studia le fattispecie concrete con un approccio conoscitivo di certo non avente una validità oggettiva.

In tale ottica, possiamo ragionevolmente affermare che l'oggetto del diritto pubblico dell'economia non può essere costituito da quegli istituti dei settori di normazione che si usano indicare come «diritto pubblico» e che sono direttamente volti alla disciplina di eventi specificamente economici<sup>20</sup>.

Esiste, quindi, una delimitazione concettuale del diritto pubblico dell'economia che è abbastanza precisa nei suoi termini astratti, in quanto ove il diritto diviene oggettuale cura di interessi e peculiarità specifiche, connotandosi di un carattere preminentemente finalistico, lì si pone il confine della materia in oggetto.

Nell'ambito di tale disciplina, si prescinde dall'analisi degli istituti per comprendere gli obiettivi ordinamentali, per individuare concretamente quali finalità lo Stato (nella veste di mandante nel rapporto di agenzia in precedenza delineato), e per esso la Carta Costituzionale, assegnano al soggetto mandatario (identificabile con la Pubblica Amministrazione nella veste di agente).

---

<sup>19</sup> Così si esprime M.S. GIANNINI, *op. cit.*, p. 14. Per l'individuazione della disciplina giuridica definita come «Diritto Pubblico dell'economia» e per comprendere l'oggetto degli studi di tale materia, si raccomanda l'integrale lettura dell'opera di M.S. GIANNINI, *Diritto pubblico*, cit.

<sup>20</sup> M.S. GIANNINI, *op. cit.*, p. 15, delineando l'oggetto del diritto pubblico dell'economia, precisa che «Il diritto pubblico dell'economia nel senso di disciplina giuridica oggettuale trova in questi istituti il proprio contenuto. Ne deriva che restano fuori del diritto pubblico dell'economia tutti gli istituti che, pur potendo avere rilevantissima importanza dal punto di vista delle valutazioni economiche, non sono specificamente attinenti all'economia: così gli istituti relativi all'assistenza nelle sue svariate forme (assistenza generale, scolastica, sanitaria, all'infanzia, agli anziani, ai minorati, agli orfani, ai colpiti da calamità naturali, ai colpiti da fatti internazionali, ecc. ecc.), quello relativi alla previdenza sociale (pensioni, trattamento fine rapporto), quelli relativi alla creazione e all'impiego delle ore libere, quelli relativi alla fruizione di beni culturali, ecc. ecc.».

All'interno di tale rapporto, si innestano profili di rilevanza pubblicistica e privatistica che saranno oggetto di approfondimento, dal momento che la finalizzazione del potere pubblico vincola l'autorità amministrativa, la quale può e deve limitare l'esplicarsi delle libertà individuali al sol fine di assolvere al rapporto di agenzia delineato nel contesto di riferimento appena descritto<sup>21</sup>.

### 3.1. *La disciplina dell'economia come estrinsecazione del potere pubblico*

La ricostruzione duale sin qui compiuta consente di delimitare il campo d'azione della disciplina giuridica in argomento.

Il diritto pubblico dell'economia è sostanzialmente diviso in due parti, in quanto delinea gli strumenti utilizzati dai pubblici poteri per disciplinare fatti e comportamenti di natura economica, pubblici e privati e, al contempo, individua le modalità

---

<sup>21</sup>La concezione del diritto pubblico dell'economia come disciplina oggettuale, di autonomia didattica e non scientifica, non è una concezione riduttiva; le discipline oggettuali hanno pur sempre validità scientifica, se e in quanto escano dalla descrittiva istituzionale ed applichino elaborati e principi delle scienze che concorrono all'analisi degli istituti giuridici ai quali si applicherebbero. Occorre però ricordare che vi è stato, e vi è, un movimento di pensiero che sostiene si debba addivenire ad una revisione radicale dell'organizzazione delle conoscenze scientifiche attinenti agli istituti giuridici, e propone che gli elaborati attinenti ad istituti che più strettamente riguardino attività della vita economica vadano a costituire un «diritto dell'economia», unitariamente comprensivo degli aspetti che oggi vengono ascritti al diritto pubblico ed al diritto private. Questo movimento si delineò in Germania, dopo il primo conflitto mondiale (HEDEMANN, *Gmndziige des Wirtschaftsrechts*, 1922), e proseguì, più che come una corrente, in singoli studiosi di notevole personalità, provenienti dal diritto commerciale, come *Hamel* in Francia e *Mossa* in Italia. Anche nelle scienze giuridiche dei paesi collettivisti si delineò, come diritto dell'economia, lo studio delle imprese ormai precipuamente pubbliche, proprie delle normazioni positive dei paesi medesimi. Dopo il secondo conflitto mondiale il movimento ha avuto una ripresa, in Francia (*Savy, Farjat*, ecc.), e in Italia (*M. Longo*, e la rivista da lui animata «Il diritto dell'economia»). In Italia in particolare si ebbe un'accensione subitanea ed effimera, di dibattito, allorché si discusse dell'assorbimento del codice di commercio nel codice civile (fine degli anni '30). Infatti la sollecitazione a concepire questo «diritto dell'economia» proviene dalla vicenda storica del diritto commerciale. Nato come diritto statutario dei ceti mercantili e avente come fonti non leggi ma consuetudini e usi minori formatisi con l'esercizio della private autonomia, via via che si andava codificando attraverso interventi dei legislatori estendeva il proprio ambito; per cui sopravvisse alla scomparsa delle corporazioni mercantili, estendendosi a tutti i ceti, anche non di commercianti, ai quali le norme attribuivano la qualifica formale di commerciante, per divenire, nel secolo successivo, il diritto (normazione positiva) degli imprenditori, perdendo così da un lato la radice della propria autonomia, ma acquistando dall'altro province molto più vaste, come quelle dell'impresa industriale, dell'impresa agraria, e, infine, dell'impresa pubblica. In conclusione, si rileva come il diritto pubblico dell'economia conosca storicamente elaborazione di indubbio rilievo, quali quella, che si ritiene ormai classica, di E.R. HUBER, *Wirtschaftsverwaltungsrecht*, Tubingen, 1953-54, ed il più recente A. DE LAUBADERE, *Droit public économique*, Paris, 1974. Ha anche carattere generale l'opera di V. SPAGNUOLO VIGORITA, *Attività economica privata e potere amministrativo*, Morano, Napoli, 1962; G. QUADRI, *Diritto pubblico dell'economia*, Società Editrice Napoletana, Napoli, 1977 (che nel suo primo capitolo si sofferma sul problema di quel che sarebbe questo diritto). Fra le opere basilari della letteratura francese si ricordano G. FARJAT, *Droit économique*, Paris, 1971 e R. SAVY, *Droit public économique*, Paris, 1972.

con cui l'attività pubblica di disciplina dell'economia si inserisce nella costituzione materiale degli ordinamenti giuridici.

I fenomeni e i comportamenti trattati attengono, più in generale, a tutte le forme di intervento dello Stato nell'economia e nel mercato, delineando limiti e prerogative dell'intervento pubblico nella disciplina dei fenomeni di rilevanza economica<sup>22</sup>.

E la disciplina dell'attività produttiva degli uomini consente di regolamentare i traffici economici e giuridici mediante l'esercizio autoritativo di pubblici poteri<sup>23</sup>.

Del resto, le attività riconducibili all'esercizio di pubblici poteri regolatori delle attività economiche dei singoli cittadini sono rinvenibili in tutti gli ordinamenti giuridici; così l'ordinamento giuridico romano del periodo imperiale conosceva una disciplina pubblica dell'industria estrattiva (miniere) e di tutte quelle attività, fonte e occasione di guadagno, che necessitavano di una regolamentazione mediante l'emissione di atti e provvedimenti.

La medesima genesi è rinvenibile nell'esercizio dei poteri pianificatori, che sono stati attribuiti alle Pubbliche Amministrazione in seguito al manifestarsi dei fenomeni di inurbamento<sup>24</sup>.

<sup>22</sup> M.S. GIANNINI, *op. cit.*, p. 20, precisa che «Inoltre va tenuto presente che la disciplina di fatti economici non è materia riservata per definizione allo Stato, in quanto ad essa concorrono anche organismi pubblici diversi dagli Stati, sia superiori che inferiori ad esso però che concerne la grandezza. Quindi sarebbe più esatto dire che la disciplina dell'economia è attività precipua dei pubblici poteri. Però anche in questo caso non occorre sopravvalutare il vocabolario, perché spesso, nell'uso pratico, si parla di "Stato" per indicare con locuzione breve appunto l'insieme dei pubblici poteri».

<sup>23</sup> Sempre M.S. GIANNINI, *op. cit.*, p. 20, a tale riguardo segnala che «Val la pena ricordare che per gli ordinamenti più antichi dei quali abbiamo conoscenza, vi è una ipotesi sociologica, di cui l'esponente maggiore è il sociologo tedesco *Wittvogel*, secondo cui la nascita degli ordinamenti generali, che gli storici fissano negli ordinamenti dei popoli dei grandi fiumi, quali il Nilo, il Tigri, l'Eufrate, l'Indo, lo Yangtze, sarebbe stata originata dal bisogno di regolare l'uso delle acque. Esistendo dei grandi fiumi, e la possibilità di derivare acque da essi, era necessario che intervenisse un pubblico potere affinché fosse disciplinata quella che in termini moderni chiameremmo l'utilizzazione delle acque». È evidente che in tale peculiare ipotesi emergono con chiarezza quelle finalità pubbliche sovraordinate che fanno sorgere la necessità di regolamentare le attività nell'interesse della collettività, in un'ottica tripolare slegata dalla visione bipolare ove si contrappongono il polo del potere pubblico e quello dell'attività economica (cfr. nota n. 21).

<sup>24</sup> A tale riguardo, è essenziale ricostruire gli eventi che hanno condotto le Pubbliche Amministrazioni ad esercitare i pubblici poteri per la regolamentazione del territorio. È possibile rinvenire le radici storiche del fenomeno della pianificazione urbanistica nella seconda metà dell'Ottocento quando, sotto la spinta dell'urbanesimo e della necessità di governare l'espansione degli insediamenti, il diverso rapporto che andava determinandosi tra città e campagna spinse l'ordinamento a dotarsi di strumenti di regolamentazione dello sfruttamento del territorio. Il problema urbanistico, a differenza dell'esigenza di strutturare la programmazione economica che è sorta per lo più durante l'ultimo secolo, presentò le sue maggiori criticità quando l'affollamento urbano, conseguente alla rivoluzione industriale, entrò in conflitto con le esigenze primarie delle persone e della collettività, così da suscitare nelle istituzioni l'esigenza di disciplinare gli insediamenti abitativi, sia sotto un profilo igienico sanitario che sotto il profilo pubblicistico, nell'ottica di garantire una rete viaria urbana e servizi generali ai centri abitati che andavano formandosi. Il movimento di pensiero che, a partire dall'Inghilterra, si sviluppò in tutta l'Europa attorno alla "questione delle abita-

È allora possibile affermare che, da sempre, gli ordinamenti generali positivi e gli Stati stessi si presentano come soggetti che agiscono insieme quali operatori economici diretti e quali autorità pubbliche che regolano l'attività degli individui mediante atti imperativi, autoritativi e, talvolta, mediante atti di natura privatistica.

Tale attività regolatoria è rintracciabile anche nell'attività dello Stato borghese, ove tuttavia si affermano principi come la libertà privata dell'iniziativa economica e viene garantita la libertà d'impresa, mediante formale riconoscimento della proprietà individuale ed espresso divieto di interferenza del pubblico potere rispetto all'affermarsi di principi come il diritto di proprietà o la libertà d'impresa.

### 3.2. *La disciplina dell'economia nello stato borghese: lo stato dirigista*

La presa di potere della borghesia e, consequenzialmente, l'affermarsi dello stato borghese<sup>25</sup> ha comportato negli ordinamenti occidentali la repulsione della potestà di disciplina dell'economia da parte dei pubblici poteri.

L'affermarsi di una piena libertà di iniziativa economica e il formale riconoscimento della proprietà individuale illimitata, secondo la teorizzazione degli studiosi del tempo, hanno comportato l'astensione del pubblico potere da azioni che incidono sull'esplicazione di tali libertà e diritti.

Nella vigenza dello Stato borghese, per la prima volta in assoluto, vengono sop-

---

zioni" prese forma per la prima volta negli ordinamenti europei con l'emanazione delle leggi urbanistiche inglesi (*Public Health Act*, 1848) e francese (legge *Melun*, 1850), che vennero emanate per esigenze di natura prettamente igienico-sanitaria. Anche il nostro ordinamento, nella fase successiva all'unità d'Italia, aveva sentito la necessità di dotarsi di prime norme di regolamentazione urbanistica: si succedettero infatti la legge 20 marzo 1865, n. 2248, che attribuiva ai Consigli Comunali la competenza a deliberare sui regolamenti di "igiene, edilizia e polizia locale", e la legge 25 giugno 1865, n. 2359, che regolamentava la possibilità di adottare dei piani regolatori che contenessero previsioni di tutela per la salubrità del territorio. L'apparato normativo così disciplinato prevedeva che tali piani avessero validità temporale limitata nel tempo (25 anni) e che fosse possibile elaborare piani di ampliamento al fine di regolamentare la edificazione di nuovi edifici e l'ampliamento dell'agglomerato urbano, interventi che dovevano essere funzionali al pieno rispetto della salubrità dell'abitato. Esigenze simili ispirarono anche la legge 15 gennaio 1885, n. 2892 per il risanamento della città di Napoli e le leggi con le quali vennero approvati i piani regolatori di Torino (legge 5 aprile 1908, n. 141), quello di Milano (legge 12 luglio 1912, n. 866) e quello di Roma (r.d.l. 6 luglio 1931, n. 981 e legge 24 marzo 1932, n. 355), senza che l'ordinamento centrale avvertisse l'esigenza di dettare una disciplina organica sull'utilizzo del territorio. È solo nel Novecento, con il mutamento delle condizioni economiche, sociali e culturali verificatosi agli inizi degli anni trenta, che si avvertì l'esigenza di avere una disciplina organica che regolasse il fenomeno della pianificazione urbanistica a livello generale, in considerazione del fatto che il fenomeno dell'inurbamento era ormai dirompente e, conseguentemente, i centri urbani erano notevolmente cresciuti per dimensioni e densità abitativa.

<sup>25</sup> Come delineato da M.S. GIANNINI, *op. cit.*, p. 25, «il periodo che intercorre tra le rivoluzioni borghesi (Inghilterra 1689, Stati Uniti 1776, Francia 1789) e il nostro tempo è dominato da un'esperienza di Stato che si indica con la denominazione di Stato borghese [...] lo Stato borghese, per gli enunciati dei suoi teorizzatori, dovrebbe comportare un rovesciamento quasi integrale delle precedenti costituzioni materiali per la materia della disciplina dell'economia».

pressi i poteri corporativi con la conseguenza che il pubblico potere può agire solo laddove la norma di legge glielo consente, evitando che la libertà di impresa o il godimento illimitato del diritto di proprietà possano essere compressi e ostacolati mediante il dispiegarsi di una funzione autoritativa.

In tale delineato contesto, i limiti alla libertà d'impresa e alla proprietà devono essere tutti prestabiliti e individuati dalle norme, in quanto la disciplina dell'economia non è radicalmente preclusa, ma deve innestarsi entro ambiti e limiti ben definiti.

Alla stregua di quanto innanzi, «il non dover essere né imprenditore né proprietario, il non dover né favorire né infrenare attività imprenditoriali dei privati o fruizioni della proprietà dei privati»<sup>26</sup> consente allo Stato di concretizzare il non intervento del pubblico potere nell'economia, con il manifestarsi di un astensionismo che rende attuale la fisionomia della Stato liberista nell'ambito della regolazione dell'economia.

Si affermano, in tale contesto, principi generali come la metafora del “lasciar fare, lasciar andare”<sup>27</sup>, che in senso puramente negativo garantisce il non intervento dello Stato, il quale non deve svolgere attività di aiuto o di ostacolo, anche indiretto, a taluni imprenditori o proprietari.

Tale tipologia di Stato pone l'accento sull'iniziativa economica e sulla garanzia del diritto di proprietà, salvo affermare in relazione alla potestà dei pubblici poteri, la sostanziale vigenza del principio di legalità con valenza formale e garantista.

Tuttavia, è doveroso evidenziare come in tale concezione l'ambito e la portata del potere pubblico restino imprecisate e indefinite, in una visione sostanzialistica in ragione della quale l'intervento statale è consentito allorché ritenuto essenziale per la salvaguardia di interessi preminenti ed entro i limiti prestabiliti dalle norme imperative, restrittive delle libertà privatistiche.

Il quadro appena descritto, ancorché temporalmente riferibile al passato, sembra perfettamente riferibile al contesto europeista nel quale l'impresa e la proprietà sono code d'interesse privato e mai di interesse pubblico; solo qualora quest'ultimo ricorra o sia rinvenibile nell'esercizio delle prerogative privatistiche, allora si giustifica l'intervento autoritativo allo scopo di perseguire e salvaguardare l'interesse collettivo.

Se non ci si trovasse sotto la vigenza dello Stato borghese potrebbe, financo, discorrersi di libertà fondamentali (sovrapponibili con le quattro libertà fondamentali sancite nel contesto comunitario) il cui libero e incondizionato dispiegarsi può essere limitato e inibito solo in presenza di interessi di rango primario mediante il ricorso a specifiche clausole di salvezza.

Ma su tali aspetti ci si soffermerà nel prosieguo.

---

<sup>26</sup> Cfr. M.S. GIANNINI, *op. cit.*, p. 26.

<sup>27</sup> Come rileva M.S. GIANNINI, *op. cit.*, p. 26 *Leroy Beaulieu* da economista riuscì a sintetizzare la teoria anche ai giuristi, che non trovavano definizioni idonee, e conìò il termine del «laisser faire, laisser passer».

Preme sin d'ora evidenziare, invece, come tale ordinamento non sia stato foriero di conseguenze positive per l'affermarsi delle libertà e dei diritti, in quanto le attività regolatorie dello Stato (ispirate da norme di carattere imperativo di ampia portata) consentono all'Amministrazione di conservare ambiti di potere discrezionale assolutamente esorbitanti.

Nella realtà dei fatti, la pervasività e l'invasività del potere amministrativo è stata maggiormente avvertita proprio ai tempi dello Stato borghese e sotto la vigenza dell'economia liberale.

In conclusione, non si possono omettere due considerazioni fondamentali: in primo luogo, rispetto al vituperato Stato settecentesco, lo Stato liberale ha non di poco inibito l'affermarsi delle libertà individuali e, in secondo luogo, lo Stato liberale, muovendosi nelle ampie maglie delle norme imperative assimilabili alle clausole di salvaguardia di ispirazione comunitaria, ha elaborato strumenti efficienti e sofisticati in grado di orientare interi macro settori dell'economia<sup>28</sup>.

La naturale conseguenza di tale concezione statuale è l'inevitabile tramonto dello Stato liberista, con l'affermarsi della concezione idealista del Liberismo, inteso come forma e modello politico di riferimento, ma privo di qualsiasi effetto concreto sul contesto economico – di mercato di riferimento.

Siamo dinanzi alla configurazione di uno Stato dirigista, che abbandona la figura di imprenditore o proprietario, ma è capace di orientare le attività economiche dei privati mediante l'esercizio dei pubblici poteri.

#### 4. *Elementi di diritto costituzionale*

Orbene, delineato il contesto storico di riferimento può evidenziarsi a questo punto come il passaggio allo Stato pluriclasse, nei paesi dell'Europa occidentale e, in particolare negli Stati Uniti d'America abbia comportato l'istituzionalizzazione e la disciplina degli interventi regolatori<sup>29</sup>.

---

<sup>28</sup>M.S. GIANNINI, *op. cit.*, p. 32, a proposito di interventi dei pubblici poteri rileva che quest'ultimi intervengono quando si ha un pericolo di crisi o una crisi in atto. A scopo esemplificativo osserva «Come interviene? Il protezionismo doganale è uno strumento per cui si ebbe particolare propensione; il secolo passato è tutto pieno di movimenti e di discussioni pro e contro tale strumento. Però accanto ad esso appaiono quegli altri strumenti che poi, più tardi, vanno a comporre un vero e proprio repertorio a cui continuamente si attinge: blocco delle importazioni di taluni prodotti; divieti dell'esportazione; sgravi fiscali da tributi diretti, o, più spesso, indiretti; premi all'importazione, premi di produzione; accolto da parte pubblica di interessi su mutui, mutui a tassi di favore o a termini particolarmente ampi; contributi pubblici ad attività da promuovere ovvero da sostenere congiuntamente; concessione pubblica di esclusive; introduzione di tariffe e di prezzi manovrati dal potere pubblico, disciplina pubblica di clausole di contratti interprivati, ecc. ecc.».

<sup>29</sup>La politica ottocentesca – scrive Giuseppe Ugo Rescigno – era intesa essenzialmente come tutela dell'ordine pubblico nazionale ed internazionale; si alludeva allo Stato come un guardiano notturno, «il cui compito pressoché esclusivo è quello di mantenere l'ordine mediante la forza,

Gli strumenti giuridici attuali risultano i medesimi utilizzati ai tempi dello Stato liberale, con la differenza che negli ordinamenti moderni non assumono più la veste di misure episodiche o occasionali, ma estendono il loro ambito applicativo diventando strumenti normali e generali per la regolazione delle attività economiche.

In ragione di quanto detto, non è esatto sostenere che negli ordinamenti contemporanei si sia verificato un aumento esponenziale dell'intervento pubblico dell'economica, in quanto quest'ultimo è sempre esistito e anche la nostra Costituzione riprende, nella strutturazione dei pubblici poteri, i connotati assunti dai pubblici poteri nello stato ottocentesco.

Le metodologie di manifestazione del potere, dunque, mutano e si innovano, pur mantenendo la loro veste programmatica e al contempo inibitoria qualora ricorra l'esigenza di salvaguardare l'interesse collettivo.

#### 4.1. *L'art. 41 Cost. e l'enunciazione dei principi di libertà di iniziativa economica*

Come già anticipato in precedenza, la libertà di iniziativa economica privata si compone di quattro differenti libertà: (i) libertà di accesso al mercato; (ii) libertà di scegliere come organizzare l'attività lucrativa (il *quomodo*); (iii) libertà di cessare l'attività; (iv) libertà di concorrenza, nonostante occorra sempre considerare che «essendo la libertà di impresa un valore ed uno strumento di crescita economica essa deve coesistere con altre libertà: libertà dei lavoratori, consumatori, imprese»<sup>30</sup>.

La *condicio sine qua non* per l'attuazione di un sistema di mercato concorrenziale risiede, certamente, nella libertà di accedere al mercato, giacché in mancanza di quest'ultima non sarebbe possibile la costituzione di un confronto competitivo tra

---

essendo tutto il resto compito del mercato, libero ed indipendente», G.U. RESCIGNO, *Corso di diritto pubblico*, IX ed., Zanichelli, Bologna, 2005/2006, p. 684. Nello stesso senso si esprime F. MERUSI, *Considerazioni generali sulle amministrazioni indipendenti*, in F. BASSI e F. MERUSI (a cura di),  *Mercati e amministrazioni indipendenti*, Giuffrè, Milano, 1993, p. 154), per il quale dietro l'istituzione delle Autorità si deve scorgere una «rivolta del mercato contro la progressiva amministrativizzazione dell'economia». Sul tema della nascita delle Autorità amministrative indipendenti, per una visione generale, vedi anzitutto M. MANETTI, *Poteri neutrali e Costituzione*, Giuffrè, Milano, 1994; ID., *Le autorità indipendenti*, Laterza, Roma-Bari, 2007; S. CASSESE e C. FRANCHINI (a cura di), *I garanti delle regole – Le autorità indipendenti*, Il Mulino, Bologna, 1996; AA.VV., *Regolazione e garanzia del pluralismo. Le autorità amministrative indipendenti*, Giuffrè, Milano, 1997; A. PREDIERI, *L'erompere delle autorità amministrative indipendenti*, Passigli, Firenze, 1997; S. LABRIOLA (a cura di), *Le autorità indipendenti. Da fattori evolutivi ad elementi della transizione del diritto pubblico italiano*, Giuffrè, Milano, 1999; F. MERUSI, *Democrazia e autorità indipendenti. Un romanzo quasi giallo*, Il Mulino, Bologna, 2000; M. CLARICH, *Autorità indipendenti. Bilancio e prospettive di un modello*, Il Mulino, Bologna, 2005; M. DE BENEDETTO, *Autorità indipendenti*, in S. CASSESE (a cura di), *Dizionario di diritto pubblico*, vol. I, Giuffrè, Milano, 2006, pp. 588-597; G. GRASSO, *Le autorità amministrative indipendenti della Repubblica – Tra legittimità costituzionale e legittimazione democratica*, Giuffrè, Milano, 2006; M. CUNIBERTI, *Autorità indipendenti e libertà costituzionali*, Giuffrè, Milano, 2007; M. POTO, *Autorità amministrative indipendenti*, in *Digesto disc. pubb.*, IV ed., (Aggiornamento), tomo I, Utet, Torino, 2008, pp. 54-62.

<sup>30</sup> Cfr. V. BUONOCORE, *Impresa (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, annuali I, 2007.

un numero indefinito di imprenditori. Tuttavia, non vi è dubbio che il libero mercato sia implicito nel riconoscimento «della libertà di iniziativa economica privata: libertà che si svolge nel mercato e per il mercato con lo scambio di diritti di proprietà»<sup>31</sup>.

È evidente, infatti, che la norma di cui al primo comma dell'art. 41 Cost. abbia carattere generale, atteso che la stessa riconosce indistintamente a tutti gli individui il diritto di intraprendere qualsiasi attività produttiva di beni e servizi attribuendo a tutti il diritto di accedere al mercato<sup>32</sup>.

D'altra parte, la libertà di iniziativa economica, avendo una portata *erga omnes*, si configura come fonte di libertà verso lo Stato, ma anche verso i cittadini, consentendo, dunque, quel generalizzato accesso al mercato in grado di assicurare il confronto competitivo, l'efficienza e la prosperità collettiva<sup>33</sup>.

Ed è conclamato che nella libertà di accedere al mercato sia insita anche la libertà di intraprendere l'attività economica, che fonda le proprie radici sul principio di liberalizzazione<sup>34</sup>.

Tuttavia, nell'ottica del Costituente tale libertà non è illimitata né assoluta, in quanto incontra precisi e stringenti limiti che trovano il loro fondamento nel secondo e terzo comma dell'articolo stesso<sup>35</sup>.

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

Tuttavia, si può affermare che, sia la giurisprudenza costituzionale che la dottrina italiana, siano sempre state molto attente a definire e determinare la clausola dell'utilità sociale, considerata l'indeterminatezza che è stata riscontrata in merito alla puntuale individuazione di questi suddetti limiti<sup>36</sup>.

---

<sup>31</sup> G. DI GASPARE, *Diritto dell'economia e dinamiche istituzionali*, Cedam, Padova, 2015, p. 87.

<sup>32</sup> In questo senso G. DI GASPARE, *Costituzionalizzazione simbolica e deconstituzionalizzazione di fatto dell'articolo 41 della costituzione*, in *Amministrazione in cammino*, 2011, p. 11.

<sup>33</sup> Come è stato rilevato da M. GIAMPIERETTI, *Il principio costituzionale di libera concorrenza*, in *Diritto e società*, 2003, fasc. 4, p. 439 ss., nel testo costituzionale è possibile rinvenire indizi che confermerebbero la «doppia affermazione di libertà» contenuta nell'art. 41. Gli indizi sono: il principio antimonopolistico ricavabile dall'art. 41 ed il principio di uguaglianza formale sostanziale statuito dall'art. 3 Cost.

<sup>34</sup> In questo senso F. TRIMARCHI BANFI, *Lezioni di diritto pubblico dell'economia*, Giappichelli, Torino, 2012, p. 82.

<sup>35</sup> Ulteriori limiti derivano proprio dal processo di integrazione Europeo che impone la tutela della libertà dell'iniziativa economica solo se esercitata in forma di leale concorrenza art. 101 TFUE.

<sup>36</sup> Per questo tema G. BIANCO, *Costituzione ed economia*, Giappichelli, Torino, 1999, ove l'Autore sostiene che spesso la Consulta ha impiegato come parametro di giudizio l'utilità sociale, quando sarebbe stato più consono fare riferimento ad altri limiti.

Ciononostante, è possibile notare che il concetto di sicurezza viene inteso dalla dottrina come limite volto a tutelare i beni necessari per la protezione della collettività e, proprio in conformità a questa interpretazione, il Giudice delle Leggi non ha esitato ad affermare che il concetto di sicurezza si identifichi con quella «situazione nella quale sia assicurato ai cittadini, per quanto possibile il pacifico esercizio di quei diritti di libertà che la Costituzione garantisce con tanta forza»<sup>37</sup>.

Pertanto, in tale ottica, è stata ripetutamente invocata la c.d. sicurezza in tutte quelle fattispecie in cui il cittadino è in grado di svolgere la propria attività senza minacce alla propria personalità fisica e morale<sup>38</sup>. Dalla declinazione di tali principi si ricava la portata del principio di libertà, oggi interpretato in chiave estremamente estensiva, sino a identificarlo con il bene di cui possono e devono poter godere tutti gli individui; il principio di libertà, dunque, rappresenta quel complesso di situazioni giuridiche soggettive basilari per l'essere umano che riguardano tutte le principali esternazioni della sua personalità<sup>39</sup>.

Infine, in relazione al limite della dignità umana, è stato osservato<sup>40</sup> che la stessa deve essere correlata al concetto di dignità sociale di cui all'art. 3, comma 1, Cost., con la conseguenza che la pari dignità postula la parità di condizioni all'interno di rapporti che implicano l'esercizio delle libertà civili, dei rapporti sociali, economici, politici.

È evidente che i limiti sopra richiamati siano espressione di quei valori prioritari che, pur non limitando l'ambito di esplicazione delle libertà economiche, impongono la protezione di valori costituzionali ben definiti, nel rispetto dei quali l'attività economica deve svolgersi<sup>41</sup>.

<sup>37</sup> Cfr. Corte cost., sentenza n. 2/1956, punto di diritto n. 5.

<sup>38</sup> Nella sentenza in esame la Corte ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 157, commi 1, 2, 3 del T.U. delle leggi di pubblica sicurezza (r.d. n. 773/1931) nella parte relativa al rimpatrio obbligatorio e al rimpatrio per traduzione di persone sospette. La Corte richiama l'art. 16 Cost., in particolare sull'espressione «motivi di sanità e di sicurezza».

<sup>39</sup> A. BALDASSARRE, voce *Iniziativa economica privata*, *Enciclopedia del diritto*, vol. XXI, Giuffrè, Milano, 1971, sostiene che sia la libertà che la dignità umana non sono volti a realizzare una tutela generica dei beni dell'uomo, bensì «una protezione immediata della personalità ... comprensivo dei valori direttamente costitutivi della soggettività umana». Pertanto, per libertà si intende «l'insieme degli attributi fondamentali che riassumono in termini soggettivi lo spiegamento immediato della persona umana nel mondo esterno».

<sup>40</sup> G. BIANCO, *op. cit.*, p. 122. Interessante anche la posizione di A. BALDASSARRE, *op. cit.*, il quale definisce la dignità umana come: «quel complesso di valori umani, che costituisce l'essenza di ogni persona nel suo statico esserci» (Nipperdey).

<sup>41</sup> Bisogna notare che, anche le più recenti normative statali volte a promuovere le liberalizzazioni, che saranno esaminate nei successivi paragrafi, impongono il rispetto di questi beni costituzionali primari. A titolo esemplificativo si consideri l'art. 1 del d.l. n. 1/2012, conv. in legge n. 27/2012 a norma del quale «[...] in attuazione del principio di libertà di iniziativa economica sancito dall'articolo 41 della Costituzione e del principio di concorrenza sancito dal Trattato dell'Unione europea, sono abrogate ...: a) le norme che prevedono limiti numerici, autorizzazioni, licenze, nulla osta o preventivi atti di assenso dell'amministrazione comunque denominati per l'av-

Per la tutela di suddette libertà, il legislatore potrà difatti prevedere delle forme di regolazione preventiva dell'iniziativa economica, tali da introdurre limiti soggettivi (richiesta di particolari requisiti soggettivi e professionali) e oggettivi (norme per la tutela dei lavoratori, specificazioni tecniche per la sicurezza e le caratteristiche dei prodotti e dei processi produttivi)<sup>42</sup>, attraverso i quali è possibile soddisfare l'esigenza di bilanciamento tra diversi valori.

D'altronde, come è stato correttamente affermato<sup>43</sup>, la *ratio* della norma in commento deve essere valutata tenendo conto prioritariamente del periodo storico nel quale essa fu introdotta, valorizzandone pertanto la sua straordinaria attualità.

Peraltro, in relazione al primo aspetto, giova segnalare quanto nel periodo post-fascista fosse avvertito il bisogno di riaffermare quelle libertà personali violentemente represses. Tale norma deve considerarsi attuale giacché non è mai superfluo affermare i valori della libertà, sicurezza e dignità; valori che, illegittimamente e surrettiziamente, potrebbero essere compressi anche nelle Repubbliche democratiche contemporanee.

Si tratta di concetti in continua evoluzione e che si conformano alla realtà sociale: basti pensare, da un lato, come oggi la nozione di sicurezza si ponga con forza in relazione ai problemi creati dall'inquinamento ambientale e, dall'altro, quanto sia fondamentale proteggere, da illegittime pratiche imprenditoriali, la salute dei cittadini garantendo la esplicazione delle loro attività in un ambiente salubre nel rispetto dei principi sanciti dall'art. 32 Cost.

#### 4.2. Il concetto di "utilità sociale" e l'interesse alla tutela del mercato

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

Non potendo contare su alcuna nozione positivamente chiara della nozione di utilità sociale, risulta particolarmente complesso definirne e delinearne consistenza e confini. Invero, sulla delimitazione di tale nozione, si sono a lungo protratte le di-

---

vio di un'attività economica non giustificati da un interesse generale, costituzionalmente rilevante e compatibile con l'ordinamento comunitario nel rispetto del principio di proporzionalità (omissis) 2. Le disposizioni recanti divieti, restrizioni, oneri o condizioni all'accesso ed all'esercizio delle attività economiche sono in ogni caso interpretate ed applicate in senso tassativo, restrittivo e ragionevolmente proporzionato alle perseguite finalità di interesse pubblico generale, alla stregua dei principi costituzionali per i quali l'iniziativa economica privata è libera secondo condizioni di piena concorrenza e pari opportunità tra tutti i soggetti, presenti e futuri, ed ammette solo i limiti, i programmi e i controlli necessari ad evitare possibili danni alla salute, all'ambiente, al paesaggio, al patrimonio artistico e culturale, alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana e possibili contrasti con l'utilità sociale, con l'ordine pubblico, con il sistema tributario e con gli obblighi comunitari ed internazionali della Repubblica».

<sup>42</sup> In questo senso G. DI GASPARE, *Diritto dell'economia*, cit., p. 88.

<sup>43</sup> Cfr. V. BUONOCORE, *Impresa (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, annuali I, 2007.

squisizioni dottrinali e numerose pronunce giurisprudenziali<sup>44</sup>.

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

All'uopo, è doveroso rievocare la sentenza della Corte cost. n. 4/1962, attraverso la quale il Giudice delle Leggi riconosce la piena legittimità dell'apposizione di limiti alla libertà economica, subordinando tale legittimità a una duplice condizione: «sotto l'aspetto sostanziale che (suddetti limiti) corrispondano all'utilità sociale, sotto quello formale, che ne sia effettuata la disciplina ad opera della legge».

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

Ciò detto, è importante considerare «che tale riserva di legge non esige che l'intera disciplina dei rapporti venga regolata con atto normativo del Parlamento, dovendosi ritenere sufficiente la determinazione dei criteri e delle direttive idonee a contenere, in un ambito ben delineato»<sup>45</sup>.

Peraltro, le medesime valutazioni sono state ribadite dalla Corte nella successiva pronuncia n. 40/1964, nella quale *expressis verbis*, la Consulta chiarisce che la regola della riserva di legge rappresenta una costante nel campo delle libertà private in materia economica<sup>46</sup>.

È evidente, dunque, la presenza nell'art. 41 di due riserve di legge relative, l'una implicita nel secondo comma, l'altra esplicita nel terzo comma; alla stregua di quanto precede, le decisioni sul *quando* e sul *quomodo* dell'intervento pubblico nella sfera della libertà iniziativa economica, necessarie per assicurare il perseguimento degli propri dell'utilità sociale, non possono essere prese direttamente dal potere esecutivo e giudiziario dovendo trovare esplicito fondamento in un apposito atto legislativo<sup>47</sup>.

---

<sup>44</sup> Come è stato osservato da L. DELLI PRISCOLI, *Il limite della utilità sociale nelle liberalizzazioni*, in *Giur. comm.*, 2014, II, numericamente minori sono le pronunce della Corte di cassazione sul tema, tuttavia sul tema è possibile richiamare segnalare Corte di Cassazione, n. 12131/2011 e Cass. Sez. Unite, 20 giugno 2012, n. 10130.

<sup>45</sup> Cfr. considerando n. 2 della sentenza Corte cost. n. 4/1962.

<sup>46</sup> Fra le sentenze che confermano questa impostazione, è possibile richiamare le pronunce della Corte cost. n. 27/1979, n. 21/1980, n. 548/1990 e n. 388/1992.

<sup>47</sup> In questo senso G. BIANCO, *op. cit.*, pp. 115 e 112: secondo l'Autore è opportuno completare il discorso sostenendo che: «a) l'uso giurisdizionale dell'utilità sociale, nell'alveo della riserva di

Tale atto legislativo, oltre a dover legittimare un intervento sulla libera impresa, dovrà perseguire chiaramente l'obiettivo di tutelare l'utilità sociale; diversamente, sarà suscettibile di una dichiarazione di illegittimità costituzionale per violazione dell'art. 41, comma 1, Cost.

A questo punto, l'interrogativo che ci si pone è cosa deve intendersi per "utilità sociale".

Sin dalle sue prime pronunce il Giudice delle Leggi ha fornito un'interpretazione estensiva della richiamata nozione, spesso intesa alla stregua di un "concetto-valvola"<sup>48</sup>.

A tal proposito, emblematica è la sentenza n. 21/1964 ove la Corte, nel rigettare la questione relativa alla norma che prevede un divieto di panificazione notturna, afferma che la legge del 1908 «si propone di assicurare una tutela sanitaria alla persone addette alla panificazione e di apprestare una tutela igienica per un prodotto di largo consumo, il pane ... la tutela della sanità può fornire una delle ragioni di utilità sociale che, a mente dell'articolo 41 Cost., giustificano le limitazioni all'iniziativa economica privata fondate sul supremo interesse consacrato dall'articolo 32».

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

Accade così che l'utilità sociale coincide ora con gli interessi della salute<sup>49</sup>, ora con il benessere sociale<sup>50</sup>, ora con la protezione dell'integrità fisica dei lavorato-

---

legge implicita, resta comunque un'applicazione "diretta" prevalentemente sussidiaria ed ermeneutica al fine di chiarire o arricchire il significato di norme di leggi vigenti, le quali devono essere applicate dal giudice ordinario o da quello costituzionale b) L'uso amministrativo non prescinde da un qualsiasi interposto legislativo e non costituisce un criterio fondamentale per l'esercizio dell'attività P.A.» L'utilità sociale sarebbe così il criterio ermeneutico per guidare l'esercizio del potere discrezionale della Pubblica Amministrazione.

<sup>48</sup>Per "concetti-valvola" si intendono quei meccanismi attraverso i quali si introducono dei poteri idonei a conformare l'ordinamento al continuo evolversi della società. In questo senso A. BALDASSARRE, voce *L'iniziativa economica privata*, cit., p. 603.

<sup>49</sup>Ad esempio la sentenza della Corte cost. n. 127/1990, in relazione alla questione di legittimità costituzionale dell'art. 674 c.p. e dell'art. 2, n. 7, del d.p.r. 24 maggio 1988, n. 203 per la presunta violazione degli artt. 32 e 41 Cost., ove la Corte ha affermato che «Ciò comporta che, in definitiva, essendo ... il decreto, esecutivo di quella Direttiva (d.p.r. 24 maggio 1988, n. 203 in Attuazione delle direttive C.E.E. numeri 80/779, 82/884, 84/360, 85/203) ... espressamente finalizzato "alla protezione della salute e dell'ambiente su tutto il territorio nazionale", il limite massimo di emissione inquinante, tenuto conto dei criteri sopra accennati, non potrà mai superare quello ultimo assoluto e indefettibile rappresentato dalla tollerabilità per la tutela della salute umana e dell'ambiente in cui l'uomo vive: tutela affidata al principio fondamentale di cui all'art. 32 della Costituzione, cui lo stesso art. 41, secondo comma, si richiama».

<sup>50</sup>Cfr. Corte cost., sentenza n. 53/1986; nel dichiarare non fondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 505 c.p., in riferimento agli artt. 3 e 41 Cost. La Corte afferma «... né sussistono limitazioni all'iniziativa economica privata ex art. 41 Cost., perché questa non può svolgersi

ri<sup>51</sup>, dell'ambiente<sup>52</sup>, ora con il progresso economico e materiale della società<sup>53</sup>.

L'utilità sociale rappresenta, dunque, un concetto che racchiude tutti i valori fondamentali, tutti gli interessi non facenti capo solo ad un individuo o a un gruppo sociale portatore di interessi particolari<sup>54</sup>, bensì a una collettività più o meno ampia di persone portatrice di interessi sociali<sup>55</sup>.

---

in contrasto con l'utilità sociale: e la Corte ha già indicato proprio in relazione al problema della serrata, la disciplina dei prezzi delle merci a largo consumo, come le carni bovine, fra le legittime misure protettive del benessere sociale (sentenza 27 giugno 1958, n. 47)»; cfr. sul tema anche le sentenze n. 500/1993 e n. 27/2003.

<sup>51</sup> *Ex multis* Corte cost. n. 399/1996 nella quale la Corte sostiene «È stato pure ripetutamente affermato che la tutela della salute riguarda la generale e comune pretesa dell'individuo a condizioni di vita, di ambiente e di lavoro che non pongano a rischio questo suo bene essenziale. E tale tutela implica non solo situazioni attive di pretesa, ma comprende – oltre che misure di prevenzione – anche il dovere di non ledere né porre a rischio con il proprio comportamento la salute altrui. Pertanto, ove si profili una incompatibilità tra il diritto alla tutela della salute, costituzionalmente protetto, ed i liberi comportamenti che non hanno una diretta copertura costituzionale, deve ovviamente darsi prevalenza al primo. Una questione analoga a quella presente è stata già sottoposta a scrutinio di costituzionalità ... Ed invero, non sono solo le norme costituzionali (artt. 32 e 41 Cost.) ad imporre ai datori di lavoro la massima attenzione per la protezione della salute e dell'integrità fisica dei lavoratori; numerose altre disposizioni, tra cui la disciplina contenuta nel decreto legislativo n. 626 del 1994, assumono in proposito una valenza decisiva».

<sup>52</sup> Per citare due recenti “*leading cases*”, si vedano le sentenze Corte cost. n. 247/2010 e n. 162/2009.

<sup>53</sup> A questo proposito si può richiamare la sentenza della Corte cost. n. 439/1991, nella quale la Consulta delinea il concetto di utilità sociale e vi ricomprende le regole poste a tutela del mercato e della concorrenza, dirette a proteggere i concorrenti più deboli. Infatti, nel dichiarare non fondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 1 della legge 20 maggio 1975, n. 164, n. 1, lett. b (Provvedimenti per la garanzia del salario), in riferimento agli artt. 3, comma 2, 36, comma 1, 38, comma 2, Cost. all'art. 41 Cost., comma 1 e 2, all'art. 97, comma 1, Cost., la Corte ha affermato testualmente che «Non è violato l'art. 41 Cost., primo e secondo comma, anche in relazione all'art. 3 Cost., perché l'accesso alla integrazione salariale è consentito a tutti gli imprenditori, ... «in condizione di perfetta parità, nei settori in cui essi operano, senza alcuna differenziazione. L'integrazione mira a salvaguardare le condizioni della loro efficienza, della loro potenzialità e competitività; in genere, a garantire i valori aziendali, la permanenza delle imprese in un mercato libero, il mantenimento delle regole della libera concorrenza che in esso vigono, nonché il sistema economico produttivo vigente. E siccome le imprese, come detto innanzi, accedono ai provvedimenti di cui trattasi in condizione di assoluta parità e per effetto di provvedimenti imparziali ed obiettivi, risulta rispettato anche il precetto di cui all'art. 97 della Costituzione».

<sup>54</sup> In verità, non è mancato chi in dottrina ha sostenuto che l'utilità sociale potesse identificarsi anche con l'interesse del singolo: in questo senso V. BACHELET, *Criteri programmatici e fini sociali nelle leggi che limitano l'iniziativa privata*, in *Giur. cost.*, 1962, p. 648. Tesi che sembrerebbe smentita dalla sentenza di quegli stessi anni del Giudice delle Leggi 10/06/1969 n. 97 nella quale si considerano interessi sociali quelli che «fanno capo mediatamente o immediatamente alla collettività nazionale, e non esclusivamente a singole categorie di operatori economici».

<sup>55</sup> Cfr. A. BALDASSARRE, voce *Iniziativa economica privata*, cit., p. 603, il quale definisce questo concetto come poliedrico, costituito «ora da i rapporti interni dell'unità produttiva, ora dalla sua attività rivolta all'esterno ... il referente oggettivo si identifica nella soddisfazione di bisogni impunitabili, in un caso ai lavoratori dipendenti e nell'altro, all'intera società o, più precisamente, a quel gruppo o a quel soggetto che nella singola fattispecie si presenta come investito dall'interesse so-