

Introduzione

È ormai usuale, nella legislazione come anche in dottrina e nella giurisprudenza, parlare del «principio di concorrenza» come se si trattasse di un principio generale dell'ordinamento giuridico vigente¹. Di esso, però, si tende a parlare, appunto, in termini generici, nonostante sia altrettanto in uso, specie presso la giurisprudenza costituzionale, distinguere tra una «tutela» della concorrenza ed una «promozione» della stessa, intendendo, in prima approssimazione, con la prima espressione, le misure *antitrust* e, con la seconda espressione, le misure pro-concorrenziali, quelle volte cioè a incrementare un assetto concorrenziale del mercato, in primo luogo le misure di liberalizzazione delle attività economiche². Il risultato è che il supposto «principio di concorrenza» non sembra presentarsi ben delineato nella sua effettiva portata e i discorsi che lo evocano appaiono, a volte, opachi sul piano giuridico.

Da un altro canto, se è vero che la «promozione» della concorrenza si realizza su iniziativa del legislatore (soprattutto statale e spesso compulsato dall'Unione europea), è pure innegabile che un contributo ad essa non indifferente lo abbia dato e continui a darlo la giurisprudenza. E non si parla solo della giurisprudenza nostrana (in particolare, costituzionale e amministrativa) ma anche, se non soprattutto, di quella della Corte di giustizia dell'Unione europea. Difatti, ai processi di liberalizzazione delle attività economiche avviati dal legislatore (in particolare, statale) in determinati settori economici (più o meno numerosi, più o meno ampi) spesso si affianca un'iniziativa di «promozione» della concorrenza che ha origine nella giurisprudenza e che perciò riveste carattere «trasversale», è cioè in grado di investire qualunque settore economico, iniziativa che, proprio per questa ragione, appare, agli occhi del giurista, particolarmente rilevante. Ciò che si può fin da subito sottolineare è, comunque, che proprio gli apporti della giurisprudenza nella direzione anzidetta convincono che essi si muovano già in una dimensione «promozionale» del principio di concorrenza, il quale, perciò, pro-

¹ Per la legislazione basti citare: l'art. 10, comma 1, d.l. 31 gennaio 2007, n. 7, conv. in legge 2 aprile 2007, n. 40 (decreto Bersani-*bis*); l'art. 1, comma 1, d.l. 24 gennaio 2012, n. 1, conv. in legge 24 marzo 2012, n. 27 (decreto *cresci Italia*). Per la dottrina si rimanda, invece, alla nota 1 del capitolo terzo. Per la giurisprudenza, infine, valgano le citazioni che seguiranno nel corso del lavoro.

² Per l'approfondimento delle due nozioni, v. il capitolo primo, par. 2.

prio in tale dimensione, attende solo di essere precisato sia nell'ordinamento dell'UE, sia nell'ordinamento nazionale.

Intento del presente lavoro è, allora, tentare di declinare l'indistinto «principio di concorrenza» nel suo (particolare) risvolto «promozionale», atteso che, sotto questo profilo, esso, come si sta per dire, sembra nascondere potenzialità notevoli in relazione alla regolazione amministrativa delle attività economiche³. Se è vero, infatti, che quest'ultima si caratterizza anche per le «barriere» amministrative all'entrata nei mercati e, più in generale, per gli «oneri» amministrativi che condizionano lo svolgimento delle attività economiche⁴, delineare con nettezza un principio di «promozione» della concorrenza lascia prefigurare un impatto sulle une e sugli altri potenzialmente dirompente. Enucleare con nitidezza il detto principio significa, inoltre, legittimare ancor meglio la giurisprudenza in quella sua opera – che, come si è accennato, si può già toccare con mano – di affiancamento o, addirittura, di supplenza del legislatore in quel processo di «promozione» della concorrenza destinato a cambiare il «volto» degli ordinamenti a diritto amministrativo come il nostro⁵. Significa, infine, apprestare eventuali strumenti idonei per «governare» una siffatta opera, la quale potrebbe anche destare perplessità in ordine al ruolo del giudice, alla sua funzione, nel campo di scelte – quale è, appunto, quella di «promuovere» la concorrenza – le quali potrebbero anche apparire eminentemente «politiche» e perciò da riservare agli organi politici.

Questo, dunque, il piano di lavoro: nei primi due capitoli si cercherà di chiarire alcuni concetti di rilievo preliminare («tutela» e «promozione» della concorrenza, «liberalizzazione» delle attività economiche e «semplificazione» amministrativa) e di delineare il contesto culturale in cui essi possono essere collocati; quindi, si procederà ad una breve illustrazione di qualche settore investito dal processo di liberalizzazione, alla quale seguirà una più approfondita analisi

³ Il termine «regolazione» è estremamente controverso. Qui lo si usa in modo generico, come sinonimo di disciplina (pubblica) delle attività economiche, che è poi l'accezione seguita dall'OCSE (nel cui ambito, seguendo M. CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, Bologna, 2017, 42, si può distinguere tra *social regulation* ed *economic regulation*, «... la prima indirizzata a promuovere scopi sociali ...; la seconda indirizzata a massimizzare l'efficienza economica e il benessere dei consumatori ...»). In un significato più ristretto il termine sta comunque ad indicare l'attività (amministrativa) diretta a disciplinare settori aperti alla concorrenza e, in un'accezione ancora più ristretta, ad assicurare il buon funzionamento del mercato ovvero a «tutelare» la concorrenza (v.: E. RANGONE, *Regolazione*, in S. CASSESE (diretto da), *Dizionario di diritto pubblico*, Milano, 2006, V, 5057 ss.; L. GIANI-F. VETRÒ, *Le funzioni di regolazione del mercato*, in F.G. SCOCA (a cura di), *Diritto amministrativo*, Torino, 2017, 606-608; A. ZITO, *Mercati (regolazione dei)*, in *Enc. giur., Annali*, Milano, 2010, III, 805 ss.).

⁴ Su questi concetti si tornerà più avanti e, in particolare, nel capitolo terzo, par. 7.

⁵ Sulla distinzione tra ordinamenti a diritto comune e ordinamenti a diritto amministrativo e i suoi limiti, v., ora, per tutti, G. ROSSI, *Principi di diritto amministrativo*, Torino, 2015, 24-26. E v. già M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, Milano, 1993, I, 18 ss.

del contributo fornito dalla giurisprudenza (eurounitaria, costituzionale e amministrativa) alla «promozione» della concorrenza; nel capitolo finale si tenterà, invece, di trarre qualche considerazione di ordine generale, allo scopo, soprattutto, di individuare un preciso fondamento per il (supposto) principio di «promozione» della concorrenza, coglierne l'effettiva portata e le modalità di applicazione⁶.

⁶ Il tema affrontato è, evidentemente, sconfinato, come pure lo è la letteratura, giuridica e non giuridica, su di esso. A parte gli altri scritti che verranno citati nel corso del lavoro, v., in primo luogo, i più recenti manuali di diritto (pubblico) dell'economia, tra i quali: E. CARDI, *Mercati e Istituzioni in Italia. Diritto pubblico dell'economia*, Torino, 2014; A. CARULLO, *Lezioni di diritto amministrativo dell'economia*, Torino, 2017; S. CASSESE (a cura di), *La nuova costituzione economica*, Roma-Bari, 2012; G.F. FERRARI (a cura di), *Diritto pubblico dell'economia*, Milano, 2010; E. PICOZZA-V. RICCIUTO, *Diritto dell'economia*, Torino, 2013; F. TRIMARCHI BANFI, *Lezioni di diritto pubblico dell'economia*, Torino, 2016. Adde, GIANI-VETRÒ, *Le funzioni*, cit., 591 ss. Per qualche aspetto sono pure rilevanti i manuali di diritto dell'economia o di diritto della concorrenza, tra i quali, v.: G. LEMME (a cura di), *Diritto ed economia del mercato*, Padova, 2014; M. LIBERTINI, *Diritto della concorrenza dell'Unione europea*, Milano, 2014. Si possono poi aggiungere i manuali sul mercato unico europeo, tra i quali, v.: A. ARENA-F. BESTAGNO-G. ROSSOLILLO, *Mercato unico e libertà di circolazione nell'Unione europea*, Torino, 2016; L. DANIELE, *Diritto del mercato unico europeo e dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia*, Milano, 2016. Sempre in una prospettiva generale, v., poi, nell'ambito della letteratura giuridica più recente: G. BERGONZINI, *Il valore «costituzionale» della concorrenza*, in V. DOMENICHELLI-G. ROMAGNOLI (a cura di), *I poteri dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato nei confronti delle P.A. e delle imprese*, Napoli, 2015, 57 ss.; A. CATRICALÀ, *Zavorre d'Italia*, Soveria Mannelli, 2010; M. D'ALBERTI, *Concorrenza*, in S. CASSESE (diretto da), *Diz. Dir. Pubbl.*, Milano, II, 2006, 1140 ss.; ID., *Poteri pubblici, mercati e globalizzazione*, Bologna, 2008; C. FRANCHINI-L. PAGANETTO (a cura di), *Stato ed economia all'inizio del XXI secolo*, Bologna, 2002; F. GALGANO, *Diritto dell'economia*, in *www.treccani.it*, s.d.; G. GHIDINI-F. DI PORTO-V. FALCE-M. PANUCCI, *Concorrenza*, in N. ABRIANI (a cura di), *Dizionari del diritto privato promossi da N. IRTI, Diritto commerciale*, 2011, 209 ss.; A. JANNARELLI, *Mercato e concorrenza*, in *www.treccani.it*, 2012; A. LALLI, *Concorrenza. Disciplina pubblicistica*, in *www.treccani.it*, 2015; E.M. LANZA, *Concorrenza, iniziativa economica e utilità sociale: spigolature su principi e limiti tra ordinamento europeo e Costituzione italiana*, in *Rass. dir. pubbl. europeo*, 2016, 89 ss.; M. LIBERTINI, *Concorrenza*, in *Enc. dir.-Annali*, Milano, 2010, III, 191 ss.; N. LONGOBARDI, *La libertà di impresa come libertà fondamentale ed il recedere del tradizionale primato del potere amministrativo*, in N. LONGOBARDI (a cura di), *Il diritto amministrativo in trasformazione. Per approfondire*, Torino, 2016, 133 ss.; A. LUCARELLI, *Per un diritto pubblico europeo dell'economia. Fondamenti giuridici*, in *Rass. dir. pubbl. europeo*, 2016, 5 ss.; M. LUCIANI, *Economia nel diritto costituzionale*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, Torino, 1990, V, 373 ss.; G. MORBIDELLI, *Iniziativa economica privata*, in *Enc. giur.*, Roma, XIX, 1990; S. NINATTI, *Iniziativa economica privata (libertà di)*, in S. CASSESE (diretto da), *Diz. Dir. Pubbl.*, Milano, IV, 2006, 3142 ss.; A.M. PETRONI, *Istituzioni ed economia in Italia dal Trattato di Maastricht ad oggi*, in *www.federalismi.it*, fasc. n. 3/2014; G. PITRUZZELLA, *I servizi pubblici economici tra mercato e regolazione*, in *www.federalismi.it*, n. 6/2014; ID., *Concorrenza e regolazione*, in *Liber amicorum di Piero Alberto Capotosti*, Bari, 2016, II, 577 ss.; A. POLICE, *Tutela della concorrenza e pubblici poteri. Profili di diritto amministrativo nella disciplina antitrust*, Torino, 2007; G.M. ROBERTI, *La dimensione europea della politica di concorrenza*, in *www.federalismi.it*, n. 3/2012 (8 febbraio 2012); C. SALVI, *Capitalismo e diritto civile. Itinerari giuridici dal Code civil ai Trattati europei*, Bologna, 2015; F. TRIMARCHI BANFI, *Il "principio di concorrenza": proprietà e fondamento*, in *Dir. amm.*, 2013, 15 ss. Infine, per una prospettiva assai vicina a quanto

qui sostenuto, v., anche per gli ulteriori corredi bibliografici: A. ARGENTATI, *Il principio di concorrenza e la regolazione amministrativa dei mercati*, Torino, 2008; M. LIBERTINI, *La tutela della concorrenza nella Costituzione. Una rassegna critica della giurisprudenza costituzionale italiana dell'ultimo decennio*, in *Mercato, concorrenza, regole*, 2014, 503 ss.; A. NEGRELLI, *Accesso al mercato e autorizzazioni amministrative nazionali*, Milano, 2016. Lo stato dell'arte della giurisprudenza eurounitaria e costituzionale è continuamente monitorato. Per la prima, v.: ARENA-BESTAGNO-ROSSO-LILLO, *Mercato*, cit., *passim*; I. CASTANGIA, *Circolazione delle merci*, in *www.treccani.it*, 2013; DANIELE, *Diritto*, cit., 46 ss., 165 ss.; F. FERRARO, *Restrizioni quantitative e territoriali nel diritto dell'Unione: dalla libera circolazione delle merci al diritto di stabilimento*, in *Dir. Un. Eur.*, 2011, 693 ss.; NEGRELLI, *Accesso*, cit., 3 ss. Per la seconda, v.: A. ARGENTATI, *La giurisprudenza della Corte Costituzionale in materia di “tutela della concorrenza” a dieci anni dalla riforma del Titolo V della Costituzione*, in *www.agcm.it*, 2011; ID., *Autorità antitrust e Corte Costituzionale: il dialogo al tempo della crisi*, in *Mercato, concorrenza, regole*, 2015, 41 ss.; ID., *Mercato e Costituzione. Il giudice delle leggi di fronte alla sfida delle riforme*, Torino, 2017; BERGONZINI, *Il valore*, cit., *passim*; M. FIERRO-R. NEVOLA-D. DIACO (a cura di), *I vincoli derivanti dal diritto comunitario nella giurisprudenza costituzionale in materia economica*, Corte Costituzionale. Servizio Studi, maggio 2014; LIBERTINI, *La tutela*, cit., *passim*; C. PINELLI, *La tutela della concorrenza come principio e come materia. La giurisprudenza costituzionale 2004-2013*, in DI CATALDO V.-MELI V.-PENNISI R. (a cura di), *Impresa e mercato. Studi dedicati a Mario Libertini*, III, *Crisi dell'impresa. Scritti vari*, Milano, 2015, 1177 ss.

Capitolo I

Il «trionfo» dell'economia di mercato

SEZIONE I. – «Promozione» della concorrenza e neoliberalismo

SOMMARIO: 1. L'intervento pubblico nell'economia italiana. – 2. «Tutela» e «promozione» della concorrenza. – 3. Liberalizzazione e semplificazione. – 4. Il «trionfo» del neoliberalismo. – 5. Ordinamento nazionale e ordinamento dell'Unione europea: modelli economici a confronto.

1. *L'intervento pubblico nell'economia italiana*

Come già accennato, una parte certamente cospicua della legislazione amministrativa degli ordinamenti come il nostro concerne l'intervento pubblico in economia o, se si preferisce, il ruolo dello Stato (da intendere in senso lato, come insieme dei poteri pubblici) nell'economia¹. È superfluo aggiungere che l'in-

¹ «Se da un lato la diffusione di regolamentazioni, le più eterogenee, riguarda potenzialmente tutte le attività, individuali o collettive, che possano presentare un'inerenza ad interessi pubblici, dall'altra è ben vero che la species più rilevante di questo amplissimo genus è costituita dalle regolamentazioni di attività economico-sociali (principalmente imprenditoriali, ma non solo), le quali rappresentano dunque uno degli assi portanti del rapporto tra Stato e mercato» (S. AMOROSINO, *Regolamentazione e deregolamentazione*, in *www.treccani.it*, 1997, par. 3).

Sull'intervento pubblico nell'economia, v., tra i più recenti contributi dei giuristi: C. BUCCI, *Economia (intervento pubblico nell')*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, Torino, V, 1990, 361 ss.; R. CARANTA, *Intervento pubblico nell'economia*, in *Dig. Disc. Pubbl.-Agg.*, I, Torino, 2000, 371 ss.; G.F. FERRARI, *Stato e mercato nell'esperienza italiana: dall'Unità alla seconda guerra mondiale*, in *FERRARI, Diritto*, cit., 27 ss.; ID., *Stato e mercato nell'esperienza italiana: dal 1948 ad oggi*, in *FERRARI, Diritto*, cit., 83 ss.; F. MERUSI-G.C. SPATTINI, *Economia (intervento pubblico nell')*, in S. CASSESE (diretto da), *Diz. Dir. Pubbl.*, Milano, III, 2006, 2084 ss.; F. MERUSI, *La disciplina pubblica delle attività economiche nei 150 dell'unità d'Italia*, in F. MERUSI, *Il sogno di Diocleziano. Il diritto nelle crisi economiche*, Torino, 2013, 83 ss.; G. NAPOLITANO, *Le origini e il ruolo economico dello Stato*, in G. NAPOLITANO-M. ABRESCIA (a cura di), *Analisi economica del diritto pubblico. Teorie, applicazioni e limiti*, Bologna, 2009, 81 ss. Meno recentemente, v., per tutti, V. OT-

tensità e le forme attraverso cui si manifesta questo intervento (ruolo) possono essere molteplici, dipendendo dai diversi periodi storici e dalle diverse aree geografiche, ma anche dalle ideologie e, in generale, dalle correnti di pensiero affermatesi nel tempo². Per quanto riguarda, in particolare, l'Italia post-unitaria, sono stati, per esempio, scanditi quattro periodi storici: «*il primo va dal 1861 alla fine del secolo XIX; il secondo giunge fino agli anni Venti del secolo XX; il terzo arriva fino alla metà del secolo XX; il quarto va dalla metà del secolo XX agli ultimi decenni del secolo. Il primo è quello dello Stato “liberista”; il secondo quello della prima industrializzazione; il terzo quello dell'economia mista; il quarto quello dello Stato del benessere (o Stato sociale)*»³. Si può aggiungere che, cercando di cogliere in termini sintetici il modello economico più caratterizzante del nostro paese, si è soliti individuarlo nel «sistema ad economia mista»⁴. È comunque sufficiente questa rapida illustrazione per comprendere come il nostro ordinamento abbia ereditato, specie da talune fasi storiche, una legislazione amministrativa economica estremamente pervasiva. Se ci si ponesse nella prospettiva eurounitaria, si potrebbe anche dire, per esempio, che larga parte di quella legislazione viene ad essere costituita dai «regimi autorizzatori», ove, appunto, se ne parli nel senso lato fatto proprio dalla direttiva *Bolkestein*, la quale intende per «*regime di autorizzazione*»: *qualsiasi procedura che obbliga un prestatore o un destinatario a rivolgersi ad un'autorità competente allo scopo di ottenere una deci-*

TAVIANO, *Il governo dell'economia: i principi giuridici*, in F. GALGANO (diretto da), *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia. La costituzione economica*, Padova, 1977, I, 185 ss. Un classico sull'argomento è, poi, J.E. STIGLITZ, *Il ruolo economico dello Stato*, Bologna, 1992 (ed. orig. 1989).

² Peraltro, «[i]l dato comune è che l'azione dei pubblici poteri nell'economia è stata costante» (D'ALBERTI, *Poteri*, cit., 15), ragion per cui, anche in relazione a tale profilo, la (già sfumata) distinzione tra ordinamenti a diritto amministrativo e ordinamenti a diritto comune non va sopravvalutata.

La dottrina giuridica non rinuncia ai grandi affreschi storici in ordine all'intervento pubblico in economia: si va così, per esempio, dai richiami alle antiche società sorte in riva ai grandi fiumi (c.d. idrauliche) (D'ALBERTI, *Poteri*, cit., 15) all'editto sui prezzi di Diocleziano (MERUSI-SPATTINI, *Economia*, cit., 2084), ai Comuni medievali (GALGANO, *Diritto*, cit., par. 1).

³ S. CASSESE, *Governare gli italiani. Storia dello Stato*, Bologna, 2014, 219; ID., *La nuova*, cit., 7. Per ogni approfondimento non resta, poi, che rinviare agli storici dell'economia, tra i quali, v., per esempio, di recente: G. BALCET, *L'economia italiana. Evoluzione, problemi e paradossi*, Milano, 1997; P. BATTILANI-F. FAURI, *L'economia italiana dal 1945 a oggi*, Bologna, 2014; E. FELICE, *Ascesa e declino. Storia economica d'Italia*, Bologna, 2015; G. TONIOLO (a cura di), *L'Italia e l'economia mondiale*, Venezia, 2013. Peraltro, le fasi storiche individuate dagli storici economici non risultano pienamente coincidenti con quelle dei giuristi, distinguendo i primi, per esempio: un'età dei monopoli di Stato (1861-1912); le origini dello Stato imprenditore (1913-1932); l'affermazione dello Stato imprenditore (1933-1939); la creazione del sistema delle partecipazioni statali (1945-1962); la massima espansione del sistema (1962-metà anni '70); la crisi dello Stato imprenditore (metà anni '70 e anni '80) (FELICE, *Ascesa*, cit., 340, nota 135, ed ivi anche le ulteriori citazioni).

⁴ Cfr. la dottrina giuridica citata nella nota 1. Per qualche notazione critica, v., peraltro: BUCCI, *Economia*, cit., 368; GALGANO, *Diritto*, cit., par. 2; MERUSI-SPATTINI, *Economia*, cit., 2088.

sione formale o una decisione implicita relativa all'accesso ad un'attività di servizio o al suo esercizio»⁵.

È, dunque, su una legislazione (amministrativa) del genere che può esplicitare tutte le sue potenzialità il (supposto) principio di «promozione» della concorrenza.

2. «Tutela» e «promozione» della concorrenza

Come si è già accennato, è ormai radicata la distinzione tra «tutela» e «promozione» della concorrenza. L'art. 117, comma 2, lett. e), del testo di riforma costituzionale recentemente approvato dal Parlamento e bocciato nel referendum del 4 dicembre 2016 riservava alla competenza esclusiva dello Stato la materia inerente alla «*tutela e promozione della concorrenza*»⁶. La formula intendeva sostituire quella del testo attualmente in vigore, introdotto con la legge cost. 18 ottobre 2001, n. 3, la quale fa invece esclusivo riferimento alla «*tutela della concorrenza*». La nuova formula non faceva altro che recepire l'estensione che del vigente testo ha operato la Corte Costituzionale, avendovi ricompreso – con un'evidente forzatura del dato letterale della suddetta disposizione costituzionale – pure la «promozione» della concorrenza: «*[L]a giurisprudenza costituzionale è costante nell'affermare che la nozione di concorrenza di cui al secondo comma, lettera e), dell'art. 117 Cost. riflette quella operante in ambito comunitario e comprende: a) sia gli interventi regolatori che a titolo principale incidono sulla concorrenza, quali le misure legislative di tutela in senso proprio, che contrastano gli atti ed i comportamenti delle imprese che incidono negativamente sull'assetto concorrenziale dei mercati e che ne disciplinano le modalità di controllo, eventualmente anche di sanzione; b) sia le misure legislative di promozione, che mirano ad aprire un mercato o a consolidarne l'apertura, eliminando barriere all'entrata, riducendo o eliminando vincoli al libero esplicarsi della capacità imprenditoriale e della competizione tra imprese, rimuovendo, cioè, in generale, i vincoli alle modalità di esercizio delle attività economiche (ex multis, sentenze n. 270 e n. 45 del 2010, n. 160 del 2009, n. 430 e n. 401 del 2007). / In questa seconda accezione, attraverso la "tutela della concorrenza", vengono perseguite finalità di ampliamento dell'area di libera scelta dei cittadini e delle imprese, queste ultime anche quali fruitrici, a loro volta, di beni e di servizi (sentenza n. 401 del 2007). / Come questa Corte ha più*

⁵ Art. 4, comma 6, Direttiva 2006/123/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 12 dicembre 2006, relativa ai servizi nel mercato interno (GU 2006, L 376, p. 36); art. 8, comma 1, lett. f) d.lgs. 26 marzo 2010, n. 59. Ad esempio, per Corte Giust. UE 14 luglio 2016, V, C-458/14, C-67/15, *Promoimpresa Srl*, la nozione comprende la concessione di bene demaniale (idrico). Sulla direttiva, v., da ultimo, F. TIRIO, *La regolamentazione dopo la direttiva servizi*, Torino, 2016.

⁶ Il testo della suddetta legge costituzionale si trova pubblicato sulla Gazz. Uff. Rep. It. 15 aprile 2016, n. 88.

volte osservato, “Si tratta dell’aspetto più precisamente di promozione della concorrenza, che costituisce una delle leve della politica economica statale e, pertanto, non può essere intesa soltanto in senso statico, come garanzia di interventi di regolazione e ripristino di un equilibrio perduto, ma anche in quell’accezione dinamica, ben nota al diritto comunitario, che giustifica misure pubbliche volte a ridurre squilibri, a favorire le condizioni di un sufficiente sviluppo del mercato o ad instaurare assetti concorrenziali” (sentenze n. 299 del 2012, n. 80 del 2006, n. 242 e n. 175 del 2005, n. 272 e n. 14 del 2004)⁷. Questo, dunque, il costante insegnamento della Corte Costituzionale al quale si ispirava il fallito tentativo di riforma costituzionale sopra menzionato.

Alla distinzione tra misure a «tutela» della concorrenza e misure di «promozione» della stessa si sovrappone, integrandola, un’altra distinzione, pure presente nella giurisprudenza costituzionale e che, per completezza, merita qui di essere segnalata, quella tra concorrenza «nel mercato» e concorrenza «per il mercato»: la prima nozione sta ad indicare la soppressione di barriere all’entrata nel mercato e di vincoli sullo svolgimento dell’attività d’impresa o la loro attenuazione; la seconda concerne invece l’adozione di procedure amministrative concorsuali o comunque competitive per l’attribuzione di risorse pubbliche (strumentali) scarse o implicanti capacità tecnica ridotta⁸.

⁷ Corte Cost. 15 maggio 2014, n. 125. Conf., *ex multis*: Corte Cost. 27 luglio 2004, n. 272; Corte Cost. 8 maggio 2009, n. 148; Corte Cost. 22 luglio 2010, n. 270; Corte Cost. 8 ottobre 2010, n. 288; Corte Cost. 11 dicembre 2012, n. 299; Corte Cost. 15 marzo 2013, n. 38; Corte Cost. 22 maggio 2013, n. 94.

Non si può certo nascondere che, a stretto rigore, la parola «tutela» (della concorrenza) parrebbe ricomprendere soltanto la disciplina *antitrust*. D’altro canto, la Corte stessa non ne fa mistero, allorché tiene a sottolineare di avervi ricompreso anche le misure di «promozione» (della concorrenza) sotto l’influenza del diritto (oggi) dell’UE: «[t]ali conclusioni risultano avvalorate dalla “nozione comunitaria di concorrenza”, che si riflette su quella di cui all’art. 117, secondo comma, lettera e), Cost., anche per il tramite del primo comma dello stesso art. 117 e dell’art. 11 Cost.; nozione richiamata anche dall’art. 1, comma 4, della legge 10 ottobre 1990, n. 287 (Norme per la tutela della concorrenza e del mercato). Secondo tale nozione, la concorrenza presuppone “la più ampia apertura al mercato a tutti gli operatori economici del settore in ossequio ai principi comunitari della libera circolazione delle merci, della libertà di stabilimento e della libera prestazione dei servizi” (sentenza n. 401 del 2007)» (Corte Cost. 17 novembre 2010, n. 325. *Adde*: Corte Cost. 18 luglio 2013, n. 209; Corte Cost. 18 aprile 2014, n. 104).

⁸ «... – come affermato in numerose pronunce di questa Corte (sentenze n. 270, n. 232 e n. 45 del 2010; n. 314 del 2009 e n. 148 del 2009; n. 63 del 2008; n. 430 e n. 401 del 2007; n. 272 del 2004) – [la concorrenza] può essere tutelata mediante tipi diversi di interventi regolatori, quali: 1) “misure legislative di tutela in senso proprio, che hanno ad oggetto gli atti ed i comportamenti delle imprese che influiscono negativamente sull’assetto concorrenziale dei mercati” (misure *antitrust*); 2) misure legislative di promozione, “che mirano ad aprire un mercato o a consolidarne l’apertura, eliminando barriere all’entrata, riducendo o eliminando vincoli al libero esplicarsi della capacità imprenditoriale e della competizione tra imprese” (per lo più dirette a tutelare la concorrenza “nel” mercato); 3) misure legislative che perseguono il fine di assicurare procedure concorsuali di garanzia mediante la strutturazione di tali procedure in modo da realizzare “la più ampia apertura del mercato a

Dalla richiamata giurisprudenza costituzionale si staglia, dunque, l'autonomia concettuale della «promozione» della concorrenza rispetto alla sua «tutela». Volendo, allora, riprendere in sintesi tale fondamentale distinzione, si può dire che le misure a «tutela» della concorrenza coincidano con la disciplina *antitrust*, destinata a sanzionare i comportamenti distorsivi della concorrenza posti in essere dalle imprese (comportamenti i quali si identificano, tradizionalmente e principalmente, nelle intese illecite, nell'abuso di posizione dominante, nei monopoli e nelle concentrazioni vietati); ad essi possono aggiungersi gli aiuti di Stato illegittimi, con la precisazione, però, che detti comportamenti vengono posti in essere dai pubblici poteri; ed, ancora, le misure pubbliche volte ad agevolare (o, addirittura, ad imporre) comportamenti distorsivi (della concorrenza) da parte delle imprese, misure anche queste corrispondenti a comportamenti dei pubblici poteri. Le misure di «promozione» della concorrenza consisterebbero, invece, sostanzialmente, nelle misure di liberalizzazione delle attività economiche (laddove la Corte Costituzionale fa riferimento alle «*misure [legislative di promozione,] che mirano ad aprire un mercato o a consolidarne l'apertura, eliminando barriere all'entrata*»), nelle misure di semplificazione amministrativa (laddove, invece, la Corte stessa parla di riduzione o eliminazione dei «*vincoli al libero esplicarsi della capacità imprenditoriale e della competizione tra imprese, rimuovendo, cioè, in generale, i vincoli alle modalità di esercizio delle attività economiche*») e, infine, nell'obbligo di disporre delle risorse (pubbliche) scarse o implicanti capacità tecnica ridotta mediante l'espletamento di procedure concorsuali o comunque competitive, idonee, come tali, ad attribuire quelle risorse in modo selettivo (laddove la Corte Costituzionale menziona le «*misure [legislative] che perseguono il fine di assicurare procedure concorsuali di garanzia*»).

I due generi di misure pubbliche si presentano diversi sotto svariati profili. Un primo aspetto concerne i destinatari: le misure a «tutela» della concorrenza sono dirette verso le imprese e, solo nel caso degli aiuti di Stato o di misure pubbliche agevolative (o, addirittura, impositive) di comportamenti distorsivi (della concorrenza) da parte delle imprese, ai pubblici poteri; le seconde sono, invece, dirette esclusivamente verso i pubblici poteri (apparati statali, regionali e locali), chiamati a sopprimere o ad attenuare gli adempimenti «burocratici» gravanti sulle imprese. Un secondo profilo riguarda le autorità preposte ad adottarle: le misure a «tutela» della concorrenza sono di competenza delle autorità indipendenti «generaliste» (le autorità *antitrust*), aventi cioè una competenza «trasversale», su tutti i mercati; le misure di «promozione» della concorrenza sono

tutti gli operatori economici» (dirette a tutelare la concorrenza «per il mercato») (Corte Cost. 17 novembre 2010, n. 325. Conf.: Corte Cost. 20 luglio 2012, n. 200; Corte Cost. 18 luglio 2013, n. 209; Corte Cost. 23 luglio 2013, n. 230). Tra le misure di concorrenza «nel» mercato la giurisprudenza amministrativa colloca, ad esempio, le c.d. autorizzazioni generali (TAR Lazio, Roma, II-quater, 1° settembre 2014, n. 6294).

invece di competenza delle autorità politiche e/o delle autorità indipendenti (di settore) preposte al mercato destinato ad essere aperto alla concorrenza o ad essere incrementato in questo assetto. Inoltre, data la diversità di struttura e di funzione, mentre, in linea di massima, le misure di «tutela» sono destinate ad essere adottate *ex post*, dopo cioè l'accadimento dei comportamenti (anticoncorrenziali), le misure di «promozione» della concorrenza sono adottate *ex ante*, proprio perché dirette ad condizionare i comportamenti (futuri) degli operatori del settore⁹.

3. Liberalizzazione e semplificazione

Come si è visto, il concetto di «promozione» della concorrenza si identifica principalmente con le misure di liberalizzazione delle attività economiche. Se non che, tali misure si presentano dai confini assai incerti rispetto ad altri concetti affini, primo tra tutti quello di semplificazione amministrativa¹⁰. Orbene, in linea di principio, la liberalizzazione di un'attività economica mirerebbe a favorire l'ingresso nel mercato di nuovi operatori economici, mentre la semplificazione amministrativa concernerebbe lo snellimento dei procedimenti amministrativi e, più in generale, l'alleggerimento degli oneri (adempimenti) amministrativi («burocratici») gravanti sugli operatori economici (presenti e futuri) nello svolgimento dell'attività di impresa: e, come si è visto, la prima si realizzerebbe attraverso l'abbattimento delle c.d. barriere amministrative all'entrata; la seconda si realizzerebbe invece attraverso la fusione, soppressione, eliminazione delle duplicazioni *et similia* di fasi procedurali o, più in generale, attraverso l'eliminazione o la riduzione degli oneri c.d. impropri, cioè inutili e/o sproporzionati¹¹. Tuttavia, come si può facilmente notare, la linea di demarcazione trac-

⁹ Su queste differenze, cfr. D'ALBERTI, *Poteri*, cit., 45, 72. Per una critica all'idea che la tutela *antitrust* sia sempre *ex post*, v. LIBERTINI, *Diritto*, cit., 42-44.

¹⁰ Sulle liberalizzazioni, anche in rapporto alla semplificazione amministrativa, v., in generale, anche per ulteriori riferimenti: G. CORSO, *Liberalizzazione amministrativa ed economica*, in S. CASSESE (diretto da), *Diz. Dir. Pubbl.*, Milano, IV, 2006, 3492 ss.; ID., *Persistenza dello Stato e trasformazioni del diritto*, in *Ars interpretandi. Annuario di ermeneutica giuridica. Lo Stato contemporaneo e la sua crisi*, 2011, XVI, Roma, 117 ss.; P. LAZZARA, *Principio di semplificazione e situazioni giuridico-soggettive*, in *Dir. amm.*, 2011, 679 ss.; F. LIGUORI, *La lunga strada storta: dalle autorizzazioni amministrative alla nuova s.c.i.a.*, in F. LIGUORI, *Liberalizzazione diritto comune responsabilità. Tre saggi del cambiamento amministrativo*, Napoli, 2017, 9 ss.; D. PONTE, *La possibile rivincita della liberalizzazione* (nota a TAR Emilia Romagna, Bologna, II, 26 settembre 2014, n. 914), in *Urb. e app.*, 2014, 1338 ss.; N. RANGONE, *Semplificazione amministrativa*, in *www.treccani.it*, 2014; F. SATTA, *Liberalizzare e semplificare*, in *Dir. amm.*, 2012, 177 ss.; E. STICCHI DAMIANI (a cura di), *Studi in tema di liberalizzazioni. Riflessi giuridici dell'evoluzione della disciplina*, Torino, 2008.

¹¹ Cfr., tra i tanti, TRIMARCHI BANFI, *Lezioni*, cit., 23: «[L]a semplificazione riguarda l'alleggerimento delle procedure amministrative, ferma restando la loro funzione ... In un'accezione più ampia si parla di semplificazione anche per designare la riduzione delle autorizzazioni, cioè l'eliminazione dei controlli preventivi sulla presenza dei requisiti di legge. / La liberalizzazione propriamente detta

ciata non può essere affatto netta: basti solo pensare che, per favorire l'accesso al mercato, può giovare la semplificazione degli oneri amministrativi «all'ingresso», così come l'eliminazione o la riduzione dei c.d. oneri (amministrativi) impropri può rendere più allettante l'accesso al mercato. Del resto, a testimonianza dell'uso incerto del termine «liberalizzazione» (delle attività economiche) può risultare significativo come la stessa Corte Costituzionale lo impieghi ora in un modo estremamente generico, come «razionalizzazione della regolazione», ora in un significato più ristretto, come «eliminazione degli inutili oneri regolamentari»¹². D'altro canto, lo stesso legislatore (statale) colloca, per esempio, l'istituto della (oggi denominata) segnalazione certificata di inizio attività-SCIA ora tra le misure di «liberalizzazione», ora tra gli istituti di «semplificazione»¹³.

Peraltro, non ci si nasconde che una maggior precisione dei concetti (e del

*riguarda l'apertura dei mercati alla concorrenza ... / In un senso ampio e generico, si parla talvolta di liberalizzazione anche per designare la soppressione dei controlli preventivi sulla presenza dei requisiti prescritti per lo svolgimento di attività economiche ... / Quando vengono soppresse le regole sostanziali cui è subordinato lo svolgimento delle attività economiche si è in presenza del diverso fenomeno della de-regolamentazione». In ordine alla semplificazione, RANGONE, *Semplificazione*, cit., par. 1 specifica che «... assumono rilievo l'oggetto, la finalità e i destinatari della semplificazione. / Quanto all'oggetto, la semplificazione evoca interventi che attengono a soggetti pubblici (semplificazione dell'organizzazione), alla loro attività (semplificazione dei procedimenti amministrativi) o alla disciplina generale o di settore, indipendentemente dal contenuto (semplificazione della normativa)». Dal canto suo, F.G. COCA, *Relazione introduttiva*, in STICCHI DAMIANI E. (a cura di), *Studi*, cit., 5-7 distingue «due modi fondamentali di liberalizzazione: la riduzione degli ostacoli frapposti all'inizio dell'attività e la riduzione dei vincoli allo svolgimento dell'attività medesima», mentre «la semplificazione riguarda il modo di agire dell'amministrazione, non incombenti imposti agli operatori privati» e, perciò, «[L]a semplificazione può si portare ad una liberalizzazione, ma può portare anche ad un aggravio della posizione dell'operatore economico o del privato cittadino». Si distingue, ancora, tra liberalizzazione amministrativa e liberalizzazione economica: CORSO, *Liberalizzazione*, cit., 3492, per il quale «[p]er liberalizzazione amministrativa si intende l'eliminazione o la riduzione degli ostacoli di ordine amministrativo che si frappongono allo svolgimento di attività private. Per liberalizzazione economica, invece, si intende la possibilità di svolgere attività economiche prima inammissibili a causa dell'esistenza di monopoli legali o di accedere a mercati caratterizzati in precedenza da robuste barriere all'ingresso»; COCA, *Relazione*, cit., 3. Adde, per altre accezioni non sempre convergenti: E. CASETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2016, 263, 264, 498; R. FERARA, *Introduzione al diritto amministrativo*, Roma-Bari, 2014, 156; LIGUORI, *Liberalizzazione*, cit., 19-21; PONTE, *La possibile*, cit., 1340; TIRIO, *La regolamentazione*, cit., 6.*

¹²Per i due significati, cfr.: Corte Cost. 11 dicembre 2012, n. 299, da cui sono tratte le definizioni sopra riportate; Corte Cost. 23 gennaio 2013, n. 8; Corte Cost. 20 marzo 2013, n. 46. Si può anche ricordare che, per esempio, con riferimento alle misure aventi per oggetto gli orari e i giorni di apertura dei negozi, la Corte Costituzionale si esprime in termini di «liberalizzazione» (cfr., *ex multis*: Corte Cost. 11 dicembre 2012, n. 299; Corte Cost. 5 giugno 2013, n. 123; Corte Cost. 5 giugno 2013, n. 124).

¹³Cfr.: la rubrica dell'art. 10, d.l. n. 7/07, conv. in legge n. 40/07 (decreto Bersani-bis); il capo IV della legge 7 agosto 1990, n. 241. A sua volta, sempre in riferimento alla SCIA, la Corte Costituzionale si esprime in termini di semplificazione (NEGRELLI, *Accesso*, cit., 214, nota 51). È nel senso che si tratti di un istituto di liberalizzazione, per esempio, COCA, *Relazione*, cit., 8 (per il quale, invece, il silenzio assenso sarebbe misura di semplificazione – p. 1 –).

linguaggio) gioverebbe sicuramente sul piano giuridico, dato che presso la Corte Costituzionale è presente una netta contrapposizione tra liberalizzazione (delle attività economiche) e semplificazione amministrativa quando riconduce la prima alla materia della «*tutela della concorrenza*» (art. 117, comma 2, lett. e), Cost.) e la seconda alla materia relativa alla determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni-LEP (art. 117, comma 2, lett. m), Cost.)¹⁴.

4. Il «trionfo» del neoliberalismo

La necessità di «promuovere» la concorrenza è, in fondo, espressione di un'ideologia o, se si preferisce, di una corrente di pensiero, quella «neoliberista», intendendo per tale l'indirizzo culturale che propugna le virtù del «mercato», la superiorità dell'assetto concorrenziale del mercato su ogni altra possibile strutturazione dello stesso¹⁵. A partire dagli anni '80 del secolo scorso (in concomitanza con la stagione politica di Ronald Reagan negli Stati Uniti e di Margaret Thatcher in Gran Bretagna), tale indirizzo ha finito per divenire quasi una sorta di «pensiero unico»¹⁶. Si tratta di un «credo» il cui «trionfo» si ricollega al

¹⁴ «Le norme di semplificazione amministrativa sono state ricondotte da questa Corte alla competenza legislativa esclusiva dello Stato in materia di determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali, in quanto “anche l'attività amministrativa, [...] può assurgere alla qualifica di “prestazione” (quindi, anche i procedimenti amministrativi in genere), della quale lo Stato è competente a fissare un “livello essenziale” a fronte di una specifica pretesa di individui, imprese, operatori economici ed, in generale, di soggetti privati” (sentenze n. 207 e n. 203 del 2012)» (Corte Cost. 5 aprile 2013, n. 62).

¹⁵ Tra i principali esponenti di questa corrente di pensiero viene annoverato Friedrich A. von Hayek, del quale piace qui ricordare semplicemente F.A. HAYEK VON, *Liberalismo*, in *Enciclopedia del novecento*, Roma, 1978, III, 982 ss. Per una sintesi del pensiero di quest'autore e per i suoi capolavori, v., tra gli altri: B. CHAVANCE, *L'economia istituzionalista*, Bologna, 2007 (ed. orig. 2007), 51-59; A. RONCAGLIA, *Breve storia del pensiero economico*, Roma-Bari, 2016, 175-179.

Sui diversi significati di «mercato», v., per tutti, ZITO, *Mercati*, cit., 809: «il mercato come luogo, il mercato come ideologia, il mercato come paradigma dell'azione sociale ed il mercato come istituzione. Con la prima accezione si fa riferimento al mercato come luogo fisico entro il quale si svolgono gli scambi; nella seconda accezione il mercato si rivela come uno spazio dell'agire umano tendenzialmente sottratto all'ingerenza dello Stato e più in generale dei pubblici poteri; nella terza accezione il mercato sta ad indicare il fatto che l'agire che in esso si esplica è espressione del principio di razionalità economica ossia è agire volto alla massimizzazione dell'utilità personale; nella quarta accezione il mercato viene colto nella particolare capacità di produrre un ordine complessivo delle relazioni economiche, che in esso si svolgono, ordine che si genera non a seguito dell'imposizione di fini vincolanti, al cui raggiungimento debbono tendere i comportamenti di coloro che operano nel mercato stesso, ma a seguito dello svolgimento di azioni autonome, che, ancorché diano luogo ad un vero e proprio sistema di relazioni, rimangono tali anche e soprattutto dal punto di vista finalistico».

¹⁶ «La convinzione che il mercato rappresenti la via maestra all'innovazione e alla crescita economica ha raggiunto in questi ultimi anni un tale grado di accettazione da apparire quasi come una verità incontrovertibile. Tanto che riesce difficile parlare di vero e proprio dibattito, in presenza di un così vasto consenso all'idea che la realizzazione piena di un'economia di mercato sia l'obiettivo primo

fatto che la concorrenza – oltre a rappresentare la massima espressione della libertà (economica) degli individui – viene ad essere considerato fattore fondamentale di crescita economica di ogni società e, quindi, di benessere collettivo, in quanto favorirebbe l'innovazione tecnologica, il miglioramento della qualità dei prodotti, l'abbassamento dei prezzi¹⁷.

Proprio muovendo da questa idea, il pensiero neoliberista giunge a ritenere che lo Stato (in senso lato) sia fonte di sprechi e di inefficienze e che ogni intervento pubblico in economia nasconda, in realtà, la protezione degli interessi di chi lo sollecita e, quindi, di interessi particolaristici (di particolari categorie o classi sociali se non, addirittura, di singoli individui)¹⁸. Perviene, pertanto, a ritagliare all'intervento pubblico un ruolo abbastanza circoscritto: «[c]ome misure

cui deve tendere qualsiasi sistema economico che voglia effettivamente aumentare il benessere dei propri cittadini» (M. AMENDOLA, *Mercati, concorrenza e innovazione*, in *www.treccani.it*, 2009). Cfr., pure, A. RONCAGLIA, *Il mito della mano invisibile*, Roma-Bari, 2005. Tra i giuristi, v., tra gli altri: S. CASSESE, *Territori e potere. Un nuovo ruolo per gli Stati?*, Bologna, 2016, 32, 33; SALVI, *Capitalismo*, cit., 26, 161. Per la verità, come si vedrà, la Corte di giustizia (oggi dell'Unione europea ha cominciato a intraprendere una linea interpretativa (se si vuole) «neoliberista» già nella seconda metà degli anni '70 del secolo scorso (prima ancora, pertanto, della «rivoluzione» degli anni '80 del XX secolo). Colloca la svolta negli anni '70 M. SALVATI, *I rapporti tra Stato ed economia come rapporti tra regolazione pubblica e privata*, in FRANCHINI-PAGANETTO, *Stato*, cit., 31: «[L]'idea centrale da cui la svolta trae origine ed unità è tuttavia chiara e riguarda proprio il ruolo dello Stato nell'economia e nella società e, più in generale, il riparto di compiti tra regolazione a mezzo del mercato e regolazione a mezzo dello Stato. Laddove nella lunga fase che va dagli anni '40 agli anni '70 del secolo scorso, a seguito della grande crisi degli anni '30 e poi dell'intervento bellico, lo Stato aveva assunto poteri diretti e penetranti nella regolazione dell'economia, indirizzandoli in tempo di pace al sostegno dell'occupazione, la domanda politica dominante muta negli anni '70. Essa si sposta dal primato dell'occupazione a quello della stabilità monetaria e del rigore fiscale: all'occupazione ci penseranno poi le stesse forze di mercato cui deve essere consentito di scatenarsi, a livello nazionale e internazionale, il più liberamente possibile».

Peraltro, per un riaccendersi delle tendenze «interventiste» dopo la crisi economica iniziata nel 2007-2008, v., per tutti, M. CLARICH, *La regolazione dei mercati*, in L. TORCHIA (a cura di), *Attraversare i confini del diritto. Giornata di studio dedicata a Sabino Cassese*, Bologna, 2016, 111 ss.

¹⁷ «Come ben noto, infatti, la competitività delle imprese è uno dei principali motori di una forte crescita economica. Un'industria competitiva può abbassare i costi e i prezzi, creare prodotti nuovi e migliorare la qualità, apportando in tal modo un contributo determinante alla creazione di ricchezza e all'aumento della produttività nell'insieme dell'economia» («Audizione del Presidente dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato Professor Giovanni Pitruzzella presso la X Commissione del Senato nell'ambito dell'Indagine conoscitiva sulla competitività delle imprese italiane», in *www.senato.it*, 2). E, a proposito del primato raggiunto dall'Europa nel corso dei secoli, un'autorevole storica dell'economia afferma: «[o]ra, è appunto la libertà di pensiero e di intrapresa che sta alla base di un progresso economico che si autosostiene e di quella molteplicità di realtà economiche che produce la concorrenza, ossia la molla più potente di un continuo miglioramento nell'uso delle risorse» (V. ZAMAGNI, *Perché l'Europa ha cambiato il mondo. Una storia economica*, Bologna, 2015, 26). Ci si ferma a questi due soli richiami, ma, come è evidente, le citazioni potrebbero moltiplicarsi.

¹⁸ Cfr., tra gli altri: G. NAPOLITANO, *La logica del diritto amministrativo*, Bologna, 2017, 13; TRIMARCHI BANFI, *Il "principio di concorrenza"*, cit., 21.

necessarie per dare forma all'economia invocata [l'economia di mercato] sono indicate riforme strutturali volte all'eliminazione di qualsiasi rigidità, e quindi allo smantellamento delle istituzioni e delle regole ritenute d'intralcio alla flessibilità richiesta dal gioco della concorrenza – in primis privatizzazioni e deregolamentazione di tutti i mercati, con particolare riferimento al mercato del lavoro, e più in generale eliminazione di qualsiasi intervento pubblico che interferisca con decisioni ritenute spettanti al settore privato ... / L'invocato virtuoso operare del mercato, si asserisce ancora, richiede tuttavia la stabilità del quadro macroeconomico, e cioè del quadro nel quale il mercato stesso è chiamato a operare; stabilità che, sempre nella visione dominante, richiede a sua volta il mantenimento di bilanci pubblici in equilibrio e una lotta senza quartiere al minimo segno d'inflazione, lotta focalizzata su una politica monetaria interamente centrata sul ruolo svolto dal saggio d'interesse, e, di conseguenza, su un comportamento virtuoso delle banche centrali ... / Questo in sintesi, ma senza discostarsi molto dalla realtà, il quadro interpretativo e operativo proposto dal pensiero economico attualmente dominante»¹⁹.

È, dunque, in un siffatto contesto culturale, ormai profondamente radicato, che si inserisce l'intenso processo di liberalizzazione delle attività economiche e di semplificazione dei regimi (amministrativi) che le concernono, avviato già da qualche decennio nel nostro ordinamento giuridico, anche su impulso delle istituzioni dell'UE²⁰.

¹⁹ AMENDOLA, *Mercati*, cit., par. 1. E in termini complementari: «Stato e mercato sono i due elementi che definiscono il regime istituzionale di un sistema economico e concorrono a determinarne l'efficienza e la competitività ... / Il mercato concorrenziale è il più potente strumento che si conosca per perseguire l'efficienza nell'utilizzazione delle risorse e incoraggiare l'innovazione. Il suo corretto funzionamento, e in molti casi la sua stessa esistenza, dipendono però da un insieme di regole e condizioni. L'elemento chiave che definisce un mercato concorrenziale è l'assenza di barriere che ostacolano la competizione fra i soggetti esistenti e/o impediscano a nuovi soggetti di entrarvi. Da un lato, dunque, occorrono norme che vietino intese anticoncorrenziali fra imprese esistenti, rendano difficile la costituzione di posizioni dominanti sul mercato e ne impediscano l'abuso ai danni della concorrenza e dei consumatori (norme antitrust). Dall'altro, è necessario che tutte quelle regole che inevitabilmente, nel perseguimento di interessi generali di vario tipo, interferiscono con l'attività economica, siano disegnatte in modo da evitare di erigere a loro volta barriere anticoncorrenziali ingiustificate» (L.F. SIGNORINI-I. VISCO, *L'economia italiana*, Bologna, 1997, 114). Anche in questo caso, citazioni di analogo tenore potrebbero moltiplicarsi! Esprime un sentire diffuso, di recente, F. DEBENEDETTI, *Scegliere i vincitori, salvare i perdenti. L'insana idea della politica industriale*, Venezia, 2016.

²⁰ È appena il caso di evidenziare che si moltiplicano i filoni di pensiero contrari al «mercato», i quali non sembrano più circoscritti a quelli di ispirazione *keynesiana* ma si orientano verso la «decrescita serena» (su cui, v. S. LATOUCHE, *Breve trattato sulla decrescita serena*, Torino, 2008; in termini critici, v. N. IANNELLO, *Crescita, decrescita e libertà di scelta*, in N. IANNELLO-L. INFANTINO (a cura di), *Idee di libertà. Economia, diritto, società*, Soveria Mannelli, 2015, 33 ss.), la *sharing economy*, l'economia circolare, e così via. Non è questa, ovviamente, la sede per darne conto. In termini critici verso il «mercato», v., tra i giuristi, P. MADDALENA, *Gli inganni della finanza*, Roma, 2016 e, tra gli economisti, M. MAZZUCCATO-M. JACOBS (a cura di), *Ripensare il capitalismo*, Roma-Bari, 2017. Piace, infine, rammentare che una critica radicale all'idolatria del mercato, fon-

Quel che più conta ai fini del presente lavoro è, comunque, il fatto che l'idea dominante qui fugacemente riassunta sembra aver «catturato» la giurisprudenza costituzionale, dove, infatti, ancora di recente, si ha modo di leggere che essa, «*successivamente, ha offerto una nozione più ampia di garanzia della libertà di concorrenza, sottolineando che essa ha “una duplice finalità: da un lato, integra la libertà di iniziativa economica che spetta nella stessa misura a tutti gli imprenditori e, dall'altro, è diretta alla protezione della collettività, in quanto l'esistenza di una pluralità di imprenditori, in concorrenza tra loro, giova a migliorare la qualità dei prodotti e a contenerne i prezzi” (sentenza n. 223 del 1982)*»²¹.

Non resta, a questo punto, che prendere atto della *communis opinio* e della sua penetrazione (persino) presso la nostra giurisprudenza costituzionale, non senza, però, avvertire che la decantata superiorità assoluta della concorrenza rispetto ad ogni altro assetto di mercato attende ancora, invero, di essere definitivamente dimostrata, sia sul piano teorico che su quello empirico²². Come, infatti, di recente, è stato autorevolmente affermato, «*[m]entre la letteratura teorica non ha definitivamente risolto il dibattito tra il filone schumpeteriano che vede nella concorrenza un potenziale freno allo sviluppo e quello hicksiano che ne sottolinea gli effetti positivi sulla crescita, la grande maggioranza dei risultati empirici trova una relazione positiva tra grado di concorrenza e crescita dell'economia*»; si aggiunge, però, che «*[l]a relazione di lungo andare tra concorrenza e crescita è oggetto di intensi dibattiti anche tra gli storici economici*»; ed inoltre, «*che gran parte delle ricerche empiriche più recenti e metodologicamente convincenti sul rap-*

data sulla natura umana, proviene da Luigi Einaudi. Si legge, infatti, in A. GIORDANO (a cura di), *Il paradosso della concorrenza*, Soveria Mannelli, 2014, 28, 29: «... alla domanda che Einaudi, Röpke e molti altri liberali (o neo-liberali, come essi stessi si autodefinivano) si erano rivolti: fino a quale limite la concorrenza poteva essere spinta restando sopportabile per gli attori economici, considerando le peculiarità della natura umana? La risposta di Einaudi è perentoria: la concorrenza non deve assurgere a unico ideale regolativo del processo economico, pur restando il principale pilastro; questo perché esistono dei limiti antropologici che non possono essere oltrepassati senza creare gravi danni agli individui. Individui che non riescono – e neppure desiderano – reggere ininterrottamente l'assillo della competizione e della lotta: / ... Non tutti gli uomini [...] hanno l'anima del soldato o del capitano disposti ad ubbidire od a lottare ogni giorno quant'è lunga la vita. Molti, moltissimi, forse tutti in un certo momento della vita o in dati momenti di ogni giorno della vita sentono il bisogno di riposo, di difesa, di rifugio... L'economia di concorrenza vive e dura, data l'indole umana, solo se essa non è universale ... Il paradosso della concorrenza sta in ciò, che essa non sopravvive alla sua esclusiva dominazione. Guai al giorno in cui essa domina incontrastata in tutti i momenti e in tutti gli aspetti della vita. La corda troppo tesa si rompe».

²¹ Corte Cost. 16 gennaio 2013, n. 8. Nota TRIMARCHI BANFI, *Il “principio di concorrenza”*, cit., 18: «*[i] ragionamenti che si leggono nella giurisprudenza costituzionale sembrano talora sfidare la logica, ma possono divenire comprensibili come riflesso della cultura corrente, che assegna alla concorrenza la virtù della razionalità e dell'attitudine ad operare per il progresso economico*».

²² Cfr. A. GIGLIOBIANCO-G. TONIOLO (a cura di), *Concorrenza, mercato e crescita in Italia: il lungo periodo*, Venezia, 2017. Si tratta di un'importante raccolta di saggi, scritti da economisti, giuristi e storici dell'economia, proprio sul rapporto tra concorrenza e crescita economica.

porto tra concorrenza e crescita sono state condotte su base di singoli settori, ancorché rilevanti ... Nell'utilizzare i risultati di analisi settoriali, tuttavia, è importante non cadere nella trappola di ritenerli validi per altri settori o per l'intera economia»²³.

5. Ordinamento nazionale e ordinamento dell'Unione europea: modelli economici a confronto

Nonostante, come si è appena notato, la cultura neoliberista sia oggi imperante, sul piano giuridico – l'unico che qui interessa – permane ancora vivo il confronto tra diverse «letture» della Carta costituzionale e dei Trattati dell'UE in ordine alla pervasione in essi di quella cultura e, quindi, sul ruolo economico spettante allo Stato (nel senso di poteri pubblici) o, da opposto punto di vista, sul ruolo del «mercato» nell'economia.

Riassumendo in termini sintetici questo dibattito, nelle sue espressioni più recenti, si possono forse isolare almeno due posizioni nettamente differenti tra loro²⁴.

Una prima posizione si mostra a favore della neutralità di quegli atti fondamentali, nel senso che da essi non sarebbe possibile ricavare alcun modello economico univoco che dovrebbe permeare la nostra società. Questa posizione è bene espressa in uno dei più recenti manuali di diritto amministrativo: «[s]postando l'attenzione sul piano concreto, analizzando il livello costituzionale, come pure quello comunitario, risulta evidente come sia impossibile in astratto la formulazione di un'equazione tesa a porre sul medesimo piano la costituzione economica (la disciplina costituzionale dell'economia) e un determinato modello di politica economica di cui la prima sarebbe espressione ed in base al quale definire, entro rigidi ed immutabili confini, il ruolo dello Stato nell'economia. Una tale equazione, infatti, è possibile solo ove si sia in presenza di un modello costituzionale fortemente caratterizzato da un punto di vista politico, si pensi a quello cinese o a

²³ A. GIGLIOBIANCO-G. TONIOLO, *Concorrenza e crescita in Italia*, in GIGLIOBIANCO-TONIOLO (5), *Concorrenza*, cit., 6, 7, 17. Dal canto suo, K.H. O'ROURKE, *Concorrenza e crescita nella storia europea*, in GIGLIOBIANCO-TONIOLO (a cura di), *Concorrenza*, cit., 142 afferma: «[l] messaggio principale di questo articolo è che l'impatto sulla crescita sia delle politiche commerciali sia di quelle della concorrenza dipende dal contesto: è variato infatti a seconda dei paesi e dei periodi».

Per un esplicito riferimento «a quelle evidenze economiche empiriche che individuano una significativa relazione fra liberalizzazioni e crescita economica, su cui poggiano anche molti interventi delle istituzioni europee», v. Corte Cost. 22 maggio 2013, n. 94. In dottrina, cfr. ARGENTATI, *Mercato*, cit., 104. Avanza invece perplessità su quella relazione, LIBERTINI, *La tutela*, cit., 558, nota 163. Emblematicamente, smentirebbe la relazione il mercato elettrico (PITRUZZELLA, *I servizi*, cit., par. 2; ID., *Concorrenza*, cit., par. 5).

²⁴ Per una sintesi del dibattito meno recente, si rimanda, invece, a CARANTA, *Intervento*, cit., parr. 2 e 3.

*quello cubano. Se si prescinde, però, dalle ipotesi estreme appena richiamate e si focalizza l'attenzione sulle esperienze costituzionali dell'Europa continentale, ed in particolare sulla nostra, è subito evidente che la scelta del modello economico operata direttamente, ed in materia rigida già al livello costituzionale, verrebbe di fatto a porsi in contrasto con la caratterizzazione **democratico-pluralista** che le contraddistingue. Analoghe considerazioni possono essere svolte avuto riguardo alla esperienza comunitaria, soprattutto alla luce del passaggio verso un'unione politica»²⁵.*

A sua volta, chi più di recente si è occupata della tematica ha osservato che i Trattati darebbero spazio soltanto alle misure *antitrust* (artt. 101 e 102 TFUE). Per il resto, l'art. 119 TFUE «*impegna gli Stati membri a concordare nel futuro politiche comuni improntate ad un certo indirizzo*», mentre l'art. 120 TFUE andrebbe inteso nel limitato senso che «*gli Stati sono tenuti ad adottare politiche economiche che rispettino per l'essenziale (quanto ai "principi") i caratteri dell'economia di mercato*». Ne conseguirebbe che «*[c]osì interpretato il precetto ha un contenuto indefinito ... dato che il modello di economia di mercato richiamato dall'art. 120 (se di "modello" è possibile parlare) è quello stesso che prende forma nel Trattato, nel quale gli ambiti dei rapporti di scambio concorrenziale coesistono con ambiti di intervento pubblico a fini di coesione sociale e territoriale (art. 14, TFUE)*». Per altro verso, dalle «*disposizioni di settore, poste dal diritto derivato*» dell'UE ed espressamente dirette a «*promuovere*» la concorrenza, appunto, in specifici mercati, non sarebbe possibile ricavare alcun principio di carattere generale. Dal canto suo, la Corte di giustizia dell'Unione europea legittimerebbe riserve di attività economiche (i «*diritti esclusivi*» di cui all'art. 106, comma 1, TFUE) a favore delle imprese pubbliche purché la riserva non sfoci in abuso di posizione dominante e le imprese che gestiscono servizi pubblici (i servizi di interesse economico generale di cui all'art. 106, comma 2, TFUE) potrebbero essere sottratte alle regole della concorrenza anche solo per consentire loro di svolgere il servizio a prezzi accessibili. In conclusione, secondo questa tesi, «*[i]l diritto europeo non pone dunque regole generali riguardo alla conformazione dei mercati*» e, quindi, «*[i]l diritto europeo non dispone né sottintende alcunché riguardo al rapporto tra Stato e mercato*».

Riguardo al nostro ordinamento, si è detto, invece, che da nessuna sua disposizione si potrebbe ricavare che il principio di concorrenza si debba declinare anche sul versante della «*promozione*». Da un lato, infatti, l'art. 117, comma 1, lett. e), Cost. «*non implica di per sé l'assunzione della tutela della concorrenza a principio costituzionale; la doverosità di interventi legislativi di tutela e promozione della concorrenza sussiste nei limiti nei quali essi sono ricavabili da altre norme costituzionali o sono richiesti dal diritto europeo*»; da un altro lato, invece, in base all'art. 41 Cost., «*[l]a libertà d'impresa richiede norme che la proteggano da comportamenti altrui che ne ostacolano l'esercizio (tali sono le norme della legge c.d. antitrust); da essa può anche essere ricavata la regola secondo la quale l'esercizio di*

²⁵ GIANI-VETRÒ, *Le funzioni*, cit., 593, 594.

attività economiche non può essere vietato se mancano ragioni di interesse generale che giustificano il divieto. Non è possibile, invece, derivare da essa il dovere dello Stato di intervenire sulla forma dei mercati, per assicurarne la corrispondenza ai (supposti) canoni dell'economia di mercato. In questo senso l'art. 41 non esprime un "principio di concorrenza" riferito all'assetto dei mercati»²⁶.

Un'altra posizione sembra invece dare per scontato che l'ordinamento dell'UE si ispiri all'economia di mercato²⁷. Anche in questo caso, chi più di recente la esprime, è giunto ad individuare negli anni '80 del secolo scorso l'abbandono dell'idea federalista (risalente ad Altiero Spinelli) e il momento della deriva neoliberista, segnata dall'Atto unico del 1986, con cui si decise di «*concentrarsi sulla piena attuazione delle libertà economiche (le c.d. quattro libertà di circolazione: delle merci, delle persone, dei capitali e dei servizi), passando dal mercato "comune" al mercato "unico" ... /, con il fine di assicurare vantaggi competitivi ai paesi i cui ordinamenti giuridici maggiormente si adeguassero ai principi liberisti*»; «*[c]ompletare questo disegno richiedeva l'eliminazione della possibilità di politiche monetarie indipendenti degli Stati membri*» e perciò ne seguì il Trattato di Maastricht del 1992, con l'introduzione della moneta unica. La stretta neoliberista sarebbe pure provenuta dalla Corte di giustizia (oggi) dell'Unione europea, con la sua giurisprudenza volta ad includere i diritti umani tra i «*principi generali di diritto comunitario*», nell'intento di evitare «*che le Corti costituzionali nazionali – in particolare quelle della Germania e dell'Italia – potessero contestare norme europee in base ai diritti fondamentali come disciplinati nelle rispettive Costituzioni nazionali*». Questa stessa tesi tende, inoltre, a sottolineare la profonda disarmonia che esisterebbe tra la nostra Costituzione e la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea del 7 dicembre 2000, a cui, dopo il Trattato di Lisbona (entrato in vigore l'1 dicembre 2009), è ormai attribuito lo stesso valore giuridico dei Trattati: «*[i]n breve, a fondamento della nostra Costituzione è un principio sociale, che coordina in una logica unitaria i principi liberali dei diritti della persona e dell'eguaglianza giuridica, con quelli innovativi dei doveri di solidarietà, dell'eguaglianza sostanziale, del diritto al lavoro*»; per contro, «*[i]l limite di fondo della Carta dei diritti è nell'aver invece eliminato strutturalmente il problema stesso del potenziale conflitto tra libertà economica da una parte, utilità sociale e diritti non patrimoniali dall'altra. E dal momento che invece il conflitto esiste, la sua soluzione è priva di ogni parametro di riferimento per i giudici chiamati ad applicare il diritto europeo. / La Carta dei diritti UE quindi accentua, anziché ridurre, la distanza tra l'impianto liberista del sistema europeo e quello sociale della*

²⁶ TRIMARCHI BANFI, *Il "principio di concorrenza"*, cit., 28, 29, 36-40, da cui sono tratte tutte le citazioni. Adde, ID., *Lezioni*, cit., 26 ss. Per una critica, v. LIBERTINI, *Diritto*, cit., 3, nota 2.

²⁷ «*L'idea che il diritto europeo sia portatore di un principio di concorrenza e che da questo principio derivino conseguenze che investono l'intero sistema economico degli Stati membri è diffusa e data quasi per scontata*» (così, significativamente, TRIMARCHI BANFI, *Il "principio di concorrenza"*, cit., 31). Sul «*fondamentalismo di mercato*» v., pure, PITRUZZELLA, *Concorrenza*, cit., 578.

tradizione costituzionale italiana». Più in dettaglio, secondo questa tesi, nella Costituzione italiana ci sarebbe una gerarchia di valori del tutto assente, invece, nella Carta europea dei diritti dell'uomo: nella prima, «*i diritti economico patrimoniali sono espressamente subordinati all'utilità sociale e alle tutele della persona*»; nella seconda, invece, «*[i]n assenza di una gerarchia normativa dei valori e dei diritti, la libertà economica è equiparata alle altre libertà, e la "ponderazione" con altri diritti e interessi è interamente rimessa all'interprete*»²⁸.

Con specifico riferimento alla nostra Costituzione, non manca, poi, chi, ancora di recente, suppone che essa esprima un determinato modello economico, fondato, in particolare, sul principio sociale²⁹.

A margine di questo contrasto, si può, peraltro, rilevare come sia indubbio che entrambi gli ordinamenti, sotto l'aspetto considerato, presentino carattere compromissorio.

Per ciò che concerne l'ordinamento dell'UE, è, innanzitutto, affermato un principio di indifferenza della proprietà, pubblica o privata, dei mezzi di produzione, atteso che l'art. 345 TFUE stabilisce che «*[i] trattati lasciano del tutto impregiudicato il regime di proprietà esistente negli Stati membri*», disposizione che viene intesa nel senso che essa riguardi pure la proprietà dei mezzi di produzione³⁰. Inoltre, si riconoscono nel TFUE le libertà di circolazione (in particolare) dei beni e dei servizi (artt. 34, 35, 49, 56) e, però, si contemplano espressamente pure possibili limiti (artt. 36, 52, comma 1, 62). Ancora: il TFUE prevede una disciplina *antitrust* (artt. 101-106) e il divieto degli aiuti di Stato (artt. 107-109), a garanzia della concorrenza, ma l'art. 3, comma 3, TUE si riferisce, in generale, ad un'«*economia sociale di mercato*»³¹; l'art. 106, comma 2, TFUE, da un lato, sottopone «*[l]e imprese incaricate della gestione di servizi di interesse economico generale o aventi carattere di monopolio fiscale ... alle norme dei trattati, e in particolare alle regole di concorrenza*», ma, dall'altro lato, ne autorizza la sottrazione per assicurare l'«*adempimento ... della specifica missione loro affidata*»³², previsione a cui fa eco l'art. 14 TFUE che, dopo aver sottolineato l'importanza del ruolo dei «*servizi di interesse economico generale*» nella «*promozione della coesione sociale e territoriale*», stabilisce che «*l'Unione e gli Stati membri ... provvedo-*

²⁸ SALVI, *Capitalismo*, cit., 72, 163, 164, 169, 205, 213, 221, 222, da cui sono tratte tutte le citazioni. Per una critica, v. LONGOBARDI, *La libertà*, cit., 147, nota 25.

²⁹ Cfr. G. LUNGHINI-L. CAVALLARO, *La Costituzione come programma economico*, in *Microme-ga*, 2017, fasc. 4, 60 ss.

³⁰ CARDI, *Mercati*, cit., 48, 181; D'ALBERTI, *Poteri*, cit., 57; GIANI-VETRÒ, *Le funzioni*, cit., 600; TRIMARCHI BANFI, *Lezioni*, cit., 27.

³¹ Con il Trattato di Lisbona, per volontà della Francia, la concorrenza è scomparsa dagli obiettivi dell'UE indicati nello stesso art. 3 TUE (nella cui formulazione anteriore alla riforma invece figurava) (sul punto, v. LIBERTINI, *Concorrenza*, cit., par. 1).

³² Cfr.: TRIMARCHI BANFI, *Il "principio di concorrenza"*, cit., 38, 39, dove anche l'equivalenza tra regole della concorrenza e disciplina *antitrust*.

no affinché tali servizi funzionino in base a principi e condizioni ... che consentano loro di assolvere i propri compiti». Dal canto suo, se la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea colloca la «libertà d'impresa» (art. 16) tra le altre «libertà» di cui al Titolo II, ammette, però, nel contempo, che anche nei suoi confronti «possono essere apportate limitazioni [solo] laddove [siano necessarie e] rispondano effettivamente a finalità di interesse generale riconosciute dall'Unione o all'esigenza di proteggere i diritti e le libertà altrui» (art. 52, comma 1). Come si vede, dunque, tendenze contrastanti attraversano l'ordinamento dell'UE, sul quale si avverte, in modo particolare, l'impronta di quella corrente di pensiero che va sotto il nome di ordoliberalismo o Scuola di Friburgo, già matura dopo la seconda guerra mondiale³³.

Per ciò che concerne invece la nostra Carta Costituzionale, come è noto, l'art. 41 Cost. rappresenta l'esito (assieme all'art. 43 Cost.) del dibattito, svoltosi in Assemblea costituente, che vide contrapposte le ideologie di cui erano portatori, in particolare, gli esponenti del socialismo e del comunismo, da un lato, e della democrazia cristiana, dall'altro, gli uni e gli altri con una loro visione sulla c.d. costituzione economica del nascente Stato repubblicano: in breve, i comunisti aspiravano ad aprire le porte ad un'economia fondata sulla pianificazione; i democratico-cristiani, a fronte di una siffatta pretesa (in sede di sottocommissione abbastanza sommessamente, in sede di assemblea più esplicita, con l'emendamento Montagnana), difendevano invece la libertà dei privati di (fare) impresa; solo Luigi Einaudi si oppose apertamente ad un'economia pianificata³⁴. La sin-

³³ Per l'influenza del pensiero «ordoliberalista» sui Trattati europei e, in particolare, sulla disciplina *antitrust*, v.: LIBERTINI, *Concorrenza*, cit., 218, nota 105, 223, nota 120; LUCARELLI, *Per un diritto*, cit., par. 6.

Sull'ordoliberalismo (al quale filone culturale vengono generalmente ricondotti autori come A. Mueller-Armack, W. Roepke, V. Lutz, W. Eucken), oltre ai cenni in alcuni degli autori citati, v.: CHAVANCE, *L'economia*, cit., 59-62, che tratta, però, principalmente, del pensiero di Eucken. Sull'opera di W. Roepke, v., peraltro, il pensiero di L. EINAUDI, *Economia di concorrenza e capitalismo storico*, in GIORDANO (a cura di), *Il paradosso*, cit., 55 ss.

Sul carattere compromissorio della suddetta Carta europea, v. M.P. CHITI, *I caratteri della Costituzione economica europea alla luce della Carta dei diritti fondamentali*, in FRANCHINI-PAGANETTO (a cura di), *Stato*, cit., 49 ss.

³⁴ Sui lavori preparatori dell'art. 41 Cost., v.: G. AMATO, *Il mercato nella Costituzione*, in ID., *Le istituzioni*, cit., 297 ss.; O. POLLICINO, *L'economia nella Costituzione: le scelte dell'Assemblea costituente*, in FERRARI (a cura di), *Diritto*, cit., 47 ss. Utili per capirne il contesto: F. AMATORI-D. FELISINI, *La «cooperazione contrattuale», 1900-1965*, in GIGLIOBIANCO-TONIOLO (a cura di), *Concorrenza*, cit., 451 ss.; M. CAMPUS, *La ricollocazione internazionale dell'economia italiana*, in BERNARDINI-CAU-D'OTTAVIO-NUBOLA (a cura di), *L'età*, cit., 153 ss.; F. CAVAZZUTI, *Un racconto di economia politica sul protezionismo interno*, in GIGLIOBIANCO-TONIOLO (a cura di), *Concorrenza*, cit., 491 ss.; GIGLIOBIANCO A.-GIORGIANONIO C. (con la collaborazione di I. Triglia), *Concorrenza e mercato nella cultura*, in GIGLIOBIANCO-TONIOLO (a cura di), *Concorrenza*, cit., 151 ss.

Sulla posizione in Assemblea costituente di L. Einaudi, v.: F. FORTE, *Einaudi versus Keynes. Due grandi del Novecento e la crisi dei nostri giorni*, Torino, 2016, 10-12; GHIDINI-DI PORTO-FALCE-PANUCCI, *Concorrenza*, cit., 222; LIBERTINI, *Concorrenza*, cit., 209; LUCIANI, *Economia*, cit., 376; POLLICINO, *L'economia*, cit., 57, 58; POLICE, *Poteri*, cit., 20. Sull'uso al plurale della parola «pro-

tesi di questo contrasto fu, appunto, l'art. 41, con il suo primo comma, volto a sancire la libertà di impresa, e con, in particolare, il suo terzo comma, finalizzato invece a legittimare una forma (blanda) di pianificazione, consistente in «programmi e controlli». Dal canto suo, poi, l'art. 43 Cost. intese legittimare, alle condizioni stabilite, i monopoli legali. Il lascito è, dunque, semplicemente la garanzia della libertà di intrapresa (come manifestazione della più generale condizione di libertà dell'individuo) e il «contrappeso» (estremamente generico) dell'«utilità sociale» o dei «fini sociali» (come limiti a quella libertà)³⁵. Rimase invece del tutto estraneo al testo costituzionale ogni riferimento alla concorrenza intesa come fattore di crescita economica e, quindi, di benefici per tutta la collettività, che è, invece, come si è visto, l'attuale visione «neoliberista».

SEZIONE II. – *La liberalizzazione delle attività economiche nella legislazione statale e nella giurisprudenza: un'esemplificazione*

SOMMARIO: 6. Premessa. – 7. Brevi cenni sulla liberalizzazione nel settore del commercio. – 8. *Segue*: ... gli effetti abrogativi sulla normazione regionale e locale di settore. – 9. Brevi cenni sulla liberalizzazione nel settore della somministrazione di alimenti e bevande. – 10. L'apporto della giurisprudenza amministrativa in materia di «urbanistica commerciale»: qualche spunto. – 11. Brevi cenni sulla liberalizzazione nel settore dei giochi e delle scommesse. – 12. *Segue*: ... e nel settore farmaceutico: il caso delle parafarmacie. – 13. Dalle attività commerciali alle attività professionali. – 14. *Segue*: ... il caso delle guide turistiche. – 15. *Segue*: ... e dell'autotrasporto non di linea con conducente.

6. Premessa

Quale che sia la più plausibile interpretazione della nostra Carta Costituzionale e dei Trattati dell'UE sotto il profilo del modello economico da essi accolto, è certamente un dato di fatto che, come più volte ricordato, sia l'ordinamento

grammi» nell'art. 41, comma 3, Cost., v., diversamente: LUCIANI, *Economia*, cit., 382; MERUSI-SPATINI, *Economia*, cit., 2093. Inutile osservare che l'esperienza postbellica fu ricca di piani, sui quali, v., in sintesi: BATTILANI-FAURI, *L'economia*, cit., 59-61; CAMPUS, *La ricollocazione*, cit., 163.

Sui diversi significati di costituzione economica, v., per tutti: CASSESE (a cura di), *La nuova*, cit., 3, 4; GIANI-VETRÒ, *Le funzioni*, cit., 591.

³⁵ «Un indirizzo diffuso rileva il carattere compromissorio della disciplina costituzionale dell'economia, che tenne presente istanze di tipo anche molto diverse, sia pur complessivamente ignorando l'economia di mercato» (CARANTA, *Intervento*, cit., 374). Parla di «doppio volto» della Costituzione, S. CASSESE, *Istituzioni ed economia*, in L. ANTONINI (a cura di), *La domanda inevasa. Dialogo tra economisti e giuristi sulle dottrine economiche che condizionano il sistema giuridico europeo*, Bologna, 2016, 392.

dell'UE, sia l'ordinamento nazionale (eventualmente, su impulso del primo) abbiano avviato vasti programmi di liberalizzazione delle attività economiche, da quelle commerciali a quelle professionali, molte delle quali costituenti servizi pubblici (servizi di interesse economico generale, secondo l'ordinamento dell'UE)³⁶. E basterebbe gettare uno sguardo ai soli interventi statali, per accorgersi che essi, talvolta, sono stati molto settoriali, investendo specifiche attività economiche (per esempio, l'attività di somministrazione di alimenti e bevande, l'attività di guida turistica, ecc., ecc.) o specifici servizi pubblici (il settore farmaceutico, il settore del gas e dell'energia elettrica, delle telecomunicazioni, del trasporto, delle poste, ecc., ecc.), altre volte, invece, hanno riguardato ampi settori economici (per esempio, il settore dei servizi pubblici locali, del commercio, dei servizi e delle professioni regolamentate, se non anche le attività economiche in genere, tolte alcune eccezioni)³⁷.

Non è comunque questa la sede per una disamina approfondita dei predetti interventi, qui potendosi limitare a prendere brevemente in considerazione qualche caso di liberalizzazione delle attività economiche, a mero titolo di esempio. Si tratterà, così, del settore del commercio, con un cenno particolare all'attività di somministrazione di bevande e alimenti e alle parafarmacie, del settore dei giochi e delle scommesse e del settore delle professioni, con una digressione sull'attività di guida turistica e di autotrasporto non di linea con conducente. I settori prescelti non sono necessariamente i più importanti dal punto di vista economico, ma sono apparsi significativi per porre soprattutto in risalto l'apporto della giurisprudenza al processo di liberalizzazione delle attività economiche e, più in generale, alla «promozione» della concorrenza³⁸.

³⁶ «Comunque i fatti dimostrano più delle parole: in soli 10 anni si è pervenuti alla liberalizzazione dell'energia elettrica, del gas, delle comunicazioni multimediali, dei trasporti aerei, marittimi, automobilistici ed in parte anche di quelli ferroviari; di quelli postali; dei servizi bancari, assicurativi e finanziari, delle libere professioni anche protette, e l'elenco potrebbe continuare (ciò beninteso dal punto di vista della normazione comunitaria ...)» (E. PICOZZA, *I fondamenti comunitari delle politiche e misure di liberalizzazione*, in STICCHI DAMIANI (a cura di), *Studi*, cit., 37). Sull'atteggiamento di resistenza da parte delle regioni nei confronti dei processi di liberalizzazione avviati dallo Stato, v.: CATRICALÀ, *Zavorre*, cit., 56; LIBERTINI, *La tutela*, cit., 557; NEGRELLI, *Accesso*, cit., 198.

³⁷ Per qualche sintetica rassegna si può rinviare a: CARULLO, *Lezioni*, cit., 318 ss.; CASSESE (a cura di), *La nuova*, cit., 142 ss.; GIANI-VETRÒ, *Le funzioni*, cit., 609 ss.; STICCHI DAMIANI (a cura di), *Studi*, cit., 45 ss.; TRIMARCHI BANFI, *Lezioni*, cit., 136 ss. Per una tipizzazione delle modalità di liberalizzazione, v. SCOCA, *Relazione*, cit., 4, 5: sostituzione dell'autorizzazione alla concessione; sostituzione della dichiarazione di inizio attività (oggi, SCIA) all'autorizzazione; «eliminazione dell'iscrizione in albi o ruoli per lo svolgimento di determinate attività»; «eliminazione di qualsiasi titolo abilitativo, di qualsiasi condizione per dare inizio all'attività», salva, tutt'al più, l'introduzione di una preventiva comunicazione dell'attività da avviare; «eliminazione di regole vincolanti o limitative allo svolgimento di attività economiche», consistente, più specificatamente, «nella eliminazione o nella riduzione di requisiti, divieti, condizionamenti, obblighi, ovvero nell'eliminazione di modalità rigide di svolgimento delle attività, in una parola nella riduzione delle prescrizioni di legge o di pianificazione incidenti sullo svolgimento delle attività private».

³⁸ Sul ruolo del giudice amministrativo nel processo di liberalizzazione, cfr.: NEGRELLI, *Accesso*, cit., 201.

7. Brevi cenni sulla liberalizzazione nel settore del commercio

Un primo esempio di liberalizzazione delle attività economiche riguarda le attività commerciali e, quindi, un settore rimesso alla competenza residuale delle regioni ma sul quale, come subito si avrà modo di vedere, il legislatore statale è intervenuto gradualmente e in modo alquanto scoordinato³⁹. Detto processo di liberalizzazione è stato quasi sempre contrappuntato da conflitti di attribuzione sollevati dalle regioni nei confronti dello Stato e, quindi, predomina la giurisprudenza costituzionale.

Volendo brevemente ripercorrerne le tappe principali, occorre partire dal decreto Bersani, il d.l. 4 luglio 2006, n. 223, conv. in legge 4 agosto 2006, n. 248, il cui art. 3, comma 1, rubricato «*Regole di tutela della concorrenza nel settore della distribuzione commerciale*», ha, da un lato, individuato le attività economiche oggetto dell'intervento di liberalizzazione, identificandole nelle «*attività commerciali, come individuate dal decreto legislativo 31 marzo 1998, n. 114, e di somministrazione di alimenti e bevande*»; dall'altro lato, ha elencato i «*limiti e prescrizioni*» (a cui quelle attività erano tradizionalmente assoggettate dalla legislazione vigente) destinati ad essere soppressi, con le eventuali eccezioni⁴⁰.

³⁹In argomento, ma con i necessari aggiornamenti dovuti all'instabile legislazione in materia, v.: D. BEVILACQUA, *Commercio, disciplina del commercio*, in *www.treccani.it*, 2015; F. CINTIOLI, *Commercio e liberalizzazione*, in STICCHI DAMIANI (a cura di), *Studi*, cit., 101 ss.; M. LIBERTINI, *Osservazioni in materia di orari di apertura degli esercizi commerciali, di limiti all'iniziativa economica pubblica e su alcune questioni minori* (nota a Corte Cost. 10 maggio 2017, n. 98), in *Giur. Cost.*, 2017, 1012 ss.; O. ROSELLI, *Commercio (profili amministrativi)*, in *Enc. dir.-Annali*, Milano, 2010, 166 ss. Sul carattere residuale della materia del commercio cfr., per esempio: Corte Cost. 18 luglio 2013, n. 209; TAR Lazio, Roma, II-ter, 21 gennaio 2015, n. 1056; in dottrina, BEVILACQUA, *Commercio*, cit., par. 2.

⁴⁰A seguito anche delle successive modifiche, l'art. 3, comma 1, d.l. n. 223/06, conv. in legge n. 248/06, (decreto Bersani) dispone: «... le attività commerciali, come individuate dal decreto legislativo 31 marzo 1998, n. 114, e di somministrazione di alimenti e bevande sono svolte senza i seguenti limiti e prescrizioni: / a) l'iscrizione a registri abilitanti ovvero possesso di requisiti professionali soggettivi per l'esercizio di attività commerciali, fatti salvi quelli riguardanti il settore alimentare e della somministrazione degli alimenti e delle bevande; / b) il rispetto di distanze minime obbligatorie tra attività commerciali appartenenti alla medesima tipologia di esercizio; / c) le limitazioni quantitative all'assortimento merceologico offerto negli esercizi commerciali, fatta salva la distinzione tra settore alimentare e non alimentare; / d) il rispetto di limiti riferiti a quote di mercato predefinite o calcolate sul volume delle vendite a livello territoriale sub regionale; / d-bis) il rispetto degli orari di apertura e di chiusura, l'obbligo della chiusura domenicale e festiva, nonché quello della mezza giornata di chiusura infrasettimanale dell'esercizio; / e) la fissazione di divieti ad effettuare vendite promozionali, a meno che non siano prescritti dal diritto comunitario; / f) l'ottenimento di autorizzazioni preventive e le limitazioni di ordine temporale o quantitativo allo svolgimento di vendite promozionali di prodotti, effettuate all'interno degli esercizi commerciali, tranne che nei periodi immediatamente precedenti i saldi di fine stagione per i medesimi prodotti; / f-bis) il divieto o l'ottenimento di autorizzazioni preventive per il consumo immediato dei prodotti di gastronomia presso l'esercizio di vicinato, utilizzando i locali e gli arredi dell'azienda con l'esclusione del servizio assistito di som-

Tra i vincoli elencati merita, peraltro, una particolare menzione quello concernente gli orari e i giorni di chiusura degli esercizi commerciali, se non altro per il contenzioso che la sua soppressione ha generato⁴¹. Tale tradizionale vincolo non era, invero, contemplato nel testo originario tra quelli destinati ad essere soppressi, ma è stato aggiunto successivamente, e solo in via sperimentale e limitatamente agli esercizi ubicati «*nei comuni inclusi negli elenchi regionali delle località turistiche o città d'arte*». La disciplina non ha, però, avuto il tempo per trovare attuazione⁴², dal momento che l'anzidetta limitazione è stata poco dopo soppressa dal decreto salva Italia (art. 31, comma 1, d.l. 6 dicembre 2011, n. 201, conv. in legge 22 dicembre 2011, n. 214)⁴³. Orbene, a proposito della soppressione del vincolo in questione, la Corte Costituzionale ha avuto modo di chiarire che «*[l]’eliminazione dei limiti agli orari e ai giorni di apertura al pubblico degli esercizi commerciali favorisce, a beneficio dei consumatori, la creazione di un mercato più dinamico e più aperto all’ingresso di nuovi operatori e amplia la possibilità di scelta del consumatore*»⁴⁴. La Corte stessa ha, peraltro, precisato che «*[l]a liberalizzazione dell’orario degli esercizi commerciali così come delle giornate di apertura, tuttavia, non determina alcuna deroga rispetto agli obblighi e alle prescrizioni cui tali esercizi sono tenuti in base alla legislazione posta a tutela di altri interessi costituzionalmente rilevanti quali l’ambiente, l’ordine pubblico, la pubblica sicurezza, la salute e la quiete pubblica*»⁴⁵.

ministrazione e con l’osservanza delle prescrizioni igienico-sanitarie». Il comma 2 del medesimo articolo ha fatto «*salve le disposizioni che disciplinano le vendite sottocosto e i saldi di fine stagione*», in relazione alla quale eccezione, cfr., peraltro, Corte Giust. CE 24 novembre 1993, C-267/91, C-268/91, *Keck e Mithouard*, su cui, v.: CASTANGIA, *Circolazione*, cit., par. 2.2; NEGRELLI, *Accesso*, cit., 9 nota 27, 75, 76.

⁴¹ In argomento, sempre a condizione dei necessari aggiornamenti, v., *ex professo*: P.L. PORTALURI, *Chiusura domenicale e festiva di attività commerciali*, in AA.VV., *Libro dell’anno del diritto 2012*, Roma, 2012, 385 ss.

⁴² Sul conflitto di attribuzione sollevato nei confronti di questa disciplina, v. Corte Cost. 12 aprile 2013, n. 68, che ha dichiarato cessata la materia del contendere proprio perché la disciplina non ha potuto trovare attuazione essendo stata modificata quasi subito dal decreto salva Italia, di cui si sta per dire.

⁴³ Sul conflitto di attribuzione proposto avverso questa disciplina, v. Corte Cost. 11 dicembre 2012, n. 299.

⁴⁴ Corte Cost. 11 dicembre 2012, n. 299. Conf. Corte Cost. 18 aprile 2014, n. 104. Sugli effetti economici della liberalizzazione nel settore della grande distribuzione, v. E. VIVIANO, *La grande distribuzione commerciale*, in GIGLIOBIANCO-TONIOLO (a cura di), *Concorrenza*, cit., 423 ss.

⁴⁵ Corte Cost. 11 dicembre 2012, n. 299, la quale così prosegue: «*[s]arà, ad esempio, quindi possibile, già sulla base della vigente legislazione, per l’autorità amministrativa, nell’esercizio dei propri poteri, ordinare il divieto di vendita di bevande alcoliche in determinati orari, oltre a quello legislativamente previsto dall’art. 6 del d.l. 3 agosto 2007, n. 117, recante “Disposizioni urgenti modificative del codice della strada per incrementare i livelli di sicurezza nella circolazione” (scrutinato da questa Corte con la sentenza n. 152 del 2010); oppure disporre la chiusura degli esercizi commerciali per motivi di ordine pubblico (sentenza n. 259 del 2010, relativa all’applicazione dell’art. 100 del*

Tornando, ora, al percorso di liberalizzazione delle attività commerciali, una successiva tappa è costituita dall'art. 3, d.l. 13 agosto 2011, n. 138, conv. in legge 14 settembre 2011, n. 148, rubricato «*Abrogazione delle indebite restrizioni all'accesso e all'esercizio delle professioni e delle attività economiche*». Per la verità, questo intervento legislativo non riguarda specificatamente le attività commerciali ma, in generale, le attività economiche *tout court*, con riferimento alle quali esso ha sancito il «*principio secondo cui l'iniziativa e l'attività economica privata sono libere ed è permesso tutto ciò che non è espressamente vietato dalla legge nei soli casi di ...*»⁴⁶. Apparentemente, quindi, la nuova disciplina sposa una logica opposta rispetto a quella che ha ispirato il decreto Bersani perché, anziché selezionare determinati vincoli e disporne la soppressione, individua, in modo espresso, esclusivamente i vincoli (ritenuti) compatibili con il suddetto principio⁴⁷. Coerentemente a questa logica, il comma 8 del suddetto articolo ha disposto che «*[L]e restrizioni in materia di accesso ed esercizio delle attività economiche previste dall'ordinamento vigente sono abrogate quattro mesi dopo l'entrata in vigore del presente decreto, fermo in ogni caso quanto previsto al comma 1 del presente articolo*». Se non che, il comma 9 del medesimo articolo si riappropria della lo-

regio decreto 16 giugno 1931, recante "Approvazione del testo unico delle leggi di pubblica sicurezza"); così come dovranno essere rispettate le norme che vietano emissioni troppo rumorose a presidio della quiete pubblica (avverso le quali è anche prevista dall'art. 659 del codice penale una tutela di carattere penale). / Anche con riferimento alla tutela dei lavoratori, la norma impugnata non consente alcuna deroga rispetto alla legislazione statale, oltre che alla contrattazione collettiva, in materia di lavoro notturno, festivo, di turni di riposo e di ogni altro aspetto che serve ad assicurare protezione e tutela ai lavoratori del settore della distribuzione commerciale». Si noti, peraltro, che, come si avrà anche modo di vedere più avanti, continua a ritenersi vigente l'art. 50, comma 7, t.u. 18 agosto 2000, n. 267, che attribuisce al Sindaco un generale potere di fissare turni e orari di apertura e chiusura degli esercizi commerciali e dei servizi pubblici.

La liberalizzazione degli orari e dei giorni di apertura e chiusura ha investito pure le farmacie, per le quali l'art. 11, comma 8, d.l. n. 1/12, conv. in legge n. 27/12 ha stabilito che, fermo restando per esse l'obbligo di apertura secondo i turni e gli orari prefissati (dall'autorità competente), possono comunque liberamente aprire oltre gli orari e i giorni obbligatori.

⁴⁶ Che si tratti di un principio generale dell'ordinamento giuridico lo ribadisce lo stesso legislatore quando, nei successivi commi, afferma che: «*2. Il comma 1 costituisce principio fondamentale per lo sviluppo economico e attua la piena tutela della concorrenza tra le imprese ... / 6. [Fermo quanto previsto dal comma 5 per le professioni,] l'accesso alle attività economiche e il loro esercizio si basano sul principio di libertà di impresa. / 7. Le disposizioni vigenti che regolano l'accesso e l'esercizio delle attività economiche devono garantire il principio di libertà di impresa e di garanzia della concorrenza ...*». Il principio generale è, ad esempio, richiamato nei manuali più recenti, cfr. GIANI-VETRÒ, *Le funzioni*, cit., 604-606. Come è noto, un principio del genere era destinato ad essere inserito in Costituzione.

⁴⁷ Tali limitazioni sono le seguenti: «*a) vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali; / b) contrasto con i principi fondamentali della Costituzione; / c) danno alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana e contrasto con l'utilità sociale; / d) disposizioni indispensabili per la protezione della salute umana, la conservazione delle specie animali e vegetali, dell'ambiente, del paesaggio e del patrimonio culturale; / e) disposizioni relative alle attività di raccolta di giochi pubblici ovvero che comunque comportano effetti sulla finanza pubblica*».

gica del decreto Bersani nel momento in cui, procedendo ad una definizione di «*restrizione*», compie un'elencazione dei vincoli destinati ad essere soppressi⁴⁸. In ogni caso, poiché non è dubbio che le attività commerciali siano una specie delle attività economiche, resta aperto il problema dei rapporti tra questa disciplina (sopravvenuta) e quella contenuta nel decreto Bersani, problema del quale il legislatore (statale) non si è preso affatto cura.

Torna invece a riferirsi precipuamente agli «*[e]sercizi commerciali*» (così la rubrica dell'articolo di cui si sta per dire) l'art. 31, comma 2, del già citato decreto salva Italia (d.l. n. 201/11, conv. in legge n. 214/11), con riguardo ai quali afferma il principio generale già sancito (dal d.l. n. 138/11, conv. in legge n. 148/11) a proposito delle attività economiche in generale; dispone, infatti, che «*[s]econdo la disciplina dell'Unione Europea e nazionale in materia di concorren-*

⁴⁸ Il citato comma 9 così dispone: «*[l] termine "restrizione", ai sensi del comma 8, comprende: / a) la limitazione, in forza di una disposizione di legge, del numero di persone che sono titolate ad esercitare una attività economica in tutto il territorio dello Stato o in una certa area geografica attraverso la concessione di licenze o autorizzazioni amministrative per l'esercizio, senza che tale numero sia determinato, direttamente o indirettamente sulla base della popolazione o di altri criteri di fabbisogno; / b) l'attribuzione di licenze o autorizzazioni all'esercizio di una attività economica solo dove ce ne sia bisogno secondo l'autorità amministrativa; si considera che questo avvenga quando l'offerta di servizi da parte di persone che hanno già licenze o autorizzazioni per l'esercizio di una attività economica non soddisfa la domanda da parte di tutta la società con riferimento all'intero territorio nazionale o ad una certa area geografica; / c) il divieto di esercizio di una attività economica al di fuori di una certa area geografica e l'abilitazione a esercitarla solo all'interno di una determinata area; / d) l'imposizione di distanze minime tra le localizzazioni delle sedi deputate all'esercizio di una attività economica; / e) il divieto di esercizio di una attività economica in più sedi oppure in una o più aree geografiche; / f) la limitazione dell'esercizio di una attività economica ad alcune categorie o divieto, nei confronti di alcune categorie, di commercializzazione di taluni prodotti; / g) la limitazione dell'esercizio di una attività economica attraverso l'indicazione tassativa della forma giuridica richiesta all'operatore; / h) l'imposizione di prezzi minimi o commissioni per la fornitura di beni o servizi, indipendentemente dalla determinazione, diretta o indiretta, mediante l'applicazione di un coefficiente di profitto o di altro calcolo su base percentuale; / i) l'obbligo di fornitura di specifici servizi complementari all'attività svolta. / 10. Le restrizioni diverse da quelle elencate nel comma 9 precedente possono essere revocate con regolamento da emanare ai sensi dell'articolo 17, comma 2, della legge 23 agosto 1988, n. 400, emanato su proposta del Ministro competente entro quattro mesi dall'entrata in vigore del presente decreto, fermo in ogni caso quanto previsto dal comma 1 del presente articolo. / 11. Singole attività economiche possono essere escluse, in tutto o in parte, dall'abrogazione delle restrizioni disposta ai sensi del comma 8; in tal caso, la suddetta esclusione, riferita alle limitazioni previste dal comma 9, può essere concessa, con decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri, su proposta del Ministro competente di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze, sentita l'Autorità garante della concorrenza e del mercato, entro quattro mesi dalla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto, qualora: / a) la limitazione sia funzionale a ragioni di interesse pubblico, tra cui in particolare quelle connesse alla tutela della salute umana; / b) la restrizione rappresenti un mezzo idoneo, indispensabile e, dal punto di vista del grado di interferenza nella libertà economica, ragionevolmente proporzionato all'interesse pubblico cui è destinata; / c) la restrizione non introduca una discriminazione diretta o indiretta basata sulla nazionalità o, nel caso di società, sulla sede legale dell'impresa ...». Secondo GIANI-VETRÒ, *Le funzioni*, cit., 605, «*[L]'elenco contenuto al comma 9 non pare assistito dal carattere della tassatività, stante la previsione della revocabilità, con regolamento, delle restrizioni diverse, contenuta nel comma successivo*».*

za, libertà di stabilimento e libera prestazione di servizi, costituisce principio generale dell'ordinamento nazionale la libertà di apertura di nuovi esercizi commerciali sul territorio senza contingenti, limiti territoriali o altri vincoli di qualsiasi altra natura, esclusi quelli connessi alla tutela della salute, dei lavoratori, dell'ambiente, ivi incluso l'ambiente urbano, e dei beni culturali». Pertanto, pure il decreto salva Italia si ispira ad una logica opposta a quella propria del decreto Bersani, perché, nell'affermare il principio di libertà di svolgimento delle attività commerciali, sembra voler disporre la soppressione di ogni genere di vincolo tranne quelli espressamente fatti salvi (e individuati, peraltro, in un modo esageratamente generico). Nondimeno, anche questa volta il legislatore non manca di contraddirsi perché richiama espressamente la disciplina contenuta nel decreto Bersani (cfr. art. 31, comma 1, d.l. n. 201/11, conv. in legge n. 214/11). Non solo, ma l'art. 34, comma 2 dello stesso decreto, se da una parte, ribadisce che «[L]a disciplina delle attività economiche è improntata al principio di libertà di accesso, di organizzazione e di svolgimento», dall'altra parte, fa salve «le esigenze imperative di interesse generale, costituzionalmente rilevanti e compatibili con l'ordinamento comunitario, che possono giustificare l'introduzione di previ atti amministrativi di assenso o autorizzazione o di controllo, nel rispetto del principio di proporzionalità». In più, il comma 3 del medesimo articolo dispone anch'esso la soppressione di una serie di vincoli espressamente indicati⁴⁹. Ricompare, insomma, una logica palesemente contraddittoria e perciò si ripropone un delicato problema di coordinamento tra la disciplina sopravvenuta e le discipline precedenti.

A complicare ulteriormente lo stato della legislazione in materia di commercio ci ha provato pure il decreto *cresci Italia* (d.l. 24 gennaio 2012, n. 1, conv. in legge 24 marzo 2012, n. 27), il cui art. 1, comma 1 (rubricato «*Liberalizzazione delle attività economiche e riduzione degli oneri amministrativi sulle imprese*»), dopo aver riaffermato la vigenza dell'art. 3 del decreto Bersani ed evocato il vincolo ad intervenire «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», riferendosi, nuovamente, alle attività economiche *tout court*, ha previsto un meccanismo abrogativo dei vincoli tradizionalmente imposti dalla legislazione amministrativa a quelle attività⁵⁰, meccanismo, peraltro, reso,

⁴⁹ L'art. 34, comma 3, d.l. n. 201/11, conv. in legge n. 214/11 (rubricato «*Liberalizzazione delle attività economiche ed eliminazione dei controlli ex-ante*») dispone: «[s]ono abrogate le seguenti restrizioni disposte dalle norme vigenti: / a) il divieto di esercizio di una attività economica al di fuori di una certa area geografica e l'abilitazione a esercitarla solo all'interno di una determinata area; / b) l'imposizione di distanze minime tra le localizzazioni delle sedi deputate all'esercizio di una attività economica; / c) il divieto di esercizio di una attività economica in più sedi oppure in una o più aree geografiche; / d) la limitazione dell'esercizio di una attività economica ad alcune categorie o divieto, nei confronti di alcune categorie, di commercializzazione di taluni prodotti; / e) la limitazione dell'esercizio di una attività economica attraverso l'indicazione tassativa della forma giuridica richiesta all'operatore; / f) l'imposizione di prezzi minimi o commissioni per la fornitura di beni o servizi; / g) l'obbligo di fornitura di specifici servizi complementari all'attività svolta ...».

⁵⁰ «[S]ono abrogate, dalla data di entrata in vigore dei decreti di cui al comma 3 del presente arti-

a quanto pare, inoperante dalla sopravvenuta abrogazione del comma 3 del sopra citato articolo disposta con il d.lgs. 22 gennaio 2016, n. 10. In ogni caso, il decreto cresci Italia, riproponendo la logica del decreto Bersani, apre, nuovamente, delicati problemi di coordinamento tra la sua disciplina e quella precedente.

Ma non è finita qui, perché le attività commerciali sono state oggetto pure di un incisivo processo di semplificazione amministrativa, anche questo svoltosi con gradualità e sciatteria. A tale riguardo, si può citare, innanzitutto, l'art. 19, comma 1, legge 7 agosto 1990, n. 241, più volte modificato, che, nell'attuale testo, estende l'applicazione dell'istituto della segnalazione certificata di inizio attività-SCIA all'«attività imprenditoriale, commerciale o artigianale» il cui esercizio è subordinato all'iscrizione ad albi o ruoli e sempre che sussistano le altre condizioni legislativamente previste; istituto che, però, va ricordato, non può operare in una serie di casi espressamente previsti⁵¹. In un successivo momento è invece intervenuto l'art. 34, comma 6, d.l. n. 201/11, conv. in legge n. 214/11, (decreto salva Italia), che sembra aver introdotto per le attività economiche *tout court* soggette ad «alcuni requisiti» l'istituto della comunicazione preventiva (di inizio attività)⁵², disciplina da estendere, per la già evidenziata ragione, anche alle atti-

colo e secondo le previsioni del presente articolo: / a) le norme che prevedono limiti numerici, autorizzazioni, licenze, nulla osta o preventivi atti di assenso dell'amministrazione comunque denominati per l'avvio di un'attività economica non giustificati da un interesse generale, costituzionalmente rilevante e compatibile con l'ordinamento comunitario nel rispetto del principio di proporzionalità; / b) le norme che pongono divieti e restrizioni alle attività economiche non adeguati o non proporzionati alle finalità pubbliche perseguite, nonché le disposizioni di pianificazione e programmazione territoriale o temporale autoritativa con prevalente finalità economica o prevalente contenuto economico, che pongono limiti, programmi e controlli non ragionevoli, ovvero non adeguati ovvero non proporzionati rispetto alle finalità pubbliche dichiarate e che in particolare impediscono, condizionano o ritardano l'avvio di nuove attività economiche o l'ingresso di nuovi operatori economici ponendo un trattamento differenziato rispetto agli operatori già presenti sul mercato, operanti in contesti e condizioni analoghi, ovvero impediscono, limitano o condizionano l'offerta di prodotti e servizi al consumatore, nel tempo nello spazio o nelle modalità, ovvero alterano le condizioni di piena concorrenza fra gli operatori economici oppure limitano o condizionano le tutele dei consumatori nei loro confronti».

⁵¹ I casi sono quelli «in cui sussistano vincoli ambientali, paesaggistici o culturali e degli atti rilasciati dalle amministrazioni preposte alla difesa nazionale, alla pubblica sicurezza, all'immigrazione, all'asilo, alla cittadinanza, all'amministrazione della giustizia, all'amministrazione delle finanze, ivi compresi gli atti concernenti le reti di acquisizione del gettito, anche derivante dal gioco, nonché di quelli previsti dalla normativa per le costruzioni in zone sismiche e di quelli imposti dalla normativa comunitaria».

⁵² Così dispone la su citata disposizione: «[q]uando è stabilita, ai sensi del comma 4, la necessità di alcuni requisiti per l'esercizio di attività economiche, la loro comunicazione all'amministrazione competente deve poter essere data sempre tramite autocertificazione e l'attività può subito iniziare, salvo il successivo controllo amministrativo, da svolgere in un termine definito». Il comma 4 qui richiamato, a sua volta, recita: «[L]'introduzione di un regime amministrativo volto a sottoporre a previa autorizzazione l'esercizio di un'attività economica deve essere giustificato sulla base dell'esistenza di un interesse generale, costituzionalmente rilevante e compatibile con l'ordinamento comunitario, nel rispetto del principio di proporzionalità ...».

vità commerciali. Orbene, a parte i possibili dubbi sull'effettiva estensione della SCIA⁵³, restano comunque irrisolti (dal legislatore stesso) i rapporti tra la liberalizzazione delle attività commerciali (e, in generale, delle attività economiche *tout court*) e la loro semplificazione (amministrativa) mediante i predetti istituti.

Da ultimo, sono sopravvenuti i decreti attuativi dell'art. 5 della riforma Madia (legge 7 agosto 2015, n. 124) e, in particolare, il d.lgs. 30 giugno 2016, n. 126, e il d.lgs. 25 novembre 2016, n. 222⁵⁴. Per quanto qui soprattutto rileva, nel suo allegato A, quest'ultimo decreto ha puntualmente individuato i singoli procedimenti oggetto di segnalazione certificata di inizio attività e di silenzio assenso e quelli per i quali è necessaria l'autorizzazione espressa o per i quali è sufficiente una comunicazione preventiva. In questi elenchi sono, naturalmente, contemplati, tra l'altro, i procedimenti concernenti le attività commerciali⁵⁵. A sua volta, poi, l'art. 1, comma 2, secondo periodo, d.lgs. n. 126/16 funge da norma di chiusura, disponendo che «[a]llo scopo di garantire certezza sui regimi applicabili alle attività private non espressamente individuate ai sensi dei medesimi decreti [ormai, il citato d.lgs. n. 222/2016] o specificatamente oggetto di disciplina da parte della normativa europea, statale e regionale, sono libere». Dunque, oramai le attività commerciali non contemplate nei sopradetti elenchi sarebbero effettivamente «libere», aggettivo che, pertanto, è da considerare impiegato, nel contesto, in modo assolutamente appropriato, per indicare, appunto, che nessun controllo (amministrativo), neppure *ex post*, sia previsto in ordine ad esse per quanto concerne l'accesso al mercato: chi vuole avviare quelle attività sarebbe libero di farlo quando e dove vuole. Come di consueto, manca però qualsiasi coordinamento con le precedenti discipline!

Al di là di ogni ulteriore indugio sui rapporti tra le discipline che si sono succedute e pur con le contraddizioni di intenti in cui sembra essere incorso il legislatore statale, sembra emergere una prospettiva fondata su un principio di libertà di commercio (ma, più in generale, di iniziativa economica), rispetto al quale principio risulterebbero compatibili solo i vincoli espressamente elencati nella legge: prospettiva rafforzata, per un verso, dal rilievo per cui il legislatore statale ha tentato di vincolare l'interprete imponendogli di interpretare restrittivamente le disposizioni contenenti le limitazioni alla libertà di esercizio del commercio⁵⁶

⁵³ Cfr., per esempio, Cons. Giust. Amm., s.g., 15 maggio 2014, n. 292.

⁵⁴ Per un primo commento alla legge Madia (legge n. 124/15) e ai suoi decreti attuativi che qui rilevano (d.lgs. n. 126/16; d.lgs. n. 222/16), v. M. DE BELLIS, *I regimi amministrativi delle attività private*, in B.G. MATTARELLA-E. D'ALTERIO (a cura di), *La riforma della pubblica amministrazione. Commento alla Legge 124/2015 (Madia) e ai decreti attuativi*, Milano, 2017, 139 ss.

⁵⁵ V. la sez. I, intitolata «Attività commerciali e assimilabili», dell'allegato A al suddetto decreto.

⁵⁶ «Le disposizioni relative all'introduzione di restrizioni all'accesso e all'esercizio delle attività economiche devono essere oggetto di interpretazione restrittiva, fermo in ogni caso quanto previsto al comma 1 del presente articolo» (art. 3, comma 7, d.l. n. 138/11, conv. in legge n. 148/11); «[l]e di-

e, per l'altro verso, dal rilievo per cui lo stesso legislatore, non di rado, a sostegno o a giustificazione del proprio intervento di liberalizzazione, ha invocato il «vincolo esterno» costituito dall'ordinamento dell'UE⁵⁷, ordinamento il quale, come meglio si vedrà nel prossimo capitolo, sembra essere dominato da una prospettiva (almeno parzialmente) analoga. Peraltro, non si può non rilevare come molti dei vincoli che il legislatore statale ha preso in considerazione risultano, a ben guardare, assolutamente indeterminati: l'apice sembra averlo toccato l'art. 3, comma 1, d.l. n. 138/11, conv. in legge n. 148/11, con il suo riferimento ai casi di «*c) danno alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana e contrasto con l'utilità sociale*», formule che riproducono quelle di cui all'art. 41, comma 2, Cost.; ma di non minor genericità è, per esempio, l'art. 3, comma 2, d.l. n. 201/11, conv. in legge n. 214/11 (decreto salva Italia), allorché esclude dalla soppressione i «*vincoli ... connessi alla tutela della salute, dei lavoratori, dell'ambiente, ivi incluso l'ambiente urbano, e dei beni culturali*».

8. Segue: ... *gli effetti abrogativi sulla normazione regionale e locale di settore*

Con le discipline che si sono succedute anteriormente alla riforma Madia appare evidente che il legislatore statale abbia scelto di intervenire nel settore del commercio (e, in generale, nel campo delle attività economiche) in via generale, anziché procedere per singoli tipi di attività, percorso, quest'ultimo, certamente più efficace benché più impegnativo, dal momento che avrebbe richiesto la ricognizione completa della legislazione di settore (per poi intervenire «chirurgicamente» su di essa)⁵⁸. Scelta la prima strada, il legislatore non si è però potuto

sposizioni 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» (art. 1, comma 2, d.l. n. 1/12, conv. in legge n. 27/12).

⁵⁷ Nell'art. 3, comma 1, d.l. n. 223/06, conv. in legge n. 248/06, (decreto Bersani) è premesso, infatti, che «*[a]i sensi delle disposizioni dell'ordinamento comunitario in materia di tutela della concorrenza e libera circolazione delle merci e dei servizi ...*»; nell'art. 31, comma 2, d.l. n. 201/11, conv. in legge n. 214/11 (decreto salva Italia) l'incipit è: «*[s]econdo la disciplina dell'Unione Europea e nazionale in materia di concorrenza, libertà di stabilimento e libera prestazione di servizi ...*»; nell'art. 1, comma 1, d.l. n. 1/12, conv. in legge n. 27/12, è detto: «*... in attuazione ... del principio di concorrenza sancito dal Trattato dell'Unione europea ...*».

⁵⁸ Cfr., anche per altri riferimenti: LIGUORI, *La lunga*, cit., 15; NAPOLITANO, *La logica*, cit., 242, 243.

esimere dall'affrontare il problema relativo alla sorte della normazione di settore già vigente in contrasto con l'avviato processo di liberalizzazione.

Quanto, dunque, a questa normazione di provenienza regionale e locale, il legislatore statale ha compulsato le regioni e gli enti locali ad adeguarla al nuovo regime⁵⁹. Nel contempo, però, la soppressione dei vincoli (imposti alle attività commerciali e/o economiche) ritenuti in contrasto con la libertà di svolgimento dell'attività commerciale e/o economica operata dallo stesso legislatore ha pure fatto nascere il problema della sorte immediata delle disposizioni di settore che quei vincoli contemplano, disposizioni non solo statali ma anche regionali o locali (in specie, comunali)⁶⁰. E su come risolvere tale problema un'importante indicazione l'ha data la Corte Costituzionale, chiamata ad affrontarlo in relazione all'art. 3, comma 3, d.l. n. 138/11, conv. in legge n. 148/11, disposizione dichiarata incostituzionale sul presupposto che un effetto abrogativo indiscriminato, sia pure circoscritto alle sole disposizioni statali, avrebbe comunque interferito illegittimamente con l'autonomia regionale, oltre ad ingenerare incertezze applicative a livello regionale e, quindi, a creare, allo stesso livello, difformità applicative⁶¹.

⁵⁹ V.: art. 3, comma 4, d.l. n. 223/06, conv. in legge n. 248/06, (decreto Bersani); art. 35, comma 7, d.l. n. 98/11, conv. in legge n. 111/11; art. 31, comma 2, secondo periodo, e art. 34, comma 7, d.l. n. 201/11, conv. in legge n. 214/11 (decreto salva Italia); art. 1, comma 4, d.l. n. 1/12, conv. in legge n. 27/12, (decreto cresci Italia).

⁶⁰ Cfr., a tal riguardo: art. 3, comma 3, d.l. n. 223/06, conv. in legge n. 248/06; art. 3, commi 3 e 8, d.l. n. 138/11, conv. in legge n. 148/11; art. 34, comma 3, d.l. n. 201/11, conv. in legge n. 214/11, (decreto salva Italia); art. 1, comma 1, d.l. n. 1/12, conv. in legge n. 27/12, (decreto cresci Italia).

⁶¹ «L'effetto della soppressione automatica e generalizzata delle normative statali contrarie ai principi di cui all'art. 3, comma 1, oltre ad avere una portata incerta e indefinibile, potrebbe riguardare un novero imprecisato di atti normativi statali, con possibili ricadute sul legislatore regionale, nel caso che tali atti riguardino ambiti di competenza concorrente o trasversali, naturalmente correlati a competenze regionali. / Inoltre, l'automaticità dell'abrogazione, unita all'indeterminatezza della sua portata, rende impraticabile l'interpretazione conforme a Costituzione, di talché risulta impossibile circoscrivere sul piano interpretativo gli effetti della disposizione impugnata ai soli ambiti di competenza statale. / Infine, poiché la previsione censurata dispone la soppressione per incompatibilità, senza individuare puntualmente quali normative risultino abrogate, essa pone le Regioni in una condizione di obiettiva incertezza, nella misura in cui queste debbano adeguare le loro normative ai mutamenti dell'ordinamento statale. Infatti, le singole Regioni, stando alla norma censurata, dovrebbero ricostruire se le singole disposizioni statali, che presentano profili per esse rilevanti, risultino ancora in vigore a seguito degli effetti dell'art. 3, comma 3, primo periodo. La valutazione sulla perdurante vigenza di normative statali incidenti su ambiti di competenza regionale spetterebbe a ciascun legislatore regionale, e potrebbe dare esiti disomogenei, se non addirittura divergenti. Una tale prospettiva determinerebbe ambiguità, incoerenza e opacità su quale sia la regolazione vigente per le varie attività economiche, che potrebbe inoltre variare da Regione a Regione, con ricadute dannose anche per gli operatori economici. / Di conseguenza, l'art. 3, comma 3, appare viziato sotto il profilo della ragionevolezza, determinando una violazione che si ripercuote sull'autonomia legislativa regionale garantita dall'art. 117 Cost., perché, anziché favorire la tutela della concorrenza, finisce per ostacolarla, ingenerando grave incertezza fra i legislatori regionali e fra gli operatori economici» (Corte Cost. 20 luglio 2012, n. 200).

È da credere, pertanto, che anche le altre disposizioni di legge statali di analogo effetto siano destinate a subire eguale sorte⁶².

Per il momento, resta comunque incerto l'effetto abrogativo in sé prodotto dalle disposizioni (statali) di liberalizzazione, se cioè queste abbiano implicitamente abrogato la normazione regionale e locale su cui quell'effetto sia destinato a ricadere o se, invece, qualora si tratti di legge regionale, occorra sollevare la questione di legittimità costituzionale, mentre, qualora si tratti di provvedimenti degli enti locali, sia necessario domandarne l'annullamento al giudice amministrativo. Per quanto concerne la legislazione regionale, in qualche occasione, la Corte Costituzionale ha restituito gli atti al giudice *a quo*⁶³. Presso la giurisprudenza amministrativa sembra invece aver prevalso l'orientamento secondo cui la sopravvenienza di una disciplina statale di liberalizzazione delle attività commerciali determini l'abrogazione delle leggi regionali (in ragione del principio contenuto nell'art. 1, comma 2, legge 5 giugno 2003, n. 131) e della normazione locale in contrasto con essa⁶⁴.

9. *Brevi cenni sulla liberalizzazione nel settore della somministrazione di alimenti e bevande*

Se, da una parte, nel settore commerciale, il legislatore statale ha dato impulso al processo di liberalizzazione, dall'altra parte, come già accennato, le regioni non sempre lo hanno assecondato. È accaduto allora che la Corte Costituzionale si è venuta a trovare a dover giudicare della legittimità di svariate leggi regionali che hanno reintrodotti limiti e vincoli in contrasto con la disciplina statale, leggi che sono state puntualmente dichiarate incostituzionali per violazione dell'art. 117, comma 2, lett. e), Cost., in conformità all'orientamento per cui il vincolo

⁶² Con riguardo all'art. 34, comma 3, d.l. n. 201/11, conv. in legge n. 214/11, (decreto salva Italia), v., però, i rilievi di TIRIO, *La regolamentazione*, cit., 26.

⁶³ Corte Cost. 5 giugno 2013, n. 123; Corte Cost. 5 giugno 2013, n. 124.

⁶⁴ Cfr., pur in fattispecie variamente articolate: Cons. St., V, 5 maggio 2009, n. 2808; TAR Sicilia, Palermo, III, 17 maggio 2010, n. 6884; TAR Toscana, Firenze, II, 21 settembre 2010, n. 6400; TAR Sicilia, Palermo, III, 16 maggio 2012, n. 991; TAR Lombardia, Milano, I, 10 ottobre 2013, n. 2271; TAR Emilia Romagna, Bologna, II, 26 settembre 2014, n. 914; Cons. St., V, 27 maggio 2014, n. 2747; TAR Puglia, Lecce, I, 16 dicembre 2015, n. 3602; TAR Campania, Napoli, III, 28 maggio 2015, n. 2950; TAR Campania, Napoli, I, 9 settembre 2015, n. 4402. Nel senso dell'illegittimità è invece TAR Abruzzo, L'Aquila, I, 25 gennaio 2013, n. 99. V., infine, le rassegne di giurisprudenza in: NEGRELLI, *Accesso*, cit., 202, nota 15; TIRIO, *La regolamentazione*, cit., 35. *Adde*, Corte Cost. 25 giugno 2015, n. 117, che, nel settore delle professioni, invoca l'art. 10 della legge 10 febbraio 1953, n. 62. In dottrina, v., *ex professo*, S. BATTINI, *L'abrogazione nei rapporti fra leggi statali e regionali* (nota a Cons. St., V, 27 maggio 2014, n. 2746), in *Giorn. dir. amm.*, 2014, 939 ss., secondo cui l'abrogazione potrebbe operare solo quando la fonte successiva sia «manifestamente competente».

statale è da considerare *de minimis*⁶⁵, orientamento del quale si parlerà nel prossimo capitolo.

Altre volte, però, l'atteggiamento delle regioni è stato di segno opposto, come è avvenuto nel caso dell'attività di somministrazione di alimenti e bevande, che è un'attività commerciale particolarmente rilevante sotto il profilo giuridico. In un primo tempo, dunque, per l'esercizio di detta attività, il legislatore statale aveva richiesto determinati requisiti⁶⁶, includendovi pure, in modo espresso, l'attività di somministrazione effettuata «*nei confronti di una cerchia determinata di persone*», per lo svolgimento della quale sarebbe stato, pertanto, necessario il possesso dei suddetti requisiti (art. 71, comma 6, d.lgs. n. 59/10 *ante riforma*)⁶⁷. In un secondo tempo, tuttavia, lo stesso legislatore ha soppresso quel riferimento esplicito (art. 71, comma 6, d.lgs. n. 59/10 *modif. dall'art. 8, d.lgs. 6 agosto 2012, n. 147*), così intendendo liberalizzare anche l'attività di somministrazione di alimenti e bevande effettuata «*nei confronti di una cerchia determinata di persone*». Tuttavia, la Corte Costituzionale ha escluso che la legge regionale, la quale avesse soppresso, successivamente all'ultimo intervento statale, la predetta eccezione, si ponesse in contrasto con la disciplina statale pro-concorrenziale (ricadente nell'art. 117, comma 2, lett. e), Cost.), giacché una legge del genere non attiene «*alla materia della "tutela della concorrenza" ponendo limiti o barriere all'accesso al mercato con effetti restrittivi della concorrenza. Essa, piuttosto, con-*

⁶⁵ Sull'introduzione di varie restrizioni, tra cui anche il ripristino degli orari e dei giorni di apertura e chiusura dei negozi, v.: Corte Cost. 22 febbraio 2013, n. 27; Corte Cost. 15 marzo 2013, n. 38; Corte Cost. 12 aprile 2013, n. 65; Corte Cost. 2 dicembre 2013, n. 285; Corte Cost. 18 aprile 2014, n. 104; Corte Cost. 15 maggio 2014, n. 125; Corte Cost. 11 giugno 2014, n. 165; Corte Cost. 12 maggio 2016, n. 105; Corte Cost. 11 novembre 2016, n. 239; Corte Cost. 10 maggio 2017, n. 98.

⁶⁶ Precisa la Corte Costituzionale che «*[t]ali requisiti, considerata la loro natura, appaiono funzionali ad assicurare che coloro che svolgono attività nel settore merceologico alimentare siano dotati di una specifica preparazione ed esperienza professionale all'evidente scopo di salvaguardare la salute dei consumatori in un settore delicato e fondamentale qual è quello alimentare, assicurando che coloro che maneggiano, preparano e commerciano alimenti abbiano maturato una adeguata professionalità*» (Corte Cost. 18 aprile 2014, n. 104).

⁶⁷ Osserva Corte Cost. 18 aprile 2014, n. 104 che «*l'art. 3 del decreto-legge 4 luglio 2006, n. 223 (Disposizioni urgenti per il rilancio economico e sociale, per il contenimento e la razionalizzazione della spesa pubblica, nonché interventi in materia di entrate e di contrasto all'evasione fiscale), convertito, con modificazioni, dall'art. 1 della legge 4 agosto 2006, n. 248, stabilisce che, "al fine di garantire la libertà di concorrenza secondo condizioni di pari opportunità ed il corretto ed uniforme funzionamento del mercato, nonché di assicurare ai consumatori finali un livello minimo ed uniforme di condizioni di accessibilità all'acquisto di prodotti e servizi sul territorio nazionale", le attività commerciali sono svolte senza limiti e prescrizioni, tra cui il possesso di requisiti professionali soggettivi. Tuttavia, poi, fa espressamente "salvi quelli riguardanti il settore alimentare e della somministrazione degli alimenti e delle bevande" (art. 3, comma 1, lettera a). Ciò attesta che lo stesso legislatore statale ha ritenuto che i requisiti in esame non incidano sul profilo della liberalizzazione del mercato, apparendo necessari per soddisfare esigenze di sicurezza alimentare*».

cerne la materia della “tutela della salute”, attribuita dall’art. 117, terzo comma, Cost. alla competenza legislativa concorrente delle Regioni, ponendosi quale misura volta a salvaguardare la salute dei consumatori»⁶⁸. In sostanza, le Regioni possono «appesantire», dal punto di vista amministrativo, l’esercizio dell’attività di somministrazione di alimenti e bevande «esercitata nei confronti di una cerchia determinata di persone», venendo a ciò legittimate dalla loro competenza in materia di «tutela della salute» (art. 117, comma 3, Cost.), senza che sia loro di ostacolo l’intervento statale di liberalizzazione.

10. *L’apporto della giurisprudenza amministrativa in materia di «urbanistica commerciale»: qualche spunto*

Di particolare significato è anche l’apporto della giurisprudenza amministrativa nell’ambito della c.d. urbanistica-commerciale, ambito di non facile delimitazione ma al quale sembra comunque possibile ricondurre tutti quegli interventi (amministrativi) di natura urbanistica capaci di introdurre limitazioni all’esercizio delle attività economiche e, quindi, in primo luogo, tutti quegli atti costituenti esercizio dei poteri (amministrativi) urbanistici attraverso i quali le amministrazioni che ne sono titolari possono condizionare la localizzazione degli esercizi commerciali, così introducendo vere e proprie barriere (amministrative) all’accesso al mercato in una determinata area territoriale: tanto può succedere, per esempio, con l’istituzione di una zona a traffico limitato-ZTL o di un’isola pedonale o con l’adozione di un piano di massima occupabilità del suolo pubblico, e così via. Con questi ed altri consimili provvedimenti (di natura urbanistica), l’iniziativa economica può, dunque, uscire preclusa o comunque limitata allo scopo di assicurare tutela alla salute, all’ambiente, anche urbano, al patrimonio culturale (ivi compreso il paesaggio e i beni culturali) e, in generale, ad interessi di rilevanza generale (pubblici). Il giudice amministrativo può, pertanto, venirsi a trovare a dover sindacare l’esercizio di siffatti poteri e, pertanto, le eventuali «restrizioni alla concorrenza» scaturenti dai provvedimenti conseguenti⁶⁹.

⁶⁸ Corte Cost. 18 aprile 2014, n. 104. Conf. Corte Cost. 10 maggio 2017, n. 98.

⁶⁹ La giurisprudenza amministrativa in materia urbanistico-commerciale è, evidentemente, copiosissima, cfr., per esempio: Cons. St., V, 3 febbraio 2009, n. 596; TAR Lombardia, Milano, I, 10 ottobre 2013, n. 2271; Cons. St., V, 17 luglio 2014, n. 3802; TAR Emilia Romagna, Bologna, II, 26 settembre 2014, n. 914; Cons. St., IV, 7 novembre 2014, n. 5494; TAR Lazio, Roma, II-ter, 21 gennaio 2015, n. 1056; TAR Campania, Salerno, II, 28 maggio 2015, n. 1223; TAR Campania, Napoli, I, 29 luglio 2015, n. 4139; TAR Campania, Napoli, I, 9 settembre 2015, n. 4402; TAR Lazio, Roma, II-ter, 7 ottobre 2015, n. 11504; TAR Lazio, Roma, II-ter, 1° marzo 2016, n. 2738; Cons. St., IV, 4 maggio 2017, n. 2026; Cons. St., IV, 6 giugno 2017, n. 2699; TAR Lombardia, Milano, II, 5 gennaio 2018, n. 27.