

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI TORINO
DIPARTIMENTO DI GIURISPRUDENZA
DOTTORATO DI RICERCA IN DIRITTI E ISTITUZIONI
CICLO XXXII
IN COTUTELA CON
UNIVERSITÀ DI TOLONE
ÉCOLE DOCTORALE SOCIÉTÉS MÉDITERRANÉENNES
ET SCIENCES HUMAINES



**LA TRASFERIBILITÀ DELLE AUTORIZZAZIONI
E CONCESSIONI AMMINISTRATIVE**

Tutores

Chiar.mo Prof. Carlo Emanuele GALLO

Università di Torino

Chiar.mo Prof. Jean-Jacques PARDINI

Università di Tolone

Candidata

Dott.ssa Sarah CARLUCCI

Coordinatrice del Dottorato in Diritti e
Istituzioni

Chiar.ma Prof.ssa Gabriella Margherita RACCA

Direttori CDPC Jean-Claude Escarras

Chiar.ma Prof.ssa Maryse BAUDREZ

Chiar.mo Prof. Thierry DI MANNO

SETTORE SCIENTIFICO DISCIPLINARE DI AFFERENZA:

IUS 10 – DIRITTO AMMINISTRATIVO

INDICE SOMMARIO

CAPITOLO PRIMO

L'ATTIVITÀ PROVVEDIMENTALE DELLA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE TRA INTERESSI PUBBLICI E PRIVATI: PROFILI RICOSTRUTTIVI

1. Premessa. La trasferibilità del provvedimento amministrativo in breve.....	5
2. Le autorizzazioni e concessioni nella tradizionale letteratura giuridica: concetto, natura, funzioni e presupposti. In particolare, sull'attualità della nozione classica di autorizzazione	8
3. La concessione nella tradizionale letteratura giuridica: il dibattito tra provvedimento e contratto	22
3.1 La concessione di pubblico servizio in particolare. La nozione di servizio pubblico tra attività economiche e sociali	33
3.2 (<i>Segue...</i>) I caratteri dell'attività di servizio pubblico quale particolare oggetto della concessione.....	51
3.3 Brevi considerazioni di sintesi sulle concessioni, anche alla luce della più recente disciplina introdotta con il Codice dei Contratti pubblici	58
4. La correlazione tra politiche economiche, attività amministrativa e attività economiche dei privati.....	65

CAPITOLO SECONDO

IL TRASFERIMENTO DEL PROVVEDIMENTO AMMINISTRATIVO E LA SUA CENTRALITÀ NELLA VICENDA SUCCESSORIA

1. La considerazione unitaria della trasferibilità nel suo aspetto pubblicistico e privatistico	86
2. La “personalità” delle autorizzazioni e concessioni amministrative e l'intrasmissibilità dei rapporti giuridici di diritto pubblico	91
3. Le previsioni normative in materia di trasferimento di autorizzazioni e concessioni per singoli settori: la non semplice configurazione dell'autorizzazione al subingresso	101
3.1 Le più significative e controverse discipline di settore, tra imprenditorialità, contingentamento e fini pubblici. In specie: il servizio di trasporto pubblico a mezzo taxi e NCC	118

3.2 (<i>Segue...</i>) Il servizio di assistenza farmaceutica privata: i condizionamenti pubblicitari all'apertura di farmacie	126
3.3 Considerazioni di sintesi sulle criticità pratiche che si possono riscontrare dall'analisi del fenomeno del trasferimento del provvedimento in settori contingentati.....	135
3.4 Codice dei Contratti pubblici e modifiche soggettive: la previsione normativa in materia di concessioni.....	148
4. Sulla trasmissibilità dell'interesse legittimo: un'ipotesi di continuità della posizione giuridica soggettiva tramite il provvedimento.....	154

CAPITOLO TERZO

LA TRASFERIBILITÀ DEL PROVVEDIMENTO NELL'EROGAZIONE DI PRESTAZIONI SANITARIE

1. L'ambito sanitario quale specifico campo di indagine: una sfida giuridica.....	168
2. L'evoluzione organizzativa del servizio sanitario: una panoramica sulle fonti normative di riferimento	175
3. L'accesso all'esercizio di attività sanitarie da parte di strutture private: il regime delle cosiddette tre "A" del sistema sanitario	184
4. La trasferibilità del provvedimento in ambito sanitario: alla continua ricerca dell' <i>intuitus personae</i> quale elemento in grado di escludere la circolazione dell'autorizzazione all'esercizio e dell'accreditamento	199
5. Le autorizzazioni sanitarie nell'ordinamento francese e il loro regime di trasferibilità.....	208
6. Il definitivo superamento dell'assunto sull'intrasferibilità dei provvedimenti amministrativi: l'attualità dei "vecchi" principi per fondare nuove prospettive.	218
BIBLIOGRAFIA	231

CAPITOLO PRIMO

L'ATTIVITÀ PROVVEDIMENTALE DELLA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE TRA INTERESSI PUBBLICI E PRIVATI: PROFILI RICOSTRUTTIVI

1. *Premessa. La trasferibilità del provvedimento amministrativo in breve*

Oggetto della presente ricerca è la trasferibilità delle autorizzazioni e concessioni amministrative, tema non privo di incertezze e criticità stanti le divergenze concettuali sugli istituti coinvolti e sui problemi emergenti.

Obiettivo che ci si prefigge è delineare alcuni aspetti generali del tema validi per una maggior chiarezza nella risoluzione di questioni particolari, al fine di individuare criteri applicativi ragionevoli e comuni pur nella consapevolezza della molteplicità e diversità di settori in cui i provvedimenti autorizzatori e concessori operano e della stessa difficoltà di inquadramento degli svariati fenomeni giuridici implicati nel problema in oggetto.

Nel vagliare la tenuta logica e giuridica di una tesi a favore della possibilità di trasferimento del provvedimento è inevitabile confrontarsi con tensioni di principio che indubbiamente emergono nell'affrontare un argomento così ricco di implicazioni e contraddizioni interne e per questa ragione poco trattato.

Si esplicita allora, sin dall'inizio, che con trasferimento del provvedimento non si intende sostenere l'affermarsi di un autonomo potere di disposizione, da parte del privato, del provvedimento in sé quale "bene giuridico", tale da estromettere il potere amministrativo dal suo spazio d'azione o di comprometterne la finalità di intermediazione.

Il trasferimento viene qui inteso come atto ontologicamente connesso ad una contestuale vicenda traslativa di tipo privatistico, tanto espressione dell'autonomia contrattuale di un privato che sceglie di cedere una realtà giuridica, economica e strutturale di sua proprietà, organizzata per l'esercizio di una determinata attività, economica e non, quanto di una vicenda traslativa non direttamente riconducibile alla volontà del privato, come una successione *mortis causa* o un trasferimento *inter vivos* a seguito di sopravvenuti impedimenti di vario genere.

La vicenda circolatoria di un provvedimento amministrativo, infatti, non ha di per sé alcuna giustificabile ragion d'essere se non inserita in un contesto che tenga conto della complessa situazione giuridica nella quale si trova il soggetto beneficiario di un provvedimento ampliativo (a meno che non costituisca, ove possibile, conseguenza di una scelta unilaterale della pubblica amministrazione, profilo che qui non verrà trattato).

Così ragionando si ritiene quindi che, unitamente alla vicenda traslativa di un complesso giuridico-economico attinente ad un rapporto tra privati, si possa contestualmente realizzare un vero e proprio subingresso nel rapporto tra privato e Pubblica Amministrazione, rapporto che si crea e modella proprio in forza del provvedimento amministrativo quale titolo di esercizio di una determinata attività.

Il tema trattato verte dunque su di una vicenda modificativa soggettiva del rapporto giuspubblicistico che si crede debba essere regolata ogni qual volta si abbia una successione, *inter vivos* o *mortis causa*, nella titolarità del complesso giuridico-economico cui il provvedimento inerisce.¹

Vero è che il fenomeno di cessione di un complesso giuridico-economico trova la propria disciplina nel codice civile (artt. 2555 e seguenti) e potrebbe essere ritenuto del tutto svincolato dalle vicende del rapporto giuspubblicistico, fondate sul provvedimento amministrativo. Cionondimeno, il trasferimento di un'attività a carattere imprenditoriale, assoggettata ad una forma di controllo preventivo della Pubblica Amministrazione, acquista pienamente senso in termini di rilevanza giuridica, economica e sociale, solo se l'acquirente o l'avente causa può beneficiare dell'autorizzazione o concessione che serve per esercitare concretamente quella particolare attività.

Dal punto di vista del privato, pertanto, il favore verso la trasferibilità del provvedimento è netta: obiettivo di colui che succede nella titolarità di un complesso giuridico-economico è quello di poter concretamente svolgere l'attività imprenditoriale cui tale complesso è preordinato. Ciò sembra particolarmente evidente sia nel caso di successione *mortis causa*, nella quale l'erede, non potendo usufruire della titolarità del provvedimento, si troverebbe menomato nel suo diritto di trarre un effettivo vantaggio economico dal complesso di beni organizzati così ereditato (fatto salvo, ovviamente, il valore materialmente intrinseco dei singoli beni) sia, più in generale, nel caso in cui il trasferimento, anche *inter vivos*, avvenga in un settore contingentato, in relazione al quale vi è l'interesse a sfruttare la posizione in un certo senso privilegiata di un soggetto già presente sul "mercato".

A ciò si aggiunga che il valore di un complesso giuridico economico, tendenzialmente, si calibra non solo sulle facoltà di godimento ma anche su quelle di disposizione, che possono rivestire una considerevole importanza pratica per il privato.

¹ In questi termini C. DAL PIAZ, *La trasferibilità delle autorizzazioni e concessioni amministrative*, Torino, 1971, 46 ss. L'opera citata, al di là di alcuni rari, datati e settoriali contributi minori, risulta l'unico approfondimento sistematico sullo specifico tema in oggetto da un punto di vista squisitamente giuridico e provvedimentale, costituendo pertanto una fondamentale linea direttrice e rappresentando ancora oggi, nella sua impostazione generale, un valido riferimento per qualunque riflessione in materia.

Nel caso in cui al complesso giuridico-economico inerisca quindi un'autorizzazione o una concessione, può ben dirsi che la vicenda privatistica perde la sua effettiva rilevanza se non affiancata da una parallela vicenda successoria nel rapporto giuspubblicistico.²

Il problema, tuttavia, non può essere impostato esclusivamente in questi termini. Così ragionando, infatti, ossia adottando il solo punto di vista dell'imprenditore privato, la soluzione più ovvia starebbe nel dimostrare come il provvedimento amministrativo non sia solo strumentale al funzionamento del complesso giuridico-economico dell'azienda ma di questo sia bene essenziale e, in quanto tale, secondo la logica del codice civile, cedibile e financo "commerciabile".³ Ma ciò che sfuma, inevitabilmente, è l'aspetto pubblicistico della questione.

Per la Pubblica Amministrazione obiettivo primario è conseguire e salvaguardare un generale interesse pubblico che, in materia di provvedimenti ampliativi, si concretizza primariamente, a grandi linee, in un accertamento circa la sussistenza, in capo al beneficiario del provvedimento, di tutti i requisiti ritenuti metro di valutazione della non contrarietà dell'attività svolta all'interesse pubblico o della sua idoneità a soddisfare gli *standards* qualitativi e quantitativi perseguiti e predeterminati dalla Pubblica Amministrazione, la quale, peraltro, dovrebbe verificare anche il permanere di quei requisiti e condizioni ritenuti fondamentali per lo svolgimento dell'attività oggetto dell'autorizzazione o concessione.

In considerazione delle finalità che reggono l'attività di interposizione pubblicistica nello svolgimento di determinate attività da parte di soggetti privati, evidente appare la necessità di tener conto dei mutamenti giuridici ed organizzativi che possono subire i soggetti titolari di autorizzazioni o concessioni, proprio al fine di salvaguardare quegli interessi pubblici di cui il provvedimento dovrebbe concretamente essere baluardo, evitando che questo trasmuti in un mero ostacolo all'attività dei privati fine a se stesso.

Il problema del trasferimento di un provvedimento dall'originario titolare ad un altro soggetto subentrante nel rapporto con la P.A. fa emergere per ciò il rilievo pubblicistico di vicende che, sebbene per loro natura privatistiche, si inseriscono in un contesto produttivo e sociale di dimensioni e importanza tali, in termini di risorse investite, rapporti instaurati, interessi coinvolti che, il legislatore prima e la Pubblica Amministrazione poi, non possono ignorare.⁴

² Cfr. sempre C. DAL PIAZ, *op. cit.*, 95.

³ ID., *op. cit.*, 54. Per uno studio sulla trasferibilità dell'atto amministrativo sotto il profilo privatistico si veda L. ORUSA, *Cessione delle licenze commerciali e delle autorizzazioni di polizia*, in *Dir. ec.*, 1957, 475.

⁴ Cfr. C. DAL PIAZ, *op. cit.*, 36 ss. e, in particolare, nota 69, laddove si parla del rilievo di una sorta di «pubblico interesse riflesso» che caratterizza tanto le attività soggette ad autorizzazione quanto quelle soggette a concessione e che rappresenta un punto di contatto tra le due categorie, tale da poterle trattare unitamente in relazione al tema della loro trasferibilità.

Ci si domanderà pertanto se, tra le due vicende traslative, l'una privatistica l'altra pubblicistica - considerate, lo si è detto, in modo non disgiunto ma connesso nella loro ragion d'essere - possa costruirsi una giustificabile relazione di reciproca strumentalità sul piano giuridico. Ciò richiede l'approfondimento di istituti centrali della scienza amministrativistica, quale ineliminabile presupposto per comprendere le criticità, anche pratiche, della trasferibilità del provvedimento, pervenendo ad una sintesi che possa risultare giuridicamente sostenibile nonché adeguata al tentativo di rispondere in modo organico a molteplici esigenze talvolta contrastanti.

Per l'indagine che ci si ripropone di affrontare occorre dunque richiamare preliminarmente concetto e natura dei provvedimenti autorizzatori e concessori, quali modalità di raccordo e temperamento tra libertà del privato ed esigenze pubblicistiche, nonché di condizionamento pubblico delle attività, economiche e non, dei privati, così da poter sondare, in un'ottica evolutiva, la natura del rapporto che intercorre tra amministrazione e privato e il suo variabile equilibrio nell'ambito della dicotomia tra libertà e autorità, tradizionalmente presente in relazione ai provvedimenti amministrativi⁵ e particolarmente viva – per quanto poco esplorata - in ordine al loro trasferimento.

In tal senso, ripercorrendo gli studi affrontati dalla scienza pubblicistica sul punto, ci si potrà altresì soffermare sulla più recente storia istituzionale che, tra liberalizzazioni e semplificazioni, diffusione di strumenti consensuali e moduli privatistici per l'espletamento di funzioni amministrative, pluralismo e armonizzazione di ordinamenti che ci restituiscono una più o meno determinata immagine del rapporto tra interessi privati e condizionamento pubblicistico, ha imposto significativi mutamenti nella fisionomia del potere pubblico e nella concezione dei più tradizionali istituti del diritto amministrativo.

2. Le autorizzazioni e concessioni nella tradizionale letteratura giuridica: concetto, natura, funzioni e presupposti. In particolare, sull'attualità della nozione classica di autorizzazione

L'indagine sui concetti di autorizzazione e concessione amministrativa ha rappresentato un tema centrale della scienza giuspubblicistica italiana, aprendo un dibattito che, se pur in termini naturalmente differenti, tutt'oggi si alimenta grazie al continuo mutamento dell'ordinamento e all'assestarsi delle sue interconnessioni con ordinamenti altri; interrogarsi su quanto della tradizione debba essere abbandonato, ridimensionato o mantenuto è dunque una costante necessaria del sistema.

⁵ Cfr. M. S. GIANNINI, *Lezioni di diritto amministrativo*, I, Milano, 1950, cit., 290, per cui l'atto amministrativo in senso proprio (che poi l'Autore chiama provvedimento) «è quello che ha la funzione di puntualizzare in un caso concreto i rapporti autorità libertà» o, in altre parole, di stabilire il modo in cui l'autorità, nell'esercizio di un potere attribuitole dalla legge, determina nel caso concreto l'incidenza o meno di un interesse pubblico rispetto ad una sfera di libertà.

Anni sono ormai trascorsi da quando la dottrina ha iniziato a dedicare studi sull'atto amministrativo⁶, dapprima distinguendo gli atti d'imperio da quelli di gestione⁷, poi

⁶ Per un'accurata ricostruzione storica dell'evoluzione dottrinale sulla qualificazione di atto amministrativo, dai primi studi di G. D. Romagnosi in poi, con accenni anche al diritto francese e tedesco sul punto, si rinvia a A. LOLLI, *L'atto amministrativo nell'ordinamento democratico. Studio sulla qualificazione giuridica*, Milano, 2000, spec. cap. I e II.

⁷ Sul punto si veda O. RANELLETTI, *Teoria generale delle autorizzazioni e concessioni amministrative. Parte I. Concetto e natura delle autorizzazioni e concessioni amministrative*, in *Giur. it.*, 1894, IV, cit., 8, che così scrive: «comunemente oggi si riconosce che gli enti pubblici [...] nei loro rapporti esterni raggiungano i propri scopi o esercitando la propria potestà sulle persone sottoposte, agendo come persone pubbliche, cioè *iure imperii*, oppure entrando nel commercio giuridico – privato come subbietti patrimoniali, cioè agendo *iure gestionis*. Quando essi si presentano in quest'ultimo modo, le loro azioni e i loro rapporti con altre persone sono sottoposti alle norme del diritto privato; quando invece si presentano nel primo modo, e si tratta quindi di esercizio dei diritti pubblici di signoria sulle persone sottoposte, i loro atti e i loro rapporti sono regolati dalle norme del diritto amministrativo». Si veda anche ID., *Per la distinzione degli atti d'imperio e di gestione*, in *Studi di diritto romano, di diritto moderno e di storia del diritto in onore di V. Scialoja*, I, Milano, 1905, 703-736, [entrambi gli scritti citati si trovano ora pubblicati anche in ID., *Scritti giuridici scelti* (a cura di E. FERRARI – B. SORDI), III, Napoli, 1992, rispettivamente 37 ss. e 655 ss.] laddove si rileva che la suddetta distinzione, «per quanto turbata da molte incertezze, era parsa per lungo tempo fondamentale nel diritto amministrativo in Italia, vuoi degli Stati preesistenti, vuoi del nostro» (cit. 703) e che, più in generale, nonostante le autorevoli critiche cui è stata sottoposta per l'incertezza dei criteri seguiti e per le difficoltà applicative, essa rimane una distinzione «sostanzialmente vera», che sembra perpetrarsi, se pur non espressamente, anche a livello legislativo, con riferimento, in particolare, alla legge abolitrice del contenzioso amministrativo 20 marzo 1865, allegato E, per l'individuazione degli ambiti di competenza tra giudice ordinario e amministrazioni.

Come si vedrà meglio nel prosieguo della trattazione, Ranelletti, autore centrale per il tema qui ricostruito, ricorre proprio alla distinzione tra *atti d'imperio* e *atti di gestione* in ordine alla questione sulla natura giuridica degli atti di autorizzazione e concessione, così imprimendo una svolta autoritaria e unilaterale alla concezione e costruzione dell'atto amministrativo e consolidando una correlazione tra quest'ultimo il perseguimento di funzioni e interessi pubblici, tale per cui «se a lungo, con il concetto di atto amministrativo» si era «inteso semplicemente l'atto soggettivamente amministrativo, l'atto – autoritativo o consensuale – comunque riferibile al soggetto amministrazione», nel secondo Ottocento invece (e in particolare con Ranelletti) «si stringe una rigida equivalenza tra l'attuazione degli scopi dello Stato e le forme imperative di attività», così L. MANNORI – B. SORDI, *Storia del diritto amministrativo*, Roma-Bari, 2001, cit., X. Sulla distinzione tra atti d'imperio e atti di gestione cfr. anche F. CAMMEO, *Commentario delle leggi sulla giustizia amministrativa*, Milano, 1911, 450 ss.; S. TRENTIN, *L'atto amministrativo*, Roma, 1915, cap. III e IV; L. RAGGI, *Sull'atto amministrativo*, in *Rivista di diritto pubblico*, 1917, I, 145 ss. Anche nell'ordinamento francese - che tra il XVII e XIX secolo ha certamente contribuito in modo essenziale a definire le vicende del diritto continentale europeo, a delineare la differenziazione tra il diritto amministrativo e il diritto comune e a definire l'atto autoritativo – inizialmente, si consideravano atti amministrativi tutti gli atti provenienti dalla Pubblica Amministrazione (si veda A. MERLIN, voce *Acte administratif*, in *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence*, I, 1812, 65) secondo una nozione tanto ampia da ricomprendere anche i contratti amministrativi e utilizzata per escludere in generale la competenza di sindacato del giudice togato e attribuire la cognizione in materia all'amministrazione in sede contenziosa. In un secondo momento si distinse, all'interno della categoria degli atti soggettivamente amministrativi, tra *actes de puissance publique* e *actes de gestion*, i primi, caratterizzati dal perseguimento di un interesse generale, erano assoggettati alla cognizione dell'amministrazione in sede contenziosa i secondi, in cui lo Stato agiva come persona privata, alla cognizione del giudice "ordinario" (sul punto si veda J. M. AUBY – R. DRAGO, *Traité de contentieux administratif*, Parigi, 1984, 383 ss.). A ciò si affianca anche la trasformazione del ruolo del *Conseil d'État*, che da organo espressione del potere regio centrale di controllo sul rispetto della legge da parte dei funzionari delle province del regno, si trasformò, nella seconda metà dell'800, in un tribunale chiamato a verificare la legalità formale e sostanziale dell'azione

richiamando principi e norme dettati in relazione ai negozi giuridici di diritto privato⁸ e infine rivendicando le peculiarità proprie del provvedimento amministrativo⁹.

Tuttavia, per una disamina in materia di autorizzazioni e concessioni, continua ad essere necessario punto di partenza, se pur risalente, la dogmatica elaborata da Oreste Ranelletti, il quale ha il merito di aver introdotto e stimolato nel dibattito giuspubblicistico la costruzione sistematica di una teoria generale degli atti amministrativi¹⁰ che, tra successive critiche e rivisitazioni, ha il pregio di poter essere considerata ancora attuale.

amministrativa e considerato dalla dottrina dell'epoca non più come "cane da guardia" del potere regio ma come vero e proprio presidio per i cittadini, in grado di garantire un sindacato su tutti gli atti amministrativi caratterizzati dalla *puissance publique*, intesa come frazione di sovranità attribuita dalla legge e dunque espressione di poteri speciali esercitabili tramite atti formali che, in quanto atti d'autorità, erano appunto sottratti al sindacato del giudice ordinario. Sul punto si veda R. CAVALLO PERIN, *L'elaborazione dell'atto d'autorità in Francia*, in *L'atto d'autorità. Convergenze e divergenze tra ordinamenti*, Atti del convegno annuale AIPDA, Bari 30 settembre – 1 ottobre 2011, Annuario 2011, Maggioli editore, 265, che, tra i vari autori, fa particolare riferimento a E. LEFERRIÈRE, *Traité de la jurisdiction administrative et des recours contentieux*, II ed., 1896, Berger-Levrault et C. Libraires, Paris-Nancy e che prosegue (278 ss.) sottolineando come, successivamente, all'idea di *puissance public* si sostituì invece, con la teoria del *service public* (sulla quale si tornerà nel prosieguo), quella di amministrazione funzionalizzata: l'attività di erogazione del servizio, in virtù degli obiettivi di pubblico interesse perseguiti, non è retta dalle normali regole del *code civil*, tanto che, in questo caso, anche gli atti di gestione vengono fatti rientrare nell'attività amministrativa, trovando nella funzionalizzazione il nuovo fondamento del potere pubblico e così permettendo un'evoluzione teorica del diritto amministrativo paragonabile a quella che, nell'ordinamento italiano, si è delineata con il passaggio dalla nozione di potere a quella, appunto, di funzione pubblica, che rende l'interesse pubblico il fine essenziale del potere e che, più di recente, è sfociata nella centralità assunta dalla partecipazione al procedimento, in grado di mettere in discussione l'idea che solo l'amministrazione sia capace di disporre dell'interesse pubblico, imponendo, in tal senso, un salto culturale di rilievo.

⁸ Nello studio sugli atti amministrativi, in un primo tempo, sono stati utilizzati i risultati raggiunti dalla dottrina civilistica sui negozi giuridici, trasponendo categorie privatistiche nel diritto amministrativo; il riferimento va in particolare a F. CAMMEO, *Corso di diritto amministrativo*, Padova, 1914, *passim*. Gli atti amministrativi vennero così distinti in meri atti amministrativi e in atti amministrativi negozi giuridici; sulla distinzione si veda O. RANELLETTI – A. AMORTH, voce *Atti amministrativi*, in *Nuovo Dig. it.*, I, 1937, XVI, Torino, 1091 ss. e, in specie, 1093.

⁹ Se in una prima fase, a cavallo tra la fine del XIX secolo e l'inizio del XX, si sono trasposti principi del diritto privato nell'ambito del diritto amministrativo, costruendo una teoria dell'atto amministrativo che "imitava" quella del negozio giuridico, a metà del XX secolo, si è passati a rivendicare le caratteristiche peculiari degli istituti pubblicistici, cercando di individuare autonomi principi, idonei a costruire una teoria generale; in questi termini P. BODDA, *Opinioni sulla causa dell'atto amministrativo*, in ID., *Studi sull'atto amministrativo*, Torino, 1973, 89 ss. E così, in particolare con Massimo Severo Giannini, nell'ambito della nozione di atto amministrativo, si è arrivati ad elaborare compiutamente la categoria del provvedimento quale atto autoritativo con cui l'amministrazione dispone in ordine all'interesse pubblico per mezzo della potestà ad essa attribuita e incide unilateralmente su altrui situazioni giuridiche soggettive; cfr. M. S. GIANNINI, *Lezioni di diritto amministrativo*, *op. cit.*, 291 ss.; ID., voce *Atto amministrativo*, in *Enc. dir.*, IV, Milano, 1959, *ad vocem*; ID., *Diritto amministrativo*, II, Milano, 1993, 235 ss. Più in generale, per un breve ma chiaro *excursus* ricco di riferimenti dottrinali sull'evoluzione degli studi in materia di atto e provvedimento amministrativo, dal modello pandettistico di fine Ottocento agli sviluppi normativi e giurisprudenziali degli anni Novanta del secolo scorso, si rinvia a E. CASETTA, voce *Provvedimento e atto amministrativo*, in *Dig. disc. pubbl.*, XII, Torino, 1997, 243 ss.

¹⁰ La teoria generale delle autorizzazioni e concessioni amministrative elaborata dall'Autore, ispirata - talvolta anche in chiave critica - agli orientamenti della dottrina tedesca (i riferimenti sono

Occorre premettere che l'Autore adotta una prima grande distinzione tra atti amministrativi di sola esecuzione, diretti ad accertare l'esistenza, nel caso di specie, dei requisiti di legge necessari per il riconoscimento di diritti «*normali*», ossia derivanti da una norma giuridica generale¹¹, e atti amministrativi che, invece, sono diretti a «creare caso per caso diritti *eccezionali* o a permettere l'esercizio di diritti *potenziali*», ossia che «*creano essi direttamente dei diritti in una persona determinata, oppure ne permettono l'esercizio o l'acquisto, trovando dell'uno e dell'altro effetto la sola possibilità astratta in una legge preesistente*». ¹²

Gli atti che rientrano in questa seconda categoria sono di due tipi, autorizzazioni e concessioni, intorno a cui è costruita la teorica ranellettiana. Questa bipartizione si fonda sulla distinzione tra il concetto di «*rimozione di limiti e conseguente trasformazione di un diritto da potenziale in attuale*» e «*creazione di un diritto*, di cui il soggetto giuridico, che lo acquista, aveva soltanto la *possibilità*»: con l'autorizzazione si permette l'esercizio di un diritto, con la concessione lo si crea. ¹³

Più nello specifico. L'effetto dell'autorizzazione è la rimozione di limiti che l'ordinamento può prevedere in relazione allo svolgimento di determinate attività ¹⁴ il

in particolare a Meyer e Loening), è articolata in tre parti: O. RANELLETTI, *Concetto e natura delle autorizzazioni e concessioni amministrative*, in *Giur. it.*, 1894, vol. XLVI, parte IV, 7-83; ID., *Capacità e volontà nelle autorizzazioni e concessioni amministrative*, in *Riv. it. sc. giur.*, vol. XVII, 1894, cap. I, 3-100, cap. II, 315-372; ID., *Facoltà create dalle autorizzazioni e concessioni amministrative*, in *Riv. it. sc. giur.*, vol. XIX, 1895, 3-107, vol. XX, 255-337, XXI, 1896, 77-172, 350-379, XXII, 177-277.

La scienza giuspubblicistica antecedente non si era particolarmente soffermata sul tema dell'atto amministrativo; l'interesse per un'indagine in materia, infatti, coincise con la cosiddetta svolta orlandiana e solo a fine Ottocento si ebbe l'elaborazione di una sistematica proprio grazie all'opera citata, che introdusse significativi elementi di novità nel dibattito teorico sul punto, posto che, come lo stesso Autore ebbe cura di premettere delimitando il capo di studio (in ID., *Concetto e natura, op. cit.*, cit., 13-14), oggetto della sua teorica sono esclusivamente tutti quegli atti «*diretti ad un soggetto giuridico [...] diverso da quello, di cui fa parte l'autorità, che li emanò*» e, tra questi, tutti gli atti «*si quali riconoscono o creano dei diritti in un soggetto giuridico*». Del resto l'A. (ID., *op. ult. cit.*, cit., 11), che ha la lungimiranza di riconoscere come lo studio degli atti amministrativi rappresenti «il campo più vasto, che si possa aprire nel diritto amministrativo ai suoi cultori», rileva altresì come, al tempo, con il materiale scientifico a disposizione, fosse particolarmente difficile se non «impossibile [...] tentare direttamente la costruzione di una teoria generale *completa* di tutti gli atti amministrativi», ritenendo preferibile costruire «teorie parziali, cioè per singoli gruppi di atti amministrativi»; solo procedendo a gradi, infatti, «sarà possibile passare ad una più piena generalizzazione e giungere a quella meta, che nel diritto privato è già così bene raggiunta colla parte generale intorno ai negozi giuridici».

¹¹ «In questi è la legge, che crea il diritto, e l'autorità amministrativa serve da puro mezzo per l'accertamento dell'esistenza dei requisiti necessari, stabiliti dalla legge, e quindi per il riconoscimento del diritto in quel dato soggetto giuridico», così ID., *Concetto e natura*, cit., 32.

¹² ID., *Concetto e natura*, cit., 17-18.

¹³ ID., *Concetto e natura*, cit., 33.

¹⁴ Si veda ID., *Concetto e natura*, cit., 18 ss., laddove l'A. sottolinea come nel diritto positivo si trovino una serie di atti «che per essere compiuti, debbono essere permessi dall'autorità competente»; questi atti vengono ricondotti alla funzione cosiddetta conservatrice dello Stato, con cui esso tende «alla tutela della propria integrità ed autorità, dell'ordine pubblico, della fede pubblica, della sicurezza pubblica, dell'igiene e sanità pubblica». L'individuo, infatti, conserva una libertà che, tuttavia, si deve esplicare «nell'orbita dell'ordine e della legge, per trovarsi in armonia coll'azione dello Stato e concorre all'attività del tutto; e questo importa una serie di limiti per l'attività dei singoli; limiti, che derivano

cui esercizio, nonostante sia condizionato dal potere pubblico, rientra nella sfera giuridica del privato il quale, successivamente all'esplicarsi dell'attività autorizzatoria, «come ampiezza del diritto, nulla ha [...] più di quanto aveva prima»¹⁵.

L'attività autorizzata appartiene quindi al campo di pertinenza dell'individuo e per ciò, se pur limitata ad uno stato potenziale, preesiste rispetto all'esplicarsi del potere autorizzatorio.¹⁶ È in tale primaria caratteristica, legata appunto alla rimozione di un limite ad un diritto preesistente che l'autorizzazione si differenzia, nell'elaborazione ranellettiana, dalla concessione¹⁷ nella quale, invece, è il potere pubblico ad aprire al privato la possibilità di esercitare attività precluse alla sua sfera d'azione, attribuendo

dalla necessità dell'organizzazione e della vita dello Stato». Tali limitazioni al libero esercizio delle facoltà individuali variano nel tempo e nello spazio, devono fondarsi su una previsione di legge e rendono vietata l'attività finché non si ottenga dall'autorità competente il permesso di poterla compiere.

¹⁵ ID., *Facoltà create*, cit., 367.

¹⁶ Si veda ID., *Concetto e natura*, cit., 25: «non è l'amministrazione pubblica quella, la quale crea il diritto nel subbietto giuridico, del quale si tratta, ma il diritto subbiettivo (*lato sensu*) in lui preesiste [...] ma è desso un diritto puramente *possibile*, oppure *potenziale*, e che può divenire *attuale*, cioè essere *acquistato*, oppure *esercitato*, quando l'autorità pubblica riconosca che tutte le condizioni, in vista delle quali la legge ha posti quei limiti al libero esplicamento dell'attività individuale, esistono in una maniera rispondente alle esigenze di quell'interesse, che la legge con la proibizione condizionata vuole tutelare». Si precisa qui che l'A. (cfr. p. 26) fa riferimento ad un diritto che preesiste allo stato potenziale quando vuole indicare che esso preesiste sulla base di una precedente legge generale, mentre parla di un diritto possibile, che può essere acquistato quando questo viene creato nel soggetto giuridico dall'attività di altre persone, diverse dall'amministrazione; il concetto di base, in ogni caso, è lo stesso: l'autorizzazione rimuove un limite ad un diritto (*lato sensu*) preesistente, permettendone l'esercizio nel primo caso o l'acquisto nel secondo. E ancora ID., *Facoltà create*, XXI, cit., 147 ss. per cui «nelle autorizzazioni vi è già nell'individuo il diritto, per quanto *potenziale*, e l'autorità lo rende soltanto *attuale*. Questa trasformazione da potenziale in attuale dipende dal potere discrezionale dell'autorità amministrativa, potere, che si esplica in maggiore o minore misura, ma giammai in modo arbitrario».

¹⁷ Sulla rimozione del limite lo stesso Ranelletti osservava come, a voler sofisticare, tutto si sarebbe potuto ricondurre ad una rimozione, sia per le autorizzazioni sia per le concessioni; l'A., tuttavia, così difende la sua concezione in ID., *Concetto e natura*, cit., 33 ss.: «capisco bene che, sofisticando sopra i due concetti di rimozione di limiti posti dalla legge al libero esplicamento dell'attività individuale, e di creazione del diritto, si può tutto ridurre al primo tipo, perché si può concepire lo Stato di fronte alla libertà *naturale* dei singoli e vedere in tutte le norme di diritto pubblico, che nel nostro caso si presentano, tanti limiti apportati a questa libertà; ed allora qualunque di questi atti, autorizzazioni e concessioni, appare come rimozione di limiti o restituzione della piena e libera attività ad ognuno. Ma è un principio ormai indiscutibile che presupposto generale di qualsiasi tentativo scientifico nel diritto amministrativo, come in ogni altro ramo del diritto pubblico, è il partire da uno Stato già costituito e determinato, con tutto l'ordinamento relativo di poteri, di uffici, di libertà. [...] Se si accetta, come si deve, questo concetto, apparirà chiara la mia distinzione». In ogni caso non è mancato chi, nella dottrina successiva, ha sottolineato l'indeterminatezza del criterio, poi ricercandone possibili sviluppi e interpretazioni attualizzate: cfr., tra gli altri, G. ORTOLANI, *Autorizzazione e approvazione*, in *Scritti giuridici in onore di Santi Romano*, Padova, 1940, II, 251 ss.; A. M. SANDULLI, *Il procedimento amministrativo*, Milano, 1940, rist., 1959, 66 ss., nota 16; F. FRANCHINI, *Le autorizzazioni amministrative costitutive di rapporti giuridici fra l'Amministrazione e i privati*, Milano, 1957, 15 ss.

nuovi diritti che nella legge sono posti come semplice *possibilità*, in quanto la loro creazione nel caso di specie è rimessa all'autorità amministrativa.¹⁸

L'elaborazione dei due concetti di rimozione del limite ad un diritto preesistente per le autorizzazioni e creazione *ex novo* di un diritto per le concessioni ha come presupposto un'idea si potrebbe dire funzionalizzata della natura giuridica degli atti amministrativi¹⁹, che conduce l'Autore ad una loro classificazione proprio sulla base di un criterio funzionale che costituisce l'essenza della definizione di autorizzazioni e concessioni e della distinzione ranellettiana tra i due concetti²⁰.

Così, in sintesi, l'autorizzazione ha una funzione di tutela, di prevenzione, che si concretizza in obblighi di garanzia, della società e dei terzi, con i quali si limita l'esercizio delle libertà e facoltà del singolo, al fine di impedire che la sua attività contrasti con le esigenze pubbliche;²¹ la concessione, invece, è principalmente

¹⁸ Cfr. O. RANELLETTI, *Concetto e natura*, 28 ss. e cit. 29, laddove si scrive che, per le concessioni, «si esce fuori del campo di attività proprio di ogni individuo e si passa al di là, in una nuova sfera, che lo Stato viene a lui ad aprire, si ha in altre parole un vero nuovo diritto (*sensu lato*), che dallo Stato è conferito al privato, senza che questi ne abbia neppure il germe».

¹⁹ Per l'Autore l'atto amministrativo è atto d'impero, ossia autoritativo e unilaterale, non perché con esso si ordina ma perché con esso si persegue l'interesse pubblico. È la finalizzazione del potere al perseguimento dell'interesse generale che determina il carattere autoritativo e unilaterale dell'atto amministrativo: una considerazione che ha lasciato un'impronta durevole nelle teorizzazioni sull'atto e sul provvedimento amministrativo e che ancora perdura (se pur ridimensionata nelle sue implicazioni alla luce, in *primis*, di successivi interventi normativi: si pensi per esempio all'introduzione della possibilità di stipulare accordi tra amministrazione e privati che ha reso "negoziabile" la discrezionalità amministrativa). È possibile quindi continuare a qualificare come autoritativi i poteri attribuiti all'amministrazione in vista del conseguimento di un certo effetto o della produzione di una certa vicenda giuridica anche nel caso in cui l'atto mediante cui ciò si realizza sia di natura pattizia, in quanto quest'ultimo rappresenta un mero strumento, non autoritativo, per l'esplicamento di poteri che l'ordinamento generale qualifica come unilaterali ed autoritativi e che, pertanto, producono effetti autoritativi a prescindere dal modo con cui sono stati raggiunti; in questi termini E. CASSETTA, voce *Provvedimento e atto amministrativo*, *op. cit.*, 250.

²⁰ Cfr. ID., *Concetto e natura*, *cit.*, 16, per cui «io credo che una divisione di atti amministrativi si possa molto bene fondare sulla *funzione*, che compiono i diversi atti, e solo per questa via mi pare possibile giungere alla determinazione del concetto delle autorizzazioni e delle concessioni».

²¹ Si veda ID., *Concetto e natura*, 24 ss. e ID., *Facoltà create*, XXI, *cit.*, 147, per cui i limiti imposti «lasciano all'individuo la possibilità di avere la propria libertà di azione, se esistono le condizioni subbiettive ed obbiettive, da rendere sicuri che, accordata l'autorizzazione, saranno raggiunti quegli scopi per i quali la legge pose quel limite al libero esplicarsi dell'attività individuale» e ancora ID., *op. ult. cit.*, *cit.*, 319, per cui con l'autorizzazione l'amministrazione «tutela l'interesse pubblico all'occasione del soddisfacimento dell'interesse privato». Sul punto cfr. anche F. FRANCHINI, *Le autorizzazioni amministrative*, *op. cit.*, *cit.*, 21: «la eventuale attività del singolo, obiettivamente considerata, non è qui, in sé e per sé, antiggiuridica, ché anzi essa trova espresso fondamento in un diritto riconosciuto dall'ordinamento come proprio del singolo, e come tale oggetto di tutela di fronte ad ogni turbativa. È la possibilità, invece, che l'esercizio di questo diritto possa procurare un danno, diretto o indiretto, il modo, il «come» questo diritto possa essere esercitato, che induce lo Stato a porre il divieto. Nei confronti dell'esercizio di certi diritti dei privati lo Stato vuole cioè *constatare* se siano stati rispettati o vi sia garanzia che saranno rispettati determinati interessi della generalità»; l'autorizzazione allora – *cit.*, 25 ss. - «viene a porsi come conclusione di un'attività di accertamento che l'Amministrazione discrezionalmente svolge, caso per caso, sull'esistenza dei requisiti e delle condizioni richieste dalla legge e, allo stesso tempo, sull'opportunità che l'esercizio di un determinato diritto, sia pure in misura limitata, venga permesso. L'atto di autorizzazione tende, quindi, a

finalizzata al perseguimento di interessi sociali²²: la prima avrebbe funzione protettiva e conservativa²³, la seconda funzione propulsiva e sociale, di stimolo allo sviluppo di attività individuali²⁴.

Da ciò discende che, nell'autorizzazione, la Pubblica Amministrazione esprime una valutazione di non contrasto tra attività privata e interessi dello Stato, della società o di terzi, garantiti dall'ordinamento proprio grazie all'apposizione di limiti alla libertà individuale, valutandosi la capacità del privato a "non far male", mentre nelle concessioni si valuta la conformità dell'attività privata all'interesse dello Stato e dunque la sua "capacità a far bene".²⁵

Infine, tema strettamente connesso alla funzione del provvedimento - e a cui si fa qui cenno perché fondamentale in ordine alla sua trasferibilità per come trattata più oltre - è quello dei presupposti del suo rilascio, ossia delle condizioni e dei requisiti volti a garantire che durante lo svolgimento dell'attività autorizzata non siano violate le esigenze di tutela poste alla base del potere amministrativo o che siano raggiunti gli scopi di pubblico interesse che l'amministrazione persegue. Le diverse declinazioni con cui si presentano in concreto tali funzioni generali richiedono criteri non uniformi ma comunque individuabili e classificabili.

confermare nel caso specifico, attraverso l'ammissibilità dell'esercizio del diritto, una situazione di normalità. [...] In proposito pare, dunque, possibile dire che nei riguardi dell'attività di autorizzazioni la P.A. deve uniformarsi, piuttosto che semplicemente all'imperativo di come dover tutelare l'interesse pubblico, a quello di come poter permettere l'uso della libertà del cittadino senza sacrificare l'interesse pubblico».

²² O. RANELLETTI, *Facoltà create*, 330.

²³ Cfr. G. CORSO, *L'attività amministrativa*, Torino, 1999, cit., 59, per il quale nella dialettica tra autorità e libertà, tra prevenzione e repressione, «l'autorizzazione si colloca sul versante della prevenzione: sicché il pubblico potere, invece di reprimere ciò che è illecito o nocivo, vieta in anticipo l'attività privata che potrebbe qualificarsi in questo modo sino a quando non la autorizzi».

²⁴ O. RANELLETTI, *Concetto e natura*, cit., 30, nelle concessioni lo Stato ci appare «nella sua funzione di perfezionamento della società, cioè nella cura del bene intellettuale, morale e materiale di questa, cioè nella sua *attività sociale*, [...] in quella parte di questa, nella quale lo Stato *agevola e sprona lo sviluppo dell'attività individuale, ne segue e ne regola le manifestazioni*. [...] E quindi in tutti questi atti lo Stato, [...] o che dia qualche cosa di suo ad altri, o che permetta che altri faccia qualche cosa sul suo, o che conceda lavori pubblici, opera sempre in vista di interessi generali, di cui esso si presenta non più come semplice *tutelatore*, ma come vero *curatore o tutelatore e curatore insieme*». La volontà di agevolare e spronare lo sviluppo dell'attività individuale è una causa generica, uguale per tutte le concessioni, dietro questa causa «si hanno tutti i motivi impellenti e determinanti la volontà dell'agente, i quali sono rappresentati dagli scopi di soddisfare le esigenze di tutela e di progresso, che rendono possibile o determinano la concessione e da tutti gli scopi secondari e concomitanti di garanzia dei terzi o della società o di giustizia distributiva», così ID., *Facoltà create*, XIX, cit., 257 ss.

²⁵ ID., *Capacità e volontà*, 82, 327, 329. Molte sono le implicazioni che Ranelletti fa discendere da questa impostazione tra le quali il fatto che nelle autorizzazioni il destinatario è sempre individuato in colui che richiede la rimozione del limite alla sua libertà, mentre nelle concessioni è ammissibile una valutazione comparativa di idoneità, volta al raggiungimento dei fini pubblici cui l'atto è preordinato; altro corollario rilevante per l'Autore è che lo Stato non ha interesse allo svolgimento dell'attività autorizzata, che in qualunque momento può liberamente cessare, a differenza, evidentemente, di quanto accade nel regime concessorio; in questi termini A. ORSI BATTAGLINI, voce *Autorizzazione amministrativa*, in *Dig. (disc. pubbl.)*, II, Torino, 1987, 62.

E così Ranelletti ricercò dapprima quali fossero i requisiti previsti in capo al beneficiario di un'autorizzazione o concessione, ossia quali fossero i «motivi sufficienti ad indurre l'autorità ad accordare l'una o l'altra» e a far sì che l'atto amministrativo potesse «produrre i suoi effetti in modo giuridicamente inattaccabile», rilevando come variassero da caso a caso in relazione alle persone o agli interessi da salvaguardare.²⁶

Poi, procedette ad una loro generale classificazione in «subbiettivi» ed «obbiettivi»: i primi relativi al soggetto, i secondi relativi alle «condizioni dell'ambiente, del luogo, del tempo, nei quali deve svolgersi l'attività della persona».²⁷

«I requisiti subbiettivi sono dati dalle qualità e condizioni della persona» che possono influire sulle esigenze ed interessi che la legge mira a tutelare e che sono per ciò posti alla base dei limiti all'esplicarsi dell'attività individuale.²⁸ I requisiti obiettivi, invece, sono le «condizioni esterne, in mezzo alle quali il fatto del privato deve compiersi», condizioni che, anch'esse, possono influire sullo scopo che la legge ebbe di mira nell'apportare limitazioni alla libera attività del singolo;²⁹ tali requisiti vengono ulteriormente classificati in personali e materiali: gli uni si riferiscono alle «condizioni delle *persone*, in mezzo alle quali l'atto deve manifestarsi», gli altri «alle condizioni dei *luoghi*, in cui l'atto si vuol compiere».³⁰

Di fronte a questi requisiti subbiettivi ed obbiettivi l'autorità pubblica può avere un certo margine di discrezionalità per la loro valutazione, che varia a seconda delle limitazioni poste dalla legge alla discrezionalità stessa: «si può andare dal massimo potere discrezionale all'inesistenza di questo potere, attraverso tutta una graduazione di casi»³¹.

²⁶ O. RANELLETTI, *Capacità e volontà*, cit., 71; più in generale il tema è affrontato nella Sezione II dell'opera citata, dedicata alla «Capacità per essere autorizzato o concessionario», pp. 70-100.

²⁷ ID., *Capacità e volontà*, cit., 72 ss.

²⁸ ID., *op. ult. cit.*, cit., 73. L'A. precisa che «tali qualità o son relative alla condotta del richiedente, come nell'apertura di esercizi pubblici; o sono relative alla sua capacità tecnica, come nell'apertura di farmacie; o alla sua prudenza, come nel porto d'armi».

²⁹ La classificazione, riferita nelle citazioni riportate alle autorizzazioni, vale, per l'Autore, anche in materia di concessioni, che pur hanno, come accennato, una diversa funzione; cfr. ID., *op. ult. cit.*, 82.

³⁰ ID., *op. ult. cit.*, cit., 73; e si prosegue specificando che «nel primo caso si è di fronte ad atti, i quali non possono essere compiuti in quel momento, e fra quelle persone, ma saranno possibili, quando quelle condizioni, e quelle persone siano mutate: nel secondo siamo di fronte ad atti, che non possono essere compiuti in quel luogo, ma saranno possibili o in altri luoghi diversi, o quando le condizioni di quello stesso siano mutate»; al di là delle più specifiche classificazioni l'A. ritiene opportuno osservare (cit. 89), e per le autorizzazioni e per le concessioni, che sotto il nome «capacità necessaria per essere autorizzato o concessionario», si ricomprende l'insieme dei requisiti tanto subbiettivi quanto obbiettivi, tuttavia, per maggiore chiarezza terminologica, si può distinguere la *capacità*, intesa come insieme dei primi dalla *possibilità* quale insieme dei secondi.

³¹ Sul punto ID., *op. ult. cit.*, 78 ss. e cit., 80; l'A. sottolinea che se i requisiti posti dalla legge, tanto subbiettivi quanto obbiettivi, sono «fatti, che si possono accertare con sicurezza assoluta, perché hanno un'esistenza propria, certa e determinata, e quindi se la legge richiede solo dei requisiti di questa specie, ed obbliga l'autorità pubblica ad accordare l'autorizzazione, quando essi esistano, non si ha

Alla luce di questa breve ricostruzione della sistematica elaborata da Ranalletti, si osserva come l'Autore, incentrando la radice della distinzione tra autorizzazioni e concessioni rispettivamente sul criterio della rimozione del limite ad un diritto preesistente e della costituzione *ex novo* di un diritto, abbia posto, innanzitutto, le fondamenta teoriche per un approfondimento sul rapporto tra atto amministrativo quale concretizzazione di un potere che persegue l'interesse pubblico e situazione giuridica soggettiva del destinatario.³²

Ora, con riferimento in particolare alle autorizzazioni, si deve rilevare come nodo centrale della teorica ranellettiana sia l'affermazione di preesistenza di una posizione di diritto, aspetto sul quale la dottrina successiva ha concentrato particolarmente il suo esame. Si è osservato infatti come l'Autore, ritenendo che l'autorizzazione potesse essere rilasciata soltanto a chi già disponeva di un diritto e ammettendo quindi la possibile esistenza di una relazione tra esercizio del potere e diritto tale da consentire un incontro tra il privato e la sua iniziativa da un lato e la pubblica amministrazione e il suo controllo dall'altro, fece sì che «la rassicurante alterità tra diritti e potere amministrativo», che aveva dominato le riflessioni del periodo storico precedente, si dissolvesse «alla luce della consapevolezza che interessi privati e poteri pubblici ben potevano articolarsi secondo un assai più ricco assetto»³³.

Sul punto, alcuni Autori, successivamente, continuarono a sostenere la radicale inconciliabilità della preesistenza di una posizione di diritto soggettivo rispetto ad un

più un potere discrezionale. Invece vi sono altri requisiti, nei quali rientra questo potere; e ciò accade tutte le volte che essi non sono determinati, né determinabili con esattezza nella loro esistenza, per cui è necessario nell'accertarli un certo apprezzamento, e dove entra l'apprezzamento, incomincia il potere discrezionale; così nel requisito della buona condotta, nello stabilire se siano possibili violazioni della sanità pubblica o dell'ordine pubblico, e così via». Stesso discorso viene affrontato in materia di concessioni rilevando altresì che – cit. 88 ss. – per le autorizzazioni, trattandosi di limiti posti al libero esplicamento dell'attività individuale, è «giuridicamente necessario» che il potere discrezionale sia limitato «per quanto più è possibile [...] specialmente quando quei limiti tocchino i diritti di libertà dell'individuo»; per le concessioni, avendo riguardo alla loro funzione «di organizzazione o di perfezionamento, in cui nuovi diritti, nuove sfere d'azione vengono concesse all'individuo per raggiungere quasi sempre degli scopi positivi di pubblica utilità», è naturale che il potere discrezionale sia tendenzialmente più ampio.

³² Cfr. E. CASSETTA, voce *Provvedimento e atto amministrativo*, *op. cit.*, cit., 243 ss., che così scrive: «da disamina dei motivi per i quali la svolta impressa dal Ranalletti si collocò, dal punto di vista temporale, nel periodo indicato non è operazione semplice», tuttavia pare «utile sottolineare come nel 1894, quando Ranalletti pubblicò la prima parte dei suoi studi su autorizzazione e concessione, fosse da poco istituita la quarta sezione del Consiglio di Stato»; la legge istitutiva imponeva «una traslazione dell'analisi scientifica dal piano dei rapporti intersoggettivi fra amministrazione e privato a quello della funzionalizzazione dell'attività amministrativa, ed induceva così la dottrina ad interrogarsi sui rapporti tra interesse pubblico e situazioni soggettive dei privati. [...] Il rapporto fra le sfere dell'autorità e della libertà del privato non tollerava conseguentemente di essere descritto con la formula semplicistica della contrapposizione-esclusione (dove c'è diritto non c'è potere e viceversa), ma imponeva di analizzare nella loro compiutezza le relazioni e l'intrecciarsi fra l'interesse pubblico curato a mezzo dell'atto e situazione soggettiva incisa».

³³ F. FRACCHIA, voce *Autorizzazioni amministrative*, in S. Cassese (diretto da), *Dizionario*, vol. I, 2006, cit., 598 ss.

potere amministrativo³⁴, altri, pur non discostandosi dalla scia tracciata da Ranalletti in ordine alla preesistenza di un diritto o potere, sottolinearono, con sfumature diverse, l'effetto costitutivo della facoltà di esercizio del diritto o potere³⁵, rendendo per tale aspetto più incerta la distinzione con le concessioni³⁶ e mettendo così alla prova la tenuta del modello.³⁷

Ciò non di meno si può validamente affermare che la definizione di autorizzazione ha continuato a richiamare, nelle sue linee essenziali, il concetto di rimozione del limite ad un diritto preesistente.³⁸

³⁴ In tale senso si vedano D. DONATI, *Atto complesso, autorizzazione, approvazione*, in *Arch. Giur.*, Modena, 1903, 4 ss., e 53 ss. e 82 ss. per cui l'autorizzazione si pone come condizione dell'esercizio legittimo del potere dell'autorizzato e dunque come presupposto della sua legittima esistenza; L. RAGGI, *L'atto amministrativo e la sua revocabilità*, Città di Castello, 1904, 63 ss.; G. ORTOLANI, *Autorizzazione e approvazione*, in *Scritti giuridici in onore di Santi Romano*, II, Padova, 1940, 263 ss.

³⁵ U. FORTI, voce *Autorizzazioni amministrative*, in *Nuovo Dig. it.*, XVI, Torino, 1937, cit., 1178 ss., per il quale l'autorizzazione costituisce «la condizione della conformità al diritto dei singoli atti di esercizio di una facoltà che già appartiene al soggetto» e precisa «il contenuto dell'atto di autorizzazione non si esaurisce nell'accertamento, meramente dichiarativo, della sussistenza di determinate circostanze: l'atto mira ad un effetto *costitutivo*. [...] L'effetto dell'autorizzazione [...] ben può indicarsi, secondo la formula di Ranalletti, comunemente accolta nella nostra dottrina, rilevando che l'autorizzazione rimuove caso per caso un *limite* che l'ordinamento giuridico ha posto ai singoli atti di *esercizio* di un potere giuridico. La nuova situazione giuridica che l'autorizzazione tende a costituire consiste dunque nel rendere conforme al diritto un singolo atto di esercizio di un potere giuridico, che, naturalmente, il titolare di questo potere ha facoltà di compiere». Cfr. anche G. VIGNOCCHI, *La natura giuridica dell'autorizzazione amministrativa*, Padova, 1944, in particolare 53 ss. e 107, in cui si fa ricorso al concetto di *condicio juris* e si definisce l'autorizzazione come un atto condizionante l'efficacia di una fattispecie precedente e come elemento integrativo di una fattispecie complessa, allargando la sfera di efficacia della fattispecie rispetto a quei poteri condizionati dall'autorizzazione; P. GASPARRI, voce *Autorizzazione (dir. amm.)*, in *Enc. dir.*, IV, 1959, cit., par. 7, per il quale le autorizzazioni «sono intese a costituire delle legittimazioni o potestà *ex novo* in capo all'autorizzato». Sul punto cfr. quanto sostenuto da F. FRANCHINI, *op. cit.*, *passim*, Autore che, in ordine alla posizione giuridica soggettiva del privato, aderisce all'ottica della preesistenza di un diritto dell'autorizzato e alla rimozione del limite, sottolineando proprio che con l'autorizzazione, seppur praticamente l'amministrazione conferisce la facoltà di esercizio del diritto, giuridicamente l'effetto dell'atto è quello della rimozione del limite previa valutazione di opportunità in rapporto all'interesse da tutelare: «l'autorizzante permette e acconsente ma non crea né trasferisce alcunché in favore dell'autorizzato» (pp. 8 ss. e cit. p. 12, nota 18) e che prospetta una idea di autorizzazione costitutiva semmai di un particolare rapporto tra amministrazione e privato, rapporto che si crea e modella proprio sulla base dell'autorizzazione e in cui, anche successivamente al suo rilascio, la pubblica amministrazione deve attivamente perseguire l'interesse pubblico, conformando e controllando l'attività dell'autorizzato nell'ambito di un rapporto continuativo e duraturo che, nella maggioranza dei casi, non si esaurisce con la sola preventiva attività di accertamento, ponderazione di interessi e conseguente rimozione del limite.

³⁶ Così E. CASETTA, *Diritto amministrativo*, Milano, 1999, 305.

³⁷ In generale si è osservato come la concezione tradizionale in materia sembra ricondursi ad un'ideologia fondata sulla preferenza per la tutela delle libertà, mentre la concezione costitutiva del provvedimento autorizzatorio sembra più riconnettersi ad esigenze contingenti, di giustificazione dell'espansione del condizionamento pubblico sulle attività private, così F. FRACCHIA, *Autorizzazione amministrativa e situazioni giuridiche soggettive*, Napoli, 1996, 214.

³⁸ Si veda in particolare quanto sostenuto da A. M. Sandulli, autore che maggiormente ha sviluppato in chiave moderna lo schema ranellettiano e che, in ordine alle situazioni giuridiche soggettive richiama integralmente l'idea di attribuzione *ex novo* di un diritto per la concessione e di preesistenza in caso di autorizzazione; in tal senso A. M. SANDULLI, *Notazioni in tema di provvedimenti*

È chiaro che mentre Ranelletti faceva riferimento ad una concezione elastica del diritto, che permetteva di concepire unitariamente un momento statico, in cui il diritto esisteva ma non poteva essere esercitato ed un momento dinamico, che conseguiva al rilascio del provvedimento autorizzatorio, in cui si “sbloccava” la possibilità o facoltà di esercitare quel diritto³⁹ prima esistente solo in potenza⁴⁰, successivamente, mutando *in primis* la concezione del diritto stesso⁴¹, furono necessari degli adattamenti, interpretativi e lessicali, ai quali la stessa concezione costitutiva dell’autorizzazione può in parte ricondursi.

Più in generale poi la lettura tradizionale si è evidentemente sviluppata nel tempo per via del diffondersi di ulteriori studi sul tema⁴² e complicata per via del vasto

amministrativi, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, VII, 1957, 784 ss., in cui l’A. distingue tra attività di pertinenza pubblica e attività di pertinenza privata, individuando attività riservate all’amministrazione ed esercitate direttamente o con sostituti, attività esercitate dai privati e subordinate ad un interesse pubblico volto al miglior soddisfacimento di fini collettivi, attività esercitate dai privati ma rispetto alle quali l’ordinamento pone solo cautele a salvaguardia degli interessi collettivi potenzialmente confliggenti: i procedimenti autorizzatori vengono fatti rientrare in quest’ultime due tipologie, in cui la preesistenza del diritto del destinatario viene sostenuta - p. 792 - ricorrendo anche ad esemplificazioni presenti sul piano costituzionale, riferendosi in particolare agli articoli 33, 41 e 42 Cost. per l’apertura di scuole, il commercio e l’attività edilizia, diritti a cui l’attività permissiva della pubblica amministrazione nulla aggiunge; cfr. anche ID., *Autorizzazioni, abilitazioni, licenze*, in *Rass. dir. pubbl.*, XIII, 1958, 9 ss.

³⁹ Cfr. O. RANELLETTI, *Facoltà create*, *op. cit.*, *passim*, in cui si parla proprio di facoltà di attuazione del proprio diritto e cit., XIX, 4, laddove l’A. attribuisce alla parola facoltà un significato ampio, «indicando con essa il contenuto di qualsiasi interesse, costituisca questo o no un diritto subiettivo: e non parlo di diritto appunto per non pregiudicare la questione della natura giuridica. Ciò spiega perché molte volte [...] io, usando la parola diritto, abbia aggiunto “in senso lato”; e indica pure che la parola diritto tutte le altre volte in cui è usata sola, non si può prendere in senso rigoroso».

⁴⁰ Cfr. O. RANELLETTI, *Concetto e natura*, *op. cit.*, 25. Si veda anche Santi ROMANO, *Principi di diritto amministrativo italiano*, II ed., Milano, 1906, cit., 45, che, riprendendo la definizione elaborata da Ranelletti, si riferisce all’autorizzazione come quell’atto «che rimuove un limite, da cui è impedito l’esercizio di un diritto già esistente, o trasforma questo da potenziale in attuale».

⁴¹ Si noti in particolare come lo stesso A. M. SANDULLI, *Notazioni*, *op. cit.*, 793 ss., che, come detto, ampliando e interpretando la teoria di Ranelletti ne rimase “fedele” nelle linee essenziali, riconobbe comunque «forza costitutiva» alle autorizzazioni: a ciò si arriva perché l’Autore concepisce il diritto soggettivo come situazione statica, che individua la relazione di un soggetto rispetto ad altri soggetti e oggetti e la distingue dalle potestà e facoltà, situazioni dinamiche che presuppongono il diritto soggettivo e che vengono riconosciute in capo al titolare del diritto per svolgere attività giuridiche o materiali. Da questa premessa si fa discendere che le autorizzazioni operano solo sulle situazioni dinamiche che «albergano in stato di latenza» nel diritto soggettivo, che le contiene in uno stato potenziale e che diventano attuali, ossia esercitabili, solo con l’esplicarsi del potere autorizzatorio, che perciò non costituisce ma espande il diritto preesistente.

⁴² La dottrina pubblicistica che affrontò il tema successivamente agli studi di Ranelletti fu certamente condizionata dai criteri dettati ma, come ovvio, le prospettive d’indagine si ampliarono, approfondendo anche aspetti quali il contenuto, i destinatari, gli effetti. Un primo riferimento in proposito può essere fatto a Santi Romano che, nella sua teoria sui rapporti di diritto amministrativo, inserì un’ampia riflessione sugli atti amministrativi, ragionando sui principi della loro validità e analizzando i criteri per la loro identificazione e classificazione; su quest’ultimo punto si veda Santi ROMANO, *op. ult. cit.*, in particolare 48 ss., in cui l’A. sottolinea, peraltro, la rilevanza di associare al criterio puramente soggettivo anche un criterio sostanziale di identificazione dell’atto amministrativo, emanato non esclusivamente da un organo dell’Amministrazione quanto piuttosto da *un’autorità nell’esercizio di una funzione amministrativa*, così operando una distinzione rispetto ai meri fatti e ai

panorama di provvedimenti autorizzatori che si è progressivamente delineato nella produzione normativa⁴³, a cui spesso si è associata una scarsa chiarezza terminologica che ha determinato un proliferare di provvedimenti variamente appellati⁴⁴, determinando maggiori difficoltà nel precisare con esattezza il contenuto e i limiti delle categorie.

Non si deve sottovalutare, inoltre, come la disciplina normativa abbia arricchito il profilo funzionale del provvedimento autorizzatorio, aspetto centrale nella dogmatica ranellettiana.⁴⁵ E così l'attività della Pubblica Amministrazione, originariamente

regolamenti. Interessante è poi la rivisitazione operata successivamente da A. M. Sandulli che, come già accennato, ha fondato la propria costruzione in tema di provvedimenti sulla distinzione tra ambito di pertinenza dell'attività alla sfera pubblica e a quella privata, richiamando e sviluppando il criterio funzionale di Ranelletti; sul punto si veda in particolare A. M. SANDULLI, *Notazioni in tema di provvedimenti autorizzativi*, *op. cit.*, 787, in cui, all'interno dell'area di pertinenza pubblicistica si distingue tra casi di «avocazione» dell'attività, in cui l'amministrazione si spoglia o di diritti di cui è titolare (sovvenzioni) o di poteri e facoltà inerenti a tali diritti (deleghe e concessioni traslative), casi di «disposizione riservata», in cui l'attività è soggetta alla «direzione» della pubblica amministrazione che attribuisce diritti *ex novo* di cui non è e non può essere titolare (concessioni costitutive) e casi in cui l'attività è assoggettata a poteri di coordinamento a fini programmatici (licenze), tutti casi in cui si verifica un accrescimento dell'ambito giuridico del destinatario; nell'ambito invece privatistico, i poteri della pubblica amministrazione, esercitati in funzione permissiva, di controllo o di vigilanza, incidono su facoltà «connaturali all'originaria posizione giuridica» del destinatario dei relativi atti: in questo caso si parla di autorizzazioni, abilitazioni e approvazioni, a loro volta distinte sulla base di ulteriori criteri. Infine si veda anche M. S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, *op. cit.*, 621 ss. che introduce la distinzione tra procedimenti autorizzatori in funzione di controllo e procedimenti autorizzatori in funzione di programmazione: con i primi si riscontra la rispondenza a regole predeterminate, con i secondi si conforma l'attività a piani e programmi.

⁴³ Cfr. A. M. SANDULLI, *Notazioni*, *op. cit.*, cit., 785, che definisce «incalzante» l'aumento di ipotesi normative di autorizzazione; ID., *Autorizzazioni, abilitazioni, licenze*, *op. cit.*, 1; V. SPAGNUOLO VIGORITA, *Aspetti giuridici della disciplina dell'iniziativa economica privata*, in *Dir. dell'ec.*, 1955, 889.

⁴⁴ Tra i quali si può far riferimento, *in primis*, alla licenza, generalmente inquadrata come atto di autorizzazione ma talvolta definita come figura intermedia tra autorizzazione e concessione; per quest'ultima definizione il riferimento è a quanto sostenuto, in relazione alle licenze edilizie, da F. BENVENUTI, *I limiti allo «Jus aedificandi» e la natura giuridica della licenza edilizia*, in *Atti del convegno di diritto amministrativo in materia di licenze edilizie*, San Remo, 14-16 dicembre 1956, Città di Castello-Roma, 1957, 25 ss., e poi da A. M. SANDULLI, *Autorizzazioni, abilitazioni, licenze*, *op. cit.*, 10 ss. e ID., *Notazioni in tema*, *op. cit.*, 790 ss. Ugualmente ci si può riferire alle abilitazioni, ammissioni, iscrizioni e via discorrendo, provvedimenti che vengono distinti tra loro e rispetto all'autorizzazione sulla base di criteri di volta in volta diversi come la funzione o la discrezionalità e che fanno rilevare l'indeterminatezza sugli atti che devono rientrare nella categoria giuridica e la diversità dei fenomeni che ad essa si riconducono, così F. FRANCHINI, *op. cit.*, 1 ss.

⁴⁵ Le autorizzazioni, oggi, assumano infatti svariate finalità, talora contestualmente perseguite: vi sono autorizzazioni il cui rilascio è subordinato ad un controllo di compatibilità con il particolare interesse pubblico di volta in volta emergente, come quello storico-artistico, urbanistico, di tutela della salute, sanità, sicurezza; altre in cui l'attività privata non è solo limitata in termini di compatibilità con l'interesse pubblico ma in cui la Pubblica Amministrazione si riserva di apprezzare la capacità di «far bene» del privato, cercando una convergenza nei fini tra attività privata e interesse pubblico, che generalmente viene perseguito tramite una programmazione amministrativa cui l'attività privata deve conformarsi; in altri casi la funzione dell'autorizzazione è quella di fungere da barriera all'ingresso in un dato mercato contingentato, subordinando il rilascio del provvedimento all'esame del bisogno espresso dal mercato stesso quale obiettivo vantaggio per il benessere collettivo, o quella di permettere attività altrimenti vietate; così F. FRACCHIA, *Autorizzazione amministrativa e situazioni giuridiche soggettive*, *op. cit.*, 33.

limitata a consentire un'attività, si è potuta spingere alla conformazione della medesima⁴⁶ e la sua discrezionalità si è affermata non solo in ordine alla valutazione di compatibilità tra interesse pubblico e attività privata, ma anche nell'esame del bisogno di un determinato settore sulla base del quale è possibile negare il provvedimento, che si configura, per questo aspetto, come uno strumento di filtro per l'accesso al settore.⁴⁷

Il complicarsi delle funzioni riapre il connesso discorso sulla situazione giuridica soggettiva del beneficiario dell'autorizzazioni e conduce inevitabilmente ad abbandonare il mero diritto, pur nella sua più elastica concezione, per adottare l'idea di complesse situazioni giuridiche di vantaggio sulle quali il provvedimento incide⁴⁸, diverse tra loro a seconda dei diversi fini di volta in volta perseguiti.

⁴⁶ Cfr. D. SORACE, *Diritto delle amministrazioni pubbliche*, Bologna, 2017, 127, il quale, criticando la tradizionale costruzione dell'autorizzazione nei termini di rimozione di un limite all'esercizio di un diritto, evidenzia come il significato più profondo dell'autorizzazione sia da ricercarsi nella speciale funzione svolta in rapporto al potere pubblico di conoscere ed intervenire, nei limiti della discrezionalità e in ragione degli interessi pubblici rilevanti, sui programmi di attività dei privati.

⁴⁷ Sul punto si è osservato come sebbene al momento del suo rilascio l'autorizzazione rimuova un "ostacolo" la sua presenza diventa essa stessa un "ostacolo" allo svolgimento di attività di stampo imprenditoriale e il tema è diventato particolarmente rilevante nel momento in cui la disciplina italiana ha incominciato a confrontarsi con il paradigma comunitario, tanto che se ancora oggi l'autorizzazione può esser letta, nella sua natura giuridica, come atto ampliativo della sfera del privato - rendendo possibile, come visto, l'esercizio in concreto degli aspetti dinamici di situazioni giuridiche soggettive già nella disponibilità del privato - si deve comunque rilevare come da esso prenda vita un rapporto tra privato e amministrazione fondato, tendenzialmente, su controlli e su disposizioni conformative dell'attività autorizzata, spesso tali da far prevalere l'aspetto della limitazione su quello dell'ampliamento, rilevando criticamente come ciò tenda a ridurre la posizione di vantaggio preesistente quasi ad un mero fatto di legittimazione a richiedere l'autorizzazione; così F. FRACCHIA, voce *Autorizzazioni amministrative*, *op. cit.*, 600.

⁴⁸ In molti casi, infatti, l'autorizzazione pone condizioni a poteri e facoltà correlate a libertà, come quella di iniziativa economica o contrattuale (si pensi all'autorizzazione all'alienazioni di beni di interesse artistico o storico), in altri pone limiti all'esplicarsi di libertà stesse, come nel caso dell'istituzione di scuole o dell'apertura di case di cura, in altri ancora incide su veri e propri diritti, condizionandone le modalità di esercizio, come accade con il permesso di costruire che incide sul diritto di proprietà. Ci si riferisce quindi alla complessiva sfera giuridica del privato e alle svariate situazioni di vantaggio in essa ricomprese (e dunque non al solo diritto soggettivo) per tener conto, in particolare, di due aspetti. Il primo aspetto riguarda la non unitaria concezione di libertà (sulla quale, come sottolineato, il provvedimento può incidere), non necessariamente intesa come diritto soggettivo. L'altro riguarda la già citata evoluzione finalistica del provvedimento autorizzatorio, non solo strumento di mera limitazione di diritti soggettivi ma anche di perseguimento di interessi pubblici e dunque in grado, potenzialmente, di investire la complessità delle estrinsecazioni della personalità dei soggetti; il rilievo è di particolare importanza in quanto - come già accennato - al tempo in cui fu elaborata la dottrina della rimozione del limite si accettava una nozione ampia di diritto, comprensiva anche di poteri e facoltà, mentre successivamente il diritto fu considerato come una mera situazione statica relazionale, che escludeva facoltà, poteri e più in generale figure dinamiche, dal contenuto del diritto soggettivo: nell'accettare dunque la teoria della rimozione del limite, essa deve essere attualizzata riferendosi ad una limitazione all'esplicazione, più in generale, di situazioni di vantaggio, ritenendo coerentemente giustificata la distinzione tra il riconoscimento della titolarità di una situazione di vantaggio preesistente e l'esercizio dei poteri e facoltà connessi alla posizione, per i quali si richiede l'autorizzazione; in questi termini F. FRACCHIA, *Autorizzazione amministrativa e situazioni giuridiche soggettive*, *op. cit.*, 227 ss. Su tale ultimo punto, peraltro, lo stesso Autore (cit. p. 236) sostiene

Pertanto, restando nel solco della logica tradizionale, si può affermare che ciò che preesiste, e che può essere oggetto di condizionamento per mezzo del provvedimento, è la complessa sfera giuridica soggettiva del privato comprensiva di svariate situazioni di vantaggio, riconosciute dall'ordinamento generale per il tramite di fonti di rango primario⁴⁹ e che, nei confronti del potere amministrativo legislativamente previsto, si atteggiano, per la relatività delle situazioni giuridiche soggettive, oggi si può dire, a interesse legittimo.

Ranelletti ha dunque costruito un modello che reca in sé il fondamento della più moderna visione, nella quale si scinde la titolarità della posizione soggettiva dal suo esercizio conservando comunque l'idea della rimozione del limite a cui ancora oggi si può far validamente riferimento, affermando che, con l'autorizzazione, si rimuovono vincoli posti dall'ordinamento all'esercizio di determinate attività che costituiscono facoltà rientranti nella sfera giuridica del privato, il cui concreto svolgimento è subordinato e condizionato dal provvedimento. La titolarità della situazione soggettiva di vantaggio preesiste ma è limitata dall'ordinamento generale; solo il potere amministrativo può rimuovere il limite, autorizzando l'esercizio del diritto o l'esplicazione del potere così modificando la preesistente situazione soggettiva.⁵⁰

come l'indipendenza concettuale tra titolarità ed esercizio poggia sulla contrapposizione tra norme di relazione e norme di azione e paia altresì confermata dal fatto che la titolarità si ricollega alla capacità giuridica mentre l'esercizio alla capacità di agire; in quest'ultima si può individuare «la misura della soggettività interessata dall'autorizzazione, a seguito della quale il privato acquisisce la possibilità (ascrivibile appunto alla capacità di agire) di “esercitare” legittimamente diritti o poteri di cui già è titolare».

⁴⁹ A. ROMANO, *I soggetti e le situazioni giuridiche soggettive nel diritto amministrativo*, in L. MAZZAROLLI – G. PERICU – A. ROMANO – F. A. ROVERSI MONACO – F. G. SCOCA (a cura di), *Diritto amministrativo*, I, Parte generale, Bologna, 2005, 277 ss., che sottolinea proprio come l'ordinamento riconosca e garantisca posizioni di vantaggio che possono essere condizionate dal potere autorizzatorio solo con disposizioni di rango almeno legislativo, così individuando due momenti distinti: da un lato il previo riconoscimento, da parte dell'ordinamento generale, di una posizione di vantaggio e, dunque, la sua preesistenza, dall'altro la previsione, sempre di rango legislativo, di un limite all'esplicazione di alcune possibilità, afferenti alla situazione stessa, ritenute in grado di contrastare con interessi pubblici e tali da legittimare l'esercizio di un potere che operi una verifica o un contemperamento in concreto tra interessi potenzialmente contrastanti.

⁵⁰ Per un'idea di quanto la definizione di autorizzazione sia rimasta ancorata, anche più di recente, a quella tradizionale di rimozione del limite ad una situazione di vantaggio preesistente cfr., *ex multis*, G. ZANOBINI, *Corso di diritto amministrativo*, I, Milano, 1954, 264; R. VILLATA, *L'atto amministrativo*, in L. MAZZAROLLI - G. PERICU - A. ROMANO - F. A. ROVERSI MONACO - F. G. SCOCA (a cura di), *Diritto amministrativo*, op. cit., 842; M. D'ALBERTI, *Lezioni di diritto amministrativo*, II ed., Torino, 2012, 315 ss.; E. CASETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, a cura di F. FRACCHIA, Torino, 2016, 334 ss.; F. G. SCOCA, *Il provvedimento amministrativo*, in ID. (a cura di), *Diritto amministrativo*, 2017, 293 ss. In relazione alla concezione di autorizzazione come provvedimento modificativo di una preesistente situazione di vantaggio si sottolinea comunque come in parte della dottrina sia rimasto invece vivo il riconoscimento del carattere costitutivo di una nuova situazione giuridica; cfr. P. STELLA RICHTER, *Atti e poteri amministrativi (tipologia)*, in G. GUARINO (a cura di), *Dizionario di diritto amministrativo*, Milano, 1983, 357; A. ORSI BATTAGLINI, voce *Autorizzazione amministrativa*, in *Dig. (disc. pubbl.)*, Torino, 1987, II, 58 ss., il quale osserva che il titolo in base al quale l'attività può essere svolta va ricondotto ad una situazione giuridica creata *ex novo* dall'atto e non deriva da situazioni preesistenti, concependo il diritto soggettivo come una situazione statica; lo stesso autore, comunque, – si veda ID., *Attività vincolata e*

3. *La concessione nella tradizionale letteratura giuridica: il dibattito tra provvedimento e contratto*

La tradizionale definizione di concessione si riconduce, come accennato, all'esercizio di un potere pubblicistico ad effetto accrescitivo della sfera giuridica del destinatario dell'atto. Ma, al di là dell'effetto giuridico, la concessione si è sempre caratterizzata per la presenza di un momento di confronto, di contrattazione tra amministrazione concedente e privato concessionario: questo aspetto di negoziazione ha avuto rilevanza diversa nel corso del tempo, traducendosi giuridicamente in sostanziali differenze in ordine alla qualificazione della concessione.⁵¹

La natura giuridica dell'istituto è stata infatti oggetto di un ricchissimo dibattito dottrinale in cui le diverse ricostruzioni seguono l'evoluzione storica italiana e le svariate esigenze cui un così importante strumento di gestione della "cosa pubblica" è stato di volta in volta adattato⁵², articolandosi progressivamente in diversi tipi o specie e così designando non un atto amministrativo tipico ma piuttosto un *genus*, una categoria di atti con caratteristiche strutturali e funzionali diverse e aventi in comune solo alcuni elementi ed effetti⁵³.

situazioni giuridiche soggettive, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1988, 3 ss. - distinse le autorizzazioni in discrezionali e vincolate, ritenendo che quest'ultime non avessero carattere costitutivo ma che per esse valesse il carattere di preesistenza del diritto, trattandosi di provvedimenti meramente ricognitivi, con cui si accerterebbero fatti e requisiti puntualmente previsti dalla legge e in cui, pertanto, non si ravvisano margini di discrezionalità, ciò rendendo meno incisiva l'intermediazione provvedimentoale; M. S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, Milano, II, 1993, 610 ss., che, sotto il profilo degli effetti, differenziò le autorizzazioni in permissive, ricognitive e costitutive: solo queste ultime creerebbero *ex novo* la situazione soggettiva in capo al destinatario.

⁵¹ Cfr. in questi termini F. FRACCHIA, voce *Concessione amministrativa*, in *Enc. del dir., Annali*, I, Milano, 2007, 250.

⁵² Sul punto si rinvia in particolare allo studio di M. D'ALBERTI, *Le concessioni amministrative. Aspetti della contrattualità delle pubbliche amministrazioni*, Napoli, 1981, *passim*, il quale ricostruisce in chiave storica, dall'Unità in avanti, le qualificazioni elaborate dalla giurisprudenza e dalla dottrina in relazione alle concessioni amministrative e ne analizza le rispettive implicazioni sostanziali e processuali, evidenziando come ogni tipo di qualificazione consolidatasi nel tempo abbia una sua ragion d'essere, non solo tecnica ma anche e soprattutto metagiuridica, tra spinte ideologiche alla pubblicizzazione dei rapporti per rafforzare lo Stato appena unificato in un'ottica autoritativa e pressioni della realtà economica che hanno invece contribuito ad ispirare tesi contrattual-privatistiche e a dominare, per buona parte, la giurisprudenza, legata alle implicazioni pratiche delle costruzioni giuridiche.

⁵³ In questi termini E. SILVESTRI, voce *Concessione amministrativa*, in *Enc. dir.*, VIII, Milano, 1961, 370, che evidenzia altresì le notevoli difficoltà che si incontrano nel determinare l'estensione e i confini della categoria. Sul punto si veda anche F. G. SCOCA, *La concessione come strumento di gestione dei servizi pubblici*, in F. ROVERSI MONACO (a cura di), *Le concessioni di servizi pubblici*, Atti della giornata di studio organizzata dall'Università di Bologna, Scuola di Specializzazione in Diritto Amministrativo e Scienza dell'Amministrazione in collaborazione con ANIG – Associazione nazionale industriali gas, Roma, 3 dicembre 1987, Rimini, 1988, cit., 28, per il quale «la classificazione dei provvedimenti amministrativi non è operata secondo lo stesso criterio seguito dal codice civile per i contratti, ossia secondo il criterio che sbrigativamente possiamo indicare della loro causa; i provvedimenti amministrativi sono distinti tra loro secondo un criterio assai più generale, che possiamo indicare, utilizzando una espressione altrui, nel rapporto «autorità-libertà»: a seconda di come tale rapporto si attegga, si avranno provvedimenti ablatori, autorizzativi e concessori, per limitarsi ai soli provvedimenti costitutivi. Questa preliminare osservazione, al di là della esattezza della

In tal senso, ripercorrere la storia dell'istituto è certamente occasione per ricostruire un capitolo complesso e significativo dell'evoluzione dei rapporti fra amministrazione pubblica e privati.

In epoca antecedente all'unificazione d'Italia e fino al primo ventennio successivo era il diritto comune dei contratti a governare i rapporti amministrativi e, al tempo, non esisteva ancora un concetto elaborato di concessione. Nella prassi delle amministrazioni e nelle statuizioni giurisprudenziali, infatti, il rapporto concessorio veniva istituito e regolato, nei suoi aspetti patrimoniali e organizzativi, da un atto di natura privatistica, un vero e proprio contratto al quale si riconducevano gli effetti costitutivi del rapporto, in cui determinante era la capacità negoziale delle parti coinvolte e che, al più e comunque non sempre, veniva solo approvato da un atto amministrativo che si limitava a conferirgli efficacia.⁵⁴

identificazione del criterio di classificazione dei provvedimenti amministrativi (sulla quale è consentito ogni dubbio), serve soltanto a sottolineare che, allorché si parla di concessione, si fa riferimento non ad un «tipo» provvedimentale, ma ad una intera categoria di fattispecie differenti per oggetto, per contenuto e per effetto, caratterizzata unitariamente soltanto per il fatto che l'Amministrazione arricchisce di utilità la sfera giuridica del concessionario, o, secondo una diversa e più esatta interpretazione, costituisce o trasferisce nel patrimonio giuridico del concessionario nuovi *status*, nuove legittimazioni, nuove qualità o nuovi diritti. Per rendere evidente, con un esempio, questa osservazione, si può dire che concessione è tanto la sovvenzione, che ha sostanza giuridica simile alla donazione, quanto la concessione di godimento di beni demaniali, che assomiglia piuttosto alla locazione, quanto ancora la concessione di cittadinanza, che non sembra avere riscontro nelle figure tipiche dei contratti o dei negozi privati».

⁵⁴ Per un breve *excursus* storico sulla natura giuridica della concessione si veda M. D'ALBERTI, voce *Concessioni amministrative*, in *Enc. giur. Treccani*, 1988, VII, *ad vocem*, 1 ss. Per un approfondimento più specifico si rinvia invece a ID., *Le concessioni amministrative. Aspetti della contrattualità delle pubbliche amministrazioni*, *op. cit.*, *passim* e in particolare 3 ss., in cui l'Autore evidenzia come, nel primo ventennio dello Stato unitario, le uniche qualificazioni tecnico-giuridiche in materia di rapporti amministrativi provenissero, fondamentalmente, dalla sola giurisprudenza, costretta ad elaborarle per risolvere casi concreti. In quel periodo le qualificazioni giurisprudenziali configuravano le concessioni amministrative – o meglio quei rapporti che più per esperienza giuridica che per definizione concettuale venivano ricondotti al genere concessioni – come atti aventi natura contrattuale, natura non intaccata dalla considerazione pubblicistica di alcuni atti modificativi o estintivi, come il riscatto o la revoca, che potevano intervenire sul rapporto concessorio. Sul punto l'A. rileva come, dall'analisi della casistica giurisprudenziale nei settori più disparati, dalle ferrovie alle acque pubbliche, emerga che la natura del bene giuridico oggetto della concessione o la destinazione ad uso e servizio pubblico dell'attività, non fossero che fattori marginali in ordine alla definizione della natura dei rapporti giuridici e come, invece, ruolo notevolmente maggiore fosse costituito dal rilievo economico-politico delle parti protagoniste del rapporto. In specie (cit., 27) «secondo la giurisprudenza, l'amministrazione pubblica doveva assolutamente garantire adeguate condizioni di parità e di certezza ai privati capitalisti, i quali, entrando in rapporti giuridici con essa, assicuravano la costruzione di infrastrutture, la gestione di servizi pubblici, l'utilizzazione di determinati beni ai fini dello sviluppo agricolo o industriale. Questi importanti interlocutori dell'amministrazione non potevano essere lasciati in balia dell'arbitrio unilaterale dei poteri pubblici: essi andavano considerati come titolari di tutti i diritti soggettivi propri dei contraenti, a meno che non si volesse correre il rischio della loro collaborazione nella costruzione dello sviluppo economico e sociale». Successivamente poi (cit., p. XXVI) si ebbe una svolta teorico-concettuale in chiave pubblicistica dell'istituto, enunciata «dai giuristi della borghesia postunitaria per affermare e conservare il dominio della loro classe e di uno Stato forte, sul vecchio regime e sui gruppi emergenti; ma l'Amministrazione continuò a negoziare in via paritaria, fuori di ogni antagonismo, con i rappresentanti delle vecchie classi privilegiate, e su un eguale piano

L'ultimo ventennio del XIX secolo, tuttavia, segnò in Italia l'avvio di una fondamentale svolta della dottrina e della giurisprudenza che, dalle impostazioni privatistiche, condusse a qualificazioni pubblicistiche dei rapporti giuridici fra Amministrazione e privati, dettando l'avvio di un graduale processo definito, appunto, di "pubblicizzazione dei rapporti amministrativi".⁵⁵

In questo periodo, per arrivare ad una ricostruzione sistematica della fattispecie concessoria in chiave autoritaria e unilaterale⁵⁶, determinate è stata, nel nostro ordinamento, la già citata dogmatica elaborata da Ranalletti, il cui contributo al processo di pubblicizzazione dei rapporti amministrativi fu centrale e su cui occorre nuovamente soffermarsi con più specifico riguardo alle concessioni.⁵⁷

di parità prese a trattare con i nuovi ceti dominanti dell'economia, per ottenere una insostituibile collaborazione nelle attività di sviluppo che l'amministrazione pubblica non aveva la vocazione né i mezzi per realizzare».

⁵⁵ Sul punto cfr. sempre M. D'ALBERTI, *Le concessioni amministrative*, op. cit., 49 ss., il quale ricostruisce le ragioni e i fondamenti della pubblicizzazione dottrinale e le influenze che questo processo ebbe sulla giurisprudenza. Così, seguendo l'A., che ripercorre ampiamente e per vari temi le opere dei giuristi che più influirono sulla cultura amministrativa italiana del tempo, si può qui citare in breve la concezione in materia di concessioni di Giuseppe MANTELLINI (cfr. ID., *Lo Stato e il codice civile*, Firenze, 1880 – 1882, *passim*) il quale, nel più generale tentativo di pubblicizzare i rapporti amministrativi sulla base di una serie di premesse in ordine alla supremazia dello Stato e dunque all'immagine che si voleva riflettere di quest'ultimo, le ritenne formalmente rientranti nella categoria dei contratti dello Stato ma sostanzialmente atti di diritto pubblico, distinti in concessioni bilaterali, dalle quali derivavano al concessionario diritti a cui corrispondevano obbligazioni, simili a quelle contrattuali pur non essendo veri contratti e concessioni unilaterali, precarie e revocabili a prescindere dalla loro onerosità o gratuità. E ancora, ci si può riferire alle osservazioni di Vittorio Emanuele ORLANDO (cfr. in particolare ID., *Principi di diritto amministrativo*, Firenze, 1892, 108 ss.; ID., *Introduzione al diritto amministrativo*, in *Primo trattato completo di diritto amministrativo*, Milano, 1900, 275 ss.) che, nell'ambito della sua sistemazione pubblicistica e del suo discorso metodologico – così sempre D'ALBERTI, 73 ss. – adotta come criterio fondamentale per determinare la natura pubblicistica di un rapporto giuridico tra amministrazione e privati, quello romanistico dell'*utilitas*: è di diritto pubblico l'atto o il rapporto che persegue utilità pubbliche, mentre è di diritto privato quello adottato per mera utilità patrimoniale; tuttavia, l'ambito della pubblicizzazione venne spinto anche oltre tale criterio per quei rapporti considerati *sui generis* in quanto partecipanti dei caratteri tanto del diritto privato quanto di quello pubblico – come nel caso del rapporto di impiego con la pubblica amministrazione – rapporti sui quali, pur assumendo forme o scopi tipici del primo, il secondo esercita una sua influenza dettata proprio dal fine di pubblica utilità, tale da comportare comunque un assorbimento delle forme privatistiche nella sostanza pubblicistica e dunque un contrattualismo solo nominale che non condiziona la discrezionalità amministrativa.

⁵⁶ Per una siffatta ricostruzione delle concessioni e dei rapporti giuridici di diritto pubblico, i principali autori di riferimento sono O. RANELLETTI, *Principi di diritto amministrativo*, Napoli, 1912, 76 ss.; F. CAMMEO, *I monopoli comunali*, in *Archivio giuridico*, LV, 1985, 94 ss. ID., *Corso di diritto amministrativo*, Padova, 1960, 335 e 565 ss.; Santi ROMANO, *Principi di diritto amministrativo italiano*, Milano, 1901, 44 e 154 ss.; ID., *Diritto amministrativo*, Milano, 1928, 84 ss.

⁵⁷ Si rinvia qui a O. RANELLETTI, *Concetto e natura*, op. cit., 36 ss. per la ricostruzione operata dall'A. della dottrina in materia di concessioni a lui di poco antecedente, sia italiana (Mantellini e Giorgi), sia francese (con la quale l'A. ravvisa una sostanziale corrispondenza alla prima in termini di attenuazione della qualità di atto amministrativo e di accentuazione della qualità di contratto, in specie in quelle concessioni aventi ad oggetto lavori pubblici) sia tedesca (che, invece, per quanto riconosca l'esistenza di contratti di diritto pubblico, ossia di negozi giuridici bilaterali, fa rientrare le concessioni – anche di lavori – tra gli atti amministrativi in senso stretto, ossia unilaterali).

L'Autore, esaltando l'imperatività e l'unilateralità dell'atto di concessione – che a suo parere si desumevano, all'epoca, dal modo in cui tali atti apparivano concepiti dal legislatore nelle varie leggi⁵⁸ – partì dal presupposto secondo cui, quando il fine dell'attività amministrativa è il perseguimento dell'interesse pubblico⁵⁹ - come si rinveniva negli atti di concessione⁶⁰ - l'amministrazione opera come autorità secondo le norme del diritto pubblico: pertanto, in quanto *atti d'impero*⁶¹, il privato, che non ha veste per agire come autorità, non può partecipare alla loro formazione.

⁵⁸ Cfr. M. D'ALBERTI, *Le concessioni amministrative*, op. cit., cit., 90 ss. e 94 ss., che sul punto rileva criticamente un'eccessiva forzatura in senso unilateralista, da parte dell'Autore, dei dati letterali. In specie, il ragionamento sulla natura delle concessioni viene sì condotto da Ranelletti facendo precedere l'esegesi del diritto positivo alla costruzione dogmatica ma, «l'analisi del diritto positivo stravolge il dato letterale e conduce a conclusioni formalistiche: pur riconoscendosi che esistono nella normazione diversi riferimenti alla struttura contrattuale delle concessioni, si sottolinea che essi sono contenuti in disposizioni regolamentari; le leggi, invece, tendono ad una configurazione unilaterale delle concessioni: è dunque tale configurazione che va preferita, prevalendo le leggi sui regolamenti», (l'A. fa qui riferimento a quanto sostenuto da RANELLETTI in *Concetto e natura*, 56 ss.). Cosicché il problema esegetico sembra essere anteposto solo per dimostrare di aver rispettato una logica induttiva, mentre il momento centrale della dimostrazione ranellettiana sulla natura pubblicistica e unilaterale delle concessioni si fonda piuttosto, secondo D'Alberti, sulla scelta astratta, indipendente dalle norme e forse già «compiuta fin dall'impostazione iniziale del discorso», sulla tradizionale distinzione tra atti di imperio e atti di gestione e si esaurisce «nell'accettazione acritica di quella parte della dottrina che aveva sottolineato il nesso necessario fra cura dell'interesse pubblico e adozione di atti imperativi di diritto pubblico», identificati, nella più raffinata teorica ranellettiana, con gli atti amministrativi. Il concetto di fondo resta lo stesso: l'atto autoritativo è il solo con il quale si può perseguire l'interesse pubblico; esso viene semplicemente arricchito di elementi propri della più elaborata dogmatica privatistica in materia di negozi giuridici (Ranelletti era, del resto, un «fine romanista» e un «profondo conoscitore delle tecniche e delle problematiche privatistiche»); e così, l'interesse pubblico diventa causa dell'atto, gli scopi ne diventano i motivi e gli effetti prescindono dalla volontà del privato, il cui interesse a fare affidamento sulla dichiarazione di volontà espressa dall'amministrazione rileva solo indirettamente per la società.

⁵⁹ I giuristi italiani che posero le basi della pubblicizzazione certamente lo fecero sotto l'influsso dell'idealismo giuridico tedesco che comportò proprio una pubblicizzazione dei rapporti cittadino-amministrazione in un'ottica di enfattizzazione e financo vera e propria mitizzazione dell'interesse pubblico, sovraordinato rispetto a quello dei singoli: la dottrina tedesca arrivò così ad affermare che non erano assolutamente concepibili dei veri e propri contratti dello Stato nell'ambito del diritto pubblico; in questi termini A. BOTTO – L. IANNOITTA, *La concessione di lavori pubblici nella sua oscillazione pendolare: dal privato al pubblico e ritorno*, in M. CAFAGNO – A. BOTTO – G. FIDONE – G. BOTTINO (a cura di), *Negoziazioni pubbliche. Scritti su concessioni e partenariati pubblico-privati*, Milano, 2013, 54.

⁶⁰ Si veda O. RANELLETTI, *Concetto e natura*, cit., 69, per cui la concessione trova la propria «causa negli scopi di interesse generale che l'ente concedente deve raggiungere» e ID., *Facoltà create*, XIX, cit., 256 ss., per cui «in tutte le concessioni ha una necessaria influenza l'interesse pubblico, inquantochè esse sono degli atti d'impero, e quindi l'autorità nell'emanare l'atto relativo ha per fine diretto della propria attività l'interesse pubblico».

⁶¹ O. RANELLETTI, *Concetto e natura*, cit., 62, «in questi atti l'amministrazione pubblica opera sempre in vista d'interessi generali, di cui essa si presenta come curatrice, o come tutelatrice e curatrice insieme; ciò mostra che essa ha per fine diretto della propria attività l'interesse pubblico, e che quindi opera come autorità, secondo le norme del diritto pubblico: tutto questo rivela la qualità di atti d'impero negli atti di concessione. Né questa espressione deve far meraviglia, facendo essa pensare subito ad un comando, ad un ordine, che crei un rapporto di soggezione tra l'autorità amministrativa ed il suddito, poiché non solo nel comando si rivela la qualità di curatore e tutelatore degli interessi sociali nel potere esecutivo, ma anche nel dichiarare e nel permettere». Il discorso vale, in generale,

Secondo la ricostruzione dell'Autore, quindi, il contenuto della concessione si perfeziona solo con l'atto amministrativo autoritativo ed unilaterale della pubblica amministrazione⁶² che, in quanto tale, non ammette l'unione di due volontà provenienti da dichiarazioni di differente natura⁶³ e dal quale solo derivano i reciproci effetti giuridici (obblighi e diritti) connessi alla concessione⁶⁴.

È dunque dalla natura imperativa dell'atto che Ranelletti fa discendere quell'insieme di principi generali in materia di concessioni che rivoluzionano le

per tutti i tipi di concessione, a prescindere dal loro *contenuto*, che può comportare differenze negli *effetti* delle varie concessioni ma non una differenza nella loro *natura* (così sempre ID., *op. ult. cit.*, 73).

⁶² Cfr. ID., *Concetto e natura*, cit., 58, per cui «l'atto di concessione è *tutto e soltanto* nell'atto amministrativo, che lo contiene, sicché ciò, che nei contratti è perfezionamento e compimento della dichiarazione di volontà, nelle concessioni è atto *unico* di dichiarazione; e la concessione non solo è perfetta, ma *comincia ad esistere* quando si perfeziona l'atto, che la contiene».

⁶³ Cfr. ID., *op. ult. cit.*, cit., 63: «l'unione è solo possibile tra dichiarazioni di volontà della medesima natura e quindi possiamo avere *contratti* nel campo del diritto privato, quando l'ente pubblico agisce come persona giuridica con altra persona di diritto privato fisica o giuridica; nel campo del diritto pubblico, quando l'ente pubblico agisce come persona politica con altra persona politica, così, per es., nel caso dei contratti di diritto internazionale, cioè dei trattati».

⁶⁴ La precisazione sulla derivazione degli effetti giuridici dall'atto concessorio scaturisce dal problema, affrontato dall'Autore, in ordine a quale strumento utilizzare per far assumere al privato un obbligo nei confronti della pubblica amministrazione. Il privato si trova infatti in una posizione giuridica riconducibile ad uno *status libertatis* tale per cui non è possibile imporgli unilateralmente degli obblighi prescindendo totalmente dal suo consenso. Sul punto Ranelletti riteneva che, perché lo Stato potesse obbligare il privato verso di sé, il contratto non fosse strumento idoneo in virtù della diversa natura giuridica dei due soggetti coinvolti, persona pubblica e persona privata (riprendendo sul punto la posizione di Mantellini): da qui si fa discendere che, per quelle concessioni che comportano obblighi e condizioni per il concessionario, la necessaria dichiarazione del privato con la quale egli si obbliga nei confronti dell'amministrazione è atto unilaterale di diritto privato, separato e indipendente dalla dichiarazione di volontà dell'amministrazione, che è atto amministrativo propriamente detto, quindi d'impero e unilaterale. Trattasi di due negozi giuridici con vita propria ma fra loro intimamente uniti e compenetrati, in quanto la concessione è la *causa obligationis* del privato e l'obbligazione del privato (che non può costituire la causa della concessione poiché questa, essendo atto d'impero, trova la sua causa negli scopi di interesse generale) serve come *mezzo necessario* per raggiungere gli effetti di interesse pubblico che si intendono perseguire: questa è la funzione giuridica che il privato compie nel partecipare alla concessione. A questi negozi si ricollegano diversi effetti giuridici: con la dichiarazione del privato sorgono obblighi per questo e diritti per l'amministrazione, con l'atto di concessione sorgono obblighi per questa e diritti per il privato. L'atto di obbligazione del privato diventa *perfetto* e produce i suoi effetti giuridici solo quando è stato emanato l'atto di concessione, che ne forma la *causa*, mentre l'atto di concessione, di per sé, consta di tutti i suoi elementi grazie all'attività dell'amministrazione che lo emana; la concessione, generalmente, diventa perfetta ed efficace in forza di questa sola attività, se poi ad essa si accompagna un atto di obbligazione del privato, l'atto amministrativo produrrà i suoi effetti solo al perfezionarsi dell'atto di obbligazione, che costituisce quindi una *condizione sospensiva*. La volontà del privato, pertanto, pone in essere solo delle *condizioni di fatto* le quali rendono possibile che l'atto amministrativo produca i suoi effetti, ma non concorre immediatamente al produrre questi effetti. La coesistenza di due negozi giuridici connessi e compenetrati ma che non formano un unico atto di natura contrattuale è già conosciuta, per altro, al diritto civile (più volte l'A. ricorre ad analogie tratte dal diritto privato); si pensi al testamento e all'accettazione dell'eredità, laddove non è possibile un *consensus* tra due volontà di cui una, quella dell'erede istituito, si manifesta quando il testatore non può più volere: la morte del testatore costituisce l'impedimento all'unione delle due volontà, così come nel diritto amministrativo è la *natura* dei soggetti dichiaranti ad impedire una unione tra le due dichiarazioni di volontà. Sul punto, in questi termini e più diffusamente, cfr. O. RANELLETTI, *Concetto e natura*, cit., 58 - 72.

implicazioni pratiche ricondotte alle precedenti tesi contrattual-privatistiche: la concessione diventa atto unilaterale discrezionale, tendenzialmente revocabile senza obbligo di indennizzo e da cui derivano in capo al privato facoltà compenstrate con l'interesse pubblico, non diritti soggettivi perfetti ma diritti in senso lato, protetti dalla tutela propria degli interessi legittimi, la cui giurisdizione spetta al giudice amministrativo.⁶⁵

L'opera di Ranelletti, che detta le fondamenta della pubblicizzazione dei rapporti di diritto pubblico tramite la costruzione di una teoria dogmatica dell'atto amministrativo, è pressoché contemporanea alle elaborazioni di altri due autori, Federico Cammeo e Santi Romano, che contribuirono anch'essi alla costruzione e affermazione di una "visione" pubblicistica, specie nell'indagare il nesso tra atti amministrativi e situazioni giuridiche soggettive.⁶⁶

A siffatte ricostruzioni in chiave pubblicistica fa seguito, sempre in ordine alla natura giuridica, la teoria della cosiddetta concessione-contratto⁶⁷ che, constando

⁶⁵ Così M. D'ALBERTI, voce *Concessioni amministrative*, *op. cit.*, 2.

⁶⁶ In specie, Cammeo riteneva che le concessioni fossero atti amministrativi di impero discrezionali (come Ranelletti) ma dai quali potessero sorgere in capo al privato non solo interessi, di fatto o legittimi, ma anche veri e propri diritti soggettivi, con tutto ciò che ne conseguiva in termini di riparto di giurisdizione e di riconoscimento di un'indennità in caso di sacrificio di diritti soggettivi; sul punto si veda F. CAMMEO, *I monopoli comunali*, *op. cit.*, in particolare 574 ss. Per una ricostruzione del pensiero di Cammeo in materia di concessioni e in raffronto al contemporaneo Ranelletti, si rinvia a M. D'ALBERTI, *Le concessioni amministrative*, *op. cit.*, 110 ss. e, in particolare, 117, laddove si evidenzia proprio come Cammeo rifiutò il collegamento (necessario per Ranelletti) tra atto amministrativo discrezionale e interessi legittimi, ammettendo invece che da tutti i tipi di concessioni amministrative possano derivare *diritti pubblici subbiettivi*, ossia diritti soggettivi, se pur non assoluti.

Santi Romano, dal canto suo, nel classificare gli atti amministrativi faceva rientrare autorizzazioni e concessioni tra i negozi di diritto pubblico: «dichiarazioni di volontà» che hanno «per effetto la nascita, la modificazione o l'estinzione di un diritto» e che presentano rilevanti analogie con i negozi di diritto privato, «dai quali tuttavia differiscono profondamente, in quanto sono manifestazioni di una volontà superiore» (così in *Principi di diritto amministrativo*, *op. cit.*, cit., 44 ss.); in particolare, da come l'A. ha trattato i temi del rapporto di impiego pubblico e delle prestazioni degli enti amministrativi ne emerge l'idea che da un atto amministrativo discrezionale – in quanto tale non sindacabile dal giudice ordinario e non suscettibile di creare un danno imputabile all'amministrazione in termini di responsabilità civile – possano derivare anche diritti soggettivi, ma la posizione del privato a fronte dell'atto si atteggia comunque ad interesse legittimo: si dà così avvio alla teoria della degradazione o dell'affievolimento dei diritti dinnanzi alla discrezionalità amministrativa, per cui i diritti derivanti da un atto amministrativo favorevole al privato si atteggiano a interessi a fronte dell'atto sfavorevole, altrettanto discrezionale, che dovesse intervenire sul primo, salvo eventuale indennizzo di cui, trattandosi di diritto autonomo rispetto ai diritti lesi, conosce il giudice ordinario.

⁶⁷ L'uso della locuzione si deve a Giorgio GIORGI (il rinvio è a ID., *La dottrina delle persone giuridiche*, Firenze, 1891 - 1892, *passim*) il quale divise le concessioni in due categorie: le concessioni-licenze, nelle quali predomina l'elemento autoritario e le concessioni-contratto, nelle quali predomina l'elemento contrattuale; l'A. riconduceva a quest'ultima categoria tutti quei casi – aventi ad oggetto non solo lavori ma anche beni pubblici, ampliando così il novero di quelle concessioni che già Mantellini definiva bilaterali – in cui all'atto di concessione accedeva un contratto o capitolato o disciplinare che imponeva obblighi e affermava diritti reciproci. L'A. teorizzò così che il rapporto tra concedente e concessionario potesse avere titolo in un atto pubblico, autoritario, e disciplina specifica in uno privato, due atti logicamente distinti ma di fatto strettamente connessi, in cui l'atto annesso

come la tesi provvedimentale pretendesse di fondare la genesi del rapporto su di un atto unilaterale salvo poi non potere prescindere dal consenso del privato, individua e concilia i due momenti, pubblicistico e privatistico, in un'ottica bifasica.⁶⁸

Precursore di tale proposta teorica può essere considerato Ugo Forti⁶⁹ che applicò alla concessione la categoria concettuale del contratto di diritto pubblico⁷⁰. In specie,

formava un tutt'uno con l'atto di concessione, temperandone il rigore autoritario e modificando la «purezza» (O. RANELLETTI, *Concetto e natura*, *op. cit.*, cit., 37) dell'atto di concessione.

⁶⁸ Si veda M. D'ALBERTI, voce *Concessioni amministrative*, *op. cit.*, cit., 2, che così scrive: «gli effetti pratici delle costruzioni dottrinali unilaterali pubblicistiche, recepite dalla giurisprudenza, componevano un insieme di regole non certo favorevoli agli interessi dei concessionari. Un simile stato di cose entra rapidamente in contrasto con i profili della normazione e della realtà economica degli esordi del Novecento. In particolare, la legge giolittiana del 1903 sulla municipalizzazione dei servizi pubblici, nelle parti concernenti le concessioni comunali, che riguardavano tutti i maggiori tipi di rapporti concessori [...] dettò un regime paritario più che di subordinazione fra amministrazioni comunali e concessionari, e agli interessi di quest'ultimi dedicò grande attenzione. I poteri amministrativi di cessazione unilaterale del rapporto concessorio erano condizionati al rispetto di determinate forme e procedure; le indennità a favore dei concessionari a seguito del riscatto comprendevano la valutazione del danno emergente e del lucro cessante, venendosi a riconoscere indirettamente che i concessionari erano titolari di situazioni giuridiche assimilabili a diritti soggettivi perfetti».

⁶⁹ Il rinvio è a U. FORTI, *Natura giuridica delle concessioni amministrative*, in *Giur. it.*, 1900, IV, 369, ora anche in ID., *Studi di diritto pubblico*, Roma, 1937, I, 360.

⁷⁰ Sul tema si veda G. FALCON, *Le convenzioni pubblicistiche. Ammissibilità e caratteri*, Milano, 1984, *passim* e spec. 71 ss. che, in breve, sottolinea come la costruzione teorica del contratto di diritto pubblico in realtà si sviluppò e diffuse solo in un secondo momento, negli anni '30, proprio ragionando intorno all'istituto della concessione e tentando di elaborare dei criteri volti a distinguere, nell'ambito di attività poste in essere dalla pubblica amministrazione, il provvedimento dal contratto di diritto pubblico e da quello di diritto privato. In particolare, secondo la teoria prospettata da G. MIELE, *La manifestazione di volontà del privato nel diritto amministrativo*, Roma, 1931, spec. 31 ss., le convenzioni accessive ai rapporti concessori di pubblico servizio (oltre che talune ipotesi di rapporto di pubblico impiego), si ascriverebbero proprio nella categoria dei contratti di diritto pubblico, intesi come atti contrattuali che incidono su un rapporto da qualificare come pubblicistico perché disciplinato da regole di diritto pubblico. Sulle ricostruzioni della figura del contratto di diritto pubblico si vedano anche P. BODDA, *Ente pubblico, soggetto privato e atto contrattuale*, Pavia, 1937, spec. 92 ss. e M. GALLO, *I rapporti contrattuali nel diritto amministrativo*, Padova, 1936, spec. 99 ss. e 166 ss., che, seppur con le dovute differenze, distinsero il contratto di diritto privato da quello di diritto pubblico sulla base dell'elemento causale: il perseguimento dell'interesse pubblico non rileverebbe come presupposto del negozio ma ne caratterizzerebbe la causa; l'obiettivo è soddisfare un interesse pubblico appagando un interesse privato nell'ambito di un rapporto sinallagmatico. Si veda anche A. DE VALLES., voce *Concessioni*, in *Nuovo Dig. it.*, Torino, III, 1938, vol. XVI, 579 ss., in cui, nella categoria generale delle concessioni compie una distinzione determinata dalla diversa funzione che la volontà del concessionario ricopre nell'emanazione dell'atto amministrativo: in un primo gruppo di concessioni, come quelle di cittadinanza, di titoli onorifici, o dell'esercizio di diritti d'impero (es. concessioni di un monopolio), la volontà del privato, che si manifesta come domanda, proposta o accettazione, è solo presupposto di validità o condizione di efficacia, in tali atti la causa è sempre unilaterale e l'interesse del singolo non acquista rilevanza; in un'altra specie di concessioni invece, come le concessioni di costruzione e manutenzione di opere pubbliche o di pubblici servizi, la volontà del concessionario è motivo determinante, concausa giuridica dei motivi di interesse pubblico che muovono l'amministrazione e si incrocia con la volontà dell'amministrazione concedente come nei contratti di diritto privato, se pur con atteggiamenti particolari per via dello scopo pubblicistico perseguito dallo Stato, che non si spoglia in questi rapporti della sua veste di ente pubblico, dando luogo ad un effetto giuridico unitario, che è un contratto vincolante entrambe le parti (che, talvolta, accompagna un decreto amministrativo) e sul quale sorge uno speciale rapporto obbligatorio che

nel definire la concessione di pubblici servizi (distinguendola da quella di lavori pubblici), ritenne che in tutte le concessioni da cui derivassero obblighi di fare in capo al privato (e nella concessione di pubblico servizio l'obbligo di fare si concretizzava proprio nel servizio stesso), il rapporto instaurato, se pur di natura pubblicistica, avesse un fondo contrattuale e fosse oggetto di trattativa tra le parti, in quanto l'amministrazione imponeva obblighi e condizioni al concessionario vincolando a sua volta la propria discrezionalità.⁷¹

La tesi non ebbe particolare successo ma aprì la strada all'affermarsi, anche in giurisprudenza⁷², della possibilità di una combinazione tra il momento autoritativo e

dipende da una determinazione bilaterale di volontà ma che, per effetto della natura e degli scopi della persona pubblica, deroga alle norme del diritto privato per dar luogo ad un contratto di diritto pubblico. Si rinvia in generale sempre a G. FALCON, *op. ult. cit.*, 102 ss., che ricostruisce anche le elaborazioni di A. Amorth, F. Carnelutti e G. Zanolini sul tema, rilevando infine come l'istituto, pur presente nelle trattazioni della dottrina, ricopri un ruolo superficiale nel sistema amministrativistico italiano, non acquisendo carattere sostanziale ma diventando un elemento solo formale, un involucro esterno il cui sviluppo fu limitato dalla consapevolezza che l'agire contrattuale della pubblica amministrazione era pur sempre normativamente vincolato al pubblico interesse e giuridicamente rilevante come agire amministrativo.

⁷¹ Si veda U. FORTI, *Natura giuridica delle concessioni amministrative, op. cit.*, spec. 390 ss., e per una ricostruzione del pensiero dell'Autore sempre M. D'ALBERTI, *Le concessioni amministrative*, 129 ss. e 135 ss. Si riprende dunque la questione dell'imposizione di obblighi di fare al concessionario e la necessità del suo consenso (come già aveva fatto Ranalletti); tuttavia, mentre la costruzione ranallettiana concepì il consenso del privato come atto unilaterale accessivo rispetto all'atto unilaterale concessorio, Forti sostenne che tra le due volontà intercorresse un «legame più intimo» (cit. p. 396, nota 115) di quello esistente tra due atti autonomi. Del resto l'A. (cit. pp. 440 ss.) riteneva che si potessero «sottrarre alla categoria degli atti unilaterali d'impero tutti quei negozi giuridici che in essa erano classificati in base al concetto troppo aprioristico che lo Stato non possa agire per suoi fini che a mezzo dell'*imperium*».

⁷² La giurisprudenza seguì l'andamento, sopra illustrato, delle principali elaborazioni dottrinali. Dapprima improntata a considerare le concessioni come dei contratti, successivamente, dagli anni novanta del XIX secolo ai primi dieci anni del Novecento, mutò visione e abbracciò le costruzioni pubblicistiche dei rapporti amministrativi qualificando, in generale, i rapporti concessori come derivanti da atto amministrativo unilaterale, accentuandone il carattere discrezionale, collegando quest'ultimo alla sussistenza in capo al beneficiario del provvedimento di una posizione giuridica soggettiva di interesse legittimo, svuotando la competenza giurisdizionale ordinaria in ordine agli aspetti più importanti del rapporto - ossia costituzione, svolgimento ed estinzione - affermando una preminenza pressoché assoluta degli interessi pubblici sui privati in ordine alla revocabilità e modificabilità della concessione e limitando l'ammontare e il riconoscimento degli indennizzi a seguito di revoca; così M. D'ALBERTI, *Le concessioni amministrative, op. cit.*, 176, rinviando anche alle pp. 147 ss. per un'analisi giurisprudenziale più dettagliata in relazione ai diversi settori dell'attività amministrativa concessoria (tra cui ferrovie, acque e beni demaniali, illuminazione pubblica e privata, miniere e cave, servizio telefonico). Nel 1910, poi, la Corte di Cassazione di Roma (Cass. Roma, 12 gennaio 1910, in *Riv. dir. comm.*, 1910, 248) - con pronuncia avente ad oggetto una controversia in materia di concessione demaniale marittima per uso industriale, in cui il concessionario aveva violato i limiti di costruzione imposti dalla concessione stessa - divenne il "trampolino di lancio" per riprendere in parte le elaborazioni dottrinali di Giorgi e Forti e sviluppare l'idea della concessione-contratto. La Corte, infatti, pur ricostruendo il negozio concessorio in chiave pubblicistica, dando prevalenza all'atto amministrativo quale atto sovrano d'autorità, riconobbe la possibile sussistenza di determinazioni pattizie accanto a quelle unilaterali dell'amministrazione concedente, ammettendo che l'amministrazione potesse trattare con i concessionari in relazione al corrispettivo e ad altre obbligazioni relative alle modalità di attuazione e di svolgimento del rapporto, formando quindi un

quello consensuale, ossia tra provvedimento e contratto, che portò alla costruzione di un modello dualistico⁷³, dominante, quantomeno nella giurisprudenza⁷⁴, anche in tempi più recenti⁷⁵.

vero e proprio regolamento convenzionale della concessione che poteva essere oggetto di una stipulazione contrattuale accessiva all'atto amministrativo, ad esso complementare e dipendente, così avvalorando la costruzione dell'istituto concessorio proprio in termini di concessione-contratto; per l'analisi di questa giurisprudenza cfr. sempre M. D'ALBERTI, *op. ult. cit.*, 189 ss. e cit., 99, laddove l'A. sostiene che il riconoscimento giudiziale di un momento contrattuale nei rapporti concessori servì «a giustificare la titolarità di diritti soggettivi da parte del concessionario, assicurandogli – soprattutto attraverso l'applicabilità alle concessioni delle norme civilistiche sull'equilibrio contrattuale – quella tutela più intensa che sola avrebbe potuto ripagare i concessionari per l'assunzione e lo svolgimento di attività e servizi economicamente rilevanti che l'amministrazione non poteva gestire direttamente».

⁷³ Per la ricostruzione della concessione come fattispecie complessa si vedano A. DE VALLES, *Elementi di diritto amministrativo*, Padova, 1936, 203 ss.; R. ALESSI, *Sistema istituzionale del diritto amministrativo italiano*, Milano, 1958, 401 ss.; A. ROMANO, *In tema di concessioni-contratto*, in *Foro amm.*, 1958, I, 2, 333 ss.; C. VITTA, *Concessioni (Diritto amministrativo)*, in *Noviss. Dig. it.*, Torino, 1959, III, 919 ss., che prospetta una visione anticontrattualistica e di prevalenza del momento provvedimentale ma comunque “figlia” del predominante orientamento giurisprudenziale dell'epoca sulla concessione-contratto; E. SILVESTRI, voce *Concessione amministrativa*, in *Enc. dir.*, Milano, 1961, VIII, 370 ss.; F. GULLO, *Provvedimento e contratto nelle concessioni amministrative*, Padova, 1965, spec. 468 ss.; M. S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, Milano, 1970, I, 743 ss. e II, 1135 ss., e, per ricostruire la sua teorica del contratto ad oggetto pubblico si vedano anche ID., *L'attività amministrativa*, Roma, 1962, 18 ss., 26 ss. e 132 ss.; ID., *Corso di diritto amministrativo*, Roma, 1967, 97 ss.; ID., *Diritto amministrativo*, Milano, 1993, I, 737 ss. e II, 426 ss.; sul punto Giannini, in breve, riteneva che il contratto di diritto privato fosse strumento da ammettersi come mezzo per disciplinare i soli aspetti patrimoniali di un rapporto ad oggetto pubblico, oggetto di cui solo l'amministrazione ha potestà di disporre: i contratti potevano essere accessivi necessari, ausiliari e sostitutivi del provvedimento, ma qualunque fosse il collegamento tra provvedimento e contratto, ciascun atto restava soggetto al proprio regime giuridico, senza che potessero ammettersi figure intermedie.

⁷⁴ In dottrina le riflessioni sono proseguite e, a grandi linee, si sono articolate tra: chi ha valorizzato l'aspetto contrattuale, o evidenziando i numerosi casi di assenza del provvedimento e di presenza della sola convenzione o mettendo in luce il ruolo del provvedimento quale solo strumento di evidenza pubblica per l'individuazione del concessionario, sottolineando altresì come, da un punto di vista contenutistico, quand'anche si riconosca all'amministrazione la possibilità di recesso per motivi di pubblico interesse, è esclusivamente il contratto a costituire e disciplinare il rapporto concessorio nei suoi aspetti patrimoniali ed organizzativi essenziali, quali le modificazioni, gli inadempimenti, le responsabilità, il mantenimento dell'equilibrio nell'esecuzione (il riferimento è al già ampiamente citato M. D'ALBERTI, *Le concessioni amministrative, op. cit.*, spec. 301 ss. e ID., voce *Concessioni amministrative, op. cit.*, spec. 3 ss.); chi ha ammesso l'esistenza di una figura autonoma dal provvedimento e dal contratto, elaborando la categoria della cosiddetta «convenzione pubblicistica», atto scritto a regime pubblicistico cui vengono ricondotte le concessioni ed in cui l'amministrazione e il privato concordano i reciproci impegni in un incontro di volontà che produce effetti bilaterali e in cui l'atto pubblico rappresenta solo una «predecisione», tesi che implica un'idea di non essenzialità dell'imperatività del provvedimento, specie se ampliativo della sfera giuridica del destinatario (il rinvio è a G. FALCON, *Le convenzioni pubblicistiche, op. cit.*, spec. cap. III e ID., voce *Convenzioni e accordi amministrativi: I) Profili generali*, in *Enc. giur.*, IX, 1988, *ad vocem*, e chi ha invece sostenuto l'idea della concessione come atto amministrativo, sottoposto a regime pubblicistico ma non autoritativo né tipicizzato, ammettendo che il potere concessorio potesse essere oggetto di contratto (così D. SORACE – C. MARZUOLI, *Concessioni amministrative*, in *Dig. disc. pubbl.*, III, Torino, 1989, 292).

⁷⁵ Così osserva A. SANDULLI, *Procedimento amministrativo*, in S. CASSESE (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo, Diritto amministrativo generale*, II, Milano, 2003, 1249. La giurisprudenza amministrativa sembra infatti continuare a far riferimento allo schema della concessione-contratto, attribuendo comunque prevalenza alla fase pubblicistica; in tal senso si vedano CONS. ST., sez. IV, 12 maggio 2016, n. 3653, laddove si precisa: «nel caso delle convenzioni che accedono all'esercizio di potestà

Con il diffondersi della concezione dualistica, a prescindere dalle diverse sfumature proprie di ogni singola teorizzazione, ciò che appariva evidente era il progressivo emergere, in dottrina come in giurisprudenza, della necessità di tener conto dell'affermarsi, per prassi o per regolazione, di un fenomeno sempre più evidente di "contrattazione" del potere, che richiedeva una maturazione e un parziale superamento dei risultati della riflessione precedente, pur mantenendone intatto il contenuto essenziale.⁷⁶

Non vi è dubbio, infatti, che la definizione di concessione restasse ancorata a quella classica di provvedimento, ampliativo della sfera giuridica del privato, con cui si attribuisce al destinatario il diritto di svolgere un'attività o di godere di un determinato bene che solo la Pubblica Amministrazione può conferire, trasferendo o costituendo poteri o facoltà di cui il soggetto non era in precedenza titolare⁷⁷ ma, la sempre più frequente presenza di un successivo contratto, autonomo, distinto e assoggettato ad un diverso regime giuridico, con cui si regolano diritti e obblighi delle parti (patrimoniali ma non solo), pur non inficiando il carattere dominante del momento autoritativo rispetto all'accessiva fase negoziale, viene riconosciuta come necessaria affinché il rapporto giuridico pubblico acquisti senso, concorrendo anche il contratto, unitamente al momento provvedimentale, alla formazione del rapporto stesso.

amministrativa concessoria – dove è chiara la natura latamente contrattuale dell'atto bilaterale, stante la regolazione di aspetti patrimoniali – ben possono trovare applicazione le disposizioni in tema di obbligazioni e contratti. Tuttavia, tale applicazione non può esservi, se non considerando la persistenza (ed immanenza) del potere pubblico, dato che l'atto fondativo del rapporto tra amministrazione e concessionario non è la convenzione, bensì il provvedimento concessorio, rispetto al quale la prima rappresenta solo uno strumento ausiliario, idoneo alla regolazione (subalterna al provvedimento) di aspetti patrimoniali del rapporto». Si vedano anche CASS. CIV., Sez. Un., 9 agosto 2018, n. 20682 e Cass. civ., sez. un., 30 marzo 2018, n. 8035, per una tendenza pubblicistica nel riconoscimento della giurisdizione del giudice amministrativo quando la controversia coinvolge il contenuto del rapporto concessorio e dunque l'oggetto del contratto stipulato ponendo in discussione l'aspetto genetico e funzionale del rapporto, in considerazione della funzionalizzazione e strumentalità del contratto.

⁷⁶ Cfr. in questi termini F. FRACCHIA, voce *Concessione amministrativa*, *op. cit.*, 256.

⁷⁷ In tal senso si vedano, *ex multis*, Santi ROMANO, *Corso di diritto amministrativo*, Padova, 1937, 239 ss., laddove si distingue tra concessioni traslative e costitutive, nelle prime l'effetto accrescitivo è dovuto al trasferimento di situazioni di pertinenza del soggetto pubblico, nelle seconde le situazioni sono create *ex novo* in capo al concessionario ma affidate alla regolamentazione del soggetto pubblico (sulla distinzione si veda anche M. S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, *op. cit.*, 1993, 652); R. GALATERIA, *Il negozio di concessione amministrativa*, Milano, 1942, 6 ss.; P. BODDA, *Lezioni di diritto amministrativo*, Torino, 1954, 104 ss.; E. SILVESTRI, *Il riscatto delle concessioni amministrative*, Milano, 1956, 14; G. ZANOBINI, *Corso di diritto amministrativo*, Milano, 1958, I, cit., 261, che sottolinea come «carattere comune di tali provvedimenti è l'effetto, che è loro proprio, di conferire a una o più persone estranee all'amministrazione nuove capacità o nuovi poteri e diritti, dai quali resta ampliata la loro sfera giuridica» e che i diritti derivanti dalla concessione sono propri dello Stato o comunque della pubblica amministrazione, la concessione pertanto consiste in un trasferimento di facoltà dall'ente pubblico al privato (quantomeno quella traslativa, mentre quella costitutiva si estrinseca nel potere dell'amministrazione di far sorgere *ex novo* facoltà o diritti nel soggetto, come nel caso di conferimento di titoli onorifici).

Si ritenne così di aver trovato la soluzione di chiusura alla questione, tale da salvaguardare sia le facoltà dell'amministrazione di incidere unilateralmente sul rapporto per ragioni di pubblico interesse, sia di riportare quantomeno gli aspetti patrimoniali del rapporto ad un equilibrio sinallagmatico garantito dallo strumento contrattuale di diritto privato.

Tuttavia, in tempi più recenti, l'idea della concessione-contratto è stata ritenuta da autorevole dottrina, per quanto persuasiva, di non facile applicazione, lasciando insoluti aspetti affatto secondari, come la relazione intercorrente tra l'una e l'altra fase e l'individuazione e distinzione degli effetti discendenti da ciascuna.⁷⁸ In tal senso si deve quindi sottolineare, a conclusione della ricostruzione qui operata, come da ultimo alcuni autori abbiano trovato nell'istituto degli accordi tra amministrazione e privati *ex art. 11 della legge n. 241 del 1990*⁷⁹, così come modificato dalla legge n. 80 del 2005, il riferimento normativo per una rinnovata costruzione della fattispecie in termini unitari, in parte su modello delle convenzioni pubblicistiche⁸⁰, in grado di "tenere insieme" gli aspetti autoritativi e negoziali che da sempre hanno caratterizzato la concessione alimentando il dibattito sulla sua natura giuridica.⁸¹

⁷⁸ A. ROMANO, *La concessione di pubblico servizio*, *op. cit.*, 79. Sul punto si veda anche G. GRECO, *Accordi integrativi e sostitutivi del provvedimento*, in AA.VV., *L'azione amministrativa*, Milano, 2005, cit., 433, che sottolinea come la teoria dualistica sia ormai in crisi, posto che «il provvedimento, senza il contratto, risulta del tutto inautonomo e incapace comunque di produrre effetti indipendentemente dalla convezione (sia essa accessiva rispetto al provvedimento, sia essa incorporante rispetto al provvedimento stesso); la convezione, a sua volta, non è, né può essere limitata agli aspetti patrimoniali, del tutto avulsi dall'esercizio del potere: tant'è che, tra gli uni e gli altri, si crea sovente un nesso sinallagmatico, che, a sua volta, giustifica e può condurre all'applicazione dello strumento risolutorio».

⁷⁹ Anche sull'inquadramento e sulla natura giuridica degli accordi, tuttavia, si è ampiamente discusso in dottrina, qui rinviandosi, *ex multis*, a G. PASTORI, *L'amministrazione per accordi nella recente progettazione legislativa*, in F. TRIMARCHI (a cura di), *Il procedimento amministrativo fra riforme legislative e trasformazioni dell'amministrazione*, Atti del Convegno di Messina-Taormina, 25-26 febbraio 1988, Milano, 1990, 77 ss.; F. FRACCHIA, *L'accordo sostitutivo*, Padova, 1998, 159 ss.; E. BRUTI LIBERATI, voce *Accordi pubblici*, in *Enc. del dir., Aggiornamento*, V, Milano, 2001, 1 ss.; G. MANFREDI, *Accordi e azione amministrativa*, Torino, 2001; G. GRECO, *Accordi amministrativi. Tra provvedimento e contratto*, Torino, 2003.

⁸⁰ Il riferimento è a G. FALCON, *Le convenzioni pubblicistiche*, *op. cit.*

⁸¹ Per la riconduzione delle concessioni (traslative) all'istituto degli accordi tra amministrazione e privati si veda N. AICARDI, *La disciplina generale e i principi degli accordi amministrativi: fondamento e caratteri*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1997, 1 ss.; G. GRECO, *Le concessioni di pubblici servizi tra provvedimento e contratto*, in *Dir. amm.*, 1999, 381 ss., laddove si precisa proprio che la fonte del rapporto concessorio è una convezione, un accordo e non un provvedimento, senza che ciò osti al parlare di concessione come espressione di potestà amministrativa; E. BRUTI LIBERATI, *Le vicende del rapporto di concessione di pubblico servizio*, in G. Pericu – A. Romano – V. Spaguolo Vigorita (a cura di), *La concessione di pubblico servizio*, Milano, 1995, 155; ID., voce *Accordi pubblici*, *op. cit.*, 16 ss.

Per la giurisprudenza si veda CONS. ST., sez. IV, 3 dicembre 2015, n. 5510, per cui «il rapporto amministrazione/concessionario, fondato sulle (usualmente definite) "concessioni/contratto", proprio in ragione delle sue peculiarità originate dall'inerenza all'esercizio di pubblici poteri, non ricade in modo immediato, e tanto meno integrale, nell'ambito di applicazione delle disposizioni del codice civile, le quali, se possono certamente trovare applicazione in quanto applicabili ovvero se espressamente richiamate, tuttavia non costituiscono la disciplina ordinaria di tali convenzioni, [...]

3.1 *La concessione di pubblico servizio in particolare. La nozione di servizio pubblico tra attività economiche e sociali*

Il nucleo più significativo delle fattispecie concessorie si identifica «in quelle ipotesi in cui l'amministrazione attribuisce a terzi, con il loro consenso, il godimento di utilità relative a beni pubblici (demaniali e patrimoniali indisponibili) oppure la possibilità di esercitare pubblici servizi o di realizzare opere pubbliche o di compiere l'una e l'altra cosa insieme (costruzione dell'opera ed esercizio del servizio a cui l'opera è destinata)»⁸².

Storicamente, le prime figure di cui si occuparono le Corti e la dottrina furono le concessioni di beni e di opere pubbliche; solo in un secondo tempo la tradizione dottrinale italiana ha iniziato a considerare anche, se non primariamente, le concessioni di servizi pubblici⁸³, tanto che proprio le elaborazioni in materia influenzarono significativamente i risultati e affinamenti teorici sull'istituto concessorio in generale.

In realtà, nella prassi, la concessione ha rappresentato il più importante strumento di gestione dei servizi pubblici fin dai primordi dello Stato unitario; solo più tardi, infatti, si è affermata la gestione diretta da parte degli enti pubblici quale modalità aggiuntiva e alternativa di gestione.⁸⁴ Tuttavia, il concetto di concessione di pubblico servizio - e di servizio pubblico - ha incominciato a delinarsi con maggior autonomia tra la fine dell'XIX secolo e l'inizio del XX, in corrispondenza con il diffondersi del processo di municipalizzazione dei servizi essenziali⁸⁵, determinando un mutamento in ordine alle precedenti concezioni sui rapporti fra beni e servizi: in particolare, nelle concessioni in cui esisteva una connessione fra l'utilizzo di beni pubblici e lo

la applicazione dei principi in tema di obbligazioni e contratti agli accordi dell'amministrazione (riconducibili o meno alla generale figura del contratto), trova in ogni caso un limite, e dunque una conseguente necessità di adattamento, nella immanente presenza dell'esercizio di potestà pubblicistiche»; T.A.R. Piemonte, Torino, sez. I, 4 marzo 2015, n. 404, che rigetta la concezione dualistica o bifasica per «preferire una lettura del fenomeno di tipo unitario, che inquadra il rapporto concessorio nella più ampia categoria degli “accordi sostitutivi o integrativi del provvedimento”», così che «l'intreccio sinallagmatico contenuto nella convenzione di concessione andrebbe inteso non solo come sede di regolamentazione delle reciproche pretese patrimoniali tra le parti, ma anche dei profili disciplinari del rapporto connessi all'esercizio della funzione amministrativa».

⁸² D. SORACE - C. MARZUOLI, voce *Concessioni amministrative*, *op. cit.*, cit., 282.

⁸³ M. D'ALBERTI, voce *Concessioni amministrative*, *op. cit.*, cit., 3.

⁸⁴ In questi termini F. G. SCOCA, *La concessione come strumento di gestione dei servizi pubblici*, in F. ROVERSI MONACO (a cura di), *Le concessioni di servizi pubblici*, *op. cit.*, cit., 26, che rileva anche come la locuzione «concessione di pubblici servizi» viene fatta risalire a Forti (da D'Alberti), ma l'istituto, sotto diverso nome (concessione di lavori pubblici, in opposizione a concessione di beni pubblici), esisteva da tempo remoto, anche se non può riallacciarsi (Giannini) all'istituto della vendita degli uffici pubblici dello Stato giurisdizionale.

⁸⁵ Con la legge 29 marzo 1903, n. 103 si municipalizzarono i servizi pubblici locali.

svolgimento di un servizio da parte del concessionario incominciò a riconoscersi il servizio come oggetto principale del rapporto.⁸⁶

In tal senso, per delineare il tipo di concessione qui trattata e individuare gli sviluppi teorici generati dal suo studio, occorre soffermarsi, quale possibile oggetto del rapporto concessorio, proprio sul concetto di servizio pubblico, nozione «tra quelle più tormentate»⁸⁷ del diritto amministrativo.

«Malgrado tutte le oscurità che hanno accompagnato la nozione sin dalla sua origine [...] essa ha pur sempre mantenuto, nell'ambito dell'ordinamento italiano, una costante fisionomia di base che ha permesso di ricondurre la categoria dei servizi pubblici a quelle attività dello Stato che venivano chiamate «sociali» e che la passata dottrina solleva contrapporre a quelle giuridiche», ossia «attività destinate a risolversi in modo diretto ad incremento del benessere sociale» e progressivamente accresciutesi in uno Stato moderno che, tuttavia, da un punto di vista giuridico, esaltando le sue qualità di Stato di diritto volto prevalentemente ad armonizzare il conflitto autorità-libertà e per ciò a farsi garante solo dell'ordine e della sicurezza, aveva finito con il precludere il fecondo svilupparsi di una teoria dei servizi pubblici.⁸⁸

⁸⁶ M. D'ALBERTI, *Le concessioni amministrative. Aspetti della contrattualità delle pubbliche amministrazioni*, op. cit., 42; l'A. (pp. 40 ss.) sottolinea come, precedentemente, mancando un concetto definito di pubblico servizio tanto in dottrina quanto in giurisprudenza, i giudici tendessero a costruire i rapporti giuridici in termini di utilizzo di beni pubblici e non di gestione di attività-servizi e così, per quanto la natura del bene non condizionasse comunque la qualificazione tecnica del rapporto, ciò determinava l'inesistenza di un concetto autonomo di concessione di servizio pubblico. In altri termini, l'aspetto prevalentemente considerato nel rapporto concessorio (a prescindere dalla configurazione pubblicistica o contrattuale di quest'ultimo), ossia il suo oggetto principale, si riteneva fosse l'uso di un bene pubblico da parte del concessionario, quand'anche ciò avesse consentito lo svolgimento di attività di tipo imprenditoriale direttamente destinate al pubblico o comunque controllate dai pubblici poteri - e dunque inquadrabili come servizi pubblici -, considerate quest'ultime, attività accessorie.

⁸⁷ M. S. GIANNINI, *Il pubblico potere*, Bologna, 1986, cit., 69 ss. Si veda anche S. CATTANEO, voce *Servizi pubblici*, in *Enc. dir.*, XLII, Milano, 1990, cit., 355 ss., il quale rileva che «in via generalissima il riferimento al servizio pubblico evoca l'idea di un compito d'interesse generale da realizzare [...]. Ma quando si tenta di andare al di là di questa idea, in fondo comune a tutta la dottrina, ci si muove su di un terreno che spesso è malfermo. [...] Al di là, poi, degli stessi problemi di ordine esegetico, si ritiene comunque che una ricerca intesa a fondare una teoria giuridica del servizio pubblico sia da considerare tutt'altro che sterile [...]: essa, quanto meno, potrebbe fornire alcuni strumenti per la conoscenza sistematica di fenomeni concernenti l'attività dei soggetti pubblici e dei privati che con essi entrano in rapporto di cooperazione».

⁸⁸ Cfr. U. POTOTSCHNIG, *I pubblici servizi*, Padova, 1964, cit., 12 ss. e ivi si vedano, in particolare, note 13 e 18 per la dottrina citata sul punto, tra cui qui si ricordano Santi ROMANO, *Principi di diritto amministrativo italiano*, Milano, 1906, 331 ss., che per servizi pubblici intendeva non una vera e propria figura giuridica ma il complesso degli scopi sociali che gli enti amministrativi si devono proporre, nel quale l'A. ricomprendeva svariati istituti e rapporti e che riconduceva alla più ampia categoria delle prestazioni amministrative rese ai privati *uti singuli* (la teoria delle prestazioni così come elaborata da Santi Romano e ripresa da R. ALESSI, *Le prestazioni amministrative rese ai privati*, Milano, II ed., 1956, tuttavia, era limitata perché, nel tentativo di ricostruire la prestazione del servizio come oggetto di un rapporto simile a quello obbligatorio del diritto privato, non ricomprendeva né dava una spiegazione giuridica a quei servizi goduti dai cittadini *uti universi*, non essendo messo così in rilievo il fine che con il servizio pubblico si deve raggiungere); O. RANELLETTI, *Principi di diritto amministrativo*, Napoli, 1912, 76 ss. e 98 ss., che per attività sociale intendeva la tutela e la cura di interessi collettivi e del benessere

L'attenzione della dottrina italiana nei confronti della nozione di servizio pubblico è certamente stata incentivata e influenzata dalle elaborazioni della dottrina francese che, se pur con diverse sfaccettature, aveva già da tempo reso centrale il concetto di *service public*.⁸⁹

Sin da metà '800 infatti, prima ancora che si affermasse la cosiddetta “dottrina dei servizi pubblici”, la giurisprudenza, in particolare con il noto *arrêt Blanco* pronunciato dal *Tribunal des Conflits* nel 1873, incominciò a fondare sulla nozione di servizio pubblico l'idea stessa di diritto amministrativo, speciale e derogatorio rispetto a quello comune. A seguire, sia la giurisprudenza del *Conseil d'État* sia della *Court de Cassation* concordarono nel ritenere competente il giudice amministrativo quale giudice naturale in relazione all'attività di servizio pubblico, intesa come insieme unitario di atti tanto giuridici quanto materiali che, per la loro finalizzazione al perseguimento di un interesse pubblico, dovevano ritenersi sottratti alla giurisdizione ordinaria (*compétence de la juridiction judiciaire*), anche per quel che concerneva il giudizio di responsabilità civile nei confronti dello Stato per l'esercizio del servizio stesso, ragionamento che induceva ad abbandonare, a fini giurisdizionali, la tradizionale ripartizione tra *actes de puissance* e *actes de gestion*, che comportava una concezione più restrittiva della competenza del giudice amministrativo.

Successivamente, ai primi del '900, la nozione di servizio pubblico da criterio giurisprudenziale per il riparto di competenze venne sistematizzato ed elevato a chiave di volta per la costruzione di una teoria giuridica dello Stato impregnata di valori sociali, perché fondata non più sulla potestà di comando ma proprio sull'organizzazione e gestione dei servizi pubblici, intesi non tanto in senso tecnico

sociale, in contrapposizione alle attività legate al soddisfacimento di interessi pubblici, compito e funzione, peraltro, non esclusiva dello Stato ma esercitata anzitutto da altre forze sociali; E. PRESUTTI, *Attività giuridica e attività sociale dello Stato*, in *Istituzioni di diritto amministrativo italiano*, Messina, 1931, I, 3; A. DE VALLES, *I servizi pubblici*, in V. E. ORLANDO (diretto da), *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano*, Milano, 1930, VI, 397 ss., (l'A. peraltro, pp. 377 ss., attribuiva la pubblicità dal servizio all'essere istituito per il pubblico, con una concezione quindi obiettiva fondata sulla funzione); U. FORTI, *In tema di servizi pubblici «obbligatorii»*, in *Studi di diritto pubblico*, II, Roma, 1937, 366; M. GALLO, *Funzione pubblica e servizio pubblico*, in *Scritti giuridici in onore di Santi Romano*, II, Milano, 1940, 772 ss.

⁸⁹ Sul punto si vedano F. MERUSI, *Servizio pubblico*, in *Noviss. Dig. it.*, XVII, 1970, 215 ss. e, per la dottrina francese, L. DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, II, Paris, 1928, 59 ss.; M. HAURIU, *Précis de droit administratif et de droit public*, Paris, 1933, *passim*; R. BONNARD, *Précis de droit administratif*, Paris, 1935, 235 ss.; M. WALINE, *L'oeuvre de Gaston Jèze en droit public*, in *Revue du droit public et de la science politique*, 1953, 879; J. RIVERO, *Hauriou et l'avènement de la notion de service public*, in *L'évolution du droit public. Études en l'honneur d'Achille Mestre*, Paris, 1956, 461; A. DE LAUBADÈRE, *Traité élémentaire de droit administratif*, Paris, 1957, 39 ss. e 533 ss.; R. LATOURNIÈRE, *Sur un Lazare juridique*, in *Conseil d'État. Études et documents*, 1960, 65. Più di recente, AA. VV., *Service public: unité et diversité*, in *AJDA*, numéro spécial, 1997, numero interamente dedicato al tema dei servizi pubblici e comprendente gli articoli di autorevole dottrina, non solo francese, in materia; A. LE PORS, *Le service public dans l'histoire: une notion simple devenue complexe*, in *Raison présente*, 2010, n. 173, 9.

ma più che altro come meta-concetto, ossia come bisogni fondamentali della collettività, da garantire al fine di sviluppare un sistema di solidarietà sociale volto ad orientare (e limitare) l'esercizio del potere.⁹⁰

Tale costruzione, riconducibile all'*école du service public*, esaltò un'idea di Stato inteso non come persona giuridica titolare di sovranità bensì proprio come insieme organizzato di servizi pubblici, attività che lo Stato stesso doveva necessariamente prendere in carico nell'ambito della sua funzione sociale, in quanto fondamentali ed indispensabili per la realizzazione di quell'interdipendenza sociale che lo Stato doveva assicurare, regolamentare e controllare.

Il fatto che le attività in questione fossero intrinsecamente di interesse generale era l'unico criterio in relazione al quale individuare quali attività dovessero ritenersi servizi pubblici (criterio materiale) elevati, in una concezione filosofica, a principale oggetto, fondamento e limite del potere statale (Duguit)⁹¹ e, da un punto di vista giuridico, a nozione centrale per mezzo della quale legittimare l'applicazione del diritto amministrativo quale diritto volto a meglio soddisfare i bisogni collettivi (Bonnard e Jèze), divenendo la «*pierre angulaire*»⁹² delle istituzioni di diritto pubblico.

Per Duguit il diritto dello Stato era il diritto dei servizi pubblici, tutte (e solo) le attività amministrative costituivano servizi pubblici, pertanto, per identificare l'attività come tale, il criterio materiale (o funzionale) si combinava con il più preciso criterio organico: se il soggetto che gestiva l'attività era un organo amministrativo, si trattava di servizio pubblico. In realtà, pur nell'ambito della stessa scuola dottrinale, il concetto venne attenuato, riconoscendo che non tutta l'attività esercitata da soggetti pubblici fosse da ritenere servizio pubblico, poiché questi potevano agire anche secondo le regole del diritto comune: affinché l'attività dei pubblici poteri potesse essere qualificata come servizio pubblico occorreva pertanto che vi fosse l'applicazione di un regime giuridico di diritto pubblico (Jèze).⁹³

Parallelamente si sviluppò una scuola generalmente presentata come contrapposta a quella di Duguit, la cosiddetta *école de la puissance publique* di Maurice Hauriou che, pur ammettendo l'importanza della nozione di servizio pubblico, ne relativizzò la centralità, ritenendo che non tutta l'attività amministrativa potesse qualificarsi come servizio pubblico e che fosse il potere autoritativo (la *puissance publique* appunto) a caratterizzare la funzione amministrativa e, conseguentemente, la nozione stessa di servizio pubblico. Per tale ragione l'attività in questione non poteva che essere gestita dalla pubblica amministrazione, nonostante tutti gli autori citati precisarono che, pur

⁹⁰ Nei termini di cui sopra P. BRUNET, *Doctrines "jurisdictionnelles" et doctrines "méta-conceptuelles" du service public*, in *AFDA, Le service public*, Dalloz, coll. *Thèmes et commentaires*, 2014, 23.

⁹¹ L. DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, *op. cit.*, 59 ss.

⁹² G. JÈZE, *Principes généraux de droit administrative*, Paris, 1914, cit., X.

⁹³ J. CHEVALLIER, *Essai sur la notion juridique de service public*, in *Publications de la faculté de droit d'Amiens*, 1976, n. 7, 136 ss.

parlandosi di “gestione” pubblica, si doveva riconoscere che questa potesse essere conferita a soggetti privati tramite l’istituto della concessione, tecnica ritenuta ammissibile per derogare contrattualmente al generale principio della gestione pubblica⁹⁴: non era perciò da intendersi come necessaria una gestione diretta da parte

⁹⁴ Storicamente, in Francia, la concessione nacque indicativamente intorno alla seconda metà del XVI secolo, sviluppandosi poi nel corso del XIX con la realizzazione dei grandi lavori infrastrutturali. Originariamente, infatti, si parlava di *concession de travaux publics* e solo nel 1910, con il decreto del 31 maggio sull’organizzazione del *Conseil d’État* comparve l’espressione *concession de service public*, poi definita a livello giurisprudenziale nell’*arrêt Gaz de Bordeaux* del 1916 e da quel momento sempre individuata per mezzo di criteri dettati dalla giurisprudenza, tra cui la qualificazione del contratto come tale, lo statuto del concessionario (inizialmente solo imprese private ma successivamente anche *établissements publics*, *sociétés nationales* e *d’économie mixte*), la natura del servizio concesso (inizialmente solo servizi pubblici a carattere industriale e commerciale legati ad una remunerazione ma poi anche servizi pubblici amministrativi, che permettevano comunque di conseguire una remunerazione per tramite degli utenti, come nel caso del servizio sanitario con le concessioni in materia ospedaliera), la gestione del servizio a rischio e spese del concessionario (poi diventato un elemento non decisivo per distinguere la concessione da altri contratti amministrativi), il controllo dell’autorità concedente, il versamento di canoni (*redevances*) di concessione all’autorità pubblica. Così C. BRÉCHON-MOULÈNES, *Rapport introductif*, in C. BRÉCHON-MOULÈNES, – F. LLORENS – G. GUISSOLPHE – M. BAZEX – J. B. AUBY, *La concession de service public face au droit communautaire*, Paris, 1992, 1 ss.

La concessione si presentò sin dall’origine come istituto ambivalente, a mezza via tra il contratto sinallagmatico e l’autorizzazione unilaterale, presentando (come si è visto anche dal punto di vista dell’ordinamento italiano) tanto l’aspetto della negoziazione (tra l’autorità, originariamente regia, e il singolo o una compagnia commerciale), quanto quello dell’attribuzione di prerogative di potestà pubblica (soprattutto legate alla possibilità di espropriazione e di occupazione di suolo pubblico), oltre che attribuire una serie di privilegi prevalentemente fiscali. La Rivoluzione abolì alcuni privilegi ma l’ambiguità di fondo tra contratto e “permesso” rimase. Il dibattito sulla natura giuridica della concessione si è però vivificato, in Francia, solo intorno agli anni Novanta, a fronte del preteso modello unico e concorrenziale di concessione presentato dall’ordinamento comunitario, che ha creato non poche resistenze, più che altro politiche, tese a salvaguardare la libertà delle comunità territoriali di scegliere liberamente il *partner* privato cui delegare attività economiche e sociali e a tutelare quelle prerogative intrinsecamente e tradizionalmente connesse alla concessione (soprattutto di servizio pubblico), ossia l’attribuzione di diritti di esclusiva o di monopoli e di potestà pubbliche, che risultavano in netto contrasto con qualsiasi idea di concorrenza e che apparivano minacciati dalla logica anti discriminatoria dell’allora Comunità europea interessata a dettare, per le commesse pubbliche, una procedura univoca, aperta e trasparente, senza che la natura della concessione o il rapporto trilaterale che questa instaurava (ossia anche con l’utente) potesse essere un elemento derogatorio rispetto all’effetto utile perseguito, non solo con le varie direttive susseguites in materia ma anche, più in generale, attraverso i principi e le regole fondamentali dei trattati cui anche le concessioni di pubblici servizi (in un primo tempo escluse dal campo di applicazione delle regole sulle commesse pubbliche) dovevano essere assoggettate (trasparenza, pubblicità, non discriminazione, imparzialità delle procedure di aggiudicazione). Tuttavia, questo approccio, ad avviso dei pubblici poteri francesi, non prendeva sufficientemente in considerazione gli obiettivi di politica pubblica sottesi ad una concessione, esercitata a rischio e pericolo del concessionario e, perciò, tradizionalmente incentrata sulla libera scelta di quest’ultimo in considerazione di qualità soggettive (*intuitus personae*), non potendosi uniformare le concessioni agli appalti nei quali, per contro, prevaleva, a seguito di un confronto concorrenziale, l’elemento oggettivo dell’offerta (e non del soggetto). In questi termini H. COURIVAUD, *La concession de service public «à la française» confrontée au droit européen*, in *Revue internationale de droit économique*, n. 4, 2004, 395 ss.

Su quest’ultimo punto si rinvia anche, in generale, al già citato lavoro di C. BRÉCHON-MOULÈNES – F. LLORENS – G. GUISSOLPHE – M. BAZEX – J. B. AUBY, *op. ult. cit.*, spec. 10 ss. e 103 ss., contributo in cui si evidenzia come il diritto comunitario e l’istituto della concessione rispondono entrambi a logiche liberali ma la logica del mercato, che domina il primo, non pone sufficiente attenzione ai

dell'amministrazione, essendo sufficiente la presa in carico del servizio da parte di questa e l'esercizio di poteri di regolazione e controllo sul privato che lo erogava a suo rischio e pericolo.⁹⁵

E così, entro le due grandi guerre, la giurisprudenza, come rigorosamente analizzata da Marcel Walin, elevò la nozione di servizio pubblico amministrativo (ossia gestito da un'autorità pubblica nel senso sopra indicato) a criterio principale per affermare la competenza del giudice amministrativo; a ciò facevano eccezione i cosiddetti *service public industriels et commerciaux* erogati da soggetti privati e assoggettati alle regole di diritto comune e, perciò, rientranti nella *compétence judiciaire* ⁹⁶, nonostante, al di là delle questioni di giurisdizione e, dunque, pur restando ferma la necessaria esistenza di prerogative di *puissance publique* per fondare la *compétence administrative*, la giurisprudenza del *Conseil d'État* riavvicinò comunque la nozione di servizio pubblico e di persona privata, rivalorizzando la concezione materiale-funzionale, ossia guardando principalmente all'oggetto e alla natura dell'attività più che ai soggetti erogatori, ai fini dell'individuazione di un servizio pubblico come tale, ritenendo servizi pubblici anche quelli a carattere industriale e commerciale.⁹⁷

La nozione di servizio pubblico amministrativo “alla francese”, classicamente intesa, è dunque quella di attività di interesse generale, direttamente o indirettamente

principi che tradizionalmente regolano l'organizzazione del servizio pubblico, posto che la concessione, archetipo della categoria giuridica del contratto amministrativo, è prima di tutto un modo di organizzare il servizio pubblico che implica l'esercizio di prerogative di potestà pubblica, inoltre il fatto che l'impresa finanzia gli investimenti necessari all'erogazione del servizio e assicura una gestione industriale e commerciale, disponendo di competenze tecniche, finanziarie, materiali e umane che le pubbliche amministrazioni non hanno, sono elementi che da sempre hanno giustificato una scelta libera del contraente da parte dell'amministrazione concedente. Tuttavia, sebbene l'affermarsi di nuove logiche di potere a livello comunitario abbia certamente diluito alcune specificità della concessione di servizio pubblico, per superare le frizioni è comunque possibile concentrarsi sugli elementi di convergenza tra la tradizionale concezione dell'istituto concessorio francese e le spinte proprie dell'ordinamento sovranazionale ed anzi, il diritto comunitario può, in tal senso, aiutare a “ricentrare” alcune nozioni classiche dell'ordinamento interno (come quella di servizio pubblico) ritenute troppo fluide.

⁹⁵ J. CHEVALLIER, *op. ult. cit.*, 141.

⁹⁶ Sul punto si vedano J. CADART, *Les tribunaux judiciaires et la notion de service public: la notion judiciaire de service public (contribution à l'étude du problème de la répartition des compétences entre les deux ordres de juridictions)*, Paris, 1954; J. L'HUILLIER, *Nouvelles réflexions sur le service public*, in *Dalloz*, 1957, 91; J. ASTIMA, *Notion de service public et compétence*, in *La semaine juridique*, 1958, 1415; M. WALIN, *Droit administratif*, Paris, 1959, 621 ss. Sulle difficoltà della ripartizione fondata su tale criterio si vedano J. M. AUBY, *Remarques sur quelques difficultés du droit administratif français*, in *Annales de la Faculté de droit de l'Université de Bordeaux*, 1951, 7; A. DE LAUBADÈRE, *Réflexions sur la crise du droit administratif français*, in *Dalloz*, 1952, 5; C. EISENMANN, *Service public et compétence juridictionnelle*, in *Dalloz*, 1956, 58; C. BLAEOET, *Influence relative de la notion de service public sur le champ du droit administratif et de la compétence administrative*, in *Dalloz*, 1957, 37.

⁹⁷ Nei termini di cui sopra J. L. DE CORAIL – G. BRAIBANT, *Une question fondamentale: la doctrine du service public, de la définition et de la nature du droit administratif et de la compétence du juge administratif*, in *La Revue administrative*, 50^e Année, 1997, 27 ss., laddove si cita anche la dottrina di quegli anni, rilavandosi un maggior dialogo e accordo tra letteratura e giurisprudenza in cui, fondamentalmente, le tesi tradizionali convergevano.

riconducibile a soggetti pubblici, eventualmente svolta per mezzo di prerogative di potestà pubblica e soggetta ad un regime di diritto speciale per volontà del legislatore⁹⁸, la cui intenzione, variabile a seconda dell'epoca e dell'ideologia dominante, risulta, di fatto, il criterio principale per considerare o meno una certa attività come di servizio pubblico: gli altri indici di cui sopra, infatti, risultano più che altro funzionali alla ricostruzione della volontà legislativa stessa.⁹⁹

La nozione, evidentemente aperta, lascia un ampio margine di apprezzamento agli attori politici e giuridici e infatti, allorché nel nostro ordinamento si apprestava a diventare più vivo il dibattito sull'istituto, nell'ordinamento francese si aprì invece una crisi teorica che la maggior parte degli autori ricondusse, in primo luogo, proprio all'imprecisione concettuale della nozione (che, essenzialmente, dipendeva dall'apprezzamento formulato dal giudice amministrativo in relazione all'intenzione del legislatore, risultando perciò variabile ed evolutiva) e, contestualmente, al quadro politico – economico, stante il crescente numero di privati che erogavano servizi in vista dell'interesse generale e, con tendenza opposta, il sempre maggior sviluppo di imprese pubbliche che intervenivano nella vita sociale¹⁰⁰; nonostante, successivamente, vi fosse chi¹⁰¹ ritenesse che, se una crisi vi era, era quella

⁹⁸ M. LATOURNERIE, *Sur un Lazare juridique. Bulletin de santé de la notion de service public: agonie? convalescence? ou jeunesse?*, in *EDCE*, 1960, 116 ss., il quale riteneva che il regime applicabile fosse uno degli elementi “costitutivi” della definizione di servizio pubblico, a differenza di Waline che lo riteneva invece solo una conseguenza della qualificazione dell'attività come servizio pubblico.

⁹⁹ J. CHEVALLIER, *op. ult. cit.*, 156 ss.

¹⁰⁰ Sulla crisi della nozione di servizio pubblico si vedano F. TREVoux, *Du service public de droit public au service public économique*, in *Recueil d'études en l'honneur de Lambert*, II, Paris, 1938, 405, che lega la crisi della nozione soprattutto ad esigenze economiche; G. MORANGE, *Le declin de la notion juridique de service public*, in *Dalloz*, 1947, 49, che la associa ad una più generale crisi dello Stato; B. CHENOT, *La notion de service public dans la jurisprudence économique du Conseil d'État*, in *Conseil d'État. Études et documents*, 1950, 4, 77, che la attribuisce al moltiplicarsi dei *services publics industriels et commerciaux*; J. ROMBAUT, *Le régime juridique des services publics industriels et commerciaux*, in *Revue de droit international et de droit comparé*, 1954, numéro spécial, 269; l'accurato studio di J. L. DE CORAIL, *La crise de la notion juridique de service public en droit administratif français*, Paris, 1954, che denunciava una crisi della nozione quale conseguenza del crescente intervento dello Stato nell'economia, tale da rendere troppo esteso l'ambito applicativo della nozione e decomposto il regime giuridico ad essa applicabile; J. L'HUILLIER, *A propos de la «crise» de la notion de service public*, in *Dalloz*, 1955, 120.

Successivamente, a fronte della crescente crisi economica e della eterogeneità della nozione giuridica, i servizi pubblici dovettero fronteggiare “l'attacco” dell'ideologia neoliberista che, fondando le proprie argomentazioni su di un'analisi economica della politica e criticando qualsiasi intervento pubblico nell'economia, prese di mira il modello dei servizi pubblici che, se da fine '800 avevano rappresentato la terza via possibile nell'opposizione tra socialismo e liberismo, rispondendo a bisogni sociali ma limitando l'intervento pubblico allo stretto indispensabile, nel dopo guerra, in una congiuntura politica ed economica differente, erano divenuti lo strumento giuridico ed ideologico dell'espansione dello Stato, fondendosi nell'equazione keynesiana che vedeva nell'intervento pubblico in materia economica e sociale il promotore della crescita collettiva e lo strumento privilegiato per la redistribuzione sociale. I servizi pubblici vennero quindi identificati dalla destra francese come elemento primo di un modello di interventismo e regolazione considerato fallimentare e inefficiente. In questo senso si veda P. CHAMBAT, *Service public et néoliberalisme*, in *Annales. Economies, sociétés, civilisations*, 45^e année, n. 3, 1990, 615.

¹⁰¹ J. CHEVALLIER, *op. ult. cit.*, 136 ss.

dell'amministrazione francese e non della nozione di servizio pubblico e dei criteri su cui essa tradizionalmente si fondava e che, pur riconoscendo gli evidenti mutamenti in corso, considerava al più necessaria un'ampia riflessione sul mutato ruolo del settore pubblico.

Nell'ordinamento giuridico italiano invece, il dibattito sulla nozione di servizio pubblico¹⁰² si è sostanzialmente incentrato sulla dicotomia tra la nozione soggettiva¹⁰³ e quella oggettiva, ipotesi teoriche che, per quanto valutabili in termini alternativi, appartengono, tuttavia, a periodi diversi di evoluzione dell'ordinamento amministrativo tra i quali la Costituzione del 1948 può considerarsi, a grandi linee, uno "spartiacque"¹⁰⁴.

In breve, entrambe le concezioni riconoscono l'interesse che l'attività di servizio pubblico presenta per lo Stato ma, «da questo punto di partenza, seguono sviluppi diversi, riferiti, da un lato, all'elemento soggettivo, riflettentesi sul ruolo dei poteri pubblici che operano il detto riconoscimento e che fanno propria l'attività e, dall'altro, all'elemento "oggettivo", cioè all'interesse pubblico che – valutato beninteso come tale nella appropriata sede legislativa o amministrativa – giustifica il riconoscimento»¹⁰⁵.

Più nello specifico la concezione oggettiva si fa risalire alle riflessioni di Umberto Pototschnig¹⁰⁶ che, verificando la tenuta del principio nominalistico alla luce del

¹⁰² Per una ricostruzione più completa del dibattito sul punto si rinvia, *ex multis*, a I. M. MARINO, *Servizi pubblici e sistema autonomistico*, Milano, 1986, 105 ss.; V. PARISIO, voce *Servizi Pubblici e monopoli*, in E. PICOZZA (a cura di), *Dizionario di diritto pubblico dell'economia*, Rimini, 1988, 687 ss.; S. CATTANEO, voce *Servizi pubblici*, *op. cit.*, 362 ss.

¹⁰³ Per la dottrina francese si citano quali autori che hanno abbracciato una definizione soggettiva del servizio pubblico J. RIVERO, *Droit administratif*, Paris, 1962, 371 ss.; G. VEDEL, *Droit administratif*, Paris, 1959, 561 ss.; R. E. CHARLIER, *Le service public*, in *Encyclopédie juridique Dalloz, Droit administratif*, II, Paris, 1959, 869.

¹⁰⁴ Le letture soggettive del pubblico servizio risalgono infatti al periodo pre-costituzionale, pur perdurando anche in un secondo momento in cui la nozione di pubblico servizio venne maggiormente sviluppata in discipline diverse dalla Scienza giuridica, come la Scienza delle finanze o l'Economia politica, giungendo a definizioni che, se pur utilizzate a fini diversi, convergevano nell'accettare la qualificazione pubblicistica dell'attività come assunzione del servizio da parte dello Stato o degli enti pubblici, per provvedervi direttamente (si veda sul punto U. POTOTSCHNIG, *I pubblici servizi*, *op. cit.*, 39 ss.). Solo intorno agli anni Sessanta, proprio con la citata opera di Umberto Pototschnig, si sviluppò una lettura oggettiva, centrata sugli artt. 41 e 43 della neo Costituzione, che permeò le letture successive e più recenti in materia, tra le quali qui si richiamano in generale N. Rangone, *I servizi pubblici*, Bologna, 1999; G. NAPOLITANO, *Servizi pubblici e rapporti di utenza*, Padova, 2001; L. R. PERFETTI, *Contributo ad una teoria dei pubblici servizi*, Padova, 2001.

¹⁰⁵ S. CATTANEO, voce *Servizi pubblici*, *op. cit.*, cit., 368 ss., che così prosegue: se la concezione soggettiva si incentra sul ruolo assunto dal soggetto pubblico e sulle sue modalità di esplicazione del servizio rispetto ad altre attività sue proprie, nella concezione oggettiva invece la qualificazione dell'attività come di interesse pubblico assume un'autonoma ed oggettiva rilevanza giuridica, tale per cui «la natura e la disciplina del servizio pubblico si manifesterebbero indipendentemente dal soggetto cui l'attività è istituzionalmente collegata».

¹⁰⁶ U. POTOTSCHNIG, *I pubblici servizi*, *op. cit.*, il quale rileva (pp. 5 ss., e cit., 7, nota 6) l'incertezza - associata ad un certo disinteresse della dottrina dell'epoca, nonostante il rilievo dei compiti di benessere progressivamente assunti dallo Stato - sulla nozione di pubblico servizio, la quale era andata

dettato costituzionale, offrì una stimolante rilettura degli articoli 41, co. 3 e 43 della Costituzione, intorno ai quali costruì la propria nozione di servizio pubblico, con il precipuo obiettivo di smentire le prospettazioni in chiave soggettiva sino ad allora avanzate dalla dottrina tradizionale.

E così, partendo dall'analisi dell'art. 43 Cost., Pototschnig evidenziò come la disposizione, pur senza definire il servizio pubblico, ne faccia intravedere alcuni profili innovatori rispetto ai risultati raggiunti dalla precedente dottrina.

L'articolo prevede, letteralmente, un'astratta possibilità di riserva originaria o di trasferimento, a favore di Stato, enti pubblici o comunità di lavoratori o utenti, di imprese o categorie di imprese riferite a *servizi pubblici essenziali* (oltre che a fonti di energia e a situazioni di monopolio) che abbiano carattere di preminente interesse generale, a condizione che sussistano fini di utilità generale. L'articolo, pertanto, sembra fissare in modo tassativo «i casi e i limiti nei quali la riserva e il trasferimento di imprese possono legittimamente incidere sia sul diritto di proprietà, riconosciuto dall'art. 42, sia sulla libertà dell'iniziativa economica privata, garantita dall'art. 41»¹⁰⁷.

Di conseguenza si rileva come possano esistere servizi pubblici essenziali¹⁰⁸, ossia doverosi, ma in cui tale doverosità o essenzialità «non è da intendere in necessaria

oscillando, sino ad allora, tra una definizione fissata al solo scopo di differenziarla dalla nozione di pubblica funzione (il rinvio è in particolare allo scritto di G. MIELE, *Pubblica funzione e servizio pubblico*, in *Arch. giur. A. Serafini*, 1933, XXVI, 172), ed una qualificazione nominalistica, generica ed imprecisa, che escludeva, da una non ben identificata categoria generale di servizi, tutti quelli che non erano esercitati da enti pubblici. L'A. peraltro, mettendo in luce le indubbe difficoltà definitorie della nozione in esame, ne sottolinea le medesime sorti anche nel diritto francese, affermando che: «in realtà l'estrema latitudine ed elasticità con la quale si è utilizzato il concetto di servizio pubblico nella dottrina e nella giurisprudenza d'oltralpe tradisce un processo analogo di graduale impoverimento di una nozione non ancora sufficientemente adulta per essere capace di resistere ai fenomeni più disparati conservando una propria fisionomia. Ciò ha fatto nascere, come noto, quel carattere legendario e quasi mitico della nozione di *service public* divenuta, come pure è noto, *pierre angulaire* del diritto amministrativo francese, ma di cui i più recenti studi vanno mostrando ormai le gravi falle e la palese inadeguatezza», richiamando in proposito il già citato studio di J. L. DE CORAIL, *La crise de la notion juridique de service public en droit administratif français*, del 1954.

¹⁰⁷ U. POTOTSCHNIG, *op. cit.*, cit., 48, il quale, alla nota 75, precisa, sulla tassatività della formula costituzionale, come non sembra lecito «neppure al legislatore presupporre, ai fini di un trasferimento delle imprese ex art. 43 Cost., che talune attività possano venir qualificate, all'atto stesso del trasferimento, come servizi pubblici, giacché la norma costituzionale ha inteso rimettere al di lui apprezzamento soltanto il giudizio sui «fini di utilità generale» che giustificano il trasferimento e non invece quello sul tipo di imprese da trasferire. Soltanto in tal modo [...] si può attribuire alla norma un significato che chiarisce quali siano le imprese nei cui confronti si producono gli effetti giuridici».

¹⁰⁸ Sull'attributo dell'essenzialità l'A. sottolinea il contrasto rispetto a quanto sostenuto in particolare da G. MIELE, voce *Servizi pubblici*, in *Enc. it. Treccani*, XXXI, Roma, 1936, 474, che, abbracciando l'ottica liberale del tradizionale binomio attività giuridica – attività sociale dello Stato, ricollegava alla seconda, nella quale rientrano i pubblici servizi, il perseguimento di fini non essenziali. Pototschnig (cfr., *I pubblici servizi*, *op. cit.*, 49 ss.), per contro, ritiene che la disposizione lasci intendere che vi siano dei servizi qualificabili dall'ordinamento come essenziali in senso assoluto, intendendosi per essenzialità che la loro realizzazione assume quello stesso carattere di doverosità che un tempo assumeva la sola attività giuridica (cfr. *contra* V. SPAGNUOLO VIGORITA, *L'iniziativa economica privata*, Napoli, 1959, 249 ss., che invece sembra riferire l'essenzialità alle prestazioni oggetto di taluni servizi

correlazione con un determinato apparato soggettivo al quale l'ordinamento ponga l'obbligo di assumere il servizio tra i suoi fini istituzionali e in riferimento al quale il servizio diventi in tal guisa obbligatorio [...] ma va inteso sulla base di una situazione obbiettiva, risultante dall'insieme di una serie di condizioni, anch'esse obbiettive, attinenti alla valutazione concreta di una situazione di fatto e tra le quali dovranno figurare indifferentemente [...] attività imprenditoriali di enti pubblici e privati»¹⁰⁹.

Il ragionamento conduce così ad ammettere che, anche al di fuori delle ipotesi di concessione, sia possibile un legittimo esercizio da parte di soggetti privati di attività di pubblico servizio che la legge non riserva o trasferisce in mano pubblica, senza che l'attività perda per ciò solo la sua connotazione di pubblico servizio essenziale.¹¹⁰ Da ciò, peraltro, si è fatto conseguire che la gestione in concessione di un servizio pubblico non richiede che l'attività d'impresa sia riservata all'amministrazione, ossia che rientri nella sua esclusiva titolarità.¹¹¹

L'Autore poi, ritenendo che l'art. 43 introducesse uno stretto collegamento tra la nozione di servizio pubblico essenziale e la nozione di impresa, ha desunto che i pubblici servizi si realizzassero necessariamente tramite organismi aventi carattere imprenditoriale e dunque tramite un'attività esercitata nelle forme e modi di cui all'art. 2082 c.c., senza che il servizio pubblico quale particolare oggetto dell'attività potesse vanificare l'aspetto imprenditoriale; anzi, è proprio l'operatività sul piano economico dell'impresa così organizzata, pubblica o privata che sia, a permettere la realizzazione del servizio pubblico.¹¹²

pubblici, in un'ottica di bisogni della collettività, facendo riferimento ad una concezione quantitativa ed elastica del carattere essenziale del servizio).

¹⁰⁹ U. POTOTSCHNIG, *op. cit.*, cit., 50, nota 78.

¹¹⁰ ID., *op. cit.*, cit., 52, laddove così si spiega il ragionamento fondato su un'analisi testuale della norma costituzionale: «l'art. 43 rende costituzionalmente possibile la riserva o il trasferimento delle imprese che si riferiscono a servizi pubblici essenziali ma non esige che vi si addivenga necessariamente ed in ogni caso. Dice invero tale norma che ai fini di utilità generale la legge può (e non deve) riservare o trasferire dette imprese. Determinanti per la riserva o il trasferimento sono dunque i fini di utilità generale, non il riferirsi di imprese a servizi pubblici essenziali»; il trasferimento inoltre può avvenire anche a favore di comunità di utenti e lavoratori e dunque a favore di organismi privati.

¹¹¹ Sulla riserva di beni o attività come elemento non necessario si veda F. MERUSI, *Servizio pubblico*, in *Nss. Dig. it.*, XVII, Torino, 1970, 215.

¹¹² Cfr. in questi termini sempre U. POTOTSCHNIG, *op. cit.*, 54 ss. L'A. ritiene quindi che il fulcro della norma sia proprio la nozione di impresa quale «esercizio di un'attività che può dirsi sostanzialmente e formalmente economica», ma che nell'articolo in commento – e nel campo del diritto pubblico – viene considerata sotto un profilo particolare, quello funzionale, della destinazione dell'attività produttiva, riconoscendo dunque che determinate attività economiche possano essere assoggettate a quella particolare destinazione che è la produzione di un servizio pubblico essenziale; e ciò, si ribadisce, a prescindere dalla figura del soggetto imprenditore e dunque dalla titolarità, pubblica o privata, dell'impresa, in quanto, sebbene le attività private restino il risultato della libera determinazione dei singoli che perseguono fini irrilevanti per l'ordinamento, sembra ormai dimostrato agli occhi dell'Autore come, quantomeno nel complessivo assetto costituzionale dei rapporti economici, le istanze sociali pervadano anche le posizioni di libertà dei singoli, non solo condizionandole *ab externo* ma permeandole nel loro contenuto essenziale.

Il quadro viene poi completato con il riferimento, in particolare, all'art. 41, co. 3, Cost.¹¹³, a norma del quale la legge può indirizzare e coordinare¹¹⁴ l'attività economica, indifferentemente pubblica e privata, al conseguimento di fini sociali¹¹⁵, determinando gli opportuni programmi e controlli¹¹⁶, i quali dovranno comunque tutelare anche «l'interesse individuale dell'operatore allo svolgimento dell'attività, senza il quale il mercato andrebbe deserto»¹¹⁷.

Talune attività economiche private possono quindi essere sottratte all'esclusiva valutazione di chi le svolge ed essere assoggettate ad una particolare disciplina per il raggiungimento di obiettivi predeterminati dalla legge.¹¹⁸ A differenza di quanto accade nel primo comma del medesimo articolo, laddove la libertà di iniziativa economica privata - a cui pur si riconosce una dimensione collettiva nell'ambito dell'organizzazione economica dello Stato - viene tutelata in quanto tale, come posizione giuridica soggettiva, il terzo comma ubbidisce ad un principio diverso ed autonomo, un principio ordinatorio che diventa il fondamento costituzionale della funzionalizzazione dell'attività imprenditoriale anche dei privati.¹¹⁹

In estrema sintesi, le conclusioni a cui giunse Pototschnig sono le seguenti: l'attività di impresa riferita ad un servizio pubblico non deve necessariamente essere ascritta

¹¹³ Si condivide qui la considerazione di D. SORACE, *La riflessione giuridica di Umberto Pototschnig: i "servizi pubblici"*, in *Dir. pubbl.*, 2, 2002, cit., 592, scritto pubblicato anche in *Amministrare*, 3, 2001, 385, che così scrive: «le pagine che Pototschnig dedica all'argomento sono assai elaborate e dense di riferimenti concreti, così che riesce impossibile in pochi cenni dare un'idea dello spessore che in tal modo assumono le poche parole del testo costituzionale».

¹¹⁴ Sul tema dell'indirizzo e del coordinamento U. POTOTSCHNIG, *I pubblici servizi*, *op. cit.*, 349 ss. Trattasi di un principio guida per l'azione dell'amministrazione nel campo dei servizi pubblici e di una modalità che salvaguarda l'autonomia degli operatori. Diversi sono gli atti tipici con cui l'amministrazione realizza l'indirizzo e il coordinamento: tale è, per esempio, l'autorizzazione per l'apertura di farmacie o la concessione per la coltivazione di un giacimento di idrocarburi.

¹¹⁵ Sul punto ID., *op. ult. cit.*, 102 ss. I fini sociali sono il presupposto funzionale dei pubblici servizi: solo se l'attività economica è riconducibile a fini sociali allora è possibile programmarla e controllarla. I fini sociali non devono essere intesi per contrapposizione con quelli economici o di altro genere o come il raggiungimento del benessere economico quale compito dello Stato, dovendosi piuttosto ricondurre a quella garanzia di partecipazione all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese di cui all'art. 3, co. 2, Cost., alla pari dignità sociale di cui al comma 1 del medesimo articolo, al contribuire al progresso materiale e spirituale della società di cui all'art. 4 e ad altri articoli, come il 32 Cost., dove vi sono riferimenti simili; ossia, più in generale, devono ricondursi ad una complessiva struttura ed organizzazione in cui le attività pubbliche e private concorrano unitariamente verso obiettivi comuni.

¹¹⁶ I programmi sono strumento di disciplina e di misura dell'attività nella sua dimensione spaziale e temporale e nel suo ritmo di erogazione agli utenti; per quanto attiene ai controlli, invece, sono necessari meccanismi che li rendano effettivamente strumentali ai programmi. I temi sono trattati nel dettaglio in ID., *op. ult. cit.*, 236 ss. e 295 ss.

¹¹⁷ ID., *Poteri pubblici e attività produttive*, in *Scritti scelti*, Padova, 1999, cit., 652.

¹¹⁸ Cfr. ID., *I pubblici servizi*, *op. cit.*, 222 ss., laddove si precisa che i fini sono da considerare sociali perché non sono autodeterminati dal privato né sono istituzionalmente propri di un ente pubblico (essendo perseguibili anche da privati) e dunque non sono pubblici.

¹¹⁹ Cfr. in termini ID., *op. ult. cit.*, 87; cfr. anche p. 155 laddove emerge come il regime giuridico dell'attività economica che realizza un servizio pubblico sia definito proprio dall'art. 41, co. 3 Cost., che caratterizza l'attività a prescindere da quale sia il soggetto, pubblico o privato, che la esercita.

ad un soggetto pubblico, ai sensi del 43 Cost.; l'attività economica svolta da un privato è assoggettabile alla medesima disciplina prevista per l'attività economica pubblica e dunque programmabile e controllabile a fini sociali ai sensi del 41, co. 3, Cost.; qualunque attività economica, per come intesa dall'Autore, sia pubblica sia privata, se assoggettata alla disciplina di cui al citato art. 41, co. 3, è attività di servizio pubblico; non ogni attività economica esercitata da soggetti pubblici è definibile come servizio pubblico, poiché non necessariamente deve essere soggetta alla relativa disciplina costituzionale.

L'Autore operò altresì un raccordo tra i due citati articoli della Costituzione tale da imporre al legislatore un limite ulteriore, rispetto al dato testuale, nella sua facoltà di disporre il trasferimento di imprese di cui all'art. 43, affermando che «la riserva e il trasferimento di imprese a favore di un'amministrazione pubblica non sono consentiti se non quando, “a fini di utilità generale” (art. 43), si sia rivelata infruttuosa, malgrado i programmi e controlli stabiliti dalla legge, l'esperienza di una gestione sostenuta dalla libera iniziativa degli operatori privati»¹²⁰.

In questo quadro la concessione venne letta come strumento per disciplinare l'attività privata col metodo dei programmi e controlli, consentendo peraltro, grazie alle convenzioni che le accompagnano, una puntuale e concordata regolazione dell'attività privata caso per caso.¹²¹

Pototschnig fece quindi coincidere i servizi pubblici con quelle attività economiche, tanto pubbliche quanto private, che l'ordinamento può assoggettare ad una particolare destinazione alla luce del dettato costituzionale, ossia indirizzandola e coordinandola a fini sociali sulla base di programmi e con la sottoposizione a controlli; il ragionamento venne condotto dall'Autore interpretando l'aspetto economico in senso ampio, rifiutando una nozione contenutistica e ricomprendendovi anche attività comunemente definite come sociali.¹²²

Proprio su quest'ultimo aspetto si sono incentrate le principali critiche mosse alla tesi di Pototschnig, fondate sull'eccessiva estensione della nozione oggettiva di servizio pubblico.¹²³

¹²⁰ ID., *op. ult. cit.*, cit., 459.

¹²¹ Si veda ID., *op. ult. cit.*, 420 ss. e 447 ss.

¹²² Cfr. U. POTOTSCHNIG, *Insegnamento, istruzione, scuola*, in *Scritti scelti, op. cit.*, 665 ss., in cui si sostiene come anche l'istruzione possa essere considerata un'attività economica, prodotta dalla scuola, configurabile come impresa; ID., *I pubblici servizi, op. cit.*, cit., 194 e 205 ss., per cui l'attività «si sostanzia giuridicamente nella considerazione di un insieme di atti e di operazioni, unificate sul piano funzionale dalla unicità dello scopo perseguito», mentre nel carattere economico dell'attività non si ravvisa necessariamente la creazione di ricchezza, e quindi la produzione di beni o servizi nel perseguimento di uno scopo di lucro, ma si considera economica l'attività che, in via residuale, non si risolve nella produzione di utilità giuridiche.

¹²³ Si è detto che la nozione oggettiva così elaborata si sia intrecciata sempre più «ai temi della disciplina e della funzionalizzazione delle attività economiche, finendo però per smarrire sia la capacità evocativa del ruolo dello Stato e dei pubblici poteri, sia la capacità riassuntiva dell'applicazione di uno specifico regime giuridico», così G. NAPOLITANO, *Servizi pubblici*, in S.

Tuttavia, sembra ugualmente possibile considerare il lavoro dell'Autore un fondamentale punto di riferimento per una rielaborazione della nozione di servizio pubblico, anche alla luce delle dirompenti novità successivamente introdotte in materia dall'ordinamento europeo che, certamente, hanno messo alla prova la solidità e attualità delle costruzioni sino ad allora faticosamente elaborate. Del resto, il tema dei servizi pubblici sembra essersi riaperto in tutta la sua centralità politica e giuridica. Tramontato l'autoritarismo dello Stato liberale in ordine alla concezione dell'attività amministrativa e l'illusione dello Stato sociale, oggi, la sfida politica e programmatica dei Governi europei sembra giocarsi, infatti, sulla capacità di prestare servizi di interesse generale quale forma di politica essenziale.¹²⁴

Pertanto, dopo i significativi interventi di liberalizzazione e privatizzazione in materia¹²⁵, in un'epoca in cui i dibattiti sulla pianificazione economica appaiono obsoleti, limitando la riferibilità del lavoro di Pototschnig alle sole attività finalizzate al raggiungimento di un risultato economico e dunque restringendo la portata della nozione elaborata dall'Autore, può «meritare una verifica l'ipotesi che la sottoposizione di attività economiche a programmi e controlli per fini sociali [...] sia ammissibile soltanto al fine di garantire l'adempimento di una "missione" di servizio pubblico», determinando l'esistenza della nozione oggettiva di quest'ultimo.¹²⁶

Se è indiscusso che un'attività di erogazione di *utilitas* non possa acquisire il carattere di servizio pubblico senza uno specifico intervento dei pubblici poteri, l'insegnamento di Pototschnig aggiunge che un'attività di impresa privata può definirsi "servizio pubblico" anche se lo Stato non ne è titolare e anche al di fuori del suo

CASSESE (a cura di), *Dizionario, op. cit.*, cit., 5523, richiamando a sua volta in tal senso le critiche di S. CASSESE, *I servizi pubblici locali nel mezzogiorno*, Roma, 1969, 9 ss. e di F. ZUELLI, *Servizi pubblici e attività imprenditoriale*, Milano, 1973, 43 ss.

¹²⁴ In questi termini E. PICOZZA, *Le concessioni nel diritto dell'Unione europea. Profili e prospettive*, in M. CAFAGNO – A. BOTTO – G. FIDONE – G. BOTTINO (a cura di), *Negoziazioni pubbliche. Scritti su concessioni e partenariati pubblico-privati*, Milano, 2013, 26.

¹²⁵ Sul tema si vedano in generale, *ex multis*, S. CASSESE, *Stato e mercato, dopo privatizzazioni e deregulation*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1991, 378; L. AMMANNATI, *Le privatizzazioni delle imprese pubbliche in Italia*, Milano, 1995; D. CORAPI, *Liberalizzazione e privatizzazione del settore elettrico*, in *Rass. giur. en. elettr.*, 1995, 293; G. DI GASPARE, *Privatizzazioni, privatizzazione delle imprese pubbliche*, in *Enc. giur.*, XXIV, 1995; P. MARCHETTI, *Le privatizzazioni in Italia*, Milano, 1995; A. M. BERNINI, *Intervento statale e privatizzazioni*, Padova, 1996; M. BONELLI, *La privatizzazione delle imprese pubbliche*, Milano, 1996; S. CASSESE, *Le privatizzazioni: arretramento o riorganizzazione dello Stato?*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1996, 579; F. CAVAZZUTI, *Privatizzazioni imprenditori e mercati*, Bologna, 1996; P. DE CARLI, *Privatizzazioni e pubblici poteri*, in *Dir. e soc.*, 1996, 345; A. GAMBINO, *Dal monopolio alla liberalizzazione: regolamentazione normativa delle asimmetrie nel mercato delle telecomunicazioni*, in *Giur. comm.*, 1996, I, 5; F. GHELARDUCCI, *Privatizzazioni e servizi pubblici locali*, in *Foro amm.*, 1996, 1741; M. RENNA, *Le società per azioni in mano pubblica*, Torino, 1997; R. GAROFOLI, *Le privatizzazioni degli enti dell'economia*, Milano, 1997; A. PERINI, *Le trasformazioni in atto nel settore dei servizi di pubblica utilità: privatizzazione, concorrenza, regolazione*, in *Dir. e soc.*, 1997, 235; V. ROPPO, *Privatizzazioni e ruolo del «pubblico»: lo Stato regolatore*, in *Pol. dir.*, 1997, 627; M. CLARICH – A. PISANESCHI, *Privatizzazioni*, in *Dig. disc. pubbl. Aggiornamento*, Torino, 2000, 432; E. FRENI, *Le privatizzazioni*, in S. CASSESE, *Trattato di diritto amministrativo. Diritto amministrativo speciale*, Milano, 2000, III, 3021.

¹²⁶ D. SORACE, *La riflessione giuridica di Umberto Pototschnig: i "servizi pubblici"*, *op. cit.*, cit., 597 ss.

esercizio per concessione. Ciò significa che lo svolgimento di un'attività di servizio pubblico costituisce esercizio della libertà di iniziativa economica privata e che l'intervento dello Stato, diretto a stabilire quali fini sociali debbano essere perseguiti e come indirizzare e coordinare l'attività economica, è un intervento ordinamentale e non organizzativo.¹²⁷ Questa concezione sembra compatibile con quella di matrice europea.

Il dibattito europeo sui servizi pubblici si è concretizzato in una serie di interventi normativi riconducibili alla volontà di aprire il settore al mercato e alla concorrenza, garantendo, contestualmente, i diritti delle imprese erogatrici e degli utenti che fruiscono di prestazioni essenziali. Così, le riflessioni giuridiche in materia, non senza difficoltà, si sono votate a ricercare un'armonizzazione, per quanto possibile, tra le nozioni e la disciplina UE e le "tradizioni" proprie dei singoli ordinamenti nazionali, non essendovi una nozione realmente unitaria di servizio pubblico nel contesto europeo.¹²⁸

La cultura giuridica francese, per esempio, tra quelle che storicamente, come accennato, ha maggiormente elaborato la nozione di servizio pubblico, ha inizialmente vissuto naturali resistenze e frizioni tra la *ratio* sottesa alla definizione del servizio pubblico "alla francese" appunto e le priorità espresse dall'allora Comunità Europea¹²⁹. Tuttavia, più di recente, grazie all'apertura di un confronto che ha

¹²⁷ ID., *op. ult. cit.*, 598.

¹²⁸ Cfr., per una diversa posizione sul punto, G. NAPOLITANO, *Servizi pubblici*, *op. cit.*, 5523 ss., che ritiene fallimentare tentare una rilettura e attualizzazione delle concezioni tradizionali del servizio pubblico alla luce del regime giuridico introdotto a livello europeo, che non offre definizioni unitarie e armonizzate, così rischiando di arrivare a conclusioni fuorvianti, comunque non in grado di fondare nuove teorie sul ruolo dei pubblici poteri e dell'intervento nell'economia, e a soluzioni univoche che per quanto rassicuranti non possono fare altro che palesare la loro insufficienza, a fronte della complessità e pluralità di nozioni interne di servizio pubblico funzionali all'applicazione di discipline diverse e con diverse finalità, spettando all'interprete, di volta in volta, cogliere il significato delle definizioni normative o riempire di contenuto le mere enunciazioni ai fini dell'applicazione di una data disposizione, soluzione questa che sembra preferibile all'Autore rispetto all'adozione di definizioni assolutistiche.

¹²⁹ L'attuale nozione di servizio pubblico nel diritto francese si fonda sulla distinzione tra servizi pubblici a carattere amministrativo e servizi pubblici a carattere industriale e commerciale. Tale distinzione ha sostanzialmente la funzione di comportare l'applicazione di un determinato regime giuridico, di diritto pubblico o di diritto privato, e di fondare il conseguente riparto di giurisdizione. Ciascuna nozione si fonda su criteri giuridici normativi, come le modalità di finanziamento o le regole d'organizzazione, che ne dettano il regime e che, non prendendo in considerazione altri parametri, soprattutto economici, sembra mostrare alcune insufficienze in relazione alle conseguenze che derivano dall'applicazione delle nozioni nel mercato. In questi termini S. BRACONNIER, *La distinzione tra i servizi pubblici amministrativi, industriali e commerciali*, in E. FERRARI (a cura di), *Attività economiche ed attività sociali nei servizi di interesse generale*, Torino, 2007, cit., 5 ss., che prosegue «la distinzione [...] non è più efficiente in quanto esprime solo in maniera imperfetta la differenza di diritto applicabile e di giudice competente tra le due categorie di servizio pubblico. Una parte non trascurabile del diritto applicabile ai servizi industriali e commerciali (e cioè il diritto applicabile agli atti di organizzazione del servizio pubblico) continua così ad essere di competenza del diritto pubblico e del giudice amministrativo, mentre certi aspetti dell'organizzazione e del funzionamento dei servizi pubblici amministrativi (e cioè il diritto applicabile agli agenti quando il servizio è gestito da una persona

arricchito e “sensibilizzato” il diritto sovranazionale, sembrano essersi trovate delle fondamentali convergenze¹³⁰, posto che, in ogni caso, i servizi pubblici, comunque intesi in ciascun Stato membro (Italia e Francia *in primis* vista la loro tradizione dottrinale in materia), debbono comunque essere analizzati, ormai, “attraverso il prisma” dei servizi di interesse generale di matrice europea, quand’anche si ritenesse quest’ultima nozione ugualmente aperta (*rectius* incerta) e esclusivamente funzionale a giustificare l’applicazione o meno di un determinato regime giuridico¹³¹.

In tal senso, al di là della crisi dei servizi in sé, dovuta alle crescenti politiche di liberalizzazione, sembra che la misura dell’impatto del diritto UE sulla nozione di servizio pubblico possa essere ridimensionato per mezzo di una lettura evolutiva ma di continuità con la tradizione che, al più, invita il giurista a ricentrare il discorso in materia; i principi fondamentali che regolano l’erogazione del servizio pubblico, infatti, permangono nell’ordinamento interno e si ritrovano inalterati anche nel diritto UE: qualità, accessibilità, trasparenza, partecipazione, responsabilità, universalità, continuità, convergono sull’idea di coesione sociale propria della nozione e, in tal senso, la disciplina dell’ordinamento UE può solo stimolare a far chiarezza laddove nell’ordinamento interno permangono incertezze.¹³²

Nel diritto dell’Unione Europea la materia dei pubblici servizi si ancora infatti intorno al concetto di servizio di interesse generale che, grazie allo svilupparsi del concetto di servizio universale¹³³, sembra essere connotato da una preminente

privata) sono di competenza del diritto privato e del giudice ordinario. [...] la distinzione è peraltro obsoleta, in quanto corrisponde ad una concezione superata del diritto amministrativo, dal momento che si basa da una parte su di una impermeabilità assoluta delle categorie giuridiche tra di loro e, dall’altra parte, su di una cattiva conoscenza, da parte dell’azione pubblica, del proprio ambiente economico».

¹³⁰ Sul punto si rinvia a C. HAGUENAU-MOIZARD, *Servizi di interesse generale e servizio pubblico «alla francese»: dal confronto al ravvicinamento*, in E. FERRARI (a cura di), *Attività economiche ed attività sociali nei servizi di interesse generale*, op. cit., 27 ss.; J. C. BOUAL, *Europe et service public*, in *Regards croisés sur l’économie*, 2007, n. 2, 66.

¹³¹ D. GUINARD, *Réflexions actuelles sur la notion de service public*, in *Regards croisés sur l’économie*, n. 2, 2007, 41 ss.

¹³² S. GARCERIES, *Service public et droit communautaire: une nouvelle “crise” de la notion de service public en droit administratif français?*, in *Sociétés contemporaines*, 1998, n. 32, 37 ss. e spec., sul punto, 51 ss.

¹³³ Il Libro verde sui servizi di interesse generale della Commissione Europea del 21 maggio 2003 precisa che «il servizio universale è un concetto dinamico. Esso garantisce che le esigenze di interesse generale possano tener conto dell’evoluzione politica e tecnologica, e permette, se necessario, di adattare regolarmente queste esigenze all’evoluzione dei bisogni dei cittadini». L’universalità del servizio, nella sua flessibilità definitoria, costituisce ad oggi uno degli elementi che, insieme alla continuità, alla qualità del servizio, all’accessibilità tariffaria, alla tutela degli utenti, ci forniscono il quadro di cosa si intenda per servizio di interesse generale (cfr. § 51 del Libro Verde). Sul concetto di servizio universale si vedano le considerazioni di S. BRACONNIER, *L’integrazione delle nozioni di servizio di interesse economico generale e di servizio universale nel diritto francese dei servizi pubblici*, in E. FERRARI, *Attività economiche ed attività sociali nei servizi di interesse generale*, op. cit., cit., 24, laddove si definisce il concetto come «una dimensione autonoma ed innovativa dell’organizzazione e del funzionamento dei servizi pubblici, che fa potenzialmente pesare sugli enti gestori di servizi pubblici delle vere obbligazioni, in particolare quelle di fornire a tutti gli utenti un servizio di qualità a prezzi accessibili. In questo senso, il servizio universale rappresenta un sostituto dinamico dal punto di vista economico,

funzione sociale data dal rivolgersi al pubblico¹³⁴, così come individuata dalle autorità pubbliche di ciascuno Stato membro.

La nozione di servizio di interesse generale si dirama poi in altri due concetti: quello di servizi di interesse economico generale e, in via residuale, di servizi di interesse non economico.¹³⁵ I primi in grado di incidere sugli scambi tra gli Stati membri e di avere

ed operativo dal punto di vista giuridico, all'impossibile principio della gratuità dei servizi pubblici. Il principio di gratuità non può, in effetti, trovare nella concezione economica del servizio pubblico, che prevale oggi, la giustificazione teorica e la concretezza pratica che gli mancano. [...] Il servizio universale giunge, da parte sua, a conciliare la realizzazione dell'interdipendenza sociale e la razionalità economica. In nome della prima, esso obbliga gli attori economici ad offrire prestazioni che la logica del mercato li condurrebbe, in linea di massima ad abbandonare. Nella logica della seconda, esso autorizza gli operatori a percepire un prezzo, che deve rimanere accessibile, ed a compensare finanziariamente gli obblighi indotti dal servizio universale. In questo senso il servizio universale è un elemento forte di coesione sociale che non mette in discussione la razionalità economica».

¹³⁴ Cfr. Comunicazione COM (2000) 580 def., in *GUCE* C 17 del 19 gennaio 2001, 4, che definisce il servizio di interesse generale con riferimento agli obblighi di servizio pubblico, intesi come prestazioni che il regolatore pubblico può imporre ai soggetti che svolgono l'attività di pubblico servizio, attività la cui vocazione è quella di dirigersi al pubblico con riguardo alla prestazione in sé, indipendentemente dalla natura del soggetto che la rende. In questo senso il concetto di pubblico servizio di matrice europea, associato ad un'attività rivolta al pubblico e concepito in modo oggettivo per quanto riguarda la sua gestione, viene in rilievo con riferimento agli obblighi (di pubblico servizio appunto) che caratterizzano il servizio di interesse generale, quale attività che differisce rispetto all'ordinaria attività d'impresa perché adempie ad una missione, ad una funzione di coesione sociale che si traduce in accessibilità, qualità e affidabilità, tale per cui l'autorità pubblica ritiene di fornire il servizio a prescindere dalle ragioni di mercato: sembrano quindi riscontrarsi profonde coincidenze con il modello che si può trarre dagli artt. 41 e 43 Cost.; in questi termini, sulla Comunicazione citata, cfr. L. PERFETTI, *Servizi di interesse economico generale e pubblici servizi (sulla Comunicazione della Commissione Europea relativa ai servizi di interesse generale del 20 settembre 2000*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2001, 3-4, 479 ss. e, in particolare, 482 ss.

¹³⁵ Il tema ha trovato una prima definizione nella Comunicazione della Commissione COM (1996) 443 def. in *CGUE* C 281 del 26 settembre 1996, 3, avente ad oggetto proprio i servizi di interesse generale in Europa e in cui si afferma che: «ove i servizi d'interesse generale abbiano carattere non economico o costituiscano prerogative inerenti alla potestà pubblica, essi non potranno essere trattati allo stesso modo che i servizi d'interesse economico generale». Si veda anche la successiva Comunicazione del 20 settembre 2000, COM (2000) 580 def., in cui, all'allegato II, si chiarisce che il servizio di interesse generale, è considerato tale dalle singole autorità di ogni Stato membro e per ciò assoggettato a specifici obblighi inerenti al pubblico. Questi servizi possono essere forniti dietro retribuzione o meno. All'interno di questa categoria vi sono i servizi di interesse economico generale, forniti unicamente dietro retribuzione e che, per la loro particolare missione di interesse generale, vengono assoggettati a specifici obblighi di servizio pubblico. L'unico discrimine che emerge dalla Comunicazione per l'individuazione di cosa si intenda per servizi di interesse economico generale è quindi il carattere retributivo del servizio prestato. In questi termini G. C. SALERNO, *Servizi di interesse generale e sussidiarietà orizzontale fra ordinamento costituzionale e ordinamento dell'Unione europea*, Torino, 2010, 110. Successivamente, con il Libro verde del 21 maggio 2003 (punto 44, in specie pp. 14 ss.), la categoria dei servizi di interesse economico generale si amplia, ricomprendendo «ogni attività che implica l'offerta di beni e di servizi su un dato mercato», e la Commissione (Comunicazione del 21 maggio 2003, COM (2003) 270 def. e Comunicazione del 20 novembre 2007, COM(2007) 725 def.) ribadirà come la differenza tra il carattere economico e non dei servizi di interesse generale rilevi in termini di disciplina applicabile, indicando che tra i servizi di interesse generale non economico si possono ricomprendere i servizi connessi a prerogative dello Stato (in cui prevale il profilo autoritativo) o a settori sensibili come la cultura, l'istruzione, i servizi sanitari o sociali (laddove prevale il profilo solidaristico).

un impatto economico e per ciò inseriti nella logica di mercato, soprattutto per quanto concerne la libertà di circolazione e di concorrenza, i secondi, al contrario, sottratti alle regole della concorrenza e soggetti a interventi o condizionamenti pubblici di vario tipo.¹³⁶

Il riferimento normativo cardine in materia è l'art. 106 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea (ex art. 86 TCE), che fa della nozione di servizio di interesse economico generale il suo pilastro concettuale. L'articolo sancisce che «le imprese incaricate della gestione di servizi di interesse economico generale [...] sono sottoposte alle norme dei trattati, e in particolare alle regole di concorrenza, nei limiti in cui l'applicazione di tali norme non osti all'adempimento, in linea di diritto e di fatto, della specifica missione loro affidata».

La norma quindi, nell'ambito dei servizi interesse generale, limita la sua applicazione a quei servizi che presentano aspetti economici. La delimitazione ha un importante rilievo pratico, non solo per quanto concerne l'applicazione della relativa disciplina – con riferimento, in particolare, alle norme in materia di concorrenza – ma, si è detto, anche per tracciare, sul piano ideologico, «i confini tra il mercato e lo Stato, tra l'economia e la politica, tra la concorrenza e la solidarietà»¹³⁷.

In tal senso il diritto UE ridisegna i confini tra le diverse attività di interesse generale e sembra invitare gli Stati a individuare i servizi pubblici sulla base delle caratteristiche specifiche dell'attività, senza preoccuparsi della natura pubblica o privata del soggetto gestore del servizio e senza fossilizzarsi sulla natura del servizio o sulle norme a cui è assoggettato, cercando piuttosto di delineare, in chiave

¹³⁶ Si veda Art. 1, Protocollo n. 26 sui Servizi di interesse generale: «I valori comuni dell'Unione con riguardo al settore dei servizi di interesse economico generale ai sensi dell'art. 14 del Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea comprendono in particolare:

- il ruolo essenziale e l'ampio potere discrezionale delle autorità nazionali, regionali e locali di fornire, commissionare e organizzare servizi di interesse economico generale i più vicini possibile alle esigenze degli utenti;

- la diversità tra i vari servizi di interesse economico generale e le differenze delle esigenze e preferenze degli utenti che possono discendere da situazioni geografiche, sociali e culturali diverse;

- un alto livello di qualità, sicurezza e accessibilità economica, la parità di trattamento e la promozione dell'accesso universale e dei diritti dell'utente».

Art. 2: «Le disposizioni dei trattati lasciano impregiudicata la competenza degli Stati membri a fornire, commissionare ed organizzare servizi di interesse generale non economico».

Si veda altresì il Libro Verde del 30 aprile 2004 COM (2004) 327 def. della Commissione della Comunità europea in cui ai punti 23 e 24 si rileva come le autorità pubbliche affidino sempre più le prestazioni di servizi di interesse generale «ad imprese pubbliche o private o a partenariati pubblico-privati (PPP), limitandosi alla definizione degli obiettivi pubblici, al monitoraggio, alla regolamentazione e, se del caso, al finanziamento di quei servizi»; ciò non significa che la pubblica amministrazione debba rinunciare «al ruolo di garante del conseguimento degli obiettivi di interesse generale: con gli opportuni strumenti di regolazione, le autorità pubbliche dovrebbero poter elaborare politiche nazionali, regionali e locali nel settore dei servizi di interesse generale e garantirne l'attuazione».

¹³⁷ E. FERRARI, *Introduzione. I servizi pubblici in Europa*, in ID. (a cura di), *Attività economiche ed attività sociali nei servizi di interesse generale*, op. cit., cit., XV.

maggiormente dinamica, il contesto giuridico nel quale opera il servizio e che ne determina l'appartenenza all'una piuttosto che all'altra categoria: «è la capacità del servizio ad integrare i fenomeni economici, o al contrario a respingerli, che fonda la sua qualificazione».¹³⁸

Le indicazioni provenienti dall'ordinamento UE lasciano ampio spazio di manovra agli Stati membri nel decidere quali servizi istituire come pubblici¹³⁹ in quanto di interesse generale, con conseguente loro sottoposizione ad obblighi di servizio pubblico quali la perequazione tariffaria o il raggiungimento di predeterminati standard di qualità che fuoriescono da una logica di convenienza economica, nonché, qualora si tratti di servizi di interesse economico, a tutte le norme del Trattato relative alla concorrenza e al mercato interno per quanto compatibili e, dunque, solo nei limiti in cui ciò non osti all'adempimento della specifica missione affidata al servizio stesso, in considerazione del fatto che la concorrenza non è un fine bensì un metodo (attualmente considerato il migliore) di distribuzione delle risorse e di conseguenziale raggiungimento di un più diffuso benessere.

Il sacrificio delle norme in materia di concorrenza è dunque possibile anche nelle attività a carattere economico, purché ciò sia strettamente necessario, in un'ottica di proporzionalità, alla realizzazione della missione di interesse generale che per natura o per obblighi di gestione permea il servizio. In questo risiede l'essenza del concetto di concorrenza equa: pur evitando inutili distorsioni al libero gioco del mercato ci si preoccupa di garantire gli interessi generali, in considerazione dell'importanza di tali servizi «nell'ambito dei valori comuni dell'Unione, nonché del loro ruolo nella promozione della coesione sociale e territoriale»¹⁴⁰.

¹³⁸ S. BRACONNIER, *La distinzione tra i servizi pubblici amministrativi, industriali e commerciali*, in E. FERRARI (a cura di), *Attività economiche ed attività sociali nei servizi di interesse generale*, op. cit., cit., 11; l'Autore sottolinea peraltro come il vantaggio della suddetta distinzione di matrice europea sta nel fatto che essa «si muove idealmente in una dinamica più economica e meno normativa del servizio pubblico», determinando un'evoluzione delle nozioni giuridiche, proprio in quanto provenienti da un'analisi economica del contesto in cui operano, allo stesso e più veloce ritmo del mercato.

¹³⁹ La già citata Comunicazione della Commissione su *I servizi d'interesse generale in Europa*, COM (2000) 580 def., 20 settembre 2000, sancisce espressamente, quali principi della materia, la neutralità rispetto al regime di proprietà pubblica o privata delle imprese e la libertà degli Stati membri di definire i servizi di interesse generale, pur nel rispetto di un principio di proporzionalità che impone di non introdurre limiti superflui alla competizione economica.

¹⁴⁰ Si veda art. 14 TFUE (ex art. 16 TCE): «fatti salvi l'articolo 4 del trattato sull'Unione europea e gli articoli 93, 106 e 107 del presente trattato, in considerazione dell'importanza dei servizi di interesse economico generale nell'ambito dei valori comuni dell'Unione, nonché del loro ruolo nella promozione della coesione sociale e territoriale, l'Unione e gli Stati membri, secondo le rispettive competenze e nell'ambito del campo di applicazione dei trattati, provvedono affinché tali servizi funzionino in base a principi e condizioni, in particolare economiche e finanziarie, che consentano loro di assolvere i propri compiti. Il Parlamento europeo e il Consiglio, deliberando mediante regolamenti secondo la procedura legislativa ordinaria, stabiliscono tali principi e fissano tali condizioni, fatta salva la competenza degli Stati membri, nel rispetto dei trattati, di fornire, fare eseguire e finanziare tali servizi».

Nonostante dal quadro così tracciato emerga, pur nella brevità e parzialità dell'approfondimento, la complessità del tema e la molteplicità delle fonti di riferimento, sembra potersi ravvisare l'assenza di drastiche incompatibilità tra la più tradizionale nozione di servizio pubblico adottata nell'ordinamento italiano e la "visione" europea.¹⁴¹

Da un lato, quest'ultima, pur richiedendo agli ordinamenti nazionali una maggior permeabilità degli istituti all'analisi economica del contesto giuridico in cui operano, non pare ignorare gli imperativi di interesse generale e sociale.¹⁴² Dall'altro lato, la nozione di servizio pubblico, così come elaborata da Pototschnig, sembra avere il pregio di contenere in sé la radice dell'attuale nozione di servizio di interesse generale, facendovi rientrare tanto attività sociali quanto attività economiche.

3.2 (*Segue...*) *I caratteri dell'attività di servizio pubblico quale particolare oggetto della concessione*

Le conclusioni cui è giunto Pototschnig, così come più sopra delineate, hanno il merito, ancora attuale, di aver segnato il definitivo superamento della nozione soggettiva di servizio pubblico¹⁴³, quantomeno in relazione alla gestione¹⁴⁴,

¹⁴¹ Pur con le necessarie cautele e le dovute differenze sembra che un discorso simile in tal senso possa farsi anche con riferimento all'ordinamento francese.

¹⁴² Cfr. E. PICOZZA, *Le concessioni nel diritto dell'Unione europea. Profili e prospettive*, in M. CAFAGNO – A. BOTTO - G. FIDONE – G. BOTTINO (a cura di), *Negoziazioni pubbliche. Scritti su concessioni e partenariati pubblico-privati*, Milano, 2013, cit., 39, per il quale l'Unione Europea «con la saggia distinzione tra servizi di interesse generale economico e non economico, con l'individuazione dei caratteri del servizio universale, e con la previsione degli obblighi di servizio pubblico, sembra aver trovato un giusto punto di equilibrio tra l'economia del privato e le esigenze della sussidiarietà e solidarietà collettive».

¹⁴³ Sul punto si segnala che, per quanto Pototschnig sia stato il primo ad affrontare in modo sistematico il tema, già Mario NIGRO, nel suo scritto *L'edilizia popolare come servizio pubblico*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1957, 183 ss., intuì la possibilità di affrancarsi dalla nozione soggettiva, legata ad una organizzazione amministrativa semplificata e separata dalla società, per introdurre il concetto di servizio pubblico proprio come atto d'organizzazione e di strumento del governo dell'economia, rendendo determinante il profilo organizzativo rispetto a quello soggettivo quale criterio di individuazione del servizio stesso e mettendo peraltro in luce la necessità di un meccanismo di imputazione del servizio ai soggetti privati che si fondasse sull'assoggettamento della loro attività ad uno speciale regime di diritto pubblico. Per altri contributi precedenti riconducibili ad una nozione oggettiva e sostanziale di servizio pubblico, si rinvia agli autori citati sul punto da R. CAVALLO PERIN, *I principi come disciplina giuridica del pubblico servizio tra ordinamento interno e ordinamento europeo*, in *Scritti in onore di Elio Casetta*, II, Napoli, 2001, (pubblicato anche in *Dir. amm.*, 1, 2000, 41), 983, nota 40, il quale, in generale, mette in luce il ruolo dei principi nell'interpretazione della non organica disciplina giuridica dei servizi pubblici: principi, a partire da quelli di uguaglianza, imparzialità, trasparenza, proporzionalità, continuità e diritto di scelta, frutto degli studi dottrinali compiuti sulla nozione di servizio pubblico e poi accolti nel diritto positivo e che hanno contribuito ad individuare la disciplina del servizio pubblico e delle sue forme di gestione.

¹⁴⁴ La precisazione si correla a quanto messo in luce da A. ROMANO, *La concessione di un pubblico servizio*, in G. PERICU - A. ROMANO - V. SPAGNUOLO VIGORITA (a cura di), *La concessione di pubblico servizio*, Milano, 1995, 32 ss. e dottrina ivi citata, che sottolinea come la stessa contrapposizione tra servizio pubblico in senso oggettivo e in senso soggettivo sia fuorviante poiché, se non ci si limita a considerare il solo aspetto della gestione, esercizio o erogazione del servizio – nel quale effettivamente il carattere pubblico del soggetto gestore è solo un elemento accidentale – l'una accezione implica l'altra. Infatti, se è la legge a dover istituire un servizio pubblico, o a imporre o consentire ad un ente l'istituzione di questo, ciò appare sufficiente a far sì che l'interesse pubblico che il servizio soddisfa si

contribuendo altresì ad affinare i meccanismi di imputazione dei servizi pubblici a soggetti privati quali, *in primis*, la concessione, strumento non solo di imputazione ma anche di disciplina dell'attività¹⁴⁵.

Tramontata la centralità della concezione soggettiva acquista rilievo la funzionalizzazione¹⁴⁶ dell'attività, volta a favorire interessi generali e a soddisfare il raggiungimento di un più elevato livello di benessere della collettività e, per tale ragione, sottoposta ad una disciplina programmatica pubblicistica e ai relativi controlli. In tal senso l'organizzazione del servizio pubblico e l'individuazione dei soggetti erogatori diventano elementi fondamentali per il raggiungimento di tale obiettivo. Quando si fa uso della locuzione servizio pubblico, infatti, «il riferimento va soprattutto ad una concreta attività, della quale si intende avere garanzie di corretto svolgimento [...] individuate in un sistema di gestione con peculiari tratti differenziali rispetto a quello ordinario»¹⁴⁷.

L'organizzazione dei servizi pubblici individua tre momenti giuridici consequenziali. L'individuazione e assunzione del servizio, costituita da una decisione sostanzialmente politica con la quale si sceglie di assicurare alla collettività la cura di un certo interesse: constatata l'insufficienza del mercato e dei suoi meccanismi a garantire determinati livelli di prestazione, la Pubblica Amministrazione si assume la responsabilità del servizio immettendo risorse. Seguono la programmazione e regolazione, necessarie per attuare in concreto principi e obiettivi che muovono l'assunzione del servizio stesso; la gestione che, in un'ottica di sussidiarietà orizzontale, favorisce il coinvolgimento delle imprese private accanto a quelle pubbliche e, infine, lo svolgimento in concreto del servizio, ossia l'erogazione di una determinata e spesso complessa prestazione agli utenti con i quali si instaura un rapporto di tipo obbligatorio.

Il primo tratto comune che può riscontrarsi in quelle attività comunemente individuate e assunte quali servizi pubblici, come la fornitura di acqua, energia elettrica o gas, il servizio di smaltimento rifiuti, i servizi di trasporto e di telecomunicazione, la

soggettivizza nella personalità giuridica dell'ente pubblico stesso, il quale detiene, così, una vera e propria titolarità in senso giuridico del servizio che gli è stato demandato; in questo senso, ossia per ciò che concerne la titolarità del servizio, la nozione in senso oggettivo non può essere disgiunta da quella in senso soggettivo.

¹⁴⁵ U. POTOTSCHNIG, *I pubblici servizi*, *op. cit.*, 420 ss.

¹⁴⁶ Il problema, sul quale si è incentrata la dottrina italiana che più intensamente ha criticato la teoria oggettiva del pubblico servizio, è quale criterio usare per distinguere tra “mera” attività di impresa e attività di pubblico servizio: non risulta affatto semplice inquadrare in una nozione univoca e stabile quei “fini sociali” di cui all'art. 41, co. 2, Cost. e ciò sembra rappresentare il principale limite alla teoria.

¹⁴⁷ S. CATTANEO, voce *Servizi pubblici*, *op. cit.*, cit., 364, il quale prosegue sottolineando come questa impostazione si coniuga con l'atteggiamento «secondo cui i settori di servizio pubblico sono concepiti come aventi una sorta di originaria ed intrinseca estraneità rispetto al corpo fondamentale della organizzazione pubblica, verso la quale essi avrebbero un ruolo sostanzialmente ampliativo della sua sfera di espansione».

diagnosi e cura di malattie o l'insegnamento, è l'azione del fornire. La prestazione del servizio, infatti, avviene mediante lo svolgimento di un'attività composta che, tramite atti, provvedimenti, contratti e soprattutto comportamenti di fatto, consiste nel fornire utilità ad utenti terzi la cui produzione e distribuzione deve essere organizzata, a prescindere dalla natura del soggetto erogatore, in forma imprenditoriale, così che il servizio, oltre ad essere offerto al pubblico, "viva" anche sul mercato, tendendo a finanziarsi il più possibile su di esso – ossia tramite i ricavi derivanti dai pagamenti che, in base alle tariffe prefissate, gli utenti effettuano come corrispettivo delle prestazioni ricevute - in una logica di imprenditorialità che conduca ad un tendenziale equilibrio finanziario tra prestazioni e corrispettivi¹⁴⁸ e che obblighi il gestore del servizio a conformare la sua azione ed organizzazione a criteri come, ad esempio, quello dell'economicità.¹⁴⁹

I caratteri descritti delineano il servizio pubblico come una «prestazione di utilità al pubblico, offerte sul mercato, secondo criteri strutturali e funzionali di imprenditorialità»¹⁵⁰ e che, sulla linea di quanto espresso da Pototschnig, differisce rispetto ad una qualsiasi attività economica che, al contrario, non possa qualificarsi come tale, non tanto per un diverso oggetto quanto per la sua doverosità¹⁵¹.

La doverosità di un servizio si fonda su una precedente valutazione politica¹⁵² e deve trovare un preciso riscontro in una disposizione, tendenzialmente di livello

¹⁴⁸ Nella gestione dei servizi pubblici inevitabilmente si inseriscono ulteriori fattori, come l'imposizione di prezzi o di oneri sociali, che possono distorcere la linearità della logica imprenditoriale e che pongono problemi di finanziamento dei cosiddetti obblighi di servizio pubblico.

¹⁴⁹ In questi termini A. ROMANO, *La concessione di un pubblico servizio*, *op. cit.*, 17 ss., - qui preso come principale riferimento per l'estrema chiarezza e sinteticità con cui l'A. ripercorre le tematiche sottese all'argomento trattato - il quale sottolinea, altresì, come l'osservazione ponga le basi per la distinzione tra concessione di servizi e concessione di uso di beni pubblici, posto che, ovviamente, la concessione d'uso di beni pubblici può ben fornire la localizzazione di un punto di erogazione di un servizio pubblico così come, viceversa, la concessione di un pubblico servizio può implicare la messa a disposizione di beni pubblici strumentalmente necessari al suo esercizio: in tali casi la corretta qualificazione nell'una piuttosto che nell'altra specie concessoria richiederà un giudizio di prevalenza tra la prestazione di un'attività e la messa a disposizione di un bene che permetta di individuare l'uno come oggetto principale della concessione e l'altro come accessorio, pur non essendo sempre agevole un tale giudizio.

¹⁵⁰ A. ROMANO, *op. ult. cit.*, cit., 25.

¹⁵¹ Sul punto si veda R. CAVALLO PERIN, *Comuni e province nella gestione dei servizi pubblici*, Napoli, 1993, 46 ss.

¹⁵² Così sempre A. ROMANO, *op. ult. cit.*, cit., 26 per il quale «sembra che alla base della istituzione di un servizio pubblico, o, per lo meno, della qualificazione come tale di una data attività di prestazione, debba individuarsi una valutazione. La valutazione che tale attività debba essere posta a disposizione dei cittadini, della comunità nazionale; e, [...] sia pure tendenzialmente, e in forme e limiti variabili, anche di chi con le nostre istituzioni pubbliche, o col territorio nazionale, abbia relazioni più labili: fino al turista di passaggio. Una valutazione del genere, tendenzialmente è connessa con la considerazione che il funzionamento del mercato a tal fine sia insufficiente, e debba essere corretto, o addirittura supplito da una azione pubblica; ma non solo, e non necessariamente: perché essa sbocca inevitabilmente sull'esigenza che tale attività sia prestata con vincoli di continuità, costanza di dati quantitativi e qualitativi, ecc., che il mercato, di per sé, non può assicurare». Cfr. anche F. FRACCHIA, voce *Concessione amministrativa*, *op. cit.*, cit., 263 che, sulle concessioni traslative in

legislativo¹⁵³. È in questa prospettiva che hanno acquisito carattere di servizi pubblici tanto attività rispondenti a bisogni primari dei singoli individui, come la sanità, quanto attività rispondenti al ruolo che lo Stato intende svolgere nella società in un dato momento storico, come accade, nel nostro ordinamento, per l'istruzione, fino a ricomprendere tutte quelle attività che, progressivamente, per esigenze civili, economiche, tecnologiche, in tale nozione vengono ricomprese, come è avvenuto per la fornitura di energie, i trasporti o le telecomunicazioni.¹⁵⁴

La doverosità dell'offerta al pubblico delle prestazioni oggetto del servizio, quale elemento coesistente alla definizione dell'istituto, non è altro che una forzatura delle regole del mercato nel quale il servizio pubblico viene esercitato, comportando distorsioni nel rapporto costi-ricavi che necessariamente devono essere riequilibrati: la doverosità del servizio non implica infatti che esso debba essere prestato ad un prezzo non remunerativo dei costi e del capitale investito. Da qui la non facile determinazione delle tariffe del servizio pubblico, tra esigenze di remuneratività, quantomeno parziale, della prestazione e necessità di non minare lo scopo primario dell'istituzione del servizio pubblico stesso, ossia la più ampia messa a disposizione della collettività di prestazioni offerte a prezzi "inclusivi" e, più in generale, con modalità che mettano nelle condizioni di usufruire del servizio tutti i suoi potenziali destinatari.¹⁵⁵

generale, mette in luce che anche a monte della scelta di gestire un servizio in concessione vi deve essere una valutazione politica sull'insufficienza del mercato, esprimendosi in questi termini: «si assiste infatti alla definizione pubblicistica dei caratteri di un'operazione imprenditoriale che muove da una valutazione che investe tre profili, con accentuazioni differenti a seconda dei casi: l'insufficiente offerta sul mercato di attività espressione di iniziativa economica privata (o, nel caso di beni riservati, l'impossibilità che ciò avvenga), l'incapacità dell'amministrazione di svolgere direttamente queste attività ritenute necessarie, l'opportunità di affidarne la "valorizzazione" ai privati. Ritenuto così appropriato intervenire per garantire un'offerta di prestazioni o di attività "appoggiandosi" alle strutture e sulle capacità dei privati, il soggetto pubblico attribuisce ad essi la relativa legittimazione e/o, a seconda della tipologia di concessione, fornisce le necessarie "utilità"».

¹⁵³ Cfr. I. M. MARINO, *Servizi pubblici e sistema autonomistico*, Milano, 1986, 49 ss. e, sul carattere di doverosità dell'attività di pubblico servizio, 154 ss.

¹⁵⁴ Sempre A. ROMANO, *op. ult. cit.*, 27 ss., il quale sottolinea, peraltro, come, in particolare nei settori citati della sanità e dell'istruzione, l'elemento della doverosità sia talmente marcato da poter spiegare il perché continui ad essere condivisa l'idea che la gestione più coerente con tale vincolo funzionale sia quella di stampo pubblicistico, legata ad una concezione di Stato erogatore di servizi nel quale le funzioni pubbliche assunte dallo Stato stesso non si esauriscono nell'esplicazione dei soli ruoli più strettamente istituzionali.

¹⁵⁵ In questi termini ancora A. ROMANO, *op. ult. cit.*, 28 ss., il quale, criticamente, sottolinea altresì – in particolare a p. 31 – come l'esigenza che tutti i potenziali beneficiari possano usufruire del servizio può tradursi in una riduzione delle tariffe che, spesso, viene modulata in relazione al reddito degli utenti medesimi, o meglio, a quello che risulta al fisco, con una soluzione teoricamente più equa, ma la cui attuazione risente dell'inattendibilità degli accertamenti fiscali, con la conseguente frustrazione di una corretta applicazione dell'articolazione dei prezzi. In definitiva, se si trascurano le esigenze di equilibrio dei conti economici nella gestione dei servizi pubblici volendo comunque mantenere tariffe appetibili per gli utenti, i costi di gestione vengono inevitabilmente traslati sui contribuenti e sul debito pubblico.

La doverosità richiede poi l'indispensabile presenza di un soggetto pubblico che la garantisca, non solo controllando ed eventualmente sanzionando l'operato del gestore ma, ancor prima, svolgendo il ruolo forse più significativo e importante, dovendo interpretare i bisogni della collettività attraverso delicate scelte discrezionali che soddisfino l'interesse pubblico cui il servizio è finalizzato. Trattasi di stabilire - ovviamente in modo realistico al fine di trovare gestori privati disposti a vincolarsi - gli standard qualitativi e quantitativi del servizio, i ritmi e le modalità d'erogazione, i mezzi economici per farvi fronte, sia in termini di corrispettivi a carico dei beneficiari sia in termini di eventuali aggiuntivi concorsi pubblici nella spesa. Nell'ambito della nozione di servizio pubblico, così come nella concretezza della relazione tra titolare e gestore, diventa dunque centrale il programma di servizio, relativo alle sue modalità di gestione ed erogazione¹⁵⁶ e ciò, a maggior ragione, nel caso in cui la gestione sia affidata ad un privato in concessione, laddove è proprio il programma ad incarnare il vincolo di doverosità per il concessionario il quale, una volta assunta la gestione del servizio, è da questo vincolato nella sua libertà di agire secondo i soli criteri della convenienza economica¹⁵⁷.

La capacità, politica e amministrativa, di programmazione del servizio, più o meno contrattata con il concessionario, ci restituisce la cifra dei rapporti di forza che si possono creare nella relazione tra titolare e gestore, per quanto l'essenzialità della programmazione pubblica non tolga che, qualora la gestione sia affidata ad un privato, quest'ultimo debba essere libero di poter adottare tutte quelle scelte organizzative e funzionali che alla gestione ineriscono.

Infine, per quanto attiene alla concreta gestione del servizio essa si può esplicitare in varie forme, classificabili in base al loro rapporto con l'organizzazione della pubblica

¹⁵⁶ Sul programma di servizio si veda R. CAVALLO PERIN, *Comuni e province, op. cit.*, 74 ss. «Sino a quando la Pubblica Amministrazione mantiene l'atto di assunzione del pubblico servizio la domanda che spontaneamente ad essa si rivolge deve trovare soddisfazione secondo le "garanzie" di erogazione che tale qualificazione giuridica comporta, cioè secondo quei limiti dettati dalla disciplina che contraddistingue il servizio pubblico da qualsiasi altra impresa. L'atto di concessione [...] presuppone l'assunzione del servizio secondo la disciplina pubblica che lo definisce e che trova precisazione nella determinazione del "programma" idoneo a soddisfare i bisogni sociali degli utenti». L'offerta del servizio pubblico è dunque caratterizzata da maggiori garanzie che di per sé attirano gli utenti: il concessionario limita così la sua possibilità di definire liberamente il programma di erogazione del servizio ma diventa beneficiario di una considerevole posizione di mercato; in questi termini ID., *Concessioni di pubblici servizi e pluralità di produttori*, in G. CAIA (a cura di), *I servizi pubblici locali. Evoluzioni e prospettive*, Rimini, 1995, 138 ss.

¹⁵⁷ Proprio in ragione di tale vincolo cui il concessionario è sottoposto, «più il complesso delle prestazioni la cui offerta è per il gestore del servizio pubblico doverosa, si discosta da quello che per lui sarebbe economicamente conveniente, e più l'offerta di tali prestazioni gli diventa economicamente passiva». L'intervento del soggetto pubblico titolare del servizio, allora, diventa necessario «per riequilibrare il bilancio dell'imprenditore concessionario. Fino a riportarlo in un ragionevole attivo [...] Giacchè altrimenti, esso, in tutta evidenza, non riuscirà mai a trovare alcun gestore del genere, che del servizio medesimo accetti di farsi carico», così A. ROMANO, *op. ult. cit.*, cit., 56 ss.

amministrazione. I modi di esercizio dei pubblici servizi, infatti, convergono a grandi linee verso due sistemi fondamentali: l'esercizio diretto, quando l'amministrazione provvede con propria attività svolta da personale alle sue dipendenze e l'esercizio indiretto, quando l'amministrazione affida la gestione ad un soggetto esterno che ha il compito di soddisfare l'interesse collettivo per cui il servizio è istituito.

La scelta tra l'una e l'altra forma di gestione è questione politica ma è certo il vantaggio economico immediato che deriva dal sistema indiretto. In questo quadro organizzativo, se la scelta verte per una forma di gestione ed esercizio per concessione, il concessionario non si pone come organo dell'ente concedente, ma conserva integra la sua figura giuridica di persona privata, se pur legata col concedente da uno speciale rapporto giuridico.¹⁵⁸

Tramite l'istituto della concessione di pubblico servizio si consente così a soggetti estranei all'organizzazione della P.A. di svolgere determinate attività, obbligandoli contestualmente a rispettare dati criteri e *standards*, nell'ambito di una relazione complessa che lega il concessionario sia alla pubblica amministrazione sia agli utenti.

Per definire la posizione del concessionario di pubblici servizi in passato si è fatto ricorso alla nozione di sostituzione¹⁵⁹: il concessionario, ancorché chiamato a gestire situazioni riferibili a libertà e poteri preesistenti, si sostituisce all'Amministrazione o riceve da essa la legittimazione ad esercitare la sua attività di impresa con una certa destinazione e specifiche modalità volte alla soddisfazione di interessi pubblici, così svolgendo un'attività istituzionalmente attribuita alla competenza della Pubblica Amministrazione.¹⁶⁰

Questa impostazione era strettamente connessa al carattere di attività riservata che si tendeva ad attribuire all'oggetto della concessione e alla possibilità che

¹⁵⁸ In questi termini già A. DE VALLES, voce *Concessioni di pubblici servizi*, in *Nuovo Dig. it.*, Torino, III, 1938, XVI, 581.

¹⁵⁹ In specie si veda G. MIELE, *Principi di diritto amministrativo*, Padova, 1953, 73 ss.; ID., *Ente pubblico e concessione di pubblici servizi*, in *Foro amm.*, 1942, I, 2, 235 ss., ora anche in *Scritti giuridici*, I, Milano, 1987, 359.

¹⁶⁰ La tesi della sostituzione del concessionario al concedente è stata elaborata specialmente in relazione alle concessioni di servizi, prospettando l'esercizio privato di servizi pubblici come problema di organizzazione amministrativa; sul punto si veda in particolare G. ZANOBINI, *Corso di diritto amministrativo*, III, Milano, 1958, 391 e ID., *L'esercizio privato delle funzioni e dei servizi pubblici*, in V. E. ORLANDO (diretto da), *Trattato di diritto amministrativo*, II, parte III, Milano, 1935, 235 ss. e 419 ss. Per un inquadramento della concessione di pubblici servizi nell'ambito dell'organizzazione si veda anche, F. TRIMARCHI, *Profili organizzativi della concessione di pubblici servizi*, Milano, 1967; M. S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, II, Milano, 1993, 661 ss. Cfr. anche le considerazioni sulla concessione di pubblico servizio nell'ordinamento francese di C. BRÉCHON-MOULÈNES, *Rapport introductif*, in AA. VV., *La concession de service public face au droit communautaire*, Paris, 1992, cit., 2: «tout le droit des contrats administratifs s'est construit entre 1900 et 1930, autour de la concession de service public: c'est un droit essentiellement jurisprudentiel, et c'est un droit [...] consensuel car la théorie française de la concession de service public veut tenir la gageure de concilier l'organisation d'un service public et l'exercice d'une activité purement commerciale. Ainsi la concession de service public tout à la fois s'insère dans l'organisation administrative et déborde sur le domaine du commerce privé».

L'amministrazione conferisse al concessionario anche poteri autoritativi per esercitarla. Ma, se da tempo si era già chiarito che l'attribuzione di poteri pubblici al concessionario era un dato solo eventuale¹⁶¹, con la sistematizzazione di Pototschnig vacillava anche la necessità di una connessione tra concessione e riserva, almeno per come fino ad allora concepita.¹⁶²

L'idea della sostituzione, tuttavia, quantomeno per le concessioni traslative, può essere considerata un'intuizione per certi aspetti ancora preziosa. Non vi è dubbio, infatti, che il concessionario venga posto in una posizione di rilievo pubblicistico, idoneo a caratterizzare il rapporto nascente dalla concessione.

Tale rilievo pubblicistico può individuarsi nel fatto che il concessionario, sostituendosi all'amministrazione concedente, si fa carico di interpretare e valutare l'interesse pubblico.¹⁶³ Oppure, adottando una lettura forse più in linea con l'istituto concessorio così come di recente delineato nel Codice dei contratti pubblici, nel fatto che il concessionario sia temporaneamente chiamato ad espletare compiti o attività che, altrimenti, spetterebbe al soggetto pubblico svolgere, direttamente o tramite strumenti diversi dalla concessione, in vista del perseguimento dell'interesse pubblico, sostituendosi all'amministrazione, in particolare, nella gestione del rischio dell'attività

¹⁶¹ Si veda A. DE VALLES, *I servizi pubblici*, in V. E. Orlando (diretto da), *Trattato di diritto amministrativo*, VI, parte I, Milano, 1930, 567 ss.

¹⁶² Si veda comunque come l'idea di riserva permanga ancora quale caratterizzazione del provvedimento concessorio, se pur declinata in forme diverse; vd. E. CASSETTA, *Introduzione al tema*, in G. PERICU - A. ROMANO - V. SPAGNUOLO VIGORITA (a cura di), *La concessione di pubblico servizio*, *op. cit.*, cit., 6, per il quale il *proprium* della concessione «viene in genere individuato nella possibilità, conferita dall'amministrazione ad un altro soggetto pubblico o privato, di esercitare potestà ad essa sola spettanti e che senza un'investitura da parte dell'amministrazione stessa non potrebbero venire esercitate (potestà per lo più ritenute pubbliche). Ove cadesse la premessa, ossia ove l'attività del privato non sia peculiare alla pubblica amministrazione, cadrebbe la stessa ragion d'essere della concessione». Si veda anche, più di recente, F. G. COCA, *Il provvedimento*, in ID. (a cura di), *Diritto amministrativo*, Torino, 2017, 292 e cit., 295 per cui «la posizione di predominio dell'amministrazione risulta con evidenza se si prendono in considerazione gli oggetti possibili delle concessioni: quanto ai beni, essi sono [...] di proprietà pubblica (demaniale), e da ciò deriva il diritto esclusivo di disporre; quanto alle attività, deve trattarsi di attività riservate all'amministrazione, come accade per i servizi pubblici e per la realizzazione di opere pubbliche; con riferimento ad altre *utilitates*, come qualità e diritti personali, onorificenze e ricompense al valore civile e militare, deve trattarsi di *utilitates* che solo l'amministrazione ha il potere di conferire». Se beni e attività non si trovano nella disponibilità del privato, occorre quindi che un provvedimento *ad hoc*, previa valutazione delle esigenze di interesse pubblico, crei tale disponibilità, attribuendo al privato interessato diritti, qualità e più in generale *utilitates*, patrimoniali o meno. E ancora B. MAMELI, *Concessioni amministrative*, in S. CASSESE (diretto da), *Dizionario dir. pubbl.*, *op. cit.*, II, cit., 1111 ss., «mediante la concessione è ampliata la sfera giuridica del soggetto privato che viene investito temporaneamente di funzioni proprie della pubblica amministrazione. Il concessionario non subentra nella titolarità del dritto o potere del concedente, ma acquista facoltà e poteri concernenti beni e attività riservati esclusivamente alla pubblica amministrazione. [...] La concessione amministrativa è uno strumento finalizzato a soddisfare l'interesse pubblico che permette alla pubblica amministrazione una gestione indiretta di attività ad essa riservate: essa provvede in concreto alla gestione di un bene pubblico o di un servizio pubblico e, come effetto conseguente, produce una modificazione ampliativa nella sfera del concessionario».

¹⁶³ Cfr. in questi termini F. G. COCA, *La concessione come strumento di gestione dei servizi pubblici*, *op. cit.*, 36.

oggetto di concessione e, spesso, nella gestione delle complesse operazioni finanziarie necessarie.¹⁶⁴

3.3 *Brevi considerazioni di sintesi sulle concessioni, anche alla luce della più recente disciplina introdotta con il Codice dei Contratti pubblici*

Nell'articolato dibattito dottrinale che si è delineato sull'istituto concessorio nessun dubbio si è sollevato sulla funzionalizzazione di tale strumento alla realizzazione dell'interesse pubblico; altrettanto non può dirsi per il carattere autoritativo dei poteri esercitabili sia nel rapporto pubblica amministrazione – concessionario, sia nel rapporto concessionario – terzi, poteri che, al tempo delle concezioni pubblicistiche, erano strettamente connaturati all'idea stessa di attività amministrativa, fondata sull'esercizio di potestà autoritative strumentali all'adempimento di fini istituzionali.

In tal senso l'influenza del Diritto Europeo sembra aver incoraggiato una revisione della nozione di attività amministrativa - già da tempo avviata nel nostro ordinamento sotto molteplici aspetti - che conserva la centralità dell'interesse pubblico ma riduce l'imperatività ed autoritatività ad elementi non necessari dell'attività amministrativa: è ormai consolidato infatti il principio in forza del quale la cura degli interessi pubblici e l'esecuzione di compiti istituzionali possa essere realizzata anche attraverso strumenti di diritto comune¹⁶⁵.

Oggi, a seguito della disciplina introdotta a livello europeo, specialmente tesa alla creazione di un mercato unico, aperto, concorrenziale e privo di discriminazioni, in cui vengono collocati sullo stesso piano gli attori pubblici e quelli privati e in cui si ricercano principi e regole comuni per rendere imparziale, trasparente ed omogeneo il rapporto tra operatori economici, amministrazioni pubbliche, utenti – consumatori e soggetti finanziatori, pur nel rispetto delle scelte organizzative degli Stati membri ma comunque in un'ottica di armonizzazione, le concessioni di lavori e servizi trovano una più unitaria cornice normativa nel Codice dei Contratti pubblici, d.lgs. n. 50 del 2016 e successive modifiche.¹⁶⁶

¹⁶⁴ Cfr. in questi termini F. FRACCHIA, voce *Concessione amministrativa*, *op. cit.*, 258.

¹⁶⁵ F. MERUSI, *Il diritto privato della pubblica amministrazione alla luce degli studi di Salvatore Romano*, in *Dir. amm.*, 2004, 649.

¹⁶⁶ Sul punto, più in generale, si vedano G. GRECO, *Incidenza del diritto comunitario sugli atti amministrativi italiani*, in M. P. CHITI – G. GRECO (diretto da), *Trattato di diritto amministrativo europeo*, Milano, 1997, 555; B. MAMELI, *Servizio pubblico e concessione. L'influenza del mercato unico sui regimi protezionistici e regolamentari*, Milano, 1998; R. CARANTA, *I contratti pubblici*, Torino, 2004; F. FRACCHIA – L. GILI, *Ordinamento dell'Unione europea, mercato, risorse pubbliche e contratti della pubblica amministrazione*, Napoli, 2013. Tra i contributi più recenti, in prospettiva anche ricostruttiva (sulla quale qui non ci si sofferma) dell'evoluzione normativa, dottrina e giurisprudenziale che ha portato all'affermazione dei principi del diritto UE con riferimento alle concessioni, in un'ottica di rielaborazione dell'istituto in termini contrattuali e soprattutto di affermazione dell'operatività del principio di evidenza pubblica per la scelta del concessionario, così ponendo l'accento sulla funzione economico-sociale dell'istituto più che sulla sua qualificazione, con riferimento in specie alle direttive del 2014, poi recepite nel d.lgs. n. 50/2016, ci si limita a rinviare, *ex multis*, a B. GILIBERTI, *Le concessioni di pubblico servizio tra sistematiche nazionali e diritto comunitario*, in *Dir. amm.*, 4, 2011, 183; A. MOLITERI, *Il regime giuridico delle concessioni di*

Il Codice del 2016 ha dettato per la prima volta una normativa unitaria, tanto per le concessioni di lavori quanto per quelle di servizi, quest'ultime escluse dall'applicazione del previgente codice (d.lgs. n. 163/2006) e disciplinate dalle specifiche norme di settore in cui maggiore era la discrezionalità procedurale della P.A.

Oggi, invece, la disciplina codicistica si applica in via generale a tutti i tipi di concessione. In particolare, sotto il profilo soggettivo, la parte III del Codice, dedicata nello specifico alla tipologia contrattuale in questione, si applica alle concessioni stipulate dalle amministrazioni aggiudicatrici – tra cui rientrano Stato, enti pubblici territoriali, altri enti pubblici non economici e organismi di diritto pubblico – e dagli enti aggiudicatori – cui si riconducono imprese pubbliche e concessionari di lavori e servizi pubblici – per i quali, tuttavia, l'assoggettabilità alla disciplina è limitata all'esecuzione delle sole opere di cui all'Allegato II del Codice.

Sotto il profilo oggettivo, invece, non rientrano nell'ambito di applicazione della Parte in oggetto, ai sensi dell'art. 164, co. 1, solo quegli atti amministrativi di nulla osta all'attività economica privata che si svolga – anche – mediante l'utilizzo di impianti o altri immobili pubblici. Pertanto, si è detto, devono ritenersi esclusi dall'ambito di applicazione della disciplina del Codice quei provvedimenti che, pur nominalmente definiti concessori, siano in realtà autorizzazioni o titoli abilitativi all'esercizio di attività economiche per le quali sia necessario il previo assenso della P.A. (es. licenza per la somministrazione di sostanze alcoliche, concessione di occupazione del suolo pubblico per attività di vendita itinerante etc.).¹⁶⁷ Ai sensi sempre dell'art. 164, co. 3,

pubblico servizio tra specialità e diritto comune, in *Dir. amm.*, 4, 2012, 567; M. CAFAGNO – A. BOTTO – G. FIDONE – G. BOTTINO – E. PICOZZA, *Le concessioni nel diritto dell'Unione Europea. Profili e prospettive*, Milano, 2013; R. CARANTA – D. C. DRAGOS, *I principi "dettagliati" e le concessioni di servizi*, in *Giur. it.*, 2013, 2369; H. CAROLI CASAVOLA, *Le nuove direttive sugli appalti pubblici e le concessioni – Le regole e gli obiettivi strategici per le politiche UE 2020*, in *Giorn. dir. amm.*, 12, 2014, 1136; V. FERRARO, *La disciplina della concessione nel diritto europeo: i principi giurisprudenziali e la sistemazione realizzata con la direttiva 2014/23/UE*, in *Riv. it. dir. pubbl. comun.*, 2014, 835; C. E. GALLO (a cura di), *Autorità e consenso nei contratti pubblici alla luce delle direttive 2014*, Torino, 2014; M. RICCHI, *La nuova Direttiva comunitaria sulle concessioni e l'impatto sul Codice dei contratti pubblici*, in *Urb. e app.*, 7, 2014, 741; G. D. COMPORZI, *La nuova sfida delle direttive europee in materia di appalti e concessioni*, in *federalismi.it*, 25 marzo 2015, 6/2015; G. FIDONE, *Le concessioni di lavori e servizi alla vigilia del recepimento della direttiva 2014/23/UE*, *Riv. it. dir. pubbl. comun.*, 2015, 101; G. GRECO, *La direttiva in materia di "concessioni"*, Relazione al Convegno "La nuova disciplina dei contratti pubblici tra esigenze di semplificazione, rilancio dell'economia e contrasto alla corruzione", Varenna, 17-18-19 settembre 2015, in *Riv. it. dir. pubbl. comun.*, 5, 2015, 1095; A. PAJNO, *La nuova disciplina dei contratti pubblici tra esigenze di semplificazione, rilancio dell'economia e contrasto alla corruzione*, 61° Convegno di Studi Amministrativi, Varenna, 17-18-19 settembre 2015, in *giustizia-amministrativa.it*; U. REALFONZO, *Le concessioni nel nuovo Codice dei contratti pubblici*, in *giustamm.it*, 4, 2016; M. MACCHIA, *I contratti di concessione*, in *Giorn. dir. amm.*, 2016, 476; ID., *La regolamentazione degli affidamenti da parte dei concessionari*, in *Riv. trim. dir. pubbl. comun.*, 1, 2018, 153.

¹⁶⁷ Nei termini di cui sopra F. CARINGELLA – M. PROTTO, *Il codice dei contratti pubblici dopo il correttivo*, Dike Giuridica, 2017, 696 ss., laddove sull'ultimo punto si osserva che, tuttavia, risulta difficile individuare un atto abilitativo all'esercizio di un'attività economica e, dunque, un provvedimento autorizzatorio, quando il provvedimento in questione dia anche accesso all'utilizzo di beni o di impianti pubblici. In tal senso, valido criterio di riferimento pare essere legato ad una valutazione sul

vengono poi esclusi dall'ambito di applicazione della Parte III i servizi non economici di interesse generale.

Il Codice dunque, fonte normativa della maggior parte delle concessioni, le qualifica espressamente come contratti a titolo oneroso.¹⁶⁸ La formale qualificazione delle concessioni come contratti segna un evidente mutamento della categoria concettuale rispetto all'idea originaria di provvedimento emesso nell'ambito di un rapporto giuridico di "supremazia", comportando la «rinuncia ad una nozione di concessione connotata dall'attributo dell'autoritarietà – quale possibilità di produrre unilateralmente nella sfera giuridica di altri soggetti modifiche giuridiche – per entrare in un ambito di consensualità».¹⁶⁹

Tuttavia, trattandosi sì di contratti, ma pubblici, per la scelta del soggetto concessionario a cui attribuire una certa utilità «il diritto europeo impone principi che trovano attuazione in una serie di procedure e regole che non sono quelle del negoziatore privato comune che intrattiene un rapporto negoziale con un altro soggetto privato, ma quelle dell'evidenza pubblica [...] incentrata non tanto sull'interesse della pubblica amministrazione volto a conseguire la migliore prestazione alle condizioni economicamente più vantaggiose, ma rivolta alla tutela degli interessi delle imprese attraverso la valorizzazione di una libera concorrenza e dell'accesso al mercato. In tal modo, con il procedimento di evidenza pubblica l'amministrazione dovrà premiare l'imprenditore più competitivo secondo le logiche

profilo qualitativo: si potrà parlare di concessione quando l'aspetto di fruizione del bene pubblico risulti preponderante rispetto alla rimozione dell'ostacolo giuridico all'esercizio dell'attività economica. Tale valutazione non si renderà necessaria per le attività svolte in regime di monopolio, in cui è evidente che l'assenso all'ingresso del privato in un mercato chiuso assegna di fatto un bene immateriale, ovvero la porzione di sfruttamento esclusivo delle contrattazioni commerciali.

¹⁶⁸ Anche nell'ordinamento francese, che ha recepito la direttiva 2014/23/UE con l'*ordonnance* n. 2016-65 del 29 gennaio 2016 e con il decreto n. 2016-86 del 1 febbraio 2016, testi poi codificati nel *Code de la commande publique*, entrato in vigore il 1 aprile 2019, le concessioni sono espressamente definite, richiamando la direttiva, come «*contrats conclus par écrit, par lesquels une ou plusieurs autorités concédantes soumettent l'exécution de travaux ou la gestion d'un service à un ou plusieurs opérateurs économiques, à qui est transféré un risque lié à l'exploitation de l'ouvrage ou du service, en contrepartie soit du droit d'exploiter l'ouvrage ou le service qui fait l'objet du contrat, soit de ce droit assorti d'un prix*» (art. L 1121-1) e distingue i *contrats de concession de travaux* (L. 1121-2) dai *contrats de concession de services* (L. 1121-3); quest'ultime, se concluse da una *collectivité territoriale* o da un *établissement public local* sono qualificate come *contracts de délégation de service public* (L 1411-1 *Code général des collectivités territoriales*). I contratti di concessione sono tendenzialmente oggetto, come nell'ordinamento italiano, di una *procédure de publicité préalable* e si distinguono dai contratti di appalto (*marché public*) per il trasferimento del *risque lié à l'exploitation de l'ouvrage ou du service*. Sul punto, per un inquadramento generale del regime delle concessioni nel *Code de la commande publique*, si veda la *Guide des outils d'action économique* del *Conseil d'État – Section du rapport et des études*, luglio 2018, specie § 13, *Contrats de concession*, 116 ss.

¹⁶⁹ M. CLARICH, *Concorrenza e modalità di affidamento delle concessioni*, in M. CAFAGNO – A. BOTTO – G. FIDONE – G. BOTTINO (a cura di), *Negoziazioni pubbliche. Scritti su concessioni e partenariati pubblico-privati*, op. cit., cit., 42. Cfr. anche S. CASSESE, *Verso un diritto europeo italiano*, in *Riv. it. dir. pubbl. comun.*, 2017, cit., 303, per il quale «l'atto unilaterale per eccellenza, la concessione, diventa contratto di concessione e viene affidato sulla base di una procedura di evidenza pubblica, invece che con procedure unilaterali. Ne risulta diminuita la discrezionalità amministrativa, ma cambia anche la natura stessa dell'atto, da provvedimento sovrano a modulo contrattuale».

di mercato», il che, peraltro, riduce fortemente la discrezionalità dell'amministrazione nella scelta del concessionario.¹⁷⁰

La qualificazione contrattuale, le stringenti procedure ad evidenza pubblica che limitano fortemente il potere di scelta della Pubblica amministrazione e il fatto che il Codice individui quale espressa peculiarità delle concessioni, per differenza con gli appalti, la sola assunzione in capo al concessionario del rischio di gestione¹⁷¹, non riduce comunque la configurazione dell'istituto al solo aspetto privatistico o retributivo.

Restano infatti inalterate la peculiarità dell'oggetto delle concessioni e, nel caso in cui questo preveda l'instaurazione di un rapporto trilaterale con l'utenza, l'interesse

¹⁷⁰ M. CLARICH, *op. ult. cit.*, cit., 43 ss., che precisa come, alle diverse stagioni interpretative sulla natura giuridica della concessione e sui presupposti del potere concessorio corrispondono diverse modalità di affidamento della concessione: se l'interpretazione provvedimentale ha legittimato una tendenza a ricorrere a metodi non concorsuali di selezione dei concessionari, le successive interpretazioni hanno invece subito, in materia di procedure di affidamento, l'influsso dell'ordinamento europeo che, sebbene non detti disposizioni tali da limitare le scelte delle pubbliche amministrazioni nell'adottare gli strumenti più idonei per operare in un determinato settore, in ogni caso non giustifica deroghe alle norme poste a presidio della concorrenza sulla base di astratte qualificazioni formali circa la natura giuridica degli strumenti prescelti dalle autorità nazionali, considerando le procedure ad evidenza pubblica per la scelta del contraente le più funzionali al perseguimento degli obiettivi dell'ordinamento stesso. Peraltro, nell'ambito delle più disparate categorie giuridiche proprie dei vari Stati membri, il processo di armonizzazione sembra realizzarsi proprio tramite siffatte procedure formali. Tra questi principi di diritto amministrativo europeo, vi sono la parità di trattamento, la trasparenza, la proporzionalità, che il legislatore nazionale ha recepito non senza difficoltà. La principale criticità è dovuta ad una duplice asimmetria del rapporto concessorio: una di tipo informativo tra pubblica amministrazione ed impresa e sbilanciata a favore di quest'ultima tanto più l'oggetto del rapporto è complesso e i rischi elevati, l'altra è tra la pubblica amministrazione e i suoi funzionari e dipendenti, ritenuti a rischio corruttivo. È da tali asimmetrie che nasce l'idea che una regolamentazione dettagliata delle procedure di gara possa, in parte, ovviare a tali problemi: da qui la rigida procedimentalizzazione operata dal diritto interno nell'individuazione del contraente, che riduce la discrezionalità di far scelte calibrate al caso concreto e che, a volte, può risultare anche controproducente, innestando meccanismi pressoché automatici di aggiudicazione, con risultati predeterminabili in base a criteri oggettivi che facilitano accordi di spartizione del mercato e dunque di collusione tra imprese.

¹⁷¹ Sul punto si veda già CONS. ST., sez. VI, 15 maggio 2002, n. 2634, per cui «le concessioni, nel quadro del diritto comunitario, si distinguono dagli appalti non per il titolo provvedimentale dell'attività, né per il fatto che ci si trovi di fronte ad una vicenda di trasferimento di pubblici poteri o di ampliamento della sfera giuridica del privato, (che sarebbe un fenomeno tipico della concessione in una prospettiva coltivata da tradizionali orientamenti dottrinali), né per la loro natura autoritativa o provvedimentale rispetto alla natura contrattuale dell'appalto, ma per il fenomeno di traslazione dell'alea inerente una certa attività in capo al soggetto privato»; CGUE, 27 ottobre 2005, causa C-234/03 e CGUE, 18 luglio 2007, causa C-382/05; Cons. St, sez. V, 6 giugno 2011, n. 5068; Cons. St., sez. V, 10 gennaio 2012, n. 39. Si vedano altresì F. GOISIS, *Rischio economico, trilateralità e traslatività nel concetto europeo di concessioni di servizi e di lavori*, in *Dir. amm.*, 4, 2011, 705; ID., *Il rischio economico quale proprium del concetto di concessione nella direttiva 2014/23/UE: approccio economico versus visioni tradizionali*, in *Dir. amm.*, 2015, 743; R. CARANTA, *La Corte di Giustizia ridimensiona la rilevanza del rischio di gestione*, in *Urb. e appalti*, 2012, 287; M. SAUL, *Il trasferimento al privato del rischio economico di gestione quale tratto distintivo della concessione rispetto all'appalto di servizi e le conseguenze in tema di normativa applicabile*, Nota a Cons. St., sez. VI, 4 settembre 2012, n. 4682, in *Foro amm. CdS*, 1, 2013, 243; M. CERUTI, *Le concessioni riscoprono le proprie origini nel rischio operativo: riflessioni sul presente, passato e futuro dell'istituto*, in *Appalti e contratti*, 11, 2016.

della Pubblica Amministrazione a che la prestazione sia effettivamente realizzata secondo gli stringenti parametri di funzionalità, economicità e qualità richiesti al fine di soddisfare il generale interesse del pubblico a fruire dell'opera, della fornitura o del servizio in un'ottica di salvaguardia dell'interesse collettivo su quello economico individuale del concessionario.

Pertanto, il pubblico interesse dell'utenza, soddisfatto per mezzo dello strumento concessorio, nonché l'oggetto pubblicistico della concessione, possono continuare a costituire un fondamentale elemento del rapporto e del contratto stesso¹⁷², giustificando stringenti poteri di controllo e "reazione" da parte dell'amministrazione, per quanto questi ultimi possano realizzarsi più che altro attraverso strumenti privatistici¹⁷³.

In questa prospettiva, con la concessione continua ad instaurarsi una complessa relazione con il privato, «chiamato a svolgere un compito di pertinenza dell'amministrazione o ammesso a svolgere un'attività strettamente collegata all'"utilità" di spettanza pubblica», in cui «l'amministrazione mantiene incisivi poteri sia a monte della concessione (ad esempio nella definizione del servizio), sia a valle della stessa, potendo intervenire sul rapporto concessorio per garantire il perseguimento dell'interesse pubblico»: l'unico limite è che «il condizionamento non può giungere ad integrare quell'incisivo controllo proprio delle relazioni *in house* che fa sfumare la "alterità" ed evaporare il requisito dell'assunzione del rischio dell'operazione in capo al concessionario».¹⁷⁴

Sul punto, considerando l'espressa qualificazione contrattuale ma non limitando il ragionamento sulla concessione al solo dato letterale, si è osservato che «se il potere è tale in quanto autoritativo e se l'autoritatività implica la produzione di effetti a prescindere dal consenso del concessionario, è invero arduo sostenere che la concessione sia espressione di un potere amministrativo. Viceversa, mutando la nozione di potere, pure l'approdo del ragionamento potrebbe cambiare. Ove, ad

¹⁷² Sul punto si veda CONS. ST., sez. IV, 19 agosto 2016, n. 3653, per cui la definizione di contratto quale "contratto pubblico" «non indica esclusivamente (e semplicisticamente) la presenza di un soggetto pubblico quale parte contraente, bensì una oggettiva finalità di pubblico interesse perseguita per il tramite del contratto e del suo adempimento. Per un verso, infatti, la finalità di pubblico interesse "entra" nella definizione di causa sia ove intesa quale funzione obiettiva economico-sociale del negozio, sia ove intesa quale funzione obiettiva giuridica dell'atto; per altro verso, essa conforma l'oggetto del contratto, ossia il contenuto del medesimo».

¹⁷³ Cfr. T.A.R. Toscana, Firenze, sez. I, 2 febbraio 2018, n. 187: «L'art. 21-quinquies l. n. 241 del 1990, codificando in termini generali l'istituto della revoca, trova spazio all'interno delle procedure di affidamento dei contratti pubblici fino al momento della stipula del contratto, che chiude la fase pubblicistica ed apre quella negoziale, tendenzialmente paritetica, avviata la quale la revoca cede il passo, in presenza di sopravvenuti motivi di opportunità della stazione appaltante, all'esercizio del diritto di recesso (cfr. Cons. Stato, Ad. Pl., 20 giugno 2014, n. 14)». Sui poteri posti a tutela del pubblico interesse in fase di esecuzione del rapporto concessorio si vedano le considerazioni di A. MOLITERNI, *Il regime giuridico delle concessioni di pubblico servizio tra specialità e diritto comune*, op. cit., 616 ss.

¹⁷⁴ F. FRACCHIA, voce *Concessione amministrativa*, op. cit., cit., 264.

esempio, si ritenga che il carattere essenziale del potere sia l'unilaterale gestione dell'interesse pubblico, anche gli atti i cui effetti dipendono dal consenso (o dall'accettazione) del destinatario sarebbero autoritativi. A ciò si aggiunga che il potere autoritativo potrebbe essere riferito a qualsiasi scelta di un soggetto pubblico che, anche (e, forse, soprattutto) quando favorisce qualcuno, come appunto accade in molti provvedimenti ampliativi, limita *chances* di altri soggetti dell'ordinamento in modo autoritativo». ¹⁷⁵

Sempre nell'ottica di conservare una visione pubblicistica dell'istituto si è anche letta la concessione come frutto di attività amministrativa, caratterizzata dal perseguimento di finalità di interesse pubblico e sottoposta ai principi costituzionali di legalità, imparzialità e buon andamento, ma in cui il rapporto da essa originato viene costruito in chiave paritetica, essendo in linea di principio estraneo l'esercizio o il trasferimento di potestà imperative, un tempo più diffuso. ¹⁷⁶

Per contro, se si continua a rinvenire nell'autoritatività l'essenza del potere, è inevitabile attribuire alla relazione concessoria una genesi e una regolazione contrattual-privatistica, escludendo che la peculiarità dell'oggetto e il trasferimento di compiti propri dell'amministrazione costituiscano valido fondamento per riconoscere poteri impliciti di preminenza dell'amministrazione nel corso della relazione stessa, senza che ciò osti alla previsione, per autonomia negoziale o per interventi legislativi, di specifici e tipizzati poteri di primazia dell'amministrazione nell'incidere sul rapporto concessorio o di regole, derogatorie alla disciplina generale dei contratti, che tengano conto del vincolo di scopo connesso alle concessioni. ¹⁷⁷

In conclusione, affrancandosi dall'imperituro dibattito sulla natura giuridica delle concessioni, sembra possibile affermare che in esse ciò che si registra è un incremento

¹⁷⁵ F. FRACCHIA, voce. *op. ult. cit.*, cit., 268, il quale sostiene una tesi "pubblicistica" in materia, guardando con una certa circospezione all'esaltazione del dato letterale proveniente dal diritto dell'Unione Europea, che sempre si preoccupa di scegliere formule lessicali il più possibile valide per tutti gli ordinamenti, senza che questa visione collida con il ritenere che molte concessioni non siano altro che «il riflesso nel settore pubblicistico di tradizionali schemi contrattuali» (cit., 270). Cfr. anche E. CASETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, a cura di F. FRACCHIA, XVIII ed., 2016, 343, laddove si sottolinea che la circostanza che i poteri concessori siano accrescitivi e che attengano a beni limitati comporta che il relativo procedimento debba essere caratterizzato da una scelta tra più soggetti: al concessionario viene quindi attribuita una posizione di "privilegio" rispetto ad altri, a differenza di ciò che accade con l'autorizzazione in cui l'autorizzato, più che un privilegiato, è un «predestinato» dell'effetto permissivo.

¹⁷⁶ Cfr. B. MAMELI, *Concessioni amministrative*, in S. CASSESE (diretto da), *Dizionario dir. pubbl.*, *op. cit.*, II, cit., 1113 ss., che aggiunge, il principio di sussidiarietà impone «di graduare l'intervento pubblico, scegliendo caso per caso la forma meno intensa di intervento purchè sufficiente ed idonea a perseguire le finalità di interesse pubblico che si intendono soddisfare: la collaborazione del privato nel perseguimento di interessi pubblici diventa quindi la regola. Il potere autoritativo è destinato ad essere sempre meno esercitato, lasciando spazio nel perseguimento dell'utilità sociale a forme di gestione funzionalizzate ma non imperative e, sempre più spesso, agli strumenti tratti dal diritto privato».

¹⁷⁷ Cfr. in termini B. GILIBERTI, *Contributo alla riflessione sulla natura giuridica delle concessioni di pubblico servizio*, in *P.A. Persona e Amministrazione*, n. 1, 2018, in www.ojs.uniurb.it, 121 ss.

dello spazio di gestione, da parte del privato, di situazioni giuridiche soggettive di cui è titolare, in forza dell'attribuzione di possibilità che prima della concessione non erano a lui pertinenti.¹⁷⁸

Si ritiene infatti che la concessione, avendo ad oggetto prestazioni che, nella maggior parte dei casi, costituiscono espressione e riflesso della libertà di iniziativa economica, indubbiamente già preesistente e pertinente al privato indipendentemente dalla vicenda concessoria, il provvedimento abbia effetti che, a prescindere dall'essere considerati di tipo costitutivo o ampliativo, hanno ad oggetto non una specifica situazione giuridica del singolo bensì facoltà che, nel caso della concessione, non gli sono proprie.

La differenza che permane tra autorizzazioni e concessioni verte quindi proprio sull'aspetto della pertinenza o meno delle facoltà autorizzate e concesse: nelle autorizzazioni si ha un assenso in relazione a facoltà rientranti nell'ambito di pertinenza del privato, pur essendone precluso l'esercizio concreto (trattasi quindi di facoltà connaturate e ricomprese nella posizione giuridica soggettiva del singolo, della quale costituiscono l'aspetto dinamico); nelle concessioni, invece, si dischiude al privato un ambito di attività a lui inaccessibile in quelle forme.

Non si tratta di limitare la portata della concessione alle sole situazioni di riserva dell'amministrazione in senso stretto, come nel caso dell'uso di beni demaniali, in cui non vi è dubbio che il privato possa fare dopo la concessione ciò che prima gli era precluso, rendendo operativo l'istituto solo in ambiti normativamente riservati a monte al soggetto pubblico, riconducibili a situazioni sottratte alla sua disponibilità, ma di considerare le prestazioni oggetto della concessione per la qualificazione e/o rilevanza pubblicistica loro attribuita.

In tal senso si è osservato che «da concessione può infatti aprire la via allo svolgimento di situazioni di vantaggio che sono analoghe a quelle che il privato potrebbe in linea di principio gestire in assenza di una concessione. [...] questo è il caso delle concessioni di servizi pubblici, strettamente legate all'assunzione dei servizi medesimi, ma costituite da prestazioni ontologicamente analoghe a quelle che il privato potrebbe garantire al di fuori del servizio»; è possibile così conferire alle prestazioni «peculiari qualità, imprimendovi una destinazione pubblicistica», cosicché

¹⁷⁸ In questi termini F. FRACCHIA, voce *Concessione amministrativa*, *op. cit.*, cit., 265, il quale precisa altresì che tale aspetto emerge sia nelle concessioni costitutive, in cui quelle situazioni, in assenza della concessione e del suo relativo regime, non sarebbero attivabili da chicchessia, sia nelle concessioni relative a situazioni "riservate" al soggetto pubblico, sia in quelle traslative, in cui la relativa attività sarebbe comunque preclusa al privato, essendo il soggetto pubblico l'unico legittimato a svolgerla secondo quelle modalità. Per altro, «proprio il fatto che la concessione determini l'ammissione del privato in un ambito pubblicistico dà ragione del mantenimento di importanti poteri del pari pubblicistici in capo all'amministrazione».

si configurino «come erogazione del servizio pubblico e non già semplicemente come esplicazione della libertà di iniziativa economica».¹⁷⁹

Questa impostazione sembra così porsi in linea di continuità con la più tradizionale dottrina in materia pur tenendo in considerazione il successivo dibattito dottrinale e le più recenti innovazioni legislative, fornendo un'interpretazione attualizzata della concezione ranellettiana per via dell'attenzione che si pone non tanto sulla qualifica dell'atto, quanto sull'intera vicenda riconnessa all'esercizio di poteri di tipo concessorio. È lo svolgimento della vicenda, nella sua complessità, a dover essere considerato di natura concessoria.¹⁸⁰

4. *La correlazione tra politiche economiche, attività amministrativa e attività economiche dei privati*

L'attività amministrativa, nella sua complessità, è indubbiamente indirizzata dalla necessità, tra le varie, di perseguire interessi pubblici nel rispetto di sempre più stringenti regole di mercato, frutto di scelte politiche e di elaborati dogmi economici che richiedono rapidi adeguamenti delle norme giuridiche e delle modalità di esercizio del pubblico potere¹⁸¹, pur restando fermo che, in un ordinamento democratico e di diritto amministrativo come il nostro, «la realizzazione degli imperativi economici non può significare sacrificio di interessi collettivi e pubblici, di valori sociali, di diritti fondamentali»¹⁸².

¹⁷⁹ F. FRACCHIA, voce *Concessione amministrativa*, *op. cit.*, cit., 257 e in generale, nei termini di cui sopra, pp. 256-258.

¹⁸⁰ Cfr. E. CASETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, *op. cit.*, 345.

¹⁸¹ Cfr. F. MERUSI, *Le leggi del mercato. Innovazione comunitaria e autarchia nazionale*, Bologna, 2002, cit., 11, laddove si ricorda come le leggi del mercato, intrise di regole derivanti dalla scienza economica, hanno pur sempre una derivazione “giuridica”: per quanto inevitabilmente il mercato, con i suoi fenomeni reali, inneschi a sua volta l'elaborazione di nuove norme giuridiche o il loro adeguamento alle sue esigenze, esso ha in ogni caso «una natura intrinsecamente giuridica al di là dei risultati descrivibili e valutabili secondo i criteri della scienza economica»; dietro la «legge del mercato [...] c'è sempre una decisione giuridica [...] dove e come realizzare il modello ideale [infatti] rimane una decisione politico-costituzionale».

¹⁸² M. D'ALBERTI, *Il diritto amministrativo tra imperativi economici e interessi pubblici*, in *Dir. amm.*, 1, 2008, cit., 62 ss., laddove si evidenzia che «anche nelle esperienze più legate alle tradizioni del liberismo economico, come la Gran Bretagna e gli Stati Uniti, l'*administrative law* ha sempre avuto un DNA attento alla coesione sociale»; e infatti, nel ricercare il delicato equilibrio tra imperativi economici e interessi pubblici occorre evitare il «fondamentalismo di mercato». Proprio in ragione di ciò, l'A. ritiene che alla de-regolazione, necessaria per ridurre le barriere d'accesso ai mercati e agli scambi e per diminuire le misure pubbliche preventive, devono affiancarsi efficaci controlli amministrativi *ex post* sulle attività d'impresa. Le procedure regolatorie devono essere trasparenti e devono «assicurare garanzie adeguate tanto agli interessi delle imprese, quanto a quelli degli altri protagonisti dei mercati, dai consumatori, agli utenti di servizi, ai risparmiatori, agli investitori. L'applicazione alla regolazione economica del principio e delle norme di libera concorrenza è idonea a ridurre scelte di chiusura dei mercati o di eccessiva ingerenza pubblica su elementi importanti degli scambi, come i prezzi, ma deve poter essere compatibile con l'imposizione alle imprese di obblighi relativi al servizio pubblico concernenti la sicurezza, la regolarità, la qualità e il prezzo delle forniture, nonché la tutela ambientale e la protezione del clima».

Nell'ambito di un più ampio ragionamento sull'evoluzione del ruolo del provvedimento nella sua intermediazione con i soggetti privati, occorre allora riferirsi alle correlazioni esistenti proprio tra le politiche economiche, tendenzialmente volte a perseguire il benessere collettivo, l'attività della Pubblica Amministrazione che, trovandosi sovente a dover agire nel o sul tessuto sociale con una prospettiva economica, ha il difficile compito di contemperare il tecnicismo di cui è impregnato il diritto di regolazione dei mercati con la più vitale componente dell'amministrare e, infine, le attività economico-sociali svolte dai soggetti privati, sulle quali più direttamente incidono quei poteri amministrativi che, limitando in parte la piena libertà di iniziativa e di esercizio del singolo, regolano l'accesso degli operatori ad un dato mercato e conformano lo svolgimento dell'attività stessa.

Prima delle riforme di liberalizzazione avviate negli anni Novanta l'intervento pubblico sull'iniziativa economica privata era decisamente penetrante: l'iniziativa era assoggettata a numerosi limiti e l'attività funzionalizzata in vista della tutela di interessi economici dello Stato.¹⁸³

Nei più disparati settori, infatti, l'avvio di un'attività economica era subordinato al preventivo rilascio di licenze, autorizzazioni o concessioni, spesso dal contenuto conformativo, ossia di condizionamento dell'attività economica¹⁸⁴ e il cui rilascio poteva essere subordinato non solo alla sussistenza di requisiti soggettivi e oggettivi in capo all'imprenditore, così come richiesti dalla legge, ma anche a valutazioni ampiamente discrezionali, compiute dall'amministrazione, sul bisogno del mercato: la specifica iniziativa imprenditoriale veniva quindi vagliata in termini di opportunità e di convenienza in relazione all'utilità economica nazionale e dunque all'equilibrio tra domanda e offerta.¹⁸⁵

Certo l'ingerenza del potere pubblico sull'attività economica, tra interventismo e liberismo declinati in varie forme, è mutata profondamente nel tempo¹⁸⁶ e, nell'attuale

¹⁸³ Cfr. A. BALDASSARRE, *Iniziativa economica privata*, in *Enc. dir.*, XXI, Milano, 1971, 582; V. SPAGNUOLO VIGORITA, *L'iniziativa economica privata*, *op. cit.*, 24 ss.; S. CASSESE, *Stato ed economia. Il problema storico*, in P. LANGE - M. REGINI (a cura di), *Stato e regolazione sociale. Nuove prospettive sul caso italiano*, Bologna, 1987, 45, che osserva come non vi era aspetto dell'attività imprenditoriale che non vedesse i poteri pubblici intervenire, riconoscendo in ogni caso la centralità ed importanza del ruolo avuto proprio dal potere pubblico nel nostro Paese per lo sviluppo economico.

¹⁸⁴ Cfr. F. FRANCHINI, *Le autorizzazioni costitutive di rapporti giuridici*, *op. cit.*, 38 ss; F. FRACCHIA, *Autorizzazioni amministrative e situazioni giuridiche soggettive*, *op. cit.*, *passim*; critico nei confronti di una visione dell'autorizzazione come strumento di condizionamento e direzione del mercato R. VILLATA, *Autorizzazioni amministrative*, *op. cit.*, 52.

¹⁸⁵ Questo valeva per numerosi settori, per esempio in materia di commercio al dettaglio, industria estrattiva, installazione di nuovi stabilimenti industriali, distribuzione di carburanti, apertura di farmacie, attività bancaria. Sul punto si veda A. DE VALLES, *I servizi pubblici*, *op. cit.*, 621 ss., che parlava di servizi pubblici impropri per indicare quelle attività lasciate all'iniziativa individuale ma delle quali lo Stato non si disinteressava affatto, al fine di soddisfare particolari interessi grazie all'attività privata.

¹⁸⁶ S. CASSESE, *La nuova costituzione economica*, Bari-Roma, 2015, in particolare 30 ss. Per una breve ricostruzione storica, anche in chiave comparata, dei rapporti tra Stato e mercato e per un'interpretazione di cause ed effetti dell'avvicinarsi di politiche interventiste ed ondate liberiste

quadro giuridico Europeo, il modello economico considerato ideale è volto alla crescita, favorisce e protegge gli scambi, la libertà di circolazione, il confronto concorrenziale e la trasparenza, richiede una regolazione il più possibile efficiente, chiara e snella¹⁸⁷; ciò ha influito non poco sul ruolo e la natura dei poteri amministrativi.

In ogni caso, nonostante trasformazioni vissute dall'ordinamento in tal senso, nell'inquadrare le fondamenta sulle quali sorge il tema della trasferibilità del provvedimento amministrativo, si continua a constatare l'importante funzione che autorizzazioni e concessioni ricoprono in seno alla sfera economica, aprendo la via, se pur in modo diverso, allo svolgimento da parte dei privati di tutte quelle attività imprenditoriali che richiedendo il superamento di "barriere" tramite le quali la Pubblica Amministrazione esprime un potere di caratterizzazione del mercato¹⁸⁸.

Il discorso si snoda a partire dal piano costituzionale laddove, a fronte della garanzia di cui gode la libertà di iniziativa economica privata quale situazione giuridica soggettiva riconosciuta e tutelata in capo al singolo e, in quanto tale, preesistente al provvedimento, autorizzazioni e concessioni possono inquadrarsi tra i principali strumenti di regolazione da parte del potere pubblico di un determinato settore, con funzione, in particolare, di "controllo all'entrata", che si esplica o in una sola verifica preventiva della sussistenza di requisiti minimi ed essenziali o in una selezione che individui gli standard più elevati per lo svolgimento di un'attività contingentata, in cui il numero di privati ammessi è limitato.

Qui si noti soltanto - meglio lo si vedrà nel prosieguo - come, nei settori in cui si verificano *ex lege* forme di cessione tra privati del provvedimento, emergano esigenze contrastanti che affondano la propria ragion d'essere nei principi costituzionali e in cui centrale è il rilievo della libertà di iniziativa economica del privato, così come configurata nel nostro assetto costituzionale all'art. 41 Cost.

sino alla fine degli anni '80 del secolo scorso, si veda ID., *Stato e mercato, dopo privatizzazioni e deregulation*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1991, 2, 378.

¹⁸⁷ «Le organizzazioni internazionali sottolineano da tempo che la crescita economica dipende in larga misura dal modo in cui i pubblici poteri regolano i mercati. Crescono di più le nazioni che adottano una regolazione dei mercati meno ingombrante - meno invasiva nei confronti della libertà delle iniziative imprenditoriali e degli scambi - e di elevata qualità. [...] È evidente che dalla crescita economica traggono beneficio non solo le imprese, ma l'intero tessuto sociale. Per di più, la globalizzazione economica richiede una circolazione più capillare di beni, servizi, capitali, manodopera. La libertà di contratto, d'impresa, di scambio, sono indispensabili per garantire tutto ciò. I pubblici poteri sono chiamati a favorirle», così M. D'ALBERTI, *Il diritto amministrativo tra imperativi economici e interessi pubblici*, op. cit., cit., 51. L'A. prosegue (cit., 54) evidenziando che tra le caratteristiche considerate essenziali per una regolazione pubblica efficiente, in linea con le libertà economiche e l'apertura dei mercati, di particolare rilievo sono: «la riduzione delle barriere che ostacolano l'accesso delle imprese ai mercati e limitano gli scambi; la trasparenza delle procedure regolatorie; l'applicazione del principio e delle regole di libera concorrenza; la protezione degli investitori».

¹⁸⁸ Cfr. in questi termini, se pur riferiti alle sole concessioni, F. FRACCHIA, voce *Concessione amministrativa*, op. cit., 263.

Il provvedimento, infatti, a seconda della fisionomia concretamente assunta, può rispondere o ad un'esigenza di non contrasto dell'attività all'utilità sociale, alla sicurezza e alla libertà o dignità umana, o ad una più pregnante esigenza di indirizzo e coordinamento dell'attività a fini sociali, ossia ad una sua funzionalizzazione per mezzo di programmi e controlli, così come indicato ai commi 2 e 3 dell'art. 41 Cost.

Pertanto, se gli imperativi economici possono cambiare il ruolo dello Stato nell'economia e, conseguentemente, dell'intervento pubblico nella sfera di autonomia e libertà di chi opera sul mercato, allora, «il valore riconosciuto alla libertà economica privata in relazione allo spazio ed al nuovo significato attribuibile al potere pubblico è [...] un elemento decisivo per ogni riflessione sulle vicende connesse al potere di disposizione della titolarità del provvedimento amministrativo con cui la medesima attività viene esercitata»¹⁸⁹.

La Costituzione, come noto, disciplina i rapporti economici (artt. 41- 47) secondo uno schema letterale che si ritrova in ciascuna delle suddette norme: si afferma una libertà o regola garantista per il privato, subito temperata dal riconoscimento di finalità collettive che i pubblici poteri devono salvaguardare.¹⁹⁰

L'articolo 41, in particolare, esordisce affermando la libertà d'iniziativa economica privata (co. 1) per poi porre due limiti (co. 2): essa non può svolgersi in contrasto con l'utilità sociale e non può recare danno alla sicurezza, alla libertà e alla dignità umana; l'ultimo comma (co. 3) dispone infine che l'attività economica, pubblica e privata, può essere indirizzata e coordinata a fini sociali dalla legge, che determina gli opportuni programmi e controlli.¹⁹¹

¹⁸⁹ V. GIOMI, *Mercati in attesa del mercato. La trasferibilità del provvedimento amministrativo tra ragioni pubbliche e dinamiche private*, Torino, 2019, cit., 73. L'Autrice che, come meglio si vedrà nel secondo capitolo del presente lavoro, approfondisce il tema della trasferibilità dei provvedimenti amministrativi in riferimento ad alcuni settori economici contingentati, fa partire la sua analisi proprio dall'art. 41 Cost. per ricostruire la logica del contingentamento, ponendosi, più in generale, l'obiettivo di inquadrare le ragioni del mantenimento di meccanismi di intervento pubblico in determinati settori e di verificare se gli effetti generati da una vicenda circolatoria legale del titolo amministrativo fra soggetti privati possano esporre il sistema a rischi connessi al mutamento del ruolo del potere pubblico che siffatto trasferimento inevitabilmente comporta.

¹⁹⁰ Sul punto si rinvia in generale a M. S. GIANNINI, *Diritto pubblico dell'Economia*, Bologna, 1977. Questo schema, tipico del diritto dell'economia, chiaramente enunciato nella nostra Costituzione, sembra presentarsi anche nella disciplina europea, laddove l'art. 3, co. 3, TUE, si esprime per il perseguimento di una «economia sociale di mercato», sulla cui nozione si veda, tra gli altri, A. PREDIERI, *Economia sociale di mercato nell'Europa di Maastricht*, in *Dir. comm. internaz.*, 1995, 531.

¹⁹¹ «L'art. 41 Cost. è scaturito da una situazione politica di compromesso e si ispira a due principi tra loro contrapposti e tendenzialmente inconciliabili: il principio della libertà di iniziativa economica privata, che si richiama alle tradizioni individualiste del costituzionalismo liberale, e il principio dell'intervento pubblico nell'economia privata, in cui confluiscono le istanze solidaristiche ed egualitarie di cui si fecero portatori, sia pure con diversità di accenti, il pensiero sociale cattolico e quello marxista. [...] A causa della sua formulazione e della materia di cui si occupa, questa disposizione è sempre stata particolarmente esposta alla critica e all'ideologia. Oggetto di radicali scontri tra letture ispirate a concezioni politiche antitetiche, ha avuto in sorte di essere «interpretativamente» riscritta di continuo [...]. La sua capacità evocativa appare oggi talmente compromessa da suggerire una rinuncia alla pretesa di trovare nelle sue proposizioni un fondamento

E così, lo schema fatto proprio dall'art. 41, quello consueto della relazione-contrapposizione tra libertà e autorità, mentre da un lato garantisce una posizione giuridica individuale¹⁹², ammette dall'altro che ad essa possano venire apportate delle limitazioni.¹⁹³ La sfera di autonomia privata non riceve quindi dall'ordinamento una

stabile al sistema dei rapporti tra economia e potere pubblico», così M. RAMAJOLI, *La regolazione amministrativa dell'economia e la pianificazione economica nell'interpretazione dell'art. 41 della Costituzione*, in *Dir. amm.*, 1, 2008, cit., 121 ss.

Per un inquadramento delle diverse istanze che la genesi del citato articolo racchiude nonché, più in generale, sulla costituzione economica si vedano, *ex multis*, P. BARCELLONA, *Intervento statale e autonomia privata nella disciplina dei rapporti economici*, Milano, 1969; P. DE CARLI, *Costituzione e attività economiche*, Padova, 1978; A. PACE, *Iniziativa privata e governo pubblico dell'economia. Considerazioni preliminari*, in *Libertà e autonomie nella Costituzione*, Scritti in onore di Egidio Tosato, II, Milano, 1982, 531; E. CHELI, *Libertà e limiti dell'iniziativa economica privata nella giurisprudenza della Corte costituzionale e nella dottrina*, in *Rass. dir. pubbl.*, 1960, 303; A. BALDASSARRE, *Iniziativa economica privata*, op. cit., 582; M. LUCIANI, *La produzione economica privata nel sistema costituzionale*, Padova, 1983; F. TRIMARCHI BANFI, *Organizzazione economica ad iniziativa privata e organizzazione economica ad iniziativa riservata negli articoli 41 e 43 della Costituzione*, in *Pol. dir.*, 1992, 3; F. GALGANO, *La libertà di iniziativa economica privata nel sistema delle libertà costituzionali*, in Id. (diretto da), *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, I, Padova, 1977, 512; ID., *Commento all'art. 41, Rapporti economici*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, II, Bologna, 1982, 11; V. OTTAVIANO, *La regolazione del mercato. I principi costituzionali*, in F. GALGANO (diretto da), *Trattato dir. comm. e dir. pubbl. ec.*, op. cit., III, Padova, 1979, 452; M. LUCIANI, *Economia (nel diritto costituzionale)*, in *Dig. disc. pubbl.*, V, Torino, 1991, 373; T. PADOA SCHIOPPA, *Il governo dell'economia*, in *Lo Stato delle istituzioni italiane. Problemi e prospettive*, Milano, 1994, 294; P. BILANCIA, *Modello economico e quadro costituzionale*, Torino, 1996. Per un'ampia ricostruzione dei principi e valori su cui si è incentrato il dibattito dell'Assemblea Costituente sul punto si veda G. BOGNETTI, *L'assemblea costituente e le libertà economiche*, in S. LABRIOLA (a cura di), *Valori e principi del regime repubblicano*, Bari, 2006, II, 177, e prima e più sinteticamente, S. BERETTA, *La «costituzione economica»: genesi e principi*, in *Il Politico*, vol. 53, n. 3, luglio-settembre 1988, 379, che ricostruisce la genesi di principi e norme della cosiddetta Costituzione economica in relazione agli eventi istituzionali e alla situazione politico-sociale del Paese, nonché ai diversi programmi politico-ideologici, personalità e peso politico dei singoli proponenti.

¹⁹² La Costituzione sottolinea che è il legislatore a dover valutare ciò che corrisponde e ciò che contrasta con l'utilità sociale e a predisporre i programmi e controlli più opportuni e calibrati per indirizzare l'iniziativa verso i fini sociali di volta in volta individuati. In tal senso si può ritenere che la libertà di iniziativa economica si possa atteggiare tanto ad interesse legittimo, ove il suo esercizio sia subordinato dalla legge a valutazioni più o meno discrezionali della Pubblica Amministrazione, quanto a diritto soggettivo, qualora la legge non attribuisca invece alcun potere di incidenza della Pubblica Amministrazione sullo svolgersi dell'attività medesima; in questi termini M. DELSIGNORE, *Il contingentamento dell'iniziativa economica privata. Il caso non unico delle farmacie aperte al pubblico*, Milano, 2011, 8. Si veda anche G. MORBIDELLI, *Iniziativa economica privata*, in *Enc. giur.*, XVIII, Roma, 1989, *ad vocem*, per cui la libertà di iniziativa economica non si può configurare *tout court* come un diritto soggettivo: prima della legge è un diritto soggettivo per riconoscimento costituzionale ma, trattandosi di una libertà assoggettabile a limiti, può assumere la consistenza di interesse legittimo se subordinata dalla legge a valutazioni discrezionali della Pubblica Amministrazione in vista del perseguimento del pubblico interesse. In termini analoghi anche A. PACE, *Libertà "del" mercato e "nel" mercato*, in *La Costituzione economica*, in *Pol. dir.*, 1993, 328.

¹⁹³ Per l'ordinamento francese si accenni solo che: «le principe de la liberté du commerce et de l'industrie a été proclamé par la loi des 2-17 mars 1791, dite « loi d'Allarde », portant suppression de tous les droits d'aides, de toutes les maîtrises et jurandes et établissements de patentes en vigueur sous l'Ancien Régime; cette loi dispose que : « il sera libre à toute personne de faire tel négoce ou d'exercer telle profession, art ou métier qu'elle trouvera bon ; mais elle sera tenue [...] aux réglemens de police qui sont ou pourront être faits ». Bien que cela ne ressorte pas directement du texte de la loi et qu'une interprétation différente de celle-ci eût été envisageable, le principe de la liberté du commerce et de l'industrie est

protezione assoluta «e la sua compressione è costituzionalmente legittima se è preordinata a consentire il soddisfacimento di interessi costituzionalmente rilevanti»¹⁹⁴.

La formulazione lessicalmente flessibile¹⁹⁵ dell'art. 41 ne lascia aperto il contenuto, rendendolo idoneo ad accogliere le politiche più diverse in relazione agli orientamenti concretamente assunti dal legislatore¹⁹⁶; tuttavia, se pur perfettamente in linea con lo spirito che domina l'intero testo costituzionale, improntato a ricercare una comunione di intenti tra differenti visioni e sensibilità, ciò rende alquanto complesso l'inquadramento del fenomeno giuridico sotteso al principio ivi affermato.

Certamente, per come complessivamente delineato, il principio assume due dimensioni: l'una individualista, propria del soggetto titolare della libertà di iniziativa, l'altra collettiva, propria dell'utilità generale, che tiene conto del fatto che la tutela individuale di una posizione di libertà può avere un'ampia proiezione esterna, riverberandosi nel tessuto sociale.¹⁹⁷ Secondo questa visione è l'utilità sociale di cui al

compris depuis toujours comme s'appliquant à la seule initiative privée et comme ayant pour objet la protection de celle-ci. [...] Le principe de la liberté de commerce et de l'industrie n'est pas considéré comme un principe constitutionnel à part entière par le Conseil Constitutionnel. En revanche, celui-ci a hissé au rang de principe constitutionnel la liberté d'entreprendre; la place de ce principe dans la hiérarchie des normes ne fait toutefois pas obstacle à son aménagement par la loi, à la condition que ce soit justifié par l'intérêt général ou des exigences constitutionnelles». In questi termini, *Conseil d'État, Rapport public 2002, Collectivités publiques et concurrence, Études et documents*, n. 53, cit., 253.

¹⁹⁴ In questi termini sempre M. RAMAJOLI, *La regolazione amministrativa dell'economia e la pianificazione economica nell'interpretazione dell'art. 41 della Costituzione*, op. cit., cit., 122.

¹⁹⁵ Cfr. P. CAVALIERI, *Iniziativa economica privata e Costituzione "vivente". Contributo allo studio della giurisprudenza sull'art. 41 Cost.*, Padova, 1978, 1 ss., che evidenzia la difficoltà di individuare il nucleo essenziale della norma per la sua vaga ed elastica formulazione letterale. Si veda anche E. CHELI, *Libertà e limiti all'iniziativa economica privata nella giurisprudenza della Corte costituzionale e nella dottrina*, in *Rass. dir. pubbl.*, 1960, cit., 302 ss., che definisce l'art. 41 una «norma che rispecchia, forse più di ogni altra, i termini della dialettica politica entro cui si svolge la realtà economica degli ordinamenti occidentali contemporanei, indeterminata nel suo nucleo politico centrale, anfibologica, suscettibile cioè di essere sviluppata in due direzioni opposte e sottoposta, in fatto, a particolare tensione da parte delle forze politiche operanti nell'ordinamento che mirano ad attribuirle un significato corrispondente ai fini da esse perseguiti».

¹⁹⁶ Per una lettura degli artt. 41-43 Cost. come scelta per un tipo di sistema economico di compromesso, volto ad escludere gli estremi del liberismo e del collettivismo e in cui non si definisce il sistema prescelto, si veda A. BALDASSARRE, *Iniziativa economica*, op. cit., 591; cfr. anche V. ONIDA, *La Costituzione*, Bologna, 2007, 84, per cui l'art. 41 è diversamente plasmabile a seconda delle scelte di politica economica concretamente adottate e G. AMATO, *Il mercato nella Costituzione*, in *Quaderni costituzionali*, 1, 1992, cit., 17, per il quale l'art. 41 costituisce il «contenitore adatto per la stessa cultura del mercato, capace oggi di entrarvi e di dare alle sue norme significati sicuramente diversi da quelli a cui pensarono i suoi autori».

¹⁹⁷ Sul punto cfr. U. POTOTSCHNIG, *I pubblici servizi*, op. cit., cit., 63 ss., così si esprime: «la libertà dell'iniziativa economica del privato viene infatti riconosciuta e garantita non già sotto il profilo di una posizione esclusivamente individuale, dissociata ed avulsa dalle condizioni sociali in cui il singolo opera, bensì come posizione che, se è meritevole in se stessa di tutela, rifrange anche fuori di essa la sua attitudine a concorrere alla realizzazione dei fini fatti propri dall'ordinamento», riconnettendosi quindi sia al principio di uguaglianza espresso all'art. 3 Cost. e al relativo dovere della Repubblica di rimuovere gli ostacoli che limitano la libertà dei singoli, sia a quello di solidarietà di cui all'art. 2, affinché l'attività economica del privato non contrasti con l'utilità sociale e sia al dovere di concorrere

co. 2 dell'art. 41 ad arricchire la libertà di iniziativa individuale di una dimensione collettiva, in ragione della quale l'iniziativa del singolo può essere sottoposta anche a significative limitazioni, a cui può affiancarsi, in aggiunta, una vera e propria funzionalizzazione dell'attività al conseguimento di fini sociali.

In ogni caso, ricco è stato (ed è) il dibattito su cosa debba intendersi per libera iniziativa economica¹⁹⁸ e complessa, soprattutto, è la questione se esista o meno un suo nucleo minimo, essenziale ed inviolabile.

In specie, nel ricercare il limite della possibile e legittima compressione della libertà di iniziativa, a fronte di un testo costituzionale che non si cristallizza in definizioni giuridiche ma lascia ampio spazio ad una discrezionale scelta politica spettante al legislatore di turno, si è posta la necessità di interrogarsi sul concetto di utilità sociale che, insieme al non contrasto con la sicurezza, la libertà e la dignità umana, costituisce il confine entro il quale la libertà di iniziativa economica può svilupparsi, nonché di fini sociali, che fondano e legittimano un intervento di indirizzo e coordinamento da parte dei pubblici poteri.¹⁹⁹

Il dibattito dottrinale è sempre fruttuoso ma la questione sui limiti alla compressione della libertà di iniziativa economica sembra destinata, per come tendenzialmente impostata, a non poter trovare una definizione risolutiva, perché i problemi di interpretazione della Costituzione vengono prevalentemente ricondotti a un dibattito sui concetti in cui l'art. 41, "figlio", come detto, di un originario

al progresso materiale o spirituale della società secondo le proprie possibilità e scelte ex art. 4 Cost., così riconoscendo e tutelando una posizione individuale di libertà anche nella sua dimensione e proiezione sociale e ciò a prescindere dai limiti al suo svolgimento che possono essere eventualmente posti per ragioni di utilità sociale».

¹⁹⁸ Sul significato di iniziativa economica privata non esiste in dottrina unicità di vedute: si discute se debba ritenersi libera la scelta di esercitare un'attività economica o l'attività di impresa in senso civilistico e, per una ricostruzione sul punto, si rinvia a M. GIAMPIERETTI, *Art. 41*, in S. BARTOLE, R. BIN (diretto da), *Commentario breve alla Costituzione*, Padova, 2008, 409; vi è chi distingue l'iniziativa economica, che sarebbe sempre libera, dall'attività, che sarebbe invece vincolata, in tal senso si vedano C. ESPOSITO, *La Costituzione italiana. Saggi*, Padova, 1954, 184; A. BALDASSARRE, *Iniziativa economica privata*, op. cit., 582; M. LUCIANI, *La produzione economica privata nel sistema costituzionale*, Padova, 1983, 16; in senso contrario cfr., V. SPAGNUOLO VIGORITA, *Attività economica privata e potere amministrativo*, Napoli, 1962, 69 e 232; A. PACE, *Iniziativa privata e governo pubblico dell'economia*, in *Scritti in onore di E. Tosato*, 1982, vol. II, 531. Si è discusso anche se la libertà di iniziativa sia propria solo dei privati o anche della Pubblica Amministrazione, sul punto si vedano U. POTOTSCHNIG, *Poteri pubblici e attività produttive*, in *Dir. economia*, 1990, 33; F. TRIMARCHI BANFI, *Organizzazione economica ad iniziativa privata e organizzazione economica ad iniziativa riservata negli articoli 41 e 43 della Costituzione*, in *Pol. dir.*, 1992, 3.

¹⁹⁹ Sulla nozione di utilità sociale e fini sociali e sulle diverse interpretazioni dottrinali e giurisprudenziali si rinvia a E. CHELI, *Libertà e limiti all'iniziativa economica privata nella giurisprudenza della Corte Costituzionale*, in *Rass. dir. pubbl.*, 1960, I, 275; C. PICCIOLI, *Contributo all'individuazione del fondamento costituzionale della normativa a tutela della concorrenza*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1996, I, 60; M. LIBERTINI, *I fini sociali come limite eccezionale alla tutela della concorrenza: il caso del Decreto Alitalia*, in *Giur. cost.*, 2010, 474. Interessante in proposito è la lettura del dibattito svoltosi in Assemblea costituente, Seduta antimeridiana del 13 maggio 1947, laddove si è discusso proprio della genericità della formula "utilità sociale"; sul punto si veda L. GIANNINI, *Note sul dibattito alla Costituente sulla "costituzione economica"*, in *Dir. pubbl.*, 2000, 917.

compromesso tra diverse ideologie politiche, finisce per diventare il terreno di scontro tra valori potenzialmente contrapposti.

La libera iniziativa economica, infatti, trova in particolare nell'utilità sociale il suo principale antagonista e, nell'interpretazione dominante, dalla ponderazione degli enunciati valoriali del secondo e terzo comma con il primo conseguirebbe che l'art. 41 potrebbe legittimare «una riduzione anche in termini minimali dello svolgimento dell'attività economica privata e di conseguenza anche la possibilità di escludere il libero mercato in settori sensibili ed importanti ove potrebbe prevalere l'utilità sociale. La riduzione dell'ambito di esplicazione dell'iniziativa economica ogni qual volta ci si imbatta in qualcosa di socialmente rilevante sarebbe dunque la cifra dominante [...] dell'iniziativa economica privata nel nostro ordinamento»²⁰⁰.

Alle indubbe difficoltà di individuare a priori uno nucleo minimo, essenziale ed inviolabile, della libertà di iniziativa economica e del limite dell'utilità sociale, si è aggiunto un ulteriore elemento di complessità: con la riforma del 2001, infatti, si è introdotta in Costituzione la tutela della concorrenza, espressamente citata tra le materie di competenza esclusiva statale all'art. 117, co. 2, lett. e) ²⁰¹, ma altresì riconosciuta come valore giuridico che, attraverso la necessità di rispettare i vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario *ex* art. 117, co. 1, entra nel quadro costituzionale dettando una linea di preferenza verso un determinato modello di funzionamento dei mercati considerato, nel nostro attuale contesto geo-politico, il mezzo economicamente ottimale per raggiungere più generali obiettivi di sviluppo economico, qualità delle prestazioni e benessere collettivo.²⁰²

La lettura del quadro costituzionale deve così tener conto dell'influsso esercitato dal dritto dell'Unione Europea, che ha portato ad introdurre la concorrenza tra gli

²⁰⁰ In questi termini G. DI GASPARE, *Costituzionalizzazione simbolica e decostituzionalizzazione di fatto dell'art. 41 della costituzione*, in *Amministrazione in cammino*, 2011, cit., 4 ss. L'A. prosegue (cit., 14) analizzando il dato testuale dell'articolo in commento ed enfatizzando la connessione logico-sistematica esistente tra l'*iniziativa economica* di cui ai primi due commi e l'*attività economica* di cui al terzo: «se l'iniziativa economica è libera nel rispetto degli obblighi previsti dal *neminem ledere* (art. 41, 1° e 2° comma), il suo manifestarsi quale *attività economica*, non può essere più impedito e non può trovare ulteriori ostacoli nell'esercizio. È una attività che si manifesta per effetto di un principio di autodeterminazione libero che una volta ammesso non può essere nuovamente delimitato. Si capisce così il motivo per cui l'*attività economica* può essere solo *indirizzata e coordinata* tramite *programmi e controlli* sulla base della legge».

²⁰¹ La tutela della concorrenza prevista in Costituzione erge una barriera contro le limitazioni alla concorrenza stessa poste dai pubblici poteri e dal legislatore statale o regionale, così G. CORSO *La tutela della concorrenza come limite alla potestà legislativa (delle Regioni e dello Stato)*, in *Dir. pubbl.*, 3, 2002, 985.

²⁰² Sulla concorrenza intesa come "bene giuridico" si vedano G. AMATO, *Il mercato nella Costituzione*, in *Quaderni cost.*, 1992, 17; M. LIBERTINI, *Le riforme del diritto dell'economia: regolazione e concorrenza*, in *Giorn. dir. amm.*, 7, 2002, 807; M. GIAMPIERETTI, *Il principio costituzionale di libera concorrenza: fondamento, interpretazioni, applicazione*, in *Dir. soc.*, 2003, 439; G. CORSO, *La tutela della concorrenza, op. ult. cit.*, 981.

scopi cui il legislatore statale deve tendere per la creazione di un mercato aperto e improntato alla crescita economica.²⁰³

Così come la nostra Costituzione costruisce i rapporti economici escludendo gli estremi, liberismo e collettivismo puro e ammettendo la coesistenza della libertà di iniziativa economica con altri valori di stampo sociale, nonché la possibilità di riservare ai pubblici poteri alcuni ambiti di attività, anche il legislatore europeo sembra rifiutare posizioni estreme, invitando gli Stati membri a ricercare un ragionevole e proporzionale equilibrio tra la tutela di interessi pubblici e la salvaguardia delle libertà sancite nei trattati, in specie dettando, all'art. 3, co. 3 del TUE, un manifesto politico dell'Unione che, pur nell'astrattezza degli enunciati, è improntato su di uno «sviluppo sostenibile» e una «crescita economica equilibrata», fondata sulla «stabilità dei prezzi» e su «un'economia sociale di mercato» che, se pur «fortemente competitiva», deve mirare, quali obiettivi primari, «alla piena occupazione e al progresso sociale».

In ogni caso è certo che, pur riconoscendo alla discrezionalità del legislatore la possibilità di concepire discipline derogatorie in vista della tutela di un interesse generale, i parametri europei hanno imposto alcuni paletti a tale discrezionalità, indirizzando il decisore politico verso una riduzione, laddove possibile, delle limitazioni amministrative alla libera concorrenza.²⁰⁴

²⁰³ Sul punto, *ex multis*, si vedano S. CASSESE, *La costituzione economica europea*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2001, 6, 911; F. MERUSI, *Le leggi del mercato. Innovazione comunitaria e antarchia nazionale*, Bologna, 2002.

²⁰⁴ A titolo esemplificativo il decreto legislativo 26 marzo 2010, n. 59, ha recepito nel nostro ordinamento la Direttiva 2006/123/CE del Parlamento e del Consiglio europeo del 12 dicembre 2006, in GUCE L 376/36, 27 dicembre 2006, consultabile sul sito *www.curia.eu*, c.d. direttiva *Bolkestein*, volta ad agevolare l'esercizio della libertà di stabilimento dei prestatori di servizi e la libera circolazione dei servizi stessi, assicurandone al contempo un elevato livello di qualità. In attuazione della direttiva - che non si applica ai servizi non economici d'interesse generale, ai servizi sanitari a prescindere dalle loro modalità di organizzazione e finanziamento e dalla natura pubblica o privata e ad alcune tipologie di servizi sociali (art. 2, co. 2, lett. a), f), j) - il decreto, precisando che «l'accesso e l'esercizio delle attività di servizi costituiscono espressione della libertà di iniziativa economica e non possono essere sottoposti a limitazioni non giustificate o discriminatorie» (art. 10), ha sancito il divieto di subordinare il rilascio di titoli autorizzatori a verifiche sull'«esistenza di un bisogno economico o di una domanda di mercato, o alla valutazione degli effetti economici potenziali o effettivi dell'attività» o sull'«adeguatezza dell'attività rispetto agli obiettivi di programmazione economica stabiliti», ad eccezione delle fattispecie in cui la programmazione non persegua fini economici ma sia mossa da motivi imperativi di interesse generale, tra cui ambiente, ordine pubblico, salute (con tutti i problemi interpretativi e applicativi che derivano dalla formula «motivi di interesse generale» e dal bilanciamento di questi con la libertà economica posta al centro della normativa in questione), nel rispetto, in ogni caso, della proporzionalità del regime autorizzatorio rispetto agli interessi che mira a conseguire. Per mezzo della Direttiva citata sono stati così introdotti alcuni principi in materia di autorizzazioni e concessioni che delineano un quadro in cui, in termini generali, queste rappresentano di per sé un ostacolo alla creazione di un mercato unico europeo improntato alla liberalizzazione dei servizi; il ricorso a tali provvedimenti deve perciò essere limitato ai soli casi in cui non sia possibile raggiungere gli stessi obiettivi tramite misure meno restrittive delle libertà economiche fondamentali, favorendo forme di controllo *ex post* sull'attività economica e più in generale privilegiando, tra varie soluzioni ragionevoli e perseguibili, quella più liberale in un'ottica di proporzionalità dell'interferenza tra il potere e le libertà garantite dal Trattato, a meno che non siano coinvolti interessi sensibili in cui

La tutela della libertà di iniziativa economica assume così una connotazione prima sconosciuta o comunque meno evidente, ossia di preferenza verso il perseguimento di un preciso modello di mercato genericamente inteso come aperto e concorrenziale.

In questo quadro, un'interpretazione più letterale dell'articolo 41, che legga i suoi commi in uno stretto rapporto di connessione e consequenzialità logica e giuridica, sembra allora doversi preferire, proprio perché riduce le difficoltà di individuazione di un nucleo minimo e incomprimibile della libertà ivi sancita, intorno alla quale si incentra la nostra "Costituzione economica".²⁰⁵

In tal senso, la dimensione collettiva della libertà di iniziativa economica si ritiene possa essere perseguita interpretando l'utilità sociale di cui al co. 2 dell'art. 41 non come un limite estrinseco - quale è il principio del *neminem laedere* parimenti espresso nel medesimo comma (ossia non «recare danno alla sicurezza, libertà e dignità umana») – bensì come limite intrinseco all'iniziativa economica stessa affermata al primo comma. In quanto tale si tratta di un limite che invita il legislatore a perseguire un modello economico che, nel rispetto della libertà di iniziativa dell'individuo, sia riconoscibile come socialmente utile o, meglio, *non in contrasto* con l'utilità della società nel suo complesso, al fine di favorire la generalità dei consociati.

Dunque, il modello economico concorrenziale, che fa dell'iniziativa privata il suo centro propulsore e a cui, nel nostro attuale contesto geo-politico, viene attribuita una generale capacità di produrre benessere collettivo, può essere considerato socialmente utile sino a quando generi, in modo obiettivo ed evidente, i suoi connaturati effetti, ossia efficienza (allocativa e produttiva) ed innovazione diffusa. Qualora il modello

prevale il principio di precauzione; permane infatti un nucleo inattaccabile del potere amministrativo che, nella sua componente più discrezionale, deve temperare il principio di liberalizzazione con altri supremi valori dell'ordinamento, costituzionalmente garantiti, quali la sanità, l'ordine pubblico, la tutela dell'ambiente e del paesaggio in relazione ai quali, tendenzialmente, si prevedono controlli preventivi e una vigilanza costante sulle attività del privato, ritenendo giustificato e doveroso, in generale, un intervento pubblico più pregnante in relazione alla "delicatezza" degli interessi sottesi. Sulla direttiva e sulle norme di recepimento in Italia si vedano, *ex multis*, G. FONDERICO, *Il manuale della Commissione per l'attuazione della direttiva servizi*, in *Giorn. dir. amm.*, 2008, 8, 921; E. L. CAMILLI, *Il recepimento della direttiva servizi in Italia*, *ivi*, 2010, 12, 1239; G. TIBERI, *L'Unione europea e la liberalizzazione dei servizi: la sfida della creazione di un «mercato interno dei servizi»*, in B. G. MATTARELLA – A. NATALINI (a cura di), *La regolazione intelligente. Un bilancio critico delle liberalizzazioni italiane*, Firenze, 2013, 87 ss.

²⁰⁵ La tesi qui riassunta è di G. DI GASPARE, *Costituzione simbolica e decostituzionalizzazione di fatto dell'art. 41 della Costituzione*, *op. cit.*, *passim*, secondo il quale l'approccio prevalente all'art. 41 Cost., ossia quello che tende a sganciarsi da un'interpretazione letterale del testo normativo per ragionare su concetti generali e su valori difficilmente determinabili, come quelli di utilità sociale, libertà, sicurezza, fini sociali, a cui vengono attribuiti autonomi significati che aprono notevolmente le possibili maglie interpretative della norma, ha condotto a letture eccessivamente riduttive della sfera di libertà economica privata, facilmente sovrapponibile dall'utilità sociale così ampiamente intesa e rispetto alla quale, nel bilanciamento valoriale, l'iniziativa economica privata diventa inevitabilmente un «dio minore» nell'«Olimpo dei simboli costituzionali» (cit., 2) e che, con il tempo, da "imputato" è divenuto "parte lesa". L'A. dichiara apertamente di esprimere un punto di vista da giurista liberale ma, al di là di più ampie considerazioni di sistema, il suo approccio pratico alla lettera della norma in questione appare convincente per ritrovare nell'articolo, così come formulato senza necessità di modifiche, una piena tutela della libertà economica.

non risultasse socialmente utile in questo senso, generando, per contro, effetti distorsivi e fallimenti dati dal fatto che l'attività economica in questione non può essere esercitata utilmente in forma concorrenziale, secondo i parametri economici e le definizioni proprie della legge di mercato, la libertà di iniziativa del singolo dovrebbe allora essere assoggetta alle opportune limitazioni (art. 41, co. 2) e potrebbe financo essere vietata e riservata (art. 43). In caso contrario, anche la legge non potrebbe inibire o contrastare il libero svolgimento dell'*iniziativa*, potendo al più indirizzare o coordinare l'*attività* privata tramite programmi e controlli, così da perseguire, per suo tramite, i fini sociali che di volta in volta il legislatore si pone, questi sì, liberamente definibili dal legislatore stesso.

Se all'utilità sociale si conferisce quindi un contenuto, si potrebbe dire, "economico", perché letto in stretta correlazione con la libertà di iniziativa di cui al primo comma, essa diventa il criterio cui parametrare la scelta e la regolazione del modello economico perseguito dal legislatore di turno, che deve essere improntato al perseguimento dell'utilità sociale e che, nell'odierno contesto geo-politico, ricade evidentemente su di un modello competitivo.

Così intesa l'utilità sociale può rappresentare, ad oggi, il fondamento costituzionale per una regolazione antitrust volta a tutelare e perseguire, anche in chiave limitativa della libertà di iniziativa laddove utile all'equilibrio economico del sistema, proprio quel modello concorrenziale non imposto dal testo costituzionale ma prescelto dal legislatore, europeo e nazionale, perché individuato come miglior strumento per perseguire un generico benessere collettivo.

In questo senso la compressione della libertà di iniziativa economica del privato risulta possibile ma il suo principale limite, ossia l'utilità sociale, acquisisce un significato più individuabile e circoscritto, poiché letto in stretta correlazione con la libertà stessa.

A fronte di una legislazione che può limitare l'iniziativa dei singoli e regolare il modello concorrenziale²⁰⁶ nel perseguimento di "un'economia sociale di mercato" nonché indirizzare, coordinare, programmare e controllare l'attività economica secondo un proprio bilanciamento valoriale, il possibile controllo di legittimità costituzionale, che vaglia i profili logico-formali del percorso legislativo, dovrebbe allora garantire, unitamente alla riserva di legge, la ragionevolezza delle scelte operate e dunque la loro sostenibilità, non solo formale ma anche di sistema, in un'ottica di contemperamento con altri valori di cui l'ordinamento si fa portatore, rappresentando l'ultimo baluardo per non arrivare a negare totalmente la presenza di uno «*spatium agendi*» della libertà del privato.

²⁰⁶ Sul rapporto tra attività pubblica di tutela della concorrenza e attività di regolazione in un'ottica in cui quest'ultima dovrebbe intervenire solo qualora non siano sufficienti gli strumenti di antitrust messi in atto dalla prima, si veda L. PROSPERETTI, *I rapporti tra regolazione e tutela della concorrenza. Teoria economica ed esperienze recenti*, in *Mercato Concorrenza Regole*, 2, 2020, 277.

Sulla giurisprudenza di legittimità, si è osservato come la Corte, «forte del grado di indeterminatezza della locuzione» “utilità sociale”, tenda ad inglobare in essa anche i “fini sociali”, sovrapponendo tacitamente «i due diversi momenti di incisione pubblica della dimensione economica del singolo» ed elevando l'utilità sociale a «parametro ultimo di raffronto, in termini di ragionevolezza e proporzionalità, degli strumenti pubblici di indirizzo e coordinamento della dimensione privata». In quest'ottica lo spazio comprimibile dell'iniziativa economica privata si flette a seconda di come vengono elaborati i valori connessi allo sviluppo sociale, genericamente inteso, a cui viene ancorata una graduazione ragionevole e proporzionata degli strumenti pubblici prescelti per il conseguimento dei predetti fini.²⁰⁷

Se la Corte intende in modo così ampio l'utilità sociale²⁰⁸ è inevitabile che poi tenda, come è stato rilevato, a salvaguardare lo spazio di intervento del pubblico potere e il suo ruolo cautelativo rispetto ai rischi insiti nel mercato e alla libertà di iniziativa stessa. Tuttavia, «interpretare il ruolo dell'intervento pubblico in chiave difensiva rispetto al mercato sembra implicare la convinzione che la nostra costituzione economica non riconosca al mercato stesso alcun valore specifico e positivo per l'interesse generale e che quindi sia sempre sacrificabile quando un fine sociale lo richieda», così riconoscendo alla libertà di iniziativa economica «soltanto una rilevanza individuale e privatistica».²⁰⁹

Tuttavia, dopo la riforma del 2001 che ha introdotto la concorrenza in Costituzione, la Corte, prima insensibile al tema, ha incominciato a riconoscere la promozione della concorrenza come «una delle leve della politica economica del Paese», con inevitabili riflessi sul sistema economico e sull'impianto amministrativo dell'ordinamento, con le conseguenze che derivano sul sistema dei titoli abilitativi, delle autorizzazioni e delle concessioni, facendo così rientrare la tutela della concorrenza nel parametro dell'utilità sociale.²¹⁰

²⁰⁷ Cfr. V. GIOMI, *op. cit.*, cit., 106 ss., che, pur mettendo in evidenza l'ampiezza e genericità del significato di volta in volta attribuito all'utilità sociale, sembra invero ritenere lo strumento del vaglio di legittimità della Corte, così come operato, in linea con quanto sancito all'art. 41 Cost.

²⁰⁸ In questi termini L. DELLI PRISCOLI, *Il limite dell'utilità sociale nelle liberalizzazioni*, in *Giur. comm.*, 2014, 352 e F. SAITTO, *La Corte costituzionale, la tutela della concorrenza e il “principio generale della liberalizzazione” tra Stato e Regioni*, in *associazionedeicostituzionalisti.it*, n. 4, 2012, 6. In mancanza di un valore unitario dell'utilità sociale, la riserva di legge sembra quindi costituire l'unica garanzia alla compressione della libertà economica del privato, così V. BACHELET, *Legge e attività amministrativa nella programmazione economica*, Milano, 1975, 436 ss.

²⁰⁹ M. RAMAJOLI, *La regolazione amministrativa dell'economia e la pianificazione economica nell'interpretazione dell'art. 41 della Costituzione*, *op. cit.*, cit., 153.

²¹⁰ Cfr. CORTE COST., 22 maggio 2013, Sent. n. 94: «l'esercizio della libertà di iniziativa economica può essere «limitato solo per ragioni di utilità sociale» (sentenza n. 162 del 2009) e di «utilità economico sociale» (sentenze n. 70 del 200 e n. 196 del 1998), mediante la fissazione di limiti «non incongrui e non irragionevoli» (sentenza n. 428 del 2008), occorrendo verificare se la soluzione realizzata «resiste al necessario test di proporzionalità al quale va sottoposta» (sentenza n. 270 del 2010); CORTE COST., 12 dicembre 2012, Sent. n. 299: «la giurisprudenza costituzionale è costante nell'affermare che la nozione di concorrenza di cui al secondo comma, lettera e), dell'art.

Coloro che si sono soffermati sulla giurisprudenza costituzionale proprio in materia di concorrenza²¹¹, però, hanno uniformemente evidenziato come la Corte faccia riferimento ad un'accezione vaga e generica di concorrenza, cosa che, in ragione del dibattito sul punto, sembra meno accettabile rispetto al far uso di una nozione ampia di utilità sociale.

In specie, si ricorre a termini tecnici propri del linguaggio economico senza troppa attenzione, il che conduce a non pochi equivoci e nuoce fortemente la possibilità di un controllo razionale delle decisioni; si confonde inoltre la tutela della concorrenza con la sua regolazione, avvallando la dimensione di interesse nazionale della materia, con il diverso fine di ricondurla, nell'ambito del riparto di competenze di cui all'art.117, al livello statale, ma con il rischio di aprire la strada ad un'ipotesi interpretativa contraria alla stessa tutela della concorrenza, che attribuisca alla legislazione, per quanto dello Stato e non delle Regioni, un ampio potere di regolazione della vita economica e dell'attività di impresa.²¹²

Ciò si può ricondurre al fatto che, decidendo quasi sempre in via principale, la Corte non abbia davvero occasione di confrontarsi con concrete condotte anticoncorrenziali, così limitandosi ad applicare generici principi, come l'eliminazione

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 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. 80 del 2006, n. 242 e n. 175 del 2005, n. 272 e n. 14 del 2004)».

²¹¹ Per una ricostruzione degli orientamenti della giurisprudenza costituzionale in materia di concorrenza si vedano, tra gli altri, M. LIBERTINI, *La prospettiva giuridica: caratteristiche della normativa antitrust e sistema giuridico italiano*, in AA.VV., *Concorrenza e Autorità antitrust: un bilancio a dieci anni dalla legge*, Roma, 2001, 69 ss.; ID., *La tutela della concorrenza nella Costituzione italiana*, in *Riv. it. degli economisti*, 1, Supplemento aprile 2005, 105; ID., *La tutela della concorrenza nella Costituzione. Una rassegna critica della giurisprudenza costituzionale italiana dell'ultimo decennio*, in *Mercato Concorrenza Regole*, 3, 2014, 503; ID., *La tutela della concorrenza nell'ordinamento italiano: dal codice civile del 1942 alla riforma costituzionale del 2001*, in *Moneta e credito*, vol. 68, n. 272, 2015, 365; C. PINELLI, *La tutela della concorrenza come principio e come materia. La giurisprudenza costituzionale 2004-2013*, in *www.rivistaaic.it*, 2014; G. AMATO, *Corte Costituzionale e Concorrenza*, in *Mercato Concorrenza Regole*, 3, 2017, 425 ss.

²¹² M. LIBERTINI, *La tutela della concorrenza nella Costituzione italiana*, *op. cit.*, *passim* e spec. 115 ss.

delle barriere all'ingresso o la promozione del pluralismo²¹³, senza affrontare le più complesse questioni sulle quali si costruisce la cultura giuridica ed economica dell'antitrust, con la quale sarebbe comunque bene che la Corte familiarizzasse. I principi cui si fa riferimento sono infatti corretti ma solo preliminari per una completa valutazione, in termini di ragionevolezza e proporzionalità, in ordine agli effetti di una determinata misura sulla concorrenza effettiva, talvolta finendo per colpire, in nome di una generica tutela della concorrenza in termini di utilità sociale, misure che, quand'anche riducano per esempio la libertà di iniziativa economica del singolo, non risultano affatto anticoncorrenziali, visto che le ragioni poste alla base della concorrenza nel mercato sono differenti rispetto a quelle della concorrenza per il mercato; similmente, l'imposizione di determinati vincoli in un settore, pur riducendo il pluralismo, potrebbe essere finalizzata a portare maggiore innovazione ed efficienza, aumentando la competitività.²¹⁴

In definitiva sembra che, applicando la cultura antitrust, gli elementi per limitare la libertà di iniziativa economica del singolo non manchino, quand'anche ci si attendesse ad un'interpretazione di utilità sociale più "restrittiva" e connessa esclusivamente ad una dimensione economica.

Certo è che una tale visione, in cui la tutela della concorrenza viene ancorata all'utilità sociale di cui al co. 2 dell'art. 41, richiede una conoscenza più approfondita di cosa debba intendersi per "tutela della concorrenza", senza la quale si rischia la deriva opposta a quella perseguibile adottando una nozione troppo ampia di utilità sociale, ossia di tutelare l'iniziativa economica anche quando questa non risulti compatibile con un principio di concorrenza perseguito nei limiti del socialmente utile, fuoriuscendo da quella stessa dimensione collettiva che si vorrebbe attribuire all'iniziativa economica e facendo venir meno l'effettività del sindacato costituzionale.

Alla luce di tutto quanto sopra è evidente come l'intervento pubblico in economia sia fortemente mutato;²¹⁵ ma, accanto ai processi di liberalizzazione "economica", volti a favorire il dispiegarsi della relativa libertà di iniziativa, così da aprire il mercato interno e aumentare il benessere dei consumatori²¹⁶, si sono affiancati anche interventi

²¹³ La Corte Costituzionale fa per lo più riferimento ad una concezione, si potrebbe dire, "basica" di concorrenza che comprende a) interventi regolatori che a titolo principale incidono sulla concorrenza, quali le 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 e ne disciplinano le modalità di controllo ed eventualmente anche di sanzione; b) 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 e più in generale i vincoli alle modalità di esercizio delle attività economiche; cfr. CORTE COST., sent. n. 430 e 401 del 2007.

²¹⁴ Di questa idea è G. AMATO, *op. ult. cit., passim*.

²¹⁵ Si rinvia in generale a F. MERUSI, *Metamorfosi nell'intervento pubblico in economia. Dall'autorizzazione alla riserva di provvedimento inibitorio*, in *Dir. amm.*, 2015, 2-3, 579.

²¹⁶ Come noto, le più importanti liberalizzazioni – per impatto economico e sociale – sono state quelle che hanno riguardato le comunicazioni elettroniche, l'energia, il gas, i trasporti e le poste; queste

di liberalizzazione “giuridica” o “amministrativa”, perlopiù intesa come alleggerimento e semplificazione degli oneri presenti nella relazione tra privato e amministrazione.²¹⁷

Ciò ha determinato un arretramento della sfera pubblica in molti settori, una posticipazione dei poteri di controllo - il cui esercizio viene preferibilmente spostato ad un momento successivo all'avvio dell'attività e tendenzialmente associato a potestà di conformazione e repressione²¹⁸ - una notevole incisione sulla discrezionalità

politiche di liberalizzazione sono nate dalla spinta interpretativa che ha fornito la Corte di Giustizia dell'art. 86, co. 2, TCE, ora art. 106, co. 2, TUE, perseguendo l'obiettivo di instaurare un mercato concorrenziale, con una pluralità di operatori, pubblici e privati, laddove prima vigeva un monopolio legale; sulla questione, analizzata in particolare per le implicazioni in ordine al concetto di servizio pubblico, si vedano S. CASSESE, *La trasformazione dei servizi pubblici in Italia*, in *Econ. pubbl.*, 1996, 5; D. SORACE, *Servizi pubblici e servizi (economici) di pubblica utilità*, in *Dir. pubbl.*, 1999, 371; F. MERUSI, *La nuova disciplina dei servizi pubblici*, in AIPDA, *Annuario*, 2001, Milano, 2002, 63; M. CLARICH, *Servizi pubblici e diritto europeo della concorrenza: l'esperienza italiana e tedesca a confronto*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2003, 91; G. NAPOLITANO, *Regole e mercato nei servizi pubblici*, Bologna, 2005; E. BRUTI LIBERATI, *La regolazione pro-concorrenziale dei servizi pubblici a rete*, Milano, 2006. Su come le politiche di liberalizzazione e semplificazione si intreccino in un difficile rapporto con il “social welfare” si veda F. CORTESE, *Social Welfare: la difficoltà di liberalizzare e di semplificare*, in *Dir. econ.*, 2014, 457; R. BIN, *I diritti di chi non consuma*, in *www.forumcostituzionale.it*, 2007.

²¹⁷ Con liberalizzazione amministrativa può intendersi l'«attenuazione dei vincoli pubblici quanto alla formazione del titolo giuridico in forza del quale il privato può lecitamente agire», così F. FRACCHIA, voce *Autorizzazioni amministrative*, in S. CASSESE (diretto da), *Dizionario, op. cit.*, cit., 601 ss. Si veda anche M. RAMAJOLI, *Liberalizzazioni: una lettura giuridica*, in F. MANGANARO, A. ROMANO TASSONE, F. SAIITA (a cura di), *Liberalizzare o regolamentare: il diritto amministrativo di fronte alla crisi*, Atti del XVII convegno di Copanello, 29-30 giugno 2012, Milano, 2013, cit., 3, che sottolinea come «la liberalizzazione è prima di tutto una nozione di politica economica: gli specifici strumenti giuridici di liberalizzazione introdotti in un ordinamento risentono di una precisa concezione circa il valore della libertà di mercato per la crescita economica. In base a questa concezione il presupposto da cui parte la liberalizzazione è che la disciplina di diritto amministrativo sia un fattore impeditivo della crescita economica. Da questo punto di vista lo strumento giuridico di liberalizzazione ha una valenza puramente negativa. Le previsioni di liberalizzazione sono norme abrogatrici di norme preesistenti, perché le disposizioni che pongono limiti alla libertà economica devono essere eliminate».

Più in generale, sul fatto che negli ultimi vent'anni le modalità di intervento dello Stato nell'economia sono state caratterizzate proprio dall'adozione di politiche di liberalizzazione tese ad una progressiva apertura alla concorrenza nonché a ridurre il condizionamento pubblico sullo svolgimento delle attività economiche, si vedano A. TRAVI, *La liberalizzazione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1998, 3, 645; G. CORSO, *Liberalizzazione amministrativa ed economica*, in S. CASSESE (diretto da), *Dizionario di diritto pubblico*, IV, Milano, 2006, 2492; E. STICCHI DAMIANI (a cura di), *Studi in tema di liberalizzazioni. Riflessi giuridici dell'evoluzione della disciplina*, Torino, 2008; E. BOSCOLO, *La liberalizzazione delle attività economiche e la riduzione dei compliance cost: la difficile strada verso la giusta misura delle procedure di controllo*, in *Urb. e app.*, 2012, 506; F. SATTA, *Liberalizzazione e semplificare*, in *Dir. amm.*, 2012, 177; M. CONTICELLI, *Liberalizzazioni e attività economiche private*, in F. MANGANARO, A. ROMANO TASSONE, F. SAIITA (a cura di), *Liberalizzare o regolamentare: il diritto amministrativo di fronte alla crisi*, Atti del XVII convegno di Copanello, 29-30 giugno 2012, Milano, 2013, 121.

²¹⁸ Tra gli interventi normativi che si sono susseguiti in quest'ottica di rinuncia della regolazione dell'attività economica da parte dello Stato, optando piuttosto per un sistema di verifiche *ex post* di compatibilità con gli interessi pubblici, ci si limita a citare, senza soffermarvisi, il d.l. 6 luglio 2011, n. 98; l'art. 34, d.l. 6 dicembre 2011, n. 201 (sulla liberalizzazione delle attività economiche ed eliminazione dei controlli *ex ante*); l'art. 1, d.l. n. 1/2012 (cd. Decreto Cresci Italia), sul quale si vedano C. E. GALLO, *Leggi di liberalizzazione e potere della pubblica amministrazione*, in *giustamm.it*, 2012, spec. 10; E. BOSCOLO, *Il decreto-legge liberalizzazioni*, in *Urb. e app.*, 2012, 501; il d.l. 9 febbraio 2012, n. 5

dell'amministrazione²¹⁹, in quanto si è reso sempre più rilevante e financo intrinseco all'esercizio di qualsivoglia libertà il bisogno di prevedibilità in ordine all'esercizio del potere²²⁰.

Nell'ambito di questo generale esercizio di politica normativa tanto economica quanto amministrativa, si devono ricordare quei meccanismi di semplificazione/liberalizzazione procedimentale²²¹ che, già dalla fine degli anni

(«Disposizioni urgenti in materia di semplificazione e di sviluppo»), su cui in dottrina si vedano M. CLARICH, *Il decreto «Semplifica Italia»*, in *Giorn. dir. amm.*, 2012, 7, 691; B. CAROTTI, *La semplificazione per le imprese*, *ivi*, 2012, 8, 702; F. DI LASCIO, *Il «decreto Salva Italia»*, *ivi*, 2012, 2, 229; G. FONDERICO, *La manovra di agosto*, *ivi*, 2012, 1, 11; G. VESPERINI, *La fatica di semplificare*, *ivi*, 2013, 3, 345; A. BARTOLINI, *Il decreto-legge semplificazioni. Semplificazioni in materia di autorizzazioni per l'esercizio di attività economiche*, in *Urb. app.*, 2012, 623.

²¹⁹ Sul punto si rinvia al contributo di G. TROPEA, *La discrezionalità amministrativa tra semplificazioni e liberalizzazioni, anche alla luce della legge n. 124/2015*, in *Dir. amm.*, 1-2, 2016, 121.

²²⁰ Così S. TORRICELLI, *Libertà economiche europee e regime del provvedimento amministrativo nazionale*, Rimini, 2013, 28. Per una correlazione tra semplificazione e modificazione o riduzione dei poteri valutativi dell'amministrazione si veda F. D'ANGELO, *Considerazioni in tema di liberalizzazioni delle attività produttive e potere amministrativo*, in *Dir. amm.*, 2014, 807 e spec. 825; S. PELLIZZARI, *Make it better and simpler. Semplificazione amministrativa e principio di semplicità dell'azione dei pubblici poteri nell'ambito dell'ordinamento dell'Unione Europea*, in *Dir. pubbl.*, 2012, 265, e spec. 293, laddove si mette in evidenza come la giurisprudenza comunitaria abbia inteso la semplificazione procedimentale come principio di limitazione del potere discrezionale amministrativo per garantire l'esercizio della libera circolazione e delle dinamiche concorrenziali.

²²¹ Sulla semplificazione in generale, tanto normativa quanto procedimentale, anche in chiave critica, si vedano, tra gli altri, S. CASSESE, *La semplificazione amministrativa e l'orologio di Taylor*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1998, 699; L. TORCHIA, *Tendenze recenti sulla semplificazione amministrativa*, in *Dir. amm.*, 1998, 404; G. VESPERINI, *La semplificazione dei procedimenti amministrativi*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1998, 655; M. CARTABIA, *Semplificazione amministrativa, riordino normativo e delegificazione nella "legge annuale di semplificazione"*, in *Dir. pubbl.*, 2000, 392; V. CERULLI IRELLI – F. LUCIANI, *La semplificazione dell'azione amministrativa*, in *Dir. amm.*, 2000, 627; R. FERRARA, *Procedimento amministrativo, semplificazione e realizzazione del risultato: dalla «libertà dall'amministrazione» alla libertà dell'amministrazione?*, in *Dir. soc.*, 2000, 101; A. NATALINI, *Le semplificazioni amministrative*, Bologna, 2002; ID., *I limiti della semplificazione*, in *Le Istituzioni del federalismo*, 1, 2003, 69; M. A. SANDULLI (a cura di), *Codificazione, semplificazione e qualità delle regole*, Milano, 2005; S. AMOROSINO, *Achille e la tartaruga. Semplificazione e competitività del sistema Italia*, Milano, 2006; M. P. CHITI, *Semplificazione delle regole e semplificazione dei procedimenti: alleati o avversari?*, in *Foro amm. CdS*, 2006, 1057; T. BONETTI, *Semplificazione amministrativa e competitività del sistema paese*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2008, 173; M. CAMMELLI, *La semplificazione tra riforme istituzionali e reingegnerizzazione delle istituzioni*, in G. SCIULLO (a cura di), *La semplificazione nelle leggi e nell'amministrazione. Una nuova stagione*, Bologna, 2008, 200; B. G. MATTARELLA, *Le leggi di semplificazione e la qualità della regolazione*, *ivi*, 21; F. MERUSI, *La semplificazione: problema legislativo o amministrativo?*, in *Nuove autonomie*, 2008, 335; L. VANDELLI, *Tendenze e difficoltà della semplificazione amministrativa*, *ivi*, 2008, 417; M. A. SANDULLI, *La semplificazione dell'azione amministrativa: considerazioni generali*, *ivi*, 2008, 3-4, 405; ID., *Il procedimento amministrativo e la semplificazione*, Report annuale 2013, in www.ius-publicum.com; E. CAVALIERI – L. TORCHIA, *Processi di semplificazione normativa*, Report annuale 2012, *ivi*; F. DI LASCIO, *La semplificazione amministrativa e le misure di riduzione degli oneri*, in *Giorn. dir. amm.*, 3, 2012, 242; R. OCCHILUPO, *La riduzione di tempi e costi di avvio dell'attività amministrativa di impresa in Italia. Ancora (vani) tentativi di riforma*, in *Mercato, concorrenza, regole*, 2012, n. 39; C. PINELLI, *Liberalizzazione delle attività produttive e semplificazione amministrativa. Possibilità e limiti di un approccio giuridico*, in *Dir. amm.*, 2014, 355; N. RANGONE, *Semplificazione amministrativa*, in *Enc. giur.*, Roma, 2014, *ad vocem*; ID., *La semplificazione delle regole e delle procedure amministrative*, in www.treccani.it; M. BOMBARDELLI, *Semplificazione normativa e complessità del diritto amministrativo*, in *Dir. pubbl.*, 2015, 987; A. TRAVI, *La semplificazione amministrativa come strumento per far fronte alla crisi economica*, in *Giustamm.it*, 5, 2016. Sul fatto che la nozione di

Novanta, hanno cercato di agevolare il privato nei rapporti con la Pubblica Amministrazione e di riorganizzare le procedure di avvio e di svolgimento delle attività private in numerosi settori.²²²

Il riferimento è in particolare agli istituti della segnalazione certificata di inizio attività *ex art.* 19, lg. n. 241 del 1990 che, per provvedimenti vincolati e non contingentati, segna il passaggio da un procedimento ad iniziativa privata ad uno di verifica *ex post* ad iniziativa pubblica necessaria²²³ e del silenzio – assenso di cui al successivo art. 20, la cui operatività, in quanto regola generale per i procedimenti ad iniziativa di parte nel cui ambito applicativo rientrano, peraltro, anche i provvedimenti discrezionali, ha quale diretta conseguenza che, in caso di inerzia dell'amministrazione, possa non esser condotta alcuna valutazione in concreto sugli interessi pubblici coinvolti.²²⁴

semplificazione sia sfuggente in quanto fortemente variegata, R. FERRARA, *Introduzione al diritto amministrativo*, Roma-Bari, 2014, 149 ss. Sul fatto che gli interventi di riforma volti alla semplificazione e liberalizzazione amministrativa non abbiano avuto effetti soddisfacenti ma che in molti casi abbiano aumentato l'incertezza per le imprese, si veda, tra gli altri, anche già citati, G. FONDERICO, *Libertà economica e controlli amministrativi*, in *Giorn. dir. amm.*, 2012, 1, 18.

Tra gli strumenti volti a risolvere le complessità organizzative e valutative in ambito procedimentale si può qui ricordare la conferenza di servizi, da ultimo riformata con il d.lgs. 30 giugno 2016, n. 127 e il d.lgs. 17 giugno 2017, n. 104, sulla quale si rinvia, *ex multis*, a L. TORCHIA, *La conferenza di servizi e l'accordo di programma ovvero della difficile semplificazione*, in *Giorn. dir. amm.*, 1997, 675; F. G. SCOCA, *Analisi giuridica della conferenza di servizi*, in *Dir. amm.*, 1999, II, 255; D. D'ORSOGNA, *Conferenza di servizi e amministrazione della complessità*, Torino, 2002; M. A. QUAGLIA, *La conferenza di servizi come strumento di semplificazione e di coordinamento degli interessi nel procedimento amministrativo*, in *Quad. reg.*, 2006, 39; M. SANTINI, *La conferenza di servizi*, Roma, 2008; G. COCOZZA, *La decisione plurale in conferenza di servizi*, Napoli, 2012; L. DE LUCIA, *La conferenza di servizi nel decreto legislativo 30 giugno 2016, n. 127*, in *Riv. giur. urb.*, 2016, 12; e la cosiddetta autorizzazione unica, introdotta per determinate attività di rilievo strategico, sulla quale si rinvia, per una riflessione su autorizzazione unica e semplificazione, a C. VIVANI, *Alla ricerca della semplificazione nei processi autorizzati: brevi spunti sulle autorizzazioni "uniche" e sulle conferenze di servizi decisorie*, in *Il dir. dell'ec.*, vol. 26, n. 81, 2-2013, 573.

²²² Tra gli interventi normativi si segnala il D.P.R. 7 settembre 2010, n. 160, da ultimo modificato con d.lgs. 30 giugno 2016, n. 127, con cui si sono previsti due modelli di procedimento unico, uno automatizzato, percorribile nel caso in cui ci si possa avvalere del meccanismo della SCIA e l'altro ordinario, durante il quale l'amministrazione può ricorrere all'istituto della conferenza di servizi. Il provvedimento finale è titolo unico per l'avvio e lo svolgimento dell'attività produttiva. La riforma ha introdotto, peraltro, anche le agenzie per le imprese, soggetti privati accreditati dal Ministero che svolgono, sotto la sua vigilanza, «funzioni di natura istruttoria e di asseverazione nei procedimenti concernenti l'accertamento dei requisiti e dei presupposti di legge per la realizzazione, la trasformazione, il trasferimento e la cessazione delle attività di produzione di beni e servizi da esercitare in forma di impresa».

²²³ In questi termini F. G. SCOCA - M. D'ORSOGNA, *Silenzio, clamori di novità*, in *Dir. proc. amm.*, 1995, 393.

²²⁴ Sul regime di cui agli artt. 19 e 20 della lg. 241/1990 si vedano, *ex multis*, M. SCHINAIA, *Notazioni sulla nuova legge sul procedimento amministrativo con riferimento alla deregulation delle attività soggette a provvedimenti autorizzatori ed all'inerzia dell'amministrazione*, in *Dir. proc. amm.*, 1991, 184; V. CERULLI IRELLI, *Modelli procedurali alternativi in tema di autorizzazioni*, in *Dir. amm.*, 1993, 55; G. DE MINICO, *Note sugli artt. 19 e 20 della legge n. 241/90*, *ibidem*, 267; A. ANDREANI, *Gli interessi pretensivi dinamici nel procedimento amministrativo*, *ibidem*, 327; A. PAJNO, *Gli artt. 19 e 20 della legge 241 prima e dopo la legge 24 dicembre 1993, n. 537, intrapresa dell'attività privata e silenzio dell'amministrazione*, in *Dir. proc. amm.*, 1994, 22. Più di recente, anche in chiave critica sull'effettiva semplificazione, Alb. ROMANO, *A proposito dei vigenti artt. 19 e 20*

Il regime degli istituti in questione, oggetto di numerose modifiche nel tempo²²⁵, ha fatto venir meno la necessità di un previo consenso pubblicistico a fronte di attività, ad iniziativa privata, che sono il riflesso di riconosciute situazioni di vantaggio quali, *in primis*, la libertà di iniziativa economica. Il controllo pubblicistico non viene quindi eliminato ma muta fisionomia, il che, peraltro, sembra avvalorare la tesi della preesistenza della situazione di vantaggio nell'ambito della sfera giuridica del privato²²⁶.

della L. 241 del 1990: *divagazioni sull'autonomia dell'amministrazione*, in *Dir. amm.*, 2, 2006, 489; B. G. MATTARELLA, *La Scia, ovvero dell'ostinazione del legislatore pigro*, in *Giorn. dir. amm.*, 2010, 1328; N. PAOLANTONIO – W. GIULIETTI, *La segnalazione certificata di inizio attività*, in M. A. SANDULLI (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, Milano, 2011, 752; E. SCOTTI, *Silenziò-assenso e discrezionalità tra legalità e autonomia: la lezione istituzionale*, in *Studi in onore di Alberto Romano*, II, Napoli, 2011, 943; R. FERRARA, *La segnalazione certificata di inizio attività e la tutela del terzo: il punto di vista del giudice amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, 193; C. LAMBERTI, *La Scia fra semplificazione e liberalizzazione*, in *Urb. e app.*, 2013, 11. Per un'analisi della più recente riforma c.d. Madia, lg. n. 124/2015, in riferimento ai regimi amministrativi della attività private diversi dal provvedimento si veda P. M. VIPIANA, *L'attività amministrativa ed i regimi amministrativi delle attività private*, Padova, 2017. Per entrambi gli istituti occorre comunque sottolineare che rilevante è il numero di materie e conseguentemente di procedimenti sottratti alla loro applicazione; trattasi in particolare di ambiti in cui sono coinvolti interessi sensibili, come la tutela della salute, dell'ambiente, del paesaggio, in relazione ai quali si ritiene comunque necessario un provvedimento espresso. Peraltro, importanti sono i poteri pubblici di autotutela cui il privato, anche nel caso di Scia o di silenzio, resta assoggettato.

²²⁵ Da ultimo con la cosiddetta riforma Madia di cui alla l. n. 124/2015; si veda in specie l'art. 5 che delega il governo alla «precisa individuazione dei procedimenti oggetto di segnalazione certificata di inizio attività o di silenzio assenso [...] nonché di quelli per i quali è necessaria l'autorizzazione espressa e di quelli per i quali è sufficiente una comunicazione preventiva» e dal quale sembra emergere un'idea di fondo: «la semplificazione dei procedimenti amministrativi ha maggiori possibilità di successo se si riduce la discrezionalità dell'amministrazione nell'interpretare e nell'attuare le norme relative», così G. TROPEA, *La discrezionalità amministrativa tra semplificazioni e liberalizzazioni, anche alla luce della legge n. 124/2015*, *op. cit.*, cit., 144 ss. e dottrina ivi citata.

²²⁶ Sul punto è stato osservato che, per quanto gli istituti in questione non rilevino direttamente per la configurazione teorica dell'autorizzazione, tuttavia, incidendo su attività subordinate o precedentemente subordinate al rilascio di autorizzazioni, licenze, abilitazioni, nulla osta, permessi o altri atti di assenso comunque denominati, paiono confermare il meccanismo della preesistenza di una posizione giuridica soggettiva, tanto in relazione ai provvedimenti vincolati, atti permissivi meramente ricognitivi, quanto in relazione ai provvedimenti discrezionali per i quali, pur non essendo sostituiti dalla segnalazione del privato, si prevede il meccanismo del silenzio-assenso. Così F. FRACCHIA, *Autorizzazione amministrativa e situazioni giuridiche soggettive*, *op. cit.*, cit., 240, il quale, in specie, osserva che il risultato della “liberalizzazione” di cui all'art. 19 della lg. n. 241/1990, «non può prescindere dal presupposto della pertinenza alla sfera giuridica del privato dell'attività liberalizzata», che costituisce esplicitazione di situazioni giuridiche soggettive: «poiché il privato può legittimamente iniziare l'attività anche in difetto di un intervento della pubblica amministrazione, deve ritenersi che tali situazioni di vantaggio sussistano indipendentemente da provvedimenti amministrativi». Lo stesso autore poi, in ID., voce *Autorizzazioni amministrative*, in S. Cassese (diretto da), *Dizionario*, *op. cit.*, 604, osserva come nella sfera di applicazione della disciplina in oggetto, rientrino anche le concessioni non costitutive e dunque, parrebbe, quelle traslative. Il dato letterale, confermando la distinzione teorica tra concessioni costitutive e traslative e assimilando il regime di quest'ultime a quello delle autorizzazioni, sembra avvalorare la crisi della distinzione tra autorizzazioni e concessioni da più parti evidenziata e fondata sulla preesistenza di una situazione di vantaggio a fronte di una costituzione *ex novo*. In effetti, la preesistenza di una situazione di vantaggio potrebbe individuarsi, in potenza, anche nelle concessioni traslative; si pensi per esempio allo svolgimento di un servizio pubblico in regime concessorio, in cui il concessionario è certamente dotato del potere di iniziativa economica. Così si è

L'esperienza, peraltro, è comune anche all'ordinamento francese, in relazione al quale si possono ricordare, tra le varie misure adottate negli anni in materia di semplificazione, specie amministrativa, la circolare del Primo Ministro Juppé del 15 maggio 1996, «*relative à la mise en oeuvre du plan de réforme de l'État*», il cui obiettivo era la riduzione del numero di *autorisations*, la sostituzione del regime autorizzatorio con quello delle *déclarations préalables*, l'estensione del principio dell'*accord implicite* in caso di inerzia dell'amministrazione, secondo la prospettiva adottata nel precedente Rapport Picq del 1994 che proponeva di considerare tutte le domande di autorizzazione, non a carattere finanziario, come accettate, in assenza di un rifiuto esplicito opposto entro due mesi. A seguire la legge 12 aprile 2000, n. 2000-321, «*relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations*» che, in verità, confermò la regola generale del silenzio-rigetto ai fini del ricorso al giudice, nonostante il riconoscimento di numerose ipotesi in cui si prevedeva invece la formazione, in caso di inerzia dell'amministrazione, di autorizzazioni tacite in cui il silenzio equivaleva ad una decisione favorevole, in un'ottica di accelerazione procedimentale.

Successivamente, con la legge 12 novembre 2013, n. 2013-1005, si ribaltò la prospettiva precedente, secondo la quale il silenzio dell'amministrazione valeva rigetto dell'istanza, introducendo per contro il principio generale per cui «*le silence gardé pendant deux mois par l'autorité administrative vaut acceptation*», a cui vennero tuttavia associate, anche in questo caso, numerose deroghe, previste non solo dalla legge stessa ma anche e soprattutto da numerosi successivi decreti governativi.²²⁷

Da ultimo, la legge del 12 novembre 2014, ha rafforzato il principio del «*silence vaut accord*» in caso di inerzia dell'amministrazione sull'istanza del privato, oggi codificato all'art. L 231-1 del *Code des relations entre le public et l'administration*, secondo il quale i privati e le imprese sono implicitamente autorizzati ad agire e le amministrazioni (*État*,

tentato di ricercare un diverso profilo di distinzione, facendo perno sul soggetto dal quale proviene l'iniziativa: nell'autorizzazione l'iniziativa sarebbe "geneticamente" del privato, mentre nel regime concessorio l'iniziativa sarebbe comunque pubblica – non tanto in termini procedurali quanto in termini di definizione dell'offerta, nella quale il privato subentra - e ciò renderebbe più pregnante il consenso dell'amministrazione, chiamata a valutare se "ammettere" il privato a svolgere una determinata attività a seconda che l'amministrazione stessa si ritenga o meno in grado di raggiungere il risultato prefissato con la propria sola presenza nel mercato. In sostanza, differente sarebbe la pregnanza del consenso autorizzatorio rispetto a quello concessorio: in assenza del primo regime il privato sarebbe comunque libero di svolgere l'attività, mentre in assenza del secondo no, in quanto di pertinenza della P.A.

²²⁷ Sul punto si vedano, per un inquadramento precedente alle più recenti riforme, C. BROYELLE, *Le silence de l'administration en droit administratif français*, in V. PARISIO (a cura di), *Silenzio e procedimento amministrativo in Europa: una comparazione tra diverse esperienze*, Milano, 2006, 3. Più di recente invece O. BEN ATTAR, *Entrée en vigueur du nouveau principe «silence vaut acceptation»*, in *Civitas europa*, 2014/2, n. 33, 247; M. DEGUERGUE, *Le silence de l'Administration en droit administratif français*, in *Les Chaiers de droit*, vol. 56, n. 3-4, 2015, 389; M. A. LATOURNERIE, *La portée juridique du silence de l'administration en droit français*, in *comitasgentium.com*, 25 marzo 2015; A. RAMEL – E. HUMBERT, *L'application du principe du silence de l'administration valant accord*, in *Le Courrier des maires*, n. 298, 2016, 33.

établissements publics, collectivités territoriales, organismes de sécurité sociale, organismes chargés d'une mission de service public) non possono più evocare un rifiuto a posteriori.

Le numerose eccezioni conducono comunque a ritenere che l'impatto di questa disciplina sia più limitato di quanto possa sembrare. Il silenzio, infatti, continua ad aver valore di *rejet* allorché: la domanda non è volta all'adozione di una *décision individuelle*, nel caso in cui la domanda «*ne s'inscrit pas dans une procédure prévue par un texte législatif ou réglementaire ou présente le caractère d'une réclamation ou d'un recours administratif*», presenta un carattere finanziario (salvo alcuni casi espressamente previsti in materia di sicurezza sociale), nelle relazioni «*entre les autorités administratives et leurs agents*» e infine nei casi, «*précisés par décret en Conseil d'Etat, où une acceptation implicite ne serait pas compatible avec le respect des engagements internationaux et européens de la France, la protection de la sécurité nationale, la protection des libertés et des principes à valeur constitutionnelle et la sauvegarde de l'ordre public*»; ulteriori deroghe al principio possono poi essere previste con riguardo all'oggetto della *décision* o per motivi di *bonne administration*, tramite *décret en Conseil d'Etat et en conseil des ministres* (si vedano artt. L231-4 e L231-5 del *Code des relations entre le public et l'administration* sulle *exceptions à la règle du silence valant acceptation*).

Il termine, generalmente di due mesi, decorso il quale il silenzio acquisisce valore di *décision implicite d'acceptation* decorre dalla data di ricezione della domanda da parte dell'amministrazione competente. L'amministrazione può *abroger* o *retirer* una decisione implicita d'accettazione di sua iniziativa o su domanda di un terzo solo se la decisione è illegale e non siano decorsi quattro mesi dal formarsi della decisione stessa (artt. L242-1 e L242-2 sulle modalità di *retrait ou d'abrogation d'une décision d'acceptation*). In materia urbanistica, oggi consacrato all'art. R. 421-1 del *Code de l'Urbanisme*, che lo definisce una *décision tacite*.²²⁸

In conclusione, se si guarda al diritto amministrativo, anche europeo, si può notare come la tendenza sia quella di garantire posizioni giuridiche soggettive sempre meno suscettibili di degradazione per effetto dei pubblici poteri, i quali rivestono un ruolo ricognitivo e, al più, conformativo, e non costitutivo o attributivo di una posizione giuridica.

Le conseguenze sembrano essere un ridimensionamento della centralità e funzionalità del provvedimento quale effettivo mediatore nel rapporto tra amministrazione e privato, nonché la notevole riduzione di discrezionalità amministrativa laddove i tradizionali provvedimenti autorizzatori e concessori

²²⁸ Per un'analisi comparata si vedano F. SARPI, *La crociata contro gli oneri amministrativi. Attori, processi, tecniche e risultati della misurazione degli oneri amministrativi in alcuni Paesi europei: un'analisi comparata*, in A. NATALINI – G. TIBERI (a cura di), *La tela di Penelope. Primo Rapporto Astrid sulla semplificazione legislativa burocratica*, Bologna, 2010, 333; S. PELLIZZARI, *Make it better and simpler. Semplificazione amministrativa e principio di semplicità dell'azione dei pubblici poteri nell'ambito dell'ordinamento dell'Unione europea*, in *Dir. pubbl.*, 2012, 265. Sul tema della semplificazione in generale si rinvia a J. PISSALOUX – M. FRANGI, *La simplification normative et administrative. État des lieux, enjeux et perspectives*, Fondation Varenne, Institut francophone pour la justice et la démocratie, 2020.

tendono ad assumere un carattere di mera verifica, limitandosi a vagliare l'effettiva sussistenza di requisiti e presupposti, perlopiù predeterminati dalla legge, per l'avvio dell'attività.²²⁹

Ciò si crede non comporti la scomparsa del potere amministrativo quanto piuttosto la rivisitazione dei suoi caratteri fondamentali, accanto al riemergere della funzione pubblica, da perseguire preferibilmente tramite modelli consensuali o paritari, laddove e fin dove possibile.

Da queste fondamentali premesse può aprirsi il tema della trasferibilità del provvedimento amministrativo, ossia dell'ammissibilità di una modificazione soggettiva nel rapporto giuspubblicistico, anche al di là dei casi in cui il trasferimento sia espressamente previsto per legge, in ragione del subentro, da parte dell'avente causa o erede, in quella posizione giudica soggettiva che lo legittima a continuare concretamente lo svolgimento dell'attività oggetto dell'originario provvedimento.

²²⁹ Si veda G. DI GASPARÉ, *Il potere nel diritto pubblico*, Padova, 1992, cit., 417 ss., che osservava come «l'opponibilità degli interessi pubblici all'esercizio dell'iniziativa economica privata tende [...] ad essere circoscritta alla tutela di quegli interessi fondamentali costituiti dalla sicurezza e dalla salute della persona umana, delle sue libertà e dalla salvaguardia dell'ambiente in cui essa vive. Le forme di questa tutela vengono però sottratte a valutazioni discrezionali dell'amministrazione. Lo sviluppo delle normazioni tecniche, di standardizzazione e di conformazione dei beni e dei servizi nonché della loro modalità di produzione e di utilizzazione, traducono questa tutela a favore dei cittadini, del consumatore e dell'ambiente in norme e prescrizioni direttamente ed immediatamente vigenti nei confronti degli operatori economici, i quali possono e devono conformarsi senza, a questo punto, la superflua interposizione del provvedimento amministrativo. Se si assume questo punto di vista, tutte le tradizionali funzioni conformative dell'impresa, dell'attività imprenditoriale e di utilizzazione economica dei beni possono essere ricondotte a questo schema logico-giuridico che consente l'eliminazione ex ante del provvedimento e lascia, semmai, all'autorità amministrativa funzioni di accertamento successivo per assicurare l'effettiva conformazione alle regole».

CAPITOLO SECONDO

IL TRASFERIMENTO DEL PROVVEDIMENTO AMMINISTRATIVO E LA SUA CENTRALITÀ NELLA VICENDA SUCCESSORIA

1. *La considerazione unitaria della trasferibilità nel suo aspetto pubblicistico e privatistico*

Le ricostruzioni sin qui esposte dei principali temi che costituiscono il sostrato della più specifica questione oggetto di trattazione fanno emergere l'inevitabile fragilità che caratterizzerebbe la ricerca di una risposta univoca al problema, stante la complessità delle esigenze e le conseguenti svariate modulazioni che i provvedimenti ampliativi possono assumere, non solo per via delle differenze teorico-concettuali individuabili per ciascun tipo di atto ma anche per le particolarità che, nella realtà giuridica del singolo caso concreto, delineano il rapporto giuspubblicistico.

A fronte della riconosciuta inopportunità di enunciare una soluzione unitaria, l'elemento che più caratterizza la presente ricerca è dato dal tentativo di affrontare la trattazione del tema, anche nell'approfondimento dei più specifici casi di trasferibilità, ponendosi in una prospettiva, si potrebbe dire, mediana, ossia che tenga conto delle esigenze provenienti tanto dalla sfera pubblica quanto da quella privata, pur affrontando la materia da un punto di vista strettamente pubblicistico.¹

Come accennato in premessa al presente lavoro, il tema della trasferibilità del provvedimento ampliativo rileva sia in una prospettiva giuspubblicistica, per quel che attiene la possibilità di modifiche soggettive nel rapporto intercorrente tra amministrazione e privato beneficiario, sia in una prospettiva privatistica, in caso di volontaria o necessaria successione, *inter vivos* o *mortis causa*, nel complesso giuridico-economico cui il provvedimento inerisce.

Entrambi gli aspetti possono essere singolarmente considerati per pronunciarsi, a seconda, a favore o contro la trasferibilità del provvedimento ma si ritiene che, nel suo complesso, la tematica possa offrire maggiori risvolti di interesse se le esigenze sottese alle due prospettive vengono prese in considerazione unitariamente, enfatizzandone la connessione e non la contrapposizione.

Il solo inquadramento pubblicistico, infatti, tende ad affrontare il tema della modificabilità soggettiva dei rapporti da un punto di vista strettamente formale, che non sembra prendere sufficientemente in considerazione il fatto che sia la vicenda successoria privatistica a costituire la causa scatenante della vicenda pubblicistica, dovendosi ritenere che le ragioni sottese alla prima non siano da sottovalutare per il

¹ Cfr. C. DAL PIAZ, *op. cit.*, 93-98. Questa prospettiva, di incontro tra esigenze pubblicistiche e privatistiche, è proprio quella che ha adottato il citato Autore nel suo studio in materia di trasferibilità delle autorizzazioni e concessioni amministrative che, anche al di là delle più puntali citazioni e delle necessarie attualizzazioni, rappresenta generale fonte di ispirazione e guida per le riflessioni che seguono.

solo fatto che alla base del trasferimento provvedimentoale potrebbero esservi fini speculativi: certo questi vanno debitamente considerati, ma inquadrati come “patologia” eventuale della vicenda modificativa e non come sua ordinaria forza motrice.

Viceversa, il solo inquadramento privatistico tende a far riferimento alla volontà o aspirazione di cessione del provvedimento tra privati al pari di un qualsiasi altro bene aziendale, senza considerare le possibili implicazioni nella sfera pubblicistica.

In verità, sul piano civilistico, non sembrerebbe particolarmente impervio qualificare il provvedimento come bene aziendale, stante l'accresciuta tendenza a ricomprendere nella categoria dei beni giuridici tutte quelle “cose”, anche non materiali, idonee a «formare oggetto di diritti in funzione della loro utilità a soddisfare gli interessi della persona per mezzo di un comportamento umano».²

In ogni caso, sostenere la trasferibilità del provvedimento da questa sola prospettiva, pur percorribile a livello teorico, rischia di condurre ad una concezione del titolo amministrativo quale bene autonomamente circolante, passibile di una “mercificazione” riconducibile alla sola volontà del privato che, nella maggior parte dei casi, appare inammissibile in ragione delle logiche sottese alle funzioni svolte dall'intermediazione provvedimentoale.

Per quanto, infatti, una soluzione di libera e indipendente circolazione potrebbe risultare la preferibile per i soli interessi privati, essa comporterebbe un radicale sacrificio delle esigenze pubblicistiche poste alla base del rilascio di un provvedimento ampliativo e dunque, a meno di ritenere ormai priva di fondamento l'interposizione della Pubblica Amministrazione per l'esercizio di determinate attività, appare inadeguata o comunque non soddisfacente da un punto di vista pubblicistico.

Perciò, la lettura più opportuna per una trattazione in materia sembra quella che cerchi di tener in debito conto entrambe le prospettive.

Per un verso si ritiene che la successione in un complesso giuridico-economico sia priva di senso se non accompagnata da una parallela vicenda successoria nel rapporto giuspubblicistico, tale da far conseguire all'avente causa o all'erede il titolo necessario a realizzare o a portare avanti lo scopo e dunque l'attività cui il complesso giuridico-economico in questione è preordinato e a tal fine organizzato, così ponendosi il problema del trasferimento sotto il profilo della possibilità pratica e giuridica, per l'avente causa o per l'erede, di ottenere la titolarità dell'autorizzazione o concessione.

Certo nella pratica, come detto, potrebbero verificarsi fenomeni di speculazione in cui il motivo determinante che muove il privato a richiedere il provvedimento sia il ricavarne un lucro trasferendolo a terzi, così invertendo il rapporto tra la normalità del rilascio del provvedimento per esercitare una certa attività e l'eccezionalità

² Così V. GIOMI, *Mercati in attesa del mercato. La trasferibilità del provvedimento amministrativo tra ragioni pubbliche e dinamiche private*, op. cit., cit., 35 e dottrina privatistica ivi citata.

dell'eventuale trasferimento.³ Tuttavia, al di là di ipotesi estreme, se pur da non sottovalutare, evidente è l'interesse pratico del beneficiario di un provvedimento a che sia configurabile una possibilità di trasferimento alla luce, oltre che di ragioni personali o impedimenti esterni, delle crescenti esigenze di ristrutturazione aziendale che le dinamiche del sistema economico impongono spesso di adottare con celerità.

Per altro verso, si deve sottolineare come, ignorare i volontari o necessari mutamenti soggettivi nella titolarità di un complesso giuridico-economico o risolvere la questione della trasferibilità sulla base di rilievi puramente formali (di cui si dirà), ancorati a schemi concettuali validi ma poco sensibili alle esigenze pratiche attuali, nonché poco rispondenti al mutato ruolo del provvedimento nella realtà socio-economica e, più in generale, alle evoluzioni del diritto amministrativo in vari campi, tra cui quello delle tutele in ambito giudiziale, connesse alla sempre maggior complessità delle posizioni giuridiche soggettive riconosciute in capo al singolo, rischi di essere un atteggiamento lesivo di quelle stesse finalità di interesse generale sottese all'attività di intermediazione della Pubblica Amministrazione.⁴

Ciò, a maggior ragione, se si considera che, in buona parte dei settori in cui le amministrazioni svolgono la loro attività autorizzatoria e concessoria operano realtà socio-economiche articolate, che richiedono un impiego di risorse quantitativamente e qualitativamente significativo, anche in considerazione della pluralità e delicatezza di interessi coinvolti e della quantità e tipologia di rapporti che, nel concreto esercizio dell'attività, si instaurano a cascata rispetto a quello tra amministrazione e privato beneficiario del provvedimento, con implicazioni che possono andare anche al di là della sola sfera giuridica e che, più o meno direttamente, riguardano gli interessi pubblici.

Siffatta prospettiva d'indagine, inevitabilmente, richiede di porsi in un'ottica che sia ispirata ad un principio di potenziale e possibile continuità dei rapporti anche sotto il profilo pubblicistico, pur nella consapevolezza che la questione del trasferimento di autorizzazioni e concessioni dall'originario titolare ad un altro soggetto, vitale ai fini di una completa elaborazione in materia di atti amministrativi⁵, presentandosi di frequente sul piano pratico, faccia emergere criticità che, nell'adottare soluzioni teorico-giuridiche improntate ad una visione di favore nei confronti della trasferibilità, non debbono essere sottovalutate.

Nell'ambito di questo favore per un'idea di continuità nelle vicende modificative che i rapporti in quanto tali possono vivere, occorre ribadire come il provvedimento

³ C. DAL PIAZ, *op. cit.*, 55.

⁴ Qui si rinvia in generale a M. CLARICH, *Giustizia amministrativa e processi economici*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1, 2020, 19, non per particolare coerenza di tematiche affrontate ma per condivisione delle riflessioni di ampio respiro ivi contenute sulle interdipendenze tra chiarezza legislativa, efficienza amministrativa, controllo giurisdizionale e necessità di integrare, in questo sistema, la complessità dei processi economici, in una generale ottica migliorativa dell'ordinamento e del suo funzionamento.

⁵ C. DAL PIAZ, *op. cit.*, 45 ss.

amministrativo (e prima ancora il procedimento) sia il terreno nel quale si modella il complesso rapporto giuridico tra pubblica amministrazione e privato, rapporto che con il provvedimento si formalizza e in esso, in un certo senso, si cristallizza, stanti i limitati margini ormai concessi all'autotutela decisoria, tali da rendere superate le più risalenti concezioni in tema di inesauribilità del potere.⁶

Il provvedimento, pertanto, conserva la sua centralità e, per quanto rispondente ad un paradigma normativo sempre più stringente e predeterminato, che consuma gli spazi di discrezionalità, è pur sempre rilasciato all'esito di un contesto procedimentale

⁶ Sul punto cfr. F. FRANCIOSI, *Riservizio del potere amministrativo e stabilità degli effetti giuridici*, in *federalismi.it*, 19 aprile 2017, n. 8, 2017, in particolare 16 ss., laddove si osserva: «è noto che la generalizzazione della strutturazione del procedimento in forma contenziosa o quasi contenziosa persegue, tra gli altri, anche il fine di comporre preventivamente il contrasto tra interesse pubblico e privato in modo da garantire la migliore stabilità possibile degli effetti della decisione finale. Acquisizione e valutazione degli interessi in gioco non sono più operate unilateralmente soltanto dalla pubblica amministrazione, ma al privato è riconosciuto il potere di introdurre nel procedimento le ragioni dell'interesse di cui si assume titolare o portatore e di imporne la considerazione all'amministrazione. Ciò ha come importante conseguenza il fatto che la determinazione assunta dall'amministrazione a conclusione del procedimento amministrativo si struttura ormai generalmente come decisione in senso proprio [...]. La conseguenza normalmente tratta dalla strutturazione del provvedimento come decisione, implicando la definizione contenziosa del conflitto tra interesse pubblico e privato nel concreto del caso di specie, è sempre stata quella di ritenere che la "decisione" consumasse il potere di provvedere. [...] L'affermazione che vi sia consumazione di potere se il provvedimento si struttura come decisione è incompatibile con quella secondo la quale l'autotutela decisoria sarebbe espressione di un potere inesauribile ed immanente». Il discorso prosegue con specifico riferimento ai "nuovi" moduli dell'azione amministrativa (SCIA, silenzio-assenso, conferenza di servizi, accordi con i privati) in relazione ai quali l'Autore verifica come l'autotutela decisoria, concepita quale espressione di un generale potere di tornare unilateralmente sulle proprie decisioni, risulti inadeguata e ingiustificata, stante il fatto che le decisioni o sono prese in maniera non unilaterale o non sono prese affatto. In questo contesto la riforma c.d. Madia (L. n. 124 del 2015), intervenendo sugli istituti della revoca e, in specie, dell'annullamento d'ufficio, ha favorito l'esigenza di certezza e stabilità dei rapporti giuridici, rispetto alla quale diventa recessiva financo la necessità di assicurare la legittimità degli atti. Per tale ragione continuare a spiegare l'autotutela decisoria come potere generale, immanente ed inesauribile, appare anacronistico rispetto all'attuale contesto normativo in materia procedimentale, in quanto il potere di autotutela è oggi spendibile unicamente nelle forme, modi e termini in cui il legislatore lo consente e, specie per i confini temporali entro i quali è esercitabile, si inserisce in un quadro improntato a dettare «*limiti al potere pubblico nell'interesse dei cittadini, al fine di consolidare le situazioni soggettive dei privati*», rendendo «*immodificabile l'assetto (provvedimentale – documentale – fattuale) che si è consolidato nel tempo*» e che fa prevalere l'affidamento (qui l'A. – p. 24 ss. – cita a sua volta il Parere del Consiglio di Stato, Commissione speciale, n. 839/2016, sullo schema di decreto delegato in materia di SCIA presentato in attuazione della Riforma Madia). L'A. conclude ritenendo che la stabilizzazione delle decisioni amministrative con riferimento al potere di autotutela, quand'anche frutto di politiche o culture neo liberiste, non rappresenti un male, perché, come sottolineato, la decisione amministrativa avviene alla luce dell'osservanza del principio del giusto procedimento e la strutturazione contenziosa dello stesso ha senso se finalizzata a garantire anche la stabilizzazione degli effetti della decisione finale; inoltre, la limitazione del potere di autotutela, «non implica l'assoluta impossibilità dell'amministrazione di controllare lo svolgersi dei rapporti amministrativi se ed in quanto siano attribuiti poteri specifici di vigilanza e sanzionatori» (cit., 30). Il problema di fondo, in questo contesto, non è che l'imperatività amministrativa venga ricondotta ad una più stretta osservanza del principio di legalità con limitazione del potere di autotutela, quanto piuttosto la dequotazione dei valori di certezza e stabilità del paradigma normativo e dunque l'offuscamento di quelle norme che devono regolare l'esercizio del potere amministrativo, chiarendo modalità e limiti di protezione degli interessi.

che, a maggior ragione perchè concepito in ottica partecipativa e non più unilaterale e imperativa, denota il suo essere calibrato sul caso di specie, ossia su quell'articolazione di soggetti, interessi e beni di cui il provvedimento deve tener conto.

Questa è la ragione per cui oggetto del trasferimento non può essere l'atto amministrativo in quanto tale, non trattandosi di un elemento a sé stante rispetto alla complessa situazione di diritto e di fatto che grazie ad esso si sviluppa e che da esso in gran parte dipende, non conservando un "senso" giuridico al di fuori della situazione stessa. Contrariamente ragionando si concepirebbero autorizzazioni e concessioni come beni non solo e non tanto liberamente commerciabili quanto piuttosto liberamente interscambiabili tra diversi contesti e situazioni, ipotesi da ritenersi inammissibile per ragioni di tenuta del sistema nonché per le inevitabili speculazioni che ciò comporterebbe.

Tuttavia, a ben vedere, la calibrata elaborazione del provvedimento sul caso concreto è anche la ragione per cui si ritiene che il dato, non controverso, per cui il titolo provvedimento deve circolare unitamente al complesso giuridico-economico cui inerisce, sia in grado, nella maggior parte dei casi, di costituire l'elemento atto a salvaguardare le finalità pubblicistiche sottese al provvedimento stesso, allorché le vicende modificative del rapporto P.A. - privato vertano esclusivamente su un mero cambio di titolarità a seguito di successione *inter vivos* o *mortis causa*.

La circolazione unitaria e contestuale del provvedimento e del complesso giuridico-economico è pertanto un dato da non sottovalutare perché, in verità, ritenuto fondamentale per conferire una "giusta dimensione" al fenomeno del trasferimento laddove venga (erroneamente) concepito come logica di favore per l'imprenditore privato a danno degli interessi pubblici. Quegli interessi, infatti, restano vivi e intatti nel provvedimento e grazie ad esso, dovendosi al più correggere, tramite adeguata regolamentazione del fenomeno circolatorio, gli eventuali effetti distorsivi che da esso potrebbero originare e su cui si tornerà in seguito.

Pertanto, il problema delle vicende modificative soggettive nel rapporto giuspubblicistico⁷, al di là delle scelte lessicali che si possono variamente adottare in

⁷ Sull'esistenza di un rapporto a tutti gli effetti giuridico tra Pubblica Amministrazione e privato si vedano le considerazioni di F. G. SCOCA (a cura di), *Giustizia amministrativa*, Torino, V ed., 2013, cit., 153: «se per rapporto giuridico si intende (restrittivamente) la relazione tra (titolari di) diritti soggettivi e (titolari di) obblighi (ed obbligazioni), risulta del tutto evidente che un (tale) rapporto non può essere (di norma) oggetto del processo amministrativo, per la ragione che le situazioni giuridiche soggettive che spettano all'amministrazione e al privato non sono (di norma) quelle appena indicate, bensì rispettivamente poteri (o potestà) e interessi legittimi. Tuttavia, se si accoglie una nozione meno restrittiva di rapporto giuridico, intendendolo come relazione tra (titolari di) situazioni soggettive contrapposte ma concernenti un medesimo oggetto (ad esempio: il potere di espropriare un determinato bene immobile e l'interesse legittimo del proprietario a conservarne la proprietà; il potere di rilasciare una autorizzazione, l'interesse del richiedente ad ottenerla e l'interesse del terzo a farla

relazione al provvedimento (tra cui principalmente trasferimento, cessione e voltura), si pone solo ogniqualvolta si verifichi una successione nella titolarità di un complesso giuridico economico sottostante all'autorizzazione o concessione, potendosi parlare tanto di trasferimento *inter vivos*, quando il titolare del provvedimento cede ad altri, volontariamente o coattivamente, il complesso giuridico economico cui l'atto amministrativo inerisce, quanto di trasferimento *mortis causa*.⁸

Dal punto di vista dell'amministrazione, chiaramente, le esigenze cautelative di pubblico interesse sottese al rilascio del provvedimento permangono anche in un momento successivo e, in linea di principio, non si può escludere che queste si ripresentino all'attenzione dell'amministrazione competente allorché sia richiesto un passaggio di titolarità, tanto che, con la richiesta di trasferimento, potrebbe essere di interesse per l'amministrazione stessa procedere anche ad un riesame dell'opportunità del provvedimento, con un accertamento non solo soggettivo ma anche oggettivo.⁹

Tuttavia, esiste anche un altro aspetto del pubblico interesse oltre a quello strettamente legato al rilascio del singolo provvedimento, ritenuto determinante e non secondario e che appare tutelabile per mezzo della trasferibilità del provvedimento senza sacrificio di altri interessi comuni. Tale aspetto emerge con evidenza in materia di pubblici servizi, laddove si presenta più vivida la non trascurabile esigenza di salvaguardare la continuità del servizio stesso, per garantire efficacia ed effettività all'originaria missione sociale di cui si riveste l'attività in questione.

È in questo senso che l'interesse del privato e l'interesse dell'amministrazione, pur muovendo da finalità diverse, convergono sul risultato pratico, ossia la prosecuzione dell'attività, nonostante si debba riconoscere che proprio dall'antitesi delle finalità traggono origine quei problemi sottesi al tema che si possono porre alla base, in linea di principio, di un "atteggiamento" contrario al trasferimento.¹⁰

2. La "personalità" delle autorizzazioni e concessioni amministrative e l'intrasmissibilità dei rapporti giuridici di diritto pubblico

Sul piano del diritto amministrativo l'esclusione di una facoltà di trasferibilità in ordine al titolo che abilita il beneficiario all'esercizio di una determinata attività potrebbe giustificarsi alla luce dell'autoritatività e unilateralità del potere e dunque del provvedimento, elementi che tuttavia, come accennato, hanno ampiamente "perso terreno" a fronte della preferenza per l'uso, laddove possibile, di strumenti di diritto privato nonché della ricerca di modalità di esercizio del potere diverse, improntate alla

rifiutare), allora è perfettamente predicabile il rapporto giuridico amministrativo (di diritto sostanziale) tra amministrazione e privati».

⁸ C. DAL PIAZ, *op. cit.*, 49 ss.

⁹ ID., *op. cit.*, 55 ss.

¹⁰ Cfr. in termini sempre ID., *op. cit.*, 60 ss.

partecipazione e consensualità, che permettono di costruire il contenuto provvedimentale in chiave maggiormente paritaria.¹¹

Questione che invece resta viva nell'affrontare il tema della trasferibilità è il carattere di cosiddetta "personalità" che accomunerebbe i provvedimenti amministrativi, espressione che si ritrova tanto in dottrina quanto in giurisprudenza senza che se ne sia mai veramente precisato il significato e la portata; il che non solo dà adito a fraintendimenti in relazione al tema della trasferibilità del provvedimento ma sembra che addirittura ne impedisca un vero sviluppo, laddove si arrivi a negare o limitare tale possibilità giuridica in ragione di quella che ad oggi, stante l'attuale configurazione del provvedimento amministrativo, si ritiene essere un'affermazione di principio non particolarmente significativa.¹²

¹¹ In merito si rinvia in generale, per una ricostruzione dei caratteri attuali del provvedimento amministrativo, a R. VILLATA – M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, Torino, 2017.

¹² Qui si può rinviare, per l'ordinamento francese (ma la riflessione potrebbe essere estesa, nelle sue linee direttrici, anche a quello italiano), a T. ALIBERT, "L'intuitus personae" dans la concession de service public: un principe en mutation?, in *La Revue administrative*, n. 258, 1990, 507, il quale sottolinea come la concessione di servizio pubblico - ossia il contratto tramite il quale l'autorità pubblica (concedente) conferisce ad una persona fisica o giuridica (concessionario) l'esercizio di un servizio per un lungo arco di tempo a suo rischio e pericolo - si sia tradizionalmente caratterizzata per un elemento fondamentale, l'intuitus personae, secondo il quale l'amministrazione dispone di un potere discrezionale nella scelta del proprio concessionario senza la necessità di esperire alcun preventivo e formale confronto concorrenziale tra candidati. L'intuitus personae è stato infatti riconosciuto dalla dottrina e dalla giurisprudenza del '900 quale principio fondamentale delle teorizzazioni in materia di concessione, tanto da ritenerlo «un véritable critère d'identification de la concession de service public» (cit., 507) ed elemento in grado di identificare la specificità delle concessioni rispetto agli altri *contrats administratifs* e, in specie, agli appalti. Nonostante il principio non trovasse fondamento esplicito nel diritto positivo si riteneva che, per le concessioni di servizio pubblico, l'intuitus personae si legasse inestricabilmente alla necessità di organizzare il servizio stesso quale competenza fondamentale dell'amministrazione volta a soddisfare l'interesse generale, affermando che «la meilleure organisation possible du service public constitue tout à la fois le fondement et la limite de l'intuitus personae» posto che «l'autorité publique, pour choisir son cocontractant ne doit être inspirée que par la préoccupation de parvenir à la plus parfaite adéquation possible entre l'intérêt même du service public et les réelles capacités (techniques et financières notamment) de la personne pressentie pour assumer cette mission d'exploitation du service» (cit., 509). La ragione che giustificava la libera scelta del contraente, ossia l'interesse generale al buon esercizio della missione di servizio pubblico, era dunque la stessa per la quale l'amministrazione poteva liberamente modificare unilateralmente alcune clausole dei contratti amministrativi e per la quale il concessionario era (ed è) assoggettato al rispetto di obblighi di servizio pubblico. In questo quadro, tuttavia, l'Autore ravvisava (anni '90) una tendenza a rimettere in causa la centralità dell'intuitus personae, cogliendo un "cambio di passo" (i) nella progressiva tendenza da parte della giurisprudenza ad applicare le regole della *concurrence préalable* propria dei *marchés publics* anche alle concessioni, in un'ottica di maggior trasparenza ed eguaglianza nella scelta del contraente; (ii) in interventi legislativi che obbligavano le *collectivités territoriales* a rispettare alcune formalità di *publicité préalable* per delegare la gestione di servizi pubblici, a pena di illegalità della procedura; (iii) nell'influenza del diritto comunitario (in specie direttiva del Consiglio n. 89 440 CEE del 18 luglio 1989, che assoggettava le concessioni di lavori a specifiche regole di pubblicità poi recepite nel *Code de marchés publics*), conducendolo ad auspicare, sul punto, un adattamento della concessione stessa per poter "sopravvivere" ad un'azione amministrativa in corso di modernizzazione.

In merito si veda anche il più recente contributo di A. ANTOINE, *L'intuitus personae dans le contrats de la commande publique*, in *RFDA*, 2011, 879, per il quale: l'intuitus personae è stato centrale nei primi studi sul diritto dei contratti amministrativi (G. Jèze negli anni '30 e A. De Laubadère negli anni '50),

Il concetto di personalità del provvedimento si radica nell'insegnamento di Oreste Ranelletti che, pur non affrontando in modo sistematico il tema della trasferibilità dell'atto amministrativo, studiandone la causa, aprì la strada al riconoscimento di una sua possibile dinamicità.

L'Autore, infatti, tenendo fermo il rispetto delle condizioni giustificative poste alla base dell'atto, ne ammetteva il trasferimento dall'originario titolare ad un nuovo soggetto, addirittura senza il preventivo consenso dell'amministrazione, in tutti quei casi in cui l'intervento pubblico sull'esercizio dell'attività privata non si caratterizzava, o quantomeno non prevalentemente, per la scelta del soggetto titolare.

E così, se la causa dell'atto risulta «indipendente da una determinata persona», che rappresenta «solo il mezzo tramite il quale l'amministrazione pubblica cerca di raggiungere il suo scopo di pubblica utilità»¹³, si può riconoscerne la trasmissibilità tra privati.

Siffatta conclusione si fonda sull'osservazione di come in alcune autorizzazioni e concessioni domini l'*intuitus personae*, in altre l'*intuitus rei*.

terreno privilegiato per l'utilizzo dell'espressione, nonostante la giurisprudenza si sia sempre mostrata reticente nel farvi riferimento esplicito. Con *intuitus personae* la dottrina maggioritaria intende la libertà di scelta dell'amministrazione contraente per opposizione a quei contratti conclusi seguendo precisi obblighi procedurali (in particolare il riferimento è, come già detto, agli appalti, conclusi per mezzo di un'aggiudicazione formale all'esito di una procedura selettiva). Secondo l'Autore, a fronte dell'evoluzione dello stesso diritto interno (anche, ma non solo, sulla scia della spinta comunitaria) in un'ottica di procedimentalizzazione delle scelte dell'amministrazione per garantire trasparenza e metter fine a favoritismi e disfunzioni, l'*intuitus personae* continua ad essere presente nelle concessioni ma va certamente rivalutato o meglio letto in chiave oggettivizzata: i criteri soggettivi infatti (come le capacità tecniche e finanziarie e l'assenza di precedenti penali) sono ormai tendenzialmente predeterminati in vista di una selezione tra più concorrenti, divenendo in tal senso oggettivi ma conservando comunque la loro importanza, in quanto finalizzati al raggiungimento dell'interesse pubblico sotteso al contratto (per esempio alla missione di servizio pubblico) e perciò determinanti nella scelta, stante il principio dell'esecuzione personale del contratto. In quest'ottica l'amministrazione non può opporsi alla cessione di una concessione se non nei limiti in cui questa mini la finalità di interesse pubblico perseguita dal contratto e infatti le decisioni di rigetto della richiesta di subentro devono essere adeguatamente motivate sulla carenza in capo al soggetto subentrante delle qualità tecniche o finanziarie previste; quindi, per quanto si ritenga comunemente necessaria un'autorizzazione al subentro proprio perché si tratta di contratti conclusi *intuitu personae*, la discrezionalità dell'amministrazione nel rifiutarla è limitata alla salvaguardia dell'interesse pubblico perseguito e deve tener conto di due principi fondamentali, specie in materia di servizi pubblici, ossia garantire la continuità e la mutabilità dei contratti (sul punto si cita l'*avis* del *Conseil d'État* dell'8 giugno 2000, che accomuna in questo senso tanto le *délégations de service public* quanto i *marchés publics*, mostrando come l'*intuitus personae*, proprio perché oggettivizzato, non sia più un elemento distintivo tra una tipologia e l'altra di contratti pubblici ma una caratteristica comune, presente in ogni contratto di commessa pubblica se pur variabile a seconda dei requisiti di volta in volta richiesti). In definitiva, questa portata oggettiva dell'*intuitus personae*, allontanandosi dall'idea di una libera scelta dell'amministrazione fondata su criteri "occulti", lo rende compatibile con le esigenze di procedimentalizzazione nella formazione dei contratti aventi ad oggetto una commessa pubblica ma permette altresì di rispettare il principio dell'esecuzione personale del contratto, giustificando un regime "amministrato" in caso di cessione.

¹³ O. RANELLETTI, *Facoltà create*, op. cit., cit., 285.

In specie, nelle prime emergerebbe un carattere personale per via della rilevanza, ai fini del loro rilascio, dei requisiti individuali o condizioni soggettive del beneficiario: in tali casi il beneficiario costituirebbe la causa del provvedimento amministrativo, il suo movente, al punto che con il mutare del titolare verrebbe meno la ragione stessa dell'atto, creandosi un palese contrasto con la sua finalità tipica. In questa ipotesi le concessioni sarebbero intrasmissibili e le autorizzazioni potrebbero essere trasmesse solo previo consenso dell'autorità emanante.

Nelle seconde, invece, la causa dell'atto sarebbe indipendente da una persona, in quanto il beneficiario rappresenta solo un mezzo tramite il quale l'amministrazione può conseguire i propri scopi di pubblico interesse e in cui l'elemento soggettivo non rileva ai fini dell'emanazione del provvedimento, rilasciato in considerazione di una determinata situazione obiettiva alla quale sola si riferisce il giudizio discrezionale dell'amministrazione; in questo caso l'alienazione del provvedimento sarebbe possibile senza alcun consenso preventivo dell'autorità.¹⁴

Siffatta bipartizione è stata comunemente accolta nella dottrina successiva, senza particolari critiche o approfondimenti.¹⁵ Del resto, si può validamente riconoscere che il criterio su cui si fonda, ossia quello dell'*intuitus rei – intuitus personae*, presenta un fondamento logico cui ancor oggi può farsi riferimento.

Tuttavia, se il criterio viene vagliato in relazione al tema della trasferibilità del provvedimento, possono emergere dubbi sul suo rilievo pratico. Permangono infatti incertezze sull'effettiva possibilità di stabilire, nel caso concreto, se un certo provvedimento sia rilasciato *intuitu rei* o *intuitu personae*.

A ben vedere, nella maggioranza delle autorizzazioni e concessioni può riscontrarsi un misto di realtà e personalità che ne rende incerta la classificazione sotto questo profilo: il tutto sembra ridursi, così, ad una semplice affermazione di prevalenza dell'uno o dell'altro aspetto.¹⁶

Eccezion fatta per quei provvedimenti che indubbiamente si riferiscono, in via assoluta ed esclusiva, alla persona del titolare, come quelli che costituiscono *status* o

¹⁴ O. RANELLETTI, *op. ult. cit.*, 168 e 187 ss.

¹⁵ Cfr. G. ZANOBINI, *Corso di diritto amministrativo, op. cit.*, I, 205 ss. e in particolare 207, laddove si esplicita che i rapporti di diritto pubblico, pur conservando il loro carattere personale, si possono costituire anche con riguardo a qualità non strettamente individuali dei soggetti bensì alle loro potenzialità economiche e al possesso di requisiti tecnici per lo svolgimento di attività; R. ALESSI, *Sistema istituzionale del diritto amministrativo italiano, op. cit.*, 170 ss. e 418 ss.; C. VITTA, *Diritto amministrativo*, I, V ed., a cura di E. CASETTA, 1962, 120 ss.; L. ORUSA, *Cessione delle licenze commerciali, op. cit.*, 475 ss.; A. M. SANDULLI, *Autorizzazioni, abilitazioni, licenze, op. cit.*, 2, laddove si specifica che per molte autorizzazioni predomina l'elemento reale, tanto da poterle qualificare come atti *ob rem* che possono circolare senza ostacolo tra l'uno e l'altro titolare del bene o della situazione giuridica sottostante.

¹⁶ Cfr. in termini C. DAL PIAZ, *op. cit.*, 40 ss., il quale, già allora, rilevava come se si prendevano ad esempio le licenze edilizie quali provvedimenti di tipo autorizzatorio e le concessioni di acque pubbliche, per quanto comunemente ritenute in dottrina esempi tipici di provvedimenti rilasciati *intuitu rei*, non mancava comunque chi vi ravvisasse anche elementi di personalità.

permetto l'esercizio di attività giuridiche, per i quali non può ammettersi, a rigor di logica, alcuna possibilità di trasferimento, nella maggioranza dei casi, sia ai fini del rilascio di un'autorizzazione o del controllo a seguito di segnalazione del privato, sia ai fini della scelta del concessionario contraente, a prescindere dalla complessità della valutazione o della procedura da seguire e della discrezionalità più o meno ampia di cui gode l'amministrazione, quest'ultima è generalmente chiamata tanto a prendere in considerazione requisiti soggettivi del beneficiario quanto ad esaminare l'attività in sé e per sé o il bene sul quale il richiedente intende esercitare il suo "diritto".

A ciò si deve comunque aggiungere un ulteriore elemento di complessità, ossia che, in considerazione della non semplice configurazione giuridica e delle svariate finalità ormai assunte dai provvedimenti nella valutazione di compatibilità tra interesse pubblico e attività privata o nella conformazione o rispondenza di quest'ultima al primo e, dunque, delle esigenze di volta in volta perseguite dal potere, i requisiti stessi, per come formulati, possono implicare una maggiore o minore discrezionalità o comunque la necessità di attuare forme di selezione che a loro volta possono essere caratterizzate da una più o meno ampia discrezionalità.

Se ci si limita ai soli provvedimenti autorizzatori si può osservare come il loro rilascio e, dunque, il concreto esercizio del diritto, libertà o facoltà correlati, sia tendenzialmente condizionato alla mera verifica della sussistenza in capo al richiedente di specifici e predeterminati requisiti tecnici, professionali, di moralità o di assenza di condizioni ostative, in cui l'attività dell'amministrazione procedente si limita a riscontrare la sussistenza di dati obiettivi, quand'anche legati al soggetto richiedente, il che tendenzialmente non implica, o solo in modo limitato, valutazioni discrezionali.

Si ritiene, infatti, che non si tratti di «requisiti spiccatamente individuali ed infungibili (quali, ad esempio, una particolare perizia personale), ma criteri a carattere più generale, e soprattutto fungibile», come l'immunità da pregiudizi penali, l'appartenenza ad una categoria professionale, il possesso di un determinato grado di idoneità tecnica e patrimoniale, la cui sussistenza costituisce quel minimo di garanzia necessaria richiesta dalla legge perché l'attività autorizzata non risulti in contrasto con l'interesse pubblico: «al di là di questo limite minimo, la persona del titolare non interessa; ciò che rileva è l'attività in sé e per sé; ed il giudizio sulla stessa viene formulato – indipendentemente dal soggetto – in funzione del fine, o della pluralità di fini, che la norma intende perseguire imponendo la necessità dell'autorizzazione».¹⁷

Certo non mancano i casi in cui la verifica dei requisiti richiesti si associa a più complesse e articolate valutazioni riconducibili alla discrezionalità, tecnica e non, specie qualora entrino in gioco interessi sensibili. La discrezionalità, del resto, pur nella più generale e non trascurabile osservazione di un suo "arretramento", è

¹⁷ C. DAL PIAZ, *op. cit.*, cit. 116 ss.

elemento che ancora può caratterizzare il potere, delineando una relazione non paritaria tra pubblico e privato.

Altrettanto da non trascurare sono poi quei casi in cui il provvedimento, attuando forme di programmazione e/o contingentamento, in cui si devono rispettare criteri distributivi o numerici, potrebbe esser negato a prescindere dalla sussistenza dei requisiti richiesti o rilasciato solo all'esito di una selezione che individui un certo numero di soggetti ritenuti più idonei di altri.

Analogo discorso vale in materia di aggiudicazione di una concessione ai sensi del Codice dei contratti pubblici, laddove non solo è sempre richiesto il possesso di alcuni requisiti di carattere soggettivo (se pure fungibili nel senso sopra detto), generalmente ricondotti all'affidabilità morale del soggetto cui il provvedimento sarà intestato e che, per tale ragione, non sono oggetto di avvalimento ai sensi dell'art. 89 del Codice (che esclude l'applicazione dell'istituto per i requisiti di cui all'art. 80, ossia quelli, appunto, di ordine generale o affidabilità morale, limitando la possibilità di avvalimento ai "soli" requisiti di qualificazione, ossia di idoneità e capacità professionale, economica, finanziaria e tecnica) ma, soprattutto, l'affidamento avviene all'esito di una procedura di selezione che, al di là della sua discrezionalità (opinabile stanti gli stringenti vincoli cui è soggetta la Stazione appaltante nella procedura ad evidenza pubblica), seleziona un solo operatore, escludendo tutti gli altri.

Le problematiche enunciate rendendo certo più complesso argomentare la questione della trasferibilità, che perciò non può limitarsi al solo discorso sui requisiti di rilascio del provvedimento, ignorando criticità, ossia possibili obiezioni, di altra natura.

In ragione di tutto quanto sopra, la dicotomia *intuitus rei – intuitus personae* sembra comunque utile, non tanto per fornire una soluzione unitaria al problema, presupponendo una uniformità della questione là dove invece vi sono differenze di non poco conto, quanto piuttosto per: delimitare il campo di indagine, escludendo quei provvedimenti riferibili in modo assoluto ed esclusivo alla sola persona del titolare¹⁸; ammettere la trasferibilità, si potrebbe dire automatica, per quei provvedimenti che, viceversa, ineriscono esclusivamente ad una *res*; costituire, per i provvedimenti residui, ossia la maggioranza, un criterio logico di massima su cui fondare il problema della trasferibilità.¹⁹

¹⁸ Il riferimento a titolo esemplificativo va, su tutti, al provvedimento di concessione della cittadinanza allo straniero, logicamente connesso all'intimità della persona in quanto tale oltre che connaturato da un'ampia discrezionalità caratterizzata da valutazioni a dir poco delicate, su cui si veda di recente CONS. ST., Sez. III, 27 febbraio 2019, n. 1390, in *Redazione Giuffrè amm. 2019*, per cui, nel rilascio della concessione di cittadinanza, si deve tener conto «non soltanto dei fatti penalmente rilevanti, ma valutare anche l'area della prevenzione dei reati, con accurati apprezzamenti sulla personalità e la condotta di vita del naturalizzando, al fine di valutare quale sia la probabilità che questi possa arrecare pregiudizio alla sicurezza dello Stato».

¹⁹ Si veda in questo senso sempre C. DAL PIAZ, *op. cit.*, 110.

In questo senso il criterio conserva la sua utilità quale parametro di riferimento per determinare e calibrare i poteri e i limiti dell'amministrazione competente in relazione alla vicenda circolatoria, pur considerando i diversi caratteri strutturali e funzionali che autorizzazioni e concessioni possono assumere nel singolo settore in cui operano.

Se il criterio, quindi, resta sì un valido riferimento, ma non risolutivo, quel che si ritiene certo è che il tema non può essere correttamente impostato senza abbandonare il concetto di personalità del provvedimento amministrativo che, per quanto non errato, richiede specificazioni che aggravano la corretta concezione della sua trasferibilità: l'uso terminologico di personalità del provvedimento dà infatti luogo ad equivoci in quanto la personalità (intesa come riferibilità ad un determinato soggetto) non necessariamente implica la sussistenza dell'*intuitus personae*.²⁰

Autorizzazioni e concessioni potrebbero per esempio essere espressamente qualificate come personali dal legislatore ai fini di non consentirne, per qualsiasi ragione, il trasferimento, anche a prescindere da considerazioni sui criteri del loro rilascio, ossia sull'*intuitus rei* o sull'*intuitus personae*.

Qualora poi ci si riferisse all'elemento della personalità per indicare un generale divieto di disporre del provvedimento in sé e per sé considerato, inevitabilmente tutti i provvedimenti amministrativi, necessariamente indirizzati e intestati ad un beneficiario e aventi ad oggetto un bene o un'attività di rilevanza pubblicistica, dovrebbero considerarsi personali e dunque indisponibili.²¹

In questo senso è vero che un privato, in linea di principio, non possa ritenersi investito di autonomi poteri di disposizione in ordine ad un atto amministrativo, espressione di un potere unilaterale o comunque della volontà dell'amministrazione, che pone le condizioni entro le quali si esplica il rapporto giuspubblicistico e, più in generale, la situazione giuridica di diritto pubblico. Tuttavia, assumere il principio di personalità quale regola assoluta per tutti gli atti amministrativi crea una non giustificata sovrapposizione tra il concetto di indisponibilità e quello di intrasmissibilità, mentre non necessariamente il primo deve implicare il secondo.

Se è da escludersi, salvo diverse ed espresse previsioni (che il nostro ordinamento, come si vedrà, conosce) una facoltà di autonoma disposizione del solo provvedimento con atto privatistico, ciò non significa che esso non possa circolare unitamente al complesso giuridico-economico cui inserisce e il fatto che il provvedimento sia intestato ad un determinato soggetto, tale per cui il suo rilascio viene definito *ad personam*, certo non vale a giustificare una sua intrasferibilità, quand'anche si richieda un procedimento, generalmente detto di volturazione, atto a modificare l'intestazione del provvedimento²².

²⁰ C. DAL PIAZ, *op. cit.*, 40.

²¹ Cfr. C. DAL PIAZ, *op. cit.*, 99 ss.

²² Sul punto cfr., per esempio, T.A.R. Umbria (Perugia), Sez. I, 20 giugno 2013, n. 339, laddove, in materia di autorizzazione all'esercizio di attività economica (in specie nel settore delle tarature,

In questo senso la circolazione del complesso giuridico-economico avviene tramite un atto di diritto privato a cui si associa una parallela vicenda pubblicistica che si concretizza in un cambio di titolarità dell'originario provvedimento, in virtù di quella che, in relazione al rapporto tra privato e amministrazione, può correttamente definirsi una modificazione soggettiva o un subentro e che, in relazione al provvedimento, può essere chiamata trasferimento, pur con le dovute precisazioni che l'uso del termine richiede, proprio per evitare che sia associato ad una logica di libera circolazione del solo provvedimento.

Pertanto, se si esclude una concezione rigoristica, che associa un'automatica intrasmissibilità al preteso carattere di personalità di tutte le autorizzazioni e concessioni, inteso come indissolubile collegamento con la persona del titolare, sembra aprirsi un'altra possibile soluzione che, ispirandosi ad un *favor* per una potenziale continuità dei rapporti anche sotto il profilo pubblicistico e in ragione del criterio rannelletiano dell'*intuitus rei-intuitus personae*, prenda in considerazione il fatto che non sempre e non per tutte le autorizzazioni e concessioni se viene meno il titolare del provvedimento questo debba perdere automaticamente ogni ragion d'essere.

Alla luce di queste considerazioni sembra non potersi accogliere la concezione legata ad un'affermazione di intrasmissibilità in ragione della personalità del provvedimento, così come qui non ci si ispira nemmeno alla concezione opposta, volta a sostenere un'ampia disponibilità del privato in materia.

Si delineano così due distinte ipotesi di massima.²³

La prima rileva per quei provvedimenti che ineriscono esclusivamente ad una *res*, per i quali può ammettersi una trasferibilità per così dire automatica. In questi casi l'atto, unitamente alla sottesa situazione giuridica e al bene o attività, ossia al complesso giuridico-economico cui inerisce, può "traslare" dall'originario titolare all'avente causa in ragione del solo perfezionarsi della vicenda successoria privatistica, senza che sia necessario alcun intervento dell'amministrazione, che dovrebbe limitarsi a prendere atto dell'avvenuta modificazione soggettiva della situazione giuridica su cui il rapporto tra amministrazione e privato si fonda.

verifiche e attivazioni di apparecchiature e sistemi di misurazione ad uso privato e fiscale quali i contatori elettrici) si afferma in generale che: «nelle attività soggette ad autorizzazione, il [...] carattere "parafiduciario" della stessa [...] non permette la libera voltura dell'autorizzazione a terzi, se non previa idonea comunicazione all'autorità amministrativa (T.a.r. Sardegna, Cagliari, sez. I, 24 ottobre 2009, n. 1565): anche in presenza di regolare contratto di cessione, l'esercizio dell'attività da parte della cessionaria in assenza della voltura della relativa autorizzazione non è opponibile all'amministrazione (Cass. pen., sez. III, 19 dicembre 2011, n. 3088). Nella cessione di ramo d'azienda, affinché il titolo sia utilizzabile dal nuovo proprietario occorre un apposito provvedimento amministrativo, poiché l'autorizzazione amministrativa è sempre "ad personam" e la p.a. ha il poterdovere di accertare la sussistenza dei presupposti perché la stessa sia trasferita a un soggetto diverso, non essendo l'effetto pubblicistico ricollegabile automaticamente al contratto privatistico: consegue, altresì, che la mera presentazione dell'istanza di voltura non è sufficiente, poiché il trasferimento si perfeziona solo con l'apposito provvedimento (Consiglio di Stato atti norm., 1 agosto 2012, n. 2659)».

²³ C. DAL PIAZ, *op. cit.*, 103 ss.

In questo caso, l'individuazione di provvedimenti rilasciati *ob rem* sembra più agevole e meno controversa per quel che attiene le autorizzazioni. Nelle concessioni, infatti, quand'anche il carattere di realtà sia prevalente, è più frequente che, anche se in forma limitata, vengano in considerazione requisiti soggettivi del titolare.

Inoltre, si deve considerare che, in ragione della natura e delle funzioni nonché dei poteri e della discrezionalità di cui dispone l'amministrazione in sede di rilascio o di controllo *ex post*, le autorizzazioni presentano un carattere di cosiddetta "normalità"²⁴ che non si riscontra nelle concessioni, in quanto il problema dell'amministrazione è «come poter permettere l'uso della libertà del cittadino senza sacrificare l'interesse pubblico»²⁵.

Che all'istanza del privato consegua il rilascio dell'autorizzazione sembra infatti essere l'ipotesi normale tanto quanto il diniego l'eccezione, a maggior ragione in considerazione della *ratio* sottesa agli istituti della Scia e del Silenzio-assenso; mentre, in materia concessoria, si presuppongono forme di selezione che limitano l'accesso all'esercizio dell'attività a prescindere dai requisiti richiesti o dall'inerenza ad una *res*, tale per cui, in questo caso, all'elemento di "normalità" del rilascio si sostituisce un'idea di "privilegio".

La seconda ipotesi si delinea per quei casi, certo più numerosi, in cui, pur potendo astrattamente configurarsi una continuità nei rapporti pubblicistici, si impone un intervento dell'amministrazione che consenta o legittimi il trasferimento.

Questo intervento certo può essere letto come conferma dell'interruzione nella continuità del rapporto, leggendovi in esso un semplice susseguirsi di una vicenda estintiva e di una costitutiva.

A ben vedere, tuttavia, in caso di successione *inter vivos* o *mortis causa*, la situazione giuridica soggettiva dell'avente causa nei confronti dell'amministrazione non ha ad oggetto, per il tema qui indagato, l'avvio di un'attività *ex novo* o il godimento di un nuovo bene, bensì il continuare l'esercizio dell'attività o il godimento del bene per come delineati, nelle sue componenti oggettive e patrimoniali, nel provvedimento originario di cui l'avente causa ha interesse ad acquisire la titolarità.

In questo senso, quand'anche si escludesse la validità di una tesi ispirata alla salvaguardia della continuità nei rapporti giuridici per come più sopra intesa, il richiamato principio di personalità non può certo escludere il riconoscimento di una legittimazione in capo all'avente causa della vicenda privatistica a richiedere, o a pretendere ove la trasferibilità fosse espressamente ammessa per legge, di continuare nel godimento del bene o nell'esercizio dell'attività in cui si è subentrati, nelle stesse

²⁴ Cfr. C. DAL PIAZ, *op. cit.*, 31 ss.

²⁵ F. FRANCHINI, *Le autorizzazioni amministrative costitutive di rapporti giuridici fra l'Amministrazione e i privati*, *op. cit.*, cit., 27.

forme e modi previste dal provvedimento originario, chiaramente a condizione che si sia in possesso dei prescritti requisiti.²⁶

Se invece si ammette una forma di trasferibilità, quand'anche relativa, ossia mediata dall'intervento dell'amministrazione, è chiaro che il discorso debba incentrarsi proprio su quest'ultimo intervento. L'amministrazione, infatti, è chiamata a verificare la sussistenza della legittimazione in capo all'avente causa ad ottenere il subentro nel provvedimento: i limiti dell'intervento si moduleranno quindi in base alla discrezionalità riconosciuta in capo all'amministrazione e alla tipologia di requisiti richiesti per l'esercizio dell'attività o il godimento del bene cui il provvedimento inerisce.

Perciò, così come lo studio della configurazione giuridica dei provvedimenti e dei relativi poteri amministrativi rileva in relazione al momento del loro rilascio, parimenti utile è vagliare cosa accade o può accadere al momento del loro trasferimento, proprio alla luce di quella configurazione giuridica precedentemente ricostruita.

Se nel momento del rilascio del provvedimento rileva, anche solo in modo limitato, l'elemento soggettivo, certo questo non può essere sconosciuto in fase di trasferimento; non muta infatti l'esigenza che i previsti requisiti soggettivi sussistano in capo al nuovo titolare.

Nel silenzio della legge, allora, si dovrebbe ritenere necessario un intervento dell'amministrazione ma limitato ad accertare, nei confronti dell'avente causa, la sola esistenza dei suddetti requisiti. In questo caso viene meno il carattere di automaticità tra fenomeno successorio privatistico e vicenda giuspubblicistica proprio delle autorizzazioni *ob rem*, ma, questa "interruzione" nella soluzione di continuità tra l'una e l'altra vicenda non può superare i limiti che le sono propri, effettuando indagini ultronee rispetto a quelle necessarie sui prescritti requisiti soggettivi.

Si ritiene di dover porre l'accento, infatti, sulla differenza esistente tra la posizione dell'aspirante ad un provvedimento nuovo e l'avente causa del titolare originario nelle ipotesi di trasferimento, in quanto il giudizio sulla conformazione dell'attività in sé e per sé considerata, i cui caratteri rimangono invariati a seguito del trasferimento, è già stato a suo tempo formulato dall'amministrazione precedente. In definitiva, un diniego al trasferimento, non motivato da ragioni attinenti all'elemento soggettivo, dovrebbe risolversi in una revoca dell'originario provvedimento, perciò sottostando, a pena di illegittimità, alla relativa disciplina e, dunque, ai limiti del potere di disponibilità unilaterale del provvedimento espressamente riconosciuti in capo all'amministrazione.²⁷

In definitiva, se così viene inteso il ruolo dell'amministrazione nella vicenda traslativa, ossia limitando la finalità dell'intervento al ruolo che le dovrebbe essere

²⁶ Cfr. C. DAL PIAZ, *op. cit.*, 102.

²⁷ Cfr. in termini C. DAL PIAZ, *op. cit.*, 130 ss.

proprio, ossia rendere effettivo il mutamento soggettivo di titolarità del provvedimento unitamente alla realtà strutturale o patrimoniale dell'originario titolare, vagliando solo i requisiti soggettivi del titolare, si può arrivare a configurare un generale principio di traslatività per tutti quei provvedimenti che presentano un contenuto, più che economico, si dovrebbe dire obbiettivo e dunque inerente a caratteristiche oggettivate perché prefissate per legge o determinate nel provvedimento stesso e riconducibili all'attività, struttura o complesso giuridico-economico cui si riferisce.

In ogni caso è inevitabile che il discorso non possa limitarsi a principi e criteri generali che, utili come riferimenti di massima, non possono fornire, come già accennato, una risposta univoca a fronte delle profonde diversità che i provvedimenti autorizzatori e concessori recano in concreto e della varietà di beni o attività che ne possono costituire l'oggetto.

Diventa pertanto necessaria un'analisi di singole e selezionate tipologie di autorizzazioni e concessioni per comprendere al meglio come il tema viene affrontato a livello normativo e giurisprudenziale e quali sono le criticità che possono presentarsi ad un'analisi più pratica e dettagliata; il che, peraltro, non esclude la generale portata del tema per lo studio del provvedimento amministrativo e dell'evoluzione del rapporto tra privato e Pubblica Amministrazione, a maggior ragione in considerazione della rilevanza e delicatezza dei settori in cui la specifica questione si presenta tra non poche difficoltà e contraddizioni.

3. Le previsioni normative in materia di trasferimento di autorizzazioni e concessioni per singoli settori: la non semplice configurazione dell'autorizzazione al subingresso

Da un punto di vista normativo si riscontra, in molti casi, una totale assenza di disposizioni che prendano in considerazione il tema del trasferimento del provvedimento²⁸, in altri, le pur presenti previsioni di trasferibilità non sono suggellate da una disciplina che possa davvero ritenersi esaustiva.

²⁸ A titolo esemplificativo nulla viene detto in tema di trasferimento nel D.lgs. 8 ottobre 2011, n. 176 sull'utilizzazione e commercializzazione delle acque minerali naturali, nonostante, sul punto, si riscontrino alcune discipline regionali che accennano alla questione: si veda il Decreto del Presidente della Giunta regionale Toscana del 16 febbraio 2015, n. 15, art. 5, che, nel dettagliare le procedure per il rilascio delle autorizzazioni in materia di utilizzazione delle acque minerali prevede che, in caso di variazione della titolarità o della ragione sociale, senza che vengano apportate altre modifiche, i titolari *comunicano* la variazione intervenuta all'autorità competente affinché provveda alla voltura. Il Decreto è adottato in attuazione della L. r. Toscana, 27 luglio 2004, n. 38, recante "Norme per la disciplina della ricerca, della coltivazione e dell'utilizzazione delle acque minerali, di sorgente e termali", il cui art. 11 prevede espressamente che: «Il permesso di ricerca può essere trasferito, previo l'assenso del comune competente, esclusivamente per atto negoziale tra vivi, secondo quanto previsto in materia dall'ordinamento civilistico. In tal caso, il cessionario subentra nei diritti e negli obblighi stabiliti nel provvedimento con il quale il permesso stesso è stato rilasciato»; la medesima legge disciplina anche il trasferimento della concessione di coltivazione dei giacimenti di acque minerali, di

La cosa non sorprende, visto che l'argomento non è stato particolarmente approfondito dalla scienza giuspubblicistica; certo rende non semplici gli interrogativi sull'ammissibilità e, soprattutto, sui limiti della trasferibilità.

Ad ogni modo, rari, per non dire unici a quanto è dato riscontrare, sono i casi in cui si incontra un'esplicita affermazione di intrasmissibilità del provvedimento.

Il principale riferimento è all'ancora vigente art. 8 del Regio decreto n. 773 del 18 giugno 1931, c.d. Testo unico delle Leggi di Pubblica sicurezza, che vieta il trasferimento tra privati dei provvedimenti ivi disciplinati in ragione del loro dichiarato carattere "personale"²⁹, così testualmente recitando: «le autorizzazioni di polizia sono personali: non possono in alcun modo essere trasmesse né dar luogo a rapporti di rappresentanza, salvi i casi espressamente preveduti dalla legge».³⁰

Dall'enunciata intrasmissibilità, più ancora che dall'evocato carattere personale, se ne dovrebbe allora far discendere che, anche in caso di subentro nell'attività oggetto di autorizzazione/licenza, sia sempre necessario il rilascio di un provvedimento *ex novo*; ciò implica che l'amministrazione procedente non possa limitarsi a verificare i soli requisiti soggettivi in capo al subentrante ma debba vagliare anche quelli oggettivi,

sorgente e termali, all'art. 24, ammettendolo sia per atto tra vivi sia in caso di morte, previa *autorizzazione* del comune competente atto a vagliare la sussistenza dei necessari *requisiti soggettivi*.

²⁹ In alcune leggi regionali si è riscontrata la dicitura "personale" anche se non associata ad una altrettanto esplicita affermazione di intrasmissibilità; cfr. art. 1, L. r. BASILICATA, 26 novembre 2001, n. 43, in relazione all'autorizzazione alla raccolta dei funghi e art. 5, L. r. VALLE D'AOSTA, 7 dicembre 2009, n. 45, sull'autorizzazione alla raccolta regolamentata di varie specie di flora. Si veda anche art. 12 L. r. CAMPANIA del 12 dicembre 1985, n. 54, laddove si definisce "personale" l'autorizzazione richiesta in materia di coltivazione di cave e torbiere, ma a cui non si associa una totale intrasferibilità quanto piuttosto una trasferibilità relativa, in cui si subordina la domanda di trasferimento dell'intestazione alla decisione del Presidente della Giunta regionale: il trasferimento a terzi senza la preventiva autorizzazione costituisce uno dei modi di estinzione dell'autorizzazione ai sensi del successivo art. 13, «nessun rilievo assume, pertanto, l'atto di cessione del ramo di azienda che sia rimasto circoscritto alla sfera dei soggetti privati stipulanti e non sia stato autorizzato dalla Giunta Regionale» (così T.A.R. Campania (Napoli), sez. IV, 7 gennaio 2020, n. 55, in *Redazione Giuffrè* 2020).

³⁰ La disposizione è comprensibile, trattandosi per lo più di autorizzazioni a svolgere attività delicate e pericolose, in cui indubbiamente i provvedimenti vengono rilasciati a seguito di una valutazione altamente discrezionale che dovrebbe vertere anche sulla persona del titolare (nonostante, per talune attività disciplinate dallo stesso T.U.L.P.S. sia espressamente ammesso l'esercizio per rappresentanza, che tempera il rigore del principio di personalità, pur chiaramente richiedendosi in capo al rappresentante, in quanto soggetto legittimato a svolgere l'attività, gli stessi requisiti soggettivi prescritti per il titolare). Si veda in argomento quanto statuito da CASS. CIV., SEZ. III, 31 ottobre 2014, n. 23177, che si ritiene evocativo delle implicazioni trasversali, tra ambito pubblicistico e privatistico, del trasferimento del provvedimento e delle negative conseguenze pratiche di una sua mancata regolazione che tenga in debito conto entrambi gli aspetti in modo unitario, laddove si afferma: «le autorizzazioni di polizia sono personali, e non possono in alcun modo essere trasmesse né dare luogo a rapporti di rappresentanza. Tale profilo, peraltro, riguarda la titolarità della licenza da un punto di vista amministrativo e la vendita della medesima con un contratto di diritto privato – quindi – costituisce una vicenda che rimane nella sfera dei privati, almeno fino a quando l'acquirente non pretenda di esercitare quella attività, nel qual caso è pacifico che egli dovrà essere autorizzato personalmente, stante il carattere necessariamente fondato sull'intuitus personae delle autorizzazioni di polizia. In altri termini, dedurre dalla intrasmissibilità delle autorizzazioni la nullità del contratto di cessione delle stesse, ai sensi dell'art. 1418 c.c., costituisce un passo ulteriore, non automatico».

rivalutando la compatibilità dell'attività ed eventualmente l'opportunità del provvedimento nel suo complesso, come in sede di primo rilascio.³¹

Per quel che attiene, invece, alle rilevate ipotesi normative in cui si accenna al trasferimento del provvedimento, ci si può innanzitutto riferire, tra le concessioni di beni pubblici, alla significativa disciplina prevista in materia di occupazione ed uso di beni del demanio marittimo.³²

³¹ Cfr. T.A.R. Brescia, sez. II, 9 febbraio 2019, n. 130, *Redazione Giuffrè amm. 2019*, in *De jure*, per cui «il subentro nella licenza integra il rilascio di una nuova licenza, dal momento che le autorizzazioni di polizia debbono, ai sensi dell'art. 8 del T.U.L.P.S. essere considerate personali e non possono essere trasmesse. Anche il ritorno in capo al soggetto che ne era già proprietario, dunque, deve essere considerato come il rilascio di nuova licenza, che implica anche la verifica dei requisiti oggettivi dei locali presso cui l'attività deve essere svolta [...]. L'Amministrazione, in caso di subingresso, quindi non può limitarsi alla verifica in capo al subentrante del possesso dei soli requisiti di idoneità soggettiva, ma deve estendere la propria indagine anche alla permanenza dei requisiti di idoneità sostanziale».

³² Sul punto si rileva, nell'ordinamento francese, un *arrêt* del CONSEIL D'ETAT, *6^{ème} e 2^{ème} sous-sections réunies*, 10.05.1989, n. 73146, in *Dalloz*, che sancì il seguente principio di diritto: «*il n'appartien pas à l'administration de donner au titulaire d'une autorisation d'occupation du domaine public maritime laquelle est, en raison de la nature même du domaine public, strictement personnelle et révocable, l'autorisation de transférer cette autorisation*». La pronuncia è significativa per evidenziare come, tradizionalmente, l'autorizzazione in questione, in quanto strettamente personale, non possa essere trasferita nemmeno con un'ulteriore e apposita autorizzazione al trasferimento da parte dell'autorità competente. Sulla questione se il beneficiario di una *autorisation d'occupation du domaine public* possa trasferirla come un elemento dell'azienda, ossia tra i *fonds de commerce* (beni aziendali), così precisando la natura dei diritti di cui dispone l'imprenditore che esercita la sua attività sul demanio pubblico, si rileva un caso in cui il trasferimento dei beni aziendali è stato preso in considerazione proprio per garantire una continuità nel beneficiare dell'originaria autorizzazione demaniale, pur non chiarendosi espressamente se il provvedimento potesse circolare come un bene aziendale: in specie il CONSEIL D'ETAT, nella decisione del 4.06.1958, *Sieur Tossounian, Lebon 307*, in *Dalloz*, ha sancito che «*l'exploitation de pompes à essence étant liée à l'exploitation d'un fonds de commerce, la vente de celui-ci permet au nouveau propriétaire de conserver le bénéfice de l'autorisation d'implantation desdites pompes sur le domaine public*». Più di recente, invece, sempre il Consiglio di Stato (CE, 18 settembre 2015, *Société Prest'Air*) ha chiaramente riconosciuto, mettendo fine ad una questione controversa, la possibilità di trasferire una *autorisation* o una *convention d'occupation du domaine public* a condizione che il titolare del demanio (*gestionnaire du domaine*) dia il suo accordo scritto (*autorisation écrite*). Questa autorizzazione scritta sembra possa essere addirittura conseguita a priori, nell'ambito dell'autorizzazione iniziale (Cfr. CE, 6 octobre 1997, *Mme Virgili*, n. 172904). In ogni caso l'autorizzazione in questione deve essere espressa e dunque, in caso di assenza di risposta da parte dell'amministrazione competente alla domanda di autorizzazione al trasferimento non dovrebbe valere la regola del silenzio-assenso di cui all'art. 21-1 della Legge 12 aprile 2000 così come modificata dalla legge n. 2013-1005 del 12 novembre 2013.

In merito occorre anche sottolineare che il *Code générale des collectivités territoriales* (artt. L 1311-5 e ss.), prevede che le *collectivités territoriales* possano rilasciare sul demanio pubblico al titolare di un'*autorisation d'occupation du domaine public*, un diritto reale d'occupazione temporanea sulle opere immobiliari costruite o per la realizzazione dell'opera in sè o per l'esercizio di un'attività di interesse generale; il titolare del diritto reale così conferito ha, per la durata e alle condizioni poste dall'autorizzazione stessa, le prerogative e gli obblighi del proprietario in relazione a tali costruzioni, ammettendone una trasmissibilità relativa. In specie, l'art. L 1311-6 del Codice precisa che i diritti reali conferiti con l'autorizzazione e dunque le opere, costruzioni e installazioni di carattere immobiliare non possono essere cedute o trasmesse tra vivi né nell'ambito di fusioni, accorpamenti o scissioni societarie se non ad un soggetto approvato dalle competenti amministrazioni locali o a raggruppamenti o enti di quest'ultime, al fine di garantirne uno sfruttamento compatibile con l'interesse pubblico legato all'uso del suolo. Analogamente, in caso di decesso della persona fisica in possesso di tale autorizzazione,

In questo caso l'art. 46 del Codice della Navigazione, r.d. 30 marzo 1942, n. 327, prevede che in caso di sostituzione nel godimento della concessione (co.1) o di acquisto a seguito di vendita o di aggiudicazione a seguito di esecuzione forzata di opere o impianti costruiti dal concessionario su beni demaniali (co. 2), per il subentro è necessario ottenere apposita autorizzazione dall'autorità competente. Il comma terzo del medesimo articolo prevede invece che, in caso di successione *mortis causa*, gli eredi del concessionario subentrino direttamente nel rapporto concessorio, pur dovendo chiedere una conferma *ex post* all'autorità competente, entro il termine di sei mesi a pena di decadenza.³³

Trattasi di un caso emblematico di trasferibilità relativa, in cui il subentro nella concessione originaria (co. 1) o in quella relativa a singole opere o impianti costruiti sui beni demaniali (co. 2) è condizionata al rilascio di una apposita e necessaria autorizzazione, da parte dell'amministrazione competente, a che si realizzi il suddetto subentro nell'ambito di un preesistente rapporto concessorio.

Stando alla lettera della norma sembrerebbe che l'autorizzazione al subentro nel godimento della concessione originaria di cui al primo comma possa realizzarsi, su richiesta del concessionario, a prescindere da una contestuale cessione privatistica di un complesso giuridico-economico, mentre, in caso di avvenuto trasferimento, per atto negoziale o per provvedimento giurisdizionale, della proprietà di singoli beni od opere, l'autorizzazione al subentro nella concessione venga rilasciata a vicenda privatistica avvenuta. In ogni caso il vaglio dei requisiti soggettivi è sempre preventivo rispetto al subentro nella titolarità del provvedimento e, in relazione a tale verifica *ex ante*, non rileva, nei confronti dell'amministrazione, l'eventuale cessione privatistica di beni od opere realizzate dall'originario titolare sui beni demaniali in questione.³⁴

questa può essere trasferita al coniuge o agli eredi purché designino, di comune accordo, un beneficiario da presentare all'autorità competente entro 6 mesi, per ottenere la relativa approvazione. La legge fa quindi riferimento, in entrambi i casi, alla necessità di un *agrément* dell'amministrazione, di un'approvazione, un consenso preventivo al trasferimento, il che sembra salvaguardare un certo margine di discrezionalità dell'amministrazione stessa.

³³ L'art. 46 del Codice della Navigazione, r.d. 30 marzo 1942, n. 327, così recita: «1. Quando il concessionario intende sostituire altri nel godimento della concessione deve chiedere l'autorizzazione all'autorità concedente. 2. In caso di vendita o di esecuzione forzata, l'acquirente o l'aggiudicatario di opere o impianti costruiti dal concessionario su beni demaniali non può subentrare nella concessione senza l'autorizzazione dell'autorità concedente. 3. In caso di morte del concessionario gli eredi subentrano nel godimento della concessione, ma devono chiederne la conferma entro sei mesi, sotto pena di decadenza. Se, per ragioni attinenti all'idoneità tecnica od economica degli eredi, l'amministrazione non ritiene opportuno confermare la concessione, si applicano le norme relative alla revoca».

³⁴ Si veda T.A.R. Liguria (Genova), Sez. II, 20 dicembre 2019, n. 986, in *Redazione Giuffrè amm.* 2019: «ai sensi dell'art. 46 cod. nav., l'autorizzazione al subingresso nella concessione demaniale marittima dev'essere richiesta preventivamente (“quando il concessionario intenda sostituire altri nel godimento della concessione”), non già in via postuma o a sanatoria»; T.A.R. Liguria (Genova), Sez. I, 1 marzo 2019, n. 165, in *Foro amm.*, 2019, 3, 529: «il rinvio «per avvalimento» ai requisiti posseduti da terzi non è ammissibile nella materia del subingresso nella concessione demaniale marittima,

La giurisprudenza ha precisato che «la disciplina relativa al subingresso nella concessione demaniale marittima delinea un istituto *sui generis*, contemporaneamente diverso dal rilascio della concessione (art. 36 e ss. cod. nav.), ma anche dalla mera autorizzazione; si tratta, infatti, della sostituzione di un soggetto nell'ambito di un rapporto concessorio preesistente (del quale permangono le condizioni e scadenze) e dunque di una novazione soggettiva, che necessariamente partecipa della natura della concessione demaniale, configurando una sorta di fenomeno derivativo, rispetto al quale non opera il silenzio assenso, occorrendo invece un provvedimento espresso; tale soluzione trova indiretta conferma, sul piano sistematico, nella disposizione dell'art. 30 del reg. nav. mar., il cui comma 3 stabilisce che “qualora l'amministrazione, in caso di vendita o di esecuzione forzata, non intenda autorizzare il subingresso dell'acquirente o dell'aggiudicatario nella concessione, si applicano in caso di vendita le disposizioni sulla decadenza e in caso di esecuzione forzata le disposizioni sulla revoca”; in particolare, la previsione di una revoca (dell'originaria concessione) sembra escludere che il subingresso si fondi su di un mero provvedimento di rimozione di un limite ad un diritto preesistente».³⁵

poiché la previsione di cui al secondo comma dell'art. 46 cod. nav., postula una verifica ex ante in ordine ai requisiti del soggetto che chiede di subentrare nel rapporto concessorio».

³⁵ CONS. ST., Sez. V, 4 gennaio 2018, n. 52, in *Foro amm.*, 2018, 1, 12. Pertanto, mentre in caso di rilascio della concessione demaniale marittima ai sensi dell'art. 36 ss. cod. nav., l'Amministrazione deve avviare un procedimento selettivo concorsuale ai fini dell'individuazione del concessionario in grado di offrire le migliori garanzie in termini di utilizzo del titolo concessorio, in un'ottica di perseguimento del pubblico interesse alla migliore utilizzazione dell'area demaniale marittima, il subingresso nella concessione (art. 46 cod. nav.) «è un istituto del tutto distinto dal rilascio, in quanto determina unicamente la sostituzione di un soggetto nell'ambito di un medesimo rapporto concessorio (permanendone le relative condizioni e scadenze), ossia la novazione soggettiva e, in tal caso, l'Amministrazione si limita ad acquisire le istanze del cedente e del subentrante e ad accertare le condizioni soggettive di quest'ultimo, potendo prescindere dallo svolgimento di una procedura concorsuale»; in questi termini T.A.R. Catania, (Sicilia) sez. III, 9 giugno 2017, n. 1377, in *Foro amm.*, 2017, 6, 1418 e, analogamente, T.A.R. Roma, (Lazio), sez. II, 20 luglio 2015, n. 9840, in *Riv. giur. edilizia*, 2015, 5, I, 1193. Si veda anche CONS. ST., sez. VI, 30 agosto 2011, n. 4837, in *Riv. giur. edilizia*, 2011, 6, I, 1747, per cui «in ipotesi di fallimento del titolare di una concessione demaniale marittima, trova applicazione il combinato disposto dell'art. 46 c. nav. – esteso in via analogica anche a tale fattispecie – e dell'art. 30 del relativo regolamento. Ne deriva che il soggetto che abbia conseguito in sede di concordato la proprietà delle opere interessate dalla concessione è legittimato a chiedere l'autorizzazione al subingresso senza necessità di acquisizione del consenso dell'originario concedente. Tale consenso peraltro può ritenersi sotteso al negozio di trasferimento dell'intera massa attiva che, pur non potendo produrre effetto traslativo opponibile all'amministrazione in ordine al titolo pubblicistico, implica, anche alla stregua dei canoni civilistici di buona fede e tutela dell'affidamento, l'impegno a non ostacolare il conseguimento della legittimazione amministrativa idonea a conferire reale vitalità economica al passaggio di proprietà dei beni materiali»; ne consegue il difetto di legittimazione del concessionario a contestare l'autorizzazione al subingresso alla luce dell'art. 30, co. 2, del Regolamento ove, con disposizione applicabile anche al fallimento e sorretta dall'inscindibilità funzionale tra titolo e opere, si statuisce che qualora l'amministrazione, in caso di vendita o di esecuzione forzata, non intenda autorizzare il subingresso nella concessione, si applicano le disposizioni sulla decadenza nel primo caso e sulla revoca nel secondo. Il mancato intervento dell'autorizzazione non comporta quindi la reviviscenza o persistenza del titolo concessorio ma la sua caducazione obbligatoria.

Pertanto, in questo caso, la giurisprudenza riconosce che il subingresso nella concessione demaniale marittima determini una mera sostituzione di un soggetto nell'ambito del medesimo rapporto, senza che mutino le relative condizioni e scadenze, qualificandosi come un provvedimento diverso da quello intervenuto in sede di originario rilascio, nonostante non si sia mancato di sottolineare che «l'autorizzazione al subingresso o la conferma della concessione in caso di successione degli eredi comport[il] la spendita di poteri autoritativi circa la sussistenza dei requisiti di idoneità tecnica ed economica nel soggetto subentrante o negli eredi»³⁶ e che perciò l'intervento dell'amministrazione procedente sia caratterizzato da notevoli margini di discrezionalità in vista di una proficua utilizzazione del bene.³⁷

Sempre in materia di concessioni aventi ad oggetto beni pubblici, il r.d. 29 luglio 1927, n. 1443 sulle fonti minerarie, tutt'oggi in vigore, prevede, all'art. 27, commi 1 e 2, in ordine alla concessione di coltivazione di sostanze minerali, che: «qualunque trasferimento, per atto fra vivi, della concessione deve essere preventivamente autorizzato dal Ministro dell'industria, del commercio e dell'artigianato. Ogni atto, che non abbia riportato la preventiva autorizzazione suddetta, è nullo tanto nei confronti dell'Amministrazione quanto fra le parti».

Anche in questo caso si ammette dunque il trasferimento *inter vivos* della concessione, inteso proprio come mutamento soggettivo nel rapporto pubblicistico e non come subentro nel solo godimento dell'esercizio in concreto della facoltà di coltivazione (subconcessione). In tal modo la titolarità della facoltà di esercizio dell'attività, entrata nella sfera giuridico-patrimoniale del concessionario, può essere oggetto di un negozio giuridico di cessione quale atto di autonomia privata, rappresentando un possibile strumento tramite il quale realizzare l'avvicinarsi di quei soggetti che hanno maggiore interesse a mettere a profitto tale categoria di beni; si noti che oggetto del trasferimento è la titolarità della facoltà e non sono i beni sui quali essa si esercita che, nel caso di specie, fanno parte del patrimonio indisponibile dello Stato.³⁸

In dottrina, sul subingresso delle concessioni demaniali marittime si vedano G. DI GIANDOMENICO, *Demianialità marittima e subingresso nella concessione dei porti turistici*, in *Foro amm. CDS*, 7-8, 2004, 2354; F. DI LASCIO, *Concessioni di demanio marittimo e tutela della concorrenza*, nota a Tar Lazio, Latina, sez. I, 9 gennaio 2009, n. 12, in *Foro amm. T.A.R.*, 2009, 3, 787; M. DE BENEDETTO - F. DI LASCIO, *La regolazione del demanio marittimo in Italia e Spagna: problemi, riforme e prospettive*, in *Riv. giur. edil.*, 2014, 1, 28.

³⁶ T.A.R. Liguria, Genova, Sez. II, 14 aprile 2017, n. 339, in *Redazione Giuffrè amm.*, 2017.

³⁷ In questo senso si vedano T.A.R. Liguria, Genova, sez. I, 8 giugno 2016, n. 583, in *Diritto e Giustizia* 2016, 13 giugno; CONS. ST., sez. VI, 14 luglio 2011, n. 4285, in *Foro amm. CdS* 2011, 7-8, 2526; T.A.R. Sardegna, 17 febbraio 2009, n. 193, in *Foro amm. TAR*, 2009, 2, 590; T.A.R. Cagliari, sez. I, 21 gennaio 2005, n. 71, in *Foro amm. TAR*, 2005, 1, 264.

³⁸ Così, e in generale sul tema, G. ABBATE, *La nullità dei trasferimenti di concessioni minerarie non preventivamente autorizzate e la funzione dell'autorizzazione*, in *Rivista di diritto minerario*, n. 1, gennaio-marzo 1954, 1 ss.

Il trasferimento è tuttavia subordinato al rilascio di una preventiva autorizzazione, la cui mancanza determina la nullità del trasferimento. In questo caso è la legge stessa a considerare l'autorizzazione al subingresso una condizione di validità del medesimo, in assenza della quale il contratto di cessione dovrebbe considerarsi, da un punto di vista civilistico, nullo.

La giurisprudenza più recente sembra legare la portata dell'autorizzazione al subingresso ad una forte discrezionalità, non solo in ragione del fatto che la concessione mineraria sarebbe connotata da un elemento di fiduciarità, ma anche perché l'intervento dell'amministrazione potrebbe vertere su di una rivalutazione complessiva dello stesso rapporto concessorio, vagliando tanto l'idoneità tecnica ed economica del nuovo soggetto (tendenzialmente *ex post*) quanto (*ex ante*) l'opportunità attuale della concessione stessa, come se, di fatto, venisse rilasciato un nuovo provvedimento.³⁹

L'ipotesi normativa appena citata e la relativa giurisprudenza offrono l'occasione per soffermarsi sulla qualificazione del preventivo intervento autorizzatorio dell'amministrazione competente, che può ritenersi questione aperta e che vale in generale per il trasferimento di qualsiasi provvedimento.

³⁹ Sul punto CONS. ST., sez. VI, 8 maggio 2012, n. 2651, in *Foro amm.* 2012, 5, 1288, per cui: «da concessione mineraria concreta un'attribuzione connotata da significativi elementi di fiduciarità, per l'affidamento che l'amministrazione concedente deve riporre nel concessionario (specie in ordine alla capacità e all'effettività della coltivazione): di tal che non può ritenersi ammissibile la disposizione "inter vivos" del titolo concessorio in assenza della preventiva autorizzazione regionale; tale assenso preventivo deve essere considerato come un prerequisito dell'atto di trasferimento, che ne condiziona l'efficacia. Con il trasferimento tra vivi, infatti, il mutamento soggettivo dà luogo ad una modificazione essenziale del rapporto concessorio e questo è sottoposto ex novo a tutte le relative valutazioni, non solo circa l'idoneità tecnica ed economica del nuovo soggetto, ma anche circa la sussistenza attuale dell'interesse pubblico allo sfruttamento; pertanto, non può ritenersi il rinnovo del titolo alla stregua di un "atto dovuto", salvi i controlli (non preventivi, ma) successivi sull'affidabilità tecnica ed economica del concessionario, in quanto ciò sarebbe in evidente contrasto con il precetto dell'art. 27 del r.d. n. 1443 del 1927 secondo cui "qualunque trasferimento, per atto tra vivi, della concessione deve essere preventivamente autorizzato dal Ministro dell'industria, del commercio e dell'artigianato" (oggi dalla Regione)».

Cfr. anche T.A.R. Roma (Lazio), sez. II, 19 giugno 2018, n. 6855, il quale, pronunciandosi in materia di concessione demaniale anche se non mineraria (laddove, nel caso di specie, pur non essendo previsto nulla a livello normativo, nella convenzione si faceva espresso divieto di cedere a terzi la concessione salvo espressa autorizzazione della concedente rilasciata su richiesta motivata), precisa che: «secondo il consolidato orientamento della giurisprudenza, condiviso dal Collegio, un soggetto terzo non può subentrare in una concessione ovvero in parte di essa senza la preventiva autorizzazione dell'autorità concedente (cfr. Cons. Stato, VI, 20.3.2007, n. 1320). È, infatti, legittimo il requisito della preventiva autorizzazione dell'atto di cessione del ramo d'azienda o di qualsiasi altro titolo idoneo a determinare il subingresso nella concessione demaniale poiché spetta all'amministrazione verificare se il predetto subentro continui ad assicurare l'interesse pubblico che giustifica costantemente l'attività concessoria di beni demaniali, la quale non può dar luogo ad una mera disponibilità individuale del bene pubblico, non connotata da un preciso titolo giustificativo che la rende meritevole di pervenire alla sottrazione del bene stesso al libero uso della collettività». Ciò rende inopponibile nei confronti dell'amministrazione il subingresso avvenuto a seguito di mera comunicazione all'Amministrazione.

Quando la legge si limita a ritenere necessaria una preventiva ed apposita autorizzazione al subingresso, nulla vieta, come si è già accennato, che la vicenda possa diventare in concreto occasione per un esercizio di discrezionalità che si estenda ad una complessiva rivalutazione della convenienza del provvedimento ma, di per sé, l'oggetto dello specifico provvedimento di subingresso dovrebbe "ridursi", come poi di fatto avviene nella maggior parte dei casi, ad una verifica della sussistenza di predeterminati requisiti di idoneità in capo al soggetto che intende subentrare, nonostante la giurisprudenza talvolta ammetta, come visto, una complessiva rivalutazione di opportunità del provvedimento.

È chiaro che la portata di tale intervento può variare molto, in relazione al provvedimento, al contesto in cui opera e alla situazione di fatto. Del resto, in assenza di specificazioni nella disciplina di settore e di criteri certi in materia, anche sull'inquadramento dell'intervento preventivo dell'amministrazione, così come sulla trasferibilità del provvedimento in generale, non si può far altro che ragionare sulle complessive dinamiche del settore nel quale il provvedimento opera, oltre che sulla sua natura e sui presupposti del suo rilascio, al fine di poter individuare una possibile *ratio* giuridica sulla quale fondare un percorso argomentativo in materia.

Tuttavia, in linea di principio, vista la prospettiva con cui qui si affronta il tema e in ragione delle considerazioni svolte (i) sull'attuale configurazione giuridica dell'autorizzazione, che continua a poter essere letta come rimozione di un limite ad un diritto o facoltà preesistente e propria del privato, (ii) sulla notevole riduzione di discrezionalità in fase di rilascio del provvedimento per via della tendenziale predeterminazione di criteri e requisiti per il rilascio, (iii) sulla forma contrattuale in cui si cristallizzano i rapporti concessori affidati ai sensi del d.lgs. n. 50/2016 e successive modifiche, (iv) nonché sulla forte delimitazione dei principali poteri di intervento *ex post* dell'amministrazione, sembra potersi sostenere che: per le autorizzazioni a carattere non esclusivamente personale e dunque rilasciate *ob rem ac personam*, ossia sulla base di requisiti tanto oggettivi quanto soggettivi, per le concessioni disciplinate dal Codice dei contratti e, ovviamente, in tutti i casi in cui l'autorizzazione al subentro sia espressamente prevista per legge, si dovrebbe escludere che quest'ultima possa avere una portata diversa dal vaglio dei soli requisiti soggettivi di chi subentra nel godimento di un bene o nello svolgimento di un'attività già avviata, controllo che peraltro, in molti casi, si realizza comunque in un momento successivo.

È chiaro che limitare la verifica ai soli requisiti soggettivi è possibile solo se la modifica avviene unicamente dal lato soggettivo: se, contestualmente, intervengono modifiche anche dal lato oggettivo, si fuoriesce infatti dalla trasferibilità di titolarità per come qui intesa, sfociando in situazioni che inevitabilmente possono richiedere una rivalutazione complessiva della fattispecie e di tutti i requisiti richiesti.

Allo stato attuale, in assenza di disposizioni normative complete o di principi e criteri vagliati e condivisi cui la giurisprudenza possa ispirarsi, solo l'analisi del caso concreto, ossia di come abbia effettivamente proceduto l'amministrazione competente, può far capire se l'intervento favorevole possa configurarsi, con le conseguenti implicazioni in sede di impugnazione, come provvedimento di conferma che, all'esito di una nuova e completa istruttoria sulla fattispecie, si sostituisce al precedente o, piuttosto, come atto di mera conferma che, limitandosi a ribadire l'inalterata volontà dell'amministrazione, non sostituisce il precedente.

Ad ogni modo, se si ritiene di non ammettere, come si crede per questioni di opportunità e di coerenza di sistema, che non possa riconoscersi un ruolo del tutto autonomo alle parti private nello stipulare un negozio traslativo non solo della realtà aziendale ma anche, congiuntamente, del diritto o facoltà di esercizio della stessa, per come delineato nel provvedimento, certamente si ritiene che, quantomeno laddove la trasferibilità è normativamente ammessa, lo schema a cui deve ricondursi l'intervento amministrativo differisca «dalla sequenza norma-potere-fatto, per avvicinarsi sensibilmente allo schema norma-fatto. Se, infatti, la norma dispone in ordine al fatto presupposto, rappresentato dalla possibilità, entro certe condizioni predeterminate, di trasferire la titolarità di esercizio dell'attività mediante un accordo fra privati, che diviene, quindi, la fonte dell'acquisto a titolo derivativo e dispone, altresì, che gli *effetti* del passaggio traslativo si generino in seguito all'esercizio del potere amministrativo volto a verificare l'esistenza delle condizioni predeterminate dalla legge, l'attività dell'amministrazione, pur indispensabile per rendere concreta la fattispecie voluta dal privato, è contenuta entro i termini tipicizzati di tale accertamento e potrebbe addirittura avvicinarsi alla categoria degli atti di verifica [...] rimanendo esclusa dall'attività amministrativa in tal momento esercitata, ogni valutazione di tipo discrezionale in ordine alla attività oggetto di trapasso del diritto di esercizio».⁴⁰

Solo in questo modo si riconduce l'autorizzazione in questione alla finalità che si ritiene esserle propria, ossia permettere il subingresso. Si è infatti osservato che, per come legislativamente previsto, il potere della P.A. si concretizza in una forma di intervento autorizzatorio alla traslazione o al subentro e dunque alla novazione

⁴⁰ V. GIOMI, *op. cit.*, cit., 409 ss.; l'Autrice riconosce come, con l'emanazione del provvedimento di subentro, nella maggior parte dei casi, non vi sia alcuna ponderazione di interessi ma l'amministrazione eserciti un potere assolutamente vincolato e doveroso, da cui scaturiscono effetti che danno vita ad un nuovo assetto di rapporti ma che, per tramite del provvedimento, sono di fatto imputabili a conseguenze già predefinite dal legislatore, ammettendo che, nella realtà dei fatti, «il provvedimento autorizzatorio di cui si opera la traslazione, divenuta oggetto dell'accordo negoziale fra le parti e, laddove accertato dal pubblico potere, reso idoneo a costituire un acquisto di titolarità a titolo derivativo mediante traslazione del titolo originario, non viene affatto rivalutato discrezionalmente dall'amministrazione al momento dell'accertamento della traslazione» (cit., 412).

soggettiva: non trattandosi di una novazione del provvedimento in sé, ossia di una nuova autorizzazione, non si può riesercitare l'originaria discrezionalità.⁴¹

Da qui si apre un'altra questione che rileva sempre in ordine alla definizione e delimitazione dell'intervento amministrativo previsto *ex ante* in fase di trasferimento del provvedimento.

Se ci si attiene all'idea che il contenuto fondamentale di ogni autorizzazione, per quanto complessa o a carattere conformativo, sia la rimozione di un limite all'esercizio degli aspetti dinamici di una situazione giuridica soggettiva preesistente, allora si può affermare che la facoltà di trasferimento del provvedimento dovrebbe considerarsi rientrante nella sfera giuridica del privato: se la trasferibilità viene ammessa e prevista per legge certamente è nella stessa previsione normativa che si può rinvenire il riconoscimento della facoltà di trasferimento.

⁴¹ V. SPAGNUOLO VIGORITA, *Attività economica privata e potere amministrativo*, op. cit., cit., 182 ss., per cui il trasferimento di autorizzazioni (il riferimento è addirittura a settori contingentati) non avviene a prescindere dal potere pubblico ma questo deve limitarsi «a controllare il ricorrere, nel nuovo titolare, dei requisiti tecnici e personali» richiesti dalla norma; «il relativo giudizio copre soltanto una parte dell'originario apprezzamento e nemmeno la più importante, riferendosi alle sole condizioni di idoneità», pertanto «la valutazione dell'opportunità dell'impresa non deve essere ripetuta a causa del trasferimento, che tutt'al più può esserne in fatto occasione»; ogni diniego opposto al trasferimento dall'amministrazione per motivi diversi dall'idoneità personale sarebbe dunque illegittimo. Si assiste quindi «ad una limitazione rigorosa del potere discrezionale della p.a., portata dal persistente vigore di un apprezzamento precedente (non revocato) in ordine al ricorrere di presupposti oggettivi e reali, non legati che indirettamente al primo soggetto attivo nel settore».

Sul punto sembra interessante citare T.A.R. Lazio (Roma), sez. II, 7 gennaio 2019, n. 186, in *Redazione Giuffrè amm. 2019*, che, pronunciandosi in tema di verifica dei presupposti per l'accoglimento dell'istanza di voltura di una concessione di occupazione di suolo pubblico, precisa: «nel caso della disciplina di Roma Capitale, il Regolamento disciplinante le occupazioni di suolo pubblico, di cui alla DCC n. 75/2010, come modificata dalla DCC n. 39/2014, qualifica come provvedimento ampliativo ex novo sia il primo rilascio che il subentro di un nuovo soggetto nella titolarità dell'occupazione in conseguenza del trasferimento dell'azienda (per cessione o per affitto), così da apprestare un apposito meccanismo di verifica che attualizzi il riscontro del permanere delle condizioni che ne avevano consentito il rilascio. Ma l'equiparazione della qualificazione della natura provvedimentale tra le due fattispecie (sia pure considerando il relativo provvedimento come "nuovo" in entrambi i casi) è limitata, sul piano della disciplina, dalle differenze della relativa istruttoria che, nel caso del subentro, assoggetta la voltura del titolo ai necessari controlli soggettivi (sul richiedente) e, quanto ai presupposti oggettivi, alla sola verifica circa il rispetto dei limiti spaziali e di modalità dell'occupazione che erano stati originariamente fissati dal provvedimento concessorio (il cui mantenimento costituisce [...] una delle condizioni essenziali per il mantenimento dell'OSP nei termini originari in cui era stata concessa). Ciò non impedisce all'Amministrazione di valutare la perdurante attualità della permanenza delle condizioni che hanno consentito a suo tempo il primo rilascio dell'OSP (i cui titoli vengono di norma rilasciati con l'espressa avvertenza della loro revocabilità), ma con l'importante differenza – rispetto all'ipotesi di prima richiesta – che laddove l'Amministrazione intenda riconsiderare tali condizioni, meglio valutandone la sussistenza, dovrà operare – nel caso in cui non ritenga di confermare l'OSP o ravvisi elementi di illegittimità dell'originaria concessione – revocando il precedente titolo concessorio e, solo a queste condizioni, negando poi il subentro»; analogamente anche T.A.R. Lazio (Roma), sez. II, 7 gennaio 2019, n. 166.

La prevista autorizzazione al subentro costituisce quindi una condizione di legittimazione⁴² del cedente ad esercitare tale facoltà, a seguito di un'attività di verifica di compatibilità che verta sul solo soggetto cessionario, ossia sui requisiti soggettivi di idoneità o moralità, cui può associarsi una verifica sulla permanenza dei requisiti di idoneità strutturale dei luoghi in cui si deve svolgere una determinata attività; il diniego dell'autorizzazione non potrebbe quindi conseguire ad una rivalutazione sull'attività e sulle sue oggettive condizioni di svolgimento che faccia venir meno l'opportunità del subentro, fatto salvo l'esercizio di poteri di autotutela decisoria.

La funzione dell'autorizzazione al subentro può quindi considerarsi legittimante per il soggetto trasferente - non nel senso di costituire la legittimazione a trasferire ma nel senso di consentire l'esercizio di tale legittimazione - e abilitante per il soggetto che subentra, la cui idoneità e capacità personale verrà vagliata sulla base e nei limiti dei requisiti richiesti.⁴³

Da un punto di vista pratico sembra che la natura di questo intervento si debba tradurre, in via cautelativa, nel subordinare l'operazione privatistica all'ottenimento della volturazione del provvedimento, ossia ad un'approvazione da parte dell'amministrazione competente ad autorizzare e registrare il passaggio di titolarità.⁴⁴ In questo caso, infatti, «il momento di esercizio del potere pubblico si colloca al termine di una vicenda negoziale privata nell'ambito della quale il titolare originario o gli eredi di quest'ultimo hanno manifestato la precisa volontà di accordarsi per disporre in ordine alla fuoriuscita dalla propria sfera, anche sotto il profilo economico, del diritto di esercizio dell'attività autorizzata».⁴⁵

Sembra questo il significato e la funzione più opportuna da attribuire al termine autorizzazione al subentro e, più in generale, all'intervento amministrativo richiesto in caso di trasferimento del provvedimento, posto che possono rinvenirsi ipotesi legislative in cui ad esso ci si riferisce non in termini di autorizzazione ma, per esempio, di assenso.

È questo il caso della gestione del gioco del «Bingo» - disciplinato dal D.M. 31 gennaio 2000, n. 29 - il cui esercizio è riservato al Ministero delle Finanze e che può

⁴² Sull'atto di intervento dell'amministrazione come presupposto di legittimità del trasferimento si veda S. SILVESTRI, *Il riscatto delle concessioni amministrative*, Milano, 1956, 164; sull'intervento dell'amministrazione come atto di approvazione legato ad una valutazione tecnico-patrimoniale e non personale, R. ALESSI, *Sistema istituzionale del diritto amministrativo italiano*, Milano, 1958, 170.

⁴³ In termini cfr. G. ABBATE, *op. ult. cit.*, 20.

⁴⁴ In caso di volontario trasferimento *inter vivos*, per esempio, si dovrebbe opportunamente stipulare un preliminare di cessione dell'azienda nel quale la voltura risulti come *condicio sine qua non* per la stipula del contratto definitivo.

⁴⁵ V. GIOMI, *op. cit.*, cit., 408; si concepisce quindi la volontà di spogliarsi del diritto di esercizio come una vicenda privata, differente, peraltro, rispetto al «conferimento della titolarità ad una struttura societaria di cui è parte il titolare, poiché tale vicenda, pur presupponendo il mutamento soggettivo dell'operatore economico, fa conseguire ad esso il trasferimento della titolarità e non alla precisa volontà di spogliarsi del titolo di esercizio».

essere affidato in concessione a persone fisiche o società dotate di idonei requisiti e in cui si consente, ai sensi dell'art. 2, co. 3, il trasferimento delle concessioni a soggetti in possesso dei requisiti stabiliti per il rilascio delle stesse previo assenso, appunto, del Ministero delle Finanze.

In altri casi invece, il trasferimento del provvedimento si associa ad una sola comunicazione all'amministrazione competente: la scelta del termine si giustifica in relazione alla tipologia di provvedimento da trasferire e ai presupposti del suo rilascio e, nei fatti, realizza una forma di trasferimento automatico, in cui non si richiede alcun intervento attivo ed *ex ante* dell'amministrazione che, nel momento in cui le viene comunicato il trasferimento, si limita a prendere atto della successione nell'attività.

Il riferimento è all'esercizio dell'attività commerciale di cui al d.lgs. 31 marzo 1998, n. 114, l'art. 26, co. 5, laddove si sancisce che, per le medie e grandi strutture di vendita (per la cui apertura deve essere richiesta autorizzazione al comune competente per territorio ai sensi degli artt. 8 e 9), in caso di trasferimento della gestione o della proprietà per atto tra vivi o per causa di morte, è sufficiente la sola comunicazione al comune stesso.⁴⁶

⁴⁶ Sul punto si veda T.A.R. Lazio (Roma), Sez. II, 3 maggio 2019, n. 5581, per il quale: «mentre tra le parti private (cedente e cessionario) la circolazione commerciale è regolata dall'accordo e dalla legge civile, le autorizzazioni amministrative all'esercizio di un'attività di impresa, avendo carattere personale, non sono riconducibili al novero dei beni aziendali (e dunque non sono trasferibili con il relativo contratto di cessione o di affitto, tanto che il relativo trasferimento non può che considerarsi nullo in ragione della violazione del principio di intrasferibilità delle autorizzazioni amministrative, che sono personali; vedasi CASS. CIV., II, 16 ottobre 2006, nr. 22112; e 6 febbraio 2004, nr. 2240), così che il contratto di trasferimento (a titolo di cessione o di affitto) dell'azienda costituisce, nei confronti dell'Amministrazione, solo un presupposto di legittimazione del subentrante a richiedere l'intestazione o voltura della licenza a proprio nome, che costituisce, a sua volta, un provvedimento costitutivo».

Il citato art. 26, d.lgs. n. 114/1998, ha abrogato la previgente l. n. 426 del 1971 recante la disciplina del commercio, il cui art. 29, co. 1, prevedeva un trasferimento automatico dell'autorizzazione in caso di subingresso nella gestione o titolarità dell'attività, recitando testualmente «il trasferimento della gestione o della titolarità di un esercizio di vendita per atto tra vivi o a causa di morte comporta il trasferimento dell'autorizzazione, sempre che sia provato l'effettivo trapasso dell'esercizio e il subentrante sia iscritto nel registro previsto dal capo I della presente legge». Ai sensi di questa norma la voltura dell'autorizzazione si configurava come «atto dovuto in quanto la p.a. deve limitarsi ad accertare la sussistenza del trasferimento dell'esercizio di vendita e l'iscrizione, da parte dell'avente causa, nel registro degli esercenti il commercio ma, in caso di esito positivo, la licenza in subingresso o la voltura di quella originaria non potranno essere negati. Pertanto, [...] il trasferimento in gestione o in proprietà di un esercizio comunale, per atto tra vivi o mortis causa, attribuisce a chi subentra nell'attività il dritto di ottenere la relativa autorizzazione amministrativa, ove sussistano le condizioni soggettive dell'iscrizione nel registro degli esercenti il commercio e quelle oggettive dell'effettivo trasferimento dell'esercizio» (così T.A.R. Campania (Napoli), Sez. III, 12 aprile 2007, n. 3417, in *Foro amm. TAR*, 2007, 4, 1412). Oggi, per l'attività di somministrazione al pubblico di alimenti e bevande l'art. 64, co. 1, del d.lgs. 26 marzo 2010, n. 59, prevede che il trasferimento della gestione o della titolarità degli esercizi in questione sia soggetto a segnalazione certificata di inizio attività da presentare allo sportello unico per le attività produttive del comune competente per territorio ai sensi dell'art. 19, l. 241/1990.

L'imposizione di un onere di comunicazione in capo ai privati affinché l'amministrazione acquisisca l'identità del nuovo titolare è ovviamente il minimo comun denominatore di ogni vicenda circolatoria dalla quale, altrimenti, si estrometterebbe totalmente l'amministrazione senza alcuna considerazione del rapporto giuspubblicistico, pur esistente quand'anche non dominato da un elemento fiduciario. Certo è che, in questo caso, l'attività dell'amministrazione di acquisizione dei dati relativi all'avvicinarsi di diversi titolari non può incidere in alcun modo sulla volontà privata ricollegata al trasferimento della situazione giuridica soggettiva privatistica sulla quale l'atto amministrativo esplica i suoi effetti, potendosi parlare di trasferimento automatico.

In questa rassegna occorre citare anche l'art. 29 *nomies* del d.lgs. n. 3 aprile 2006, n. 152, (c.d. Testo unico in materia di ambiente), il cui co. 4, in tema di autorizzazione integrata ambientale, prevede che «nel caso in cui intervengano variazioni nella titolarità della gestione dell'impianto, il vecchio gestore e il nuovo gestore ne danno comunicazione entro trenta giorni all'autorità competente, anche nelle forme dell'autocertificazione ai fini della volturazione dell'autorizzazione integrata ambientale».⁴⁷

L'esempio è particolarmente significativo vista la portata delle autorizzazioni di cui trattasi, rilasciate all'esito di un'istruttoria procedimentale connessa al principio di precauzione - finalizzato a sua volta a rendere effettivo il principio di prevenzione di

⁴⁷ Sul punto si veda B. MERCURIO, *La rilevanza dei requisiti oggettivi e l'indifferenza di quelli soggettivi in materia di Autorizzazione integrata ambientale: ricadute processuali e procedurali*, Nota a Consiglio di Stato, 20 gennaio 2015, n. 163, sez. V, in *Riv. giur. edilizia*, 1-2, 2016, 77; si veda in specie § 5.2 della sentenza, laddove si sottolinea come nella citata disposizione sulle variazioni soggettive nella gestione vi sia un'assenza assoluta di qualsivoglia discrezionalità essendo la volturazione di cui trattasi, «un atto di per sé dovuto» sulla base di quanto comunicato mediante autocertificazione, fermo «restando l'onere» per l'autorità competente di controllare il contenuto dell'autocertificazione stessa, nonché la possibilità, con ulteriori e distinti atti, di esercitare «ogni forma di controllo sullo svolgimento anche da parte del nuovo intestatario dell'A.I.A. delle attività autorizzate, come del resto ciò era possibile anche nei confronti del precedente intestatario dell'autorizzazione». Il Consiglio di Stato riforma così la sentenza di primo grado del T.A.R. Toscana che aveva erroneamente qualificato come viziante la mancata impugnazione da parte dei ricorrenti della voltura quale provvedimento discrezionale autonomamente impugnabile per impedirne il consolidamento di efficacia; il C.d.S. ha ritenuto per contro la voltura un provvedimento vincolato e quindi impugnabile e conseguentemente caducabile attraverso l'annullamento dell'atto presupposto.

Un funzionamento analogo lo si può riscontrare anche nell'ordinamento francese nel quale, ai sensi del *Code de l'environnement* (in particolare art. R. 181-47) il passaggio di titolarità (*changement d'exploitation*) dell'*autorisation environnementale* è subordinato ad una apposita dichiarazione (*déclaration*), indirizzata al Prefetto da parte del nuovo beneficiario e, tendenzialmente, successiva al trasferimento dell'autorizzazione stessa, in cui occorre indicare solamente le generalità (nome, cognome, domicilio in caso di persona fisica o denominazione, ragione sociale, sede e legale rappresentante in caso di persona giuridica). La dichiarazione è preventiva solo in specifici casi previsti dalla legge; in queste ipotesi, oltre alle suddette indicazioni, il nuovo beneficiario deve giustificare anche la sussistenza della capacità tecnica e finanziaria richiesta. In ogni caso, se il Prefetto intende opporsi al trasferimento, deve notificare il suo rifiuto motivato entro due mesi. Sull'autorizzazione ambientale si rinvia in generale a C. HUGLO – C. GRENET – R. JEANNEL, *Autorisation environnementale*, in *JurisClassseur Environnement et Développement durable*, 31 Décembre 2019, fasc. 2590.

matrice europea, richiamato dall'art. 3 *ter* del d.lgs. n. 152/2006⁴⁸ – e legata alla sostenibilità ambientale di una determinata attività ossia ad una valutazione di compatibilità con interessi sensibili, tra cui, certamente, quelli di rango costituzionale di cui agli artt. 9 e 32 Cost., che coinvolge diverse valutazioni discrezionali con riguardo a molteplici aspetti e discipline di settore⁴⁹, valutazioni poi integrate in una complessa determinazione finale.⁵⁰

La previsione è emblematica per evidenziare come, nonostante il procedimento di rilascio e il contenuto provvedimento possano essere articolati, la valutazione amministrativa in fase di trasferimento o di voltura sia ben diversa rispetto a quella operata in sede di primo rilascio, decisamente più semplice e limitata, collocandosi in un momento in cui, ad attività già avviata, l'azzeramento di discrezionalità non può essere considerato lesivo degli interessi da proteggere, garantiti dal contenuto precettivo dell'autorizzazione (che rimane invariato nel suo oggetto) e la cui concreta tutela, peraltro, può essere garantita unicamente tramite un efficiente ed effettivo controllo, le cui eventuali lacune non possono essere chiamate in causa per giustificare un'aprioristica "paralisi" delle vicende modificative soggettive giuspubblicistiche.

Infine, ultima ipotesi normativa che qui si segnala, è quella del permesso di costruire, trasferibile ai successori o aventi causa insieme all'immobile ai sensi dell'art. 11, co. 2, d.p.r. n. 380 del 2001.

In questo caso il trasferimento si ammette senza particolari problemi perché, tradizionalmente, si ritiene che il provvedimento in questione, a prescindere dalle denominazioni assunte nel tempo, non abbia natura personale ma reale, o quantomeno prevalentemente reale.⁵¹

⁴⁸ Sul tema si rinvia, *ex multis*, a R. FERRARA, *I principi comunitari della tutela dell'ambiente*, in *Dir. amm.*, 3, 2005; G. MANCINI PALAMONI, *Il principio di prevenzione*, in *ambienteditto.it*, 2014.

⁴⁹ Art. 29 *quater*, co. 11, d.lgs. n. 152/2006, per cui le autorizzazioni integrate ambientali «sostituiscono ad ogni effetto le autorizzazioni riportate all'allegato IV», «secondo le modalità e gli effetti previste dalle relative norme settoriali».

⁵⁰ In materia si vedano, *ex multis*, M. GABRIOTTI, *L'autorizzazione integrata ambientale*, in *Ambiente*, 5, 2000, 530; R. FERRARA, *La protezione dell'ambiente e il procedimento amministrativo nella «società del rischio»*, in *Dir. e soc.*, 2006, 507; F. FIGORILLI, *L'autorizzazione integrata ambientale quale ulteriore strumento di semplificazione*, in *Nuove autonomie*, 3-4, 2008, 683; M. RENNA, *Le semplificazioni amministrative (nel decreto legislativo n. 152 del 2006)*, in *Riv. giur. ambiente*, 2009, 661; A. GIUSTI, *La disciplina dell'inquinamento atmosferico da attività industriali nel Codice dell'ambiente*, in *Riv. quadr. dir. dell'ambiente*, 2, 2011, 57; E. FREDIANI, *Autorizzazione integrata ambientale e tutela "sistemica" nella vicenda dell'Ilva di Taranto*, 17 luglio 2013, in *federalismi.it*, n. 15, 2013.

⁵¹ Già al tempo in cui si parlava di licenza edilizia, la natura prevalentemente reale del provvedimento non veniva posta in questione, nonostante, a fronte di chi escludeva del tutto la presenza di un elemento personale (A. M. SANDULLI, *Autorizzazioni, abilitazioni, licenze*, *op. cit.*, 2; V. SPAGNUOLO VIGORITA, *Legittimazione alla richiesta e all'impugnativa del diniego di licenza edilizia*, in *Riv. giur. edilizia*, 1959, I, 446), non mancasse chi riteneva pur sempre presente un elemento di personalità (tra cui Lucifredi, Amorth, Nigro, Vignocchi); sul punto C. DAL PIAZ, *op. cit.*, 115, nota 5 per la dottrina qui richiamata.

In specie, poiché il presupposto soggettivo per il rilascio del permesso di costruire è l'essere titolare di una situazione giuridica di disponibilità in relazione ad un certo bene⁵², le qualità individuali o la capacità economica della persona non rilevano. Da qui, ossia dalla realtà del permesso di costruire, discende la sua trasferibilità, unitamente al bene materiale cui inerisce, sia in caso di morte sia per atto tra vivi.⁵³

Anche in questo caso, come nella maggior parte di quelli sin ora citati, la trasferibilità è relativa, perché si prevede comunque un intervento dell'amministrazione tramite un provvedimento di voltura richiesto dal soggetto interessato, ossia legittimato.

In realtà tale voltura, similmente a quanto detto per l'autorizzazione al subingresso nelle richiamate ipotesi concessorie, non si ritiene rappresenti un nuovo permesso, ma un provvedimento di accettazione della modificazione soggettiva nel rapporto pubblicistico, a seguito di un accertamento in cui l'amministrazione competente si limita a verificare la sussistenza delle condizioni richieste dal regolamento edilizio

⁵² Vd. per es. CONS. ST, Sez. II, 18 dicembre 2019, n. 8543, in *Redazione Giuffrè amm. 2019*: «ai fini del rilascio del permesso di costruire l'Amministrazione è onerata del solo accertamento della sussistenza del titolo astrattamente idoneo alla disponibilità dell'area oggetto dell'intervento edilizio, desunta dagli atti pubblici prodotti e, in via residuale, dalle risultanze catastali», controllo che si traduce «in una mera presa d'atto, senza necessità di procedere a un'accurata e approfondita disamina dei rapporti tra privati». Vd. anche T.A.R. Toscana (Firenze), Sez. III, 30 ottobre 2018, n. 1426.

⁵³ Discorso simile sul punto può essere fatto per le concessioni cimiteriali, disciplinate in via generale dal d.p.r. 10 settembre 1990, n. 285, provvedimenti con cui si assegnano sepolture private a persone fisiche o giuridiche e che hanno ad oggetto aree o porzioni di edificio in un Cimitero pubblico, configurandosi dunque quale concessione di bene pubblico demaniale. La concessione in questione, rilasciata dal Comune secondo quanto stabilito nel regolamento cimiteriale, costituisce in capo al privato concessionario un diritto soggettivo perfetto di natura reale (diritto di uso dell'area, oltre che personale allo *ius sepulchri*) assimilabile al diritto di superficie e suscettibile di essere traslato, alle condizioni stabilite dal Comune, *inter vivos* o *mortis causa* e perciò opponibile a terzi, ferma restando la proprietà del Comune stesso. Sul punto cfr. CONS. ST., sez. V, 27 ottobre 2014, n. 5296, in *Riv. giur. edilizia*, 2014, 6, I, 1269; si veda più di recente T.A.R. Napoli (Campania), sez. VII, 25 novembre 2019, n. 5540, in *Redazione Giuffrè amm. 2019*: «se è vero che il diritto sul sepolcro è un diritto di natura reale assimilabile al diritto di superficie, suscettibile di possesso e di trasmissione sia *inter vivos* sia *mortis causa*, nei confronti degli altri soggetti privati, è altrettanto vero che esso non preclude l'esercizio dei poteri autoritativi spettanti all'Amministrazione concedente (con la precisazione che nel caso di emanazione di atti di revoca o di decadenza spetta la tutela prevista per le posizioni di interesse legittimo e che, in ogni caso, titolare del diritto reale, nonché della coesistente posizione di interesse legittimo nel caso di emanazione di atti autoritativi, è esclusivamente il concessionario, cui non può neppure essere assimilato né il richiedente la subconcessione, in mancanza di formale provvedimento abilitativo, né chi abbia acquistato solo apparentemente, in ragione della nullità del relativo contratto, il bene demaniale). È, pertanto, del tutto logico e corrispondente ai principi generali dell'ordinamento che l'Amministrazione con un proprio provvedimento autoritativo riacquisti la disponibilità di un bene pubblico, dato in concessione ed oggetto, come nel caso di specie, di abusi o di illeciti da parte del concessionario. Il relativo potere discende, invero, dai principi generali di diritto pubblico, oltre che dalle disposizioni del c.c. che richiamano tali principi generali; per i beni demaniali e per quelli patrimoniali indisponibili, l'Amministrazione concedente è titolare in re ipsa del potere di imporne una gestione conforme alle regole e all'interesse pubblico». Cfr. anche CONS. ST., sez. V, 12 marzo 2018, n. 1554, sul diritto reale del titolare di concessione cimiteriale, suscettibile di protezione piena, ma che nei confronti dell'amministrazione si atteggia a "diritto affievolito" che, attesa altresì la demanialità del bene, soggiace ai poteri regolativi e conformativi di stampo pubblicistico.

comunale per procedere al trasferimento, concretizzandosi in un cambio di intestazione del provvedimento originariamente emanato, senza altre modifiche al contenuto dello stesso.⁵⁴

Non si è esclude poi che il provvedimento di voltura possa contenere, oltre all'accettazione della modificazione soggettiva nel rapporto pubblicistico e dunque della successione in questo, anche una puntuale regolazione dei rapporti patrimoniali sorti tra l'amministrazione e l'originario titolare, in quanto, alla successione nel rapporto pubblicistico, fondata su criteri e parametri pubblicistici, non necessariamente la giurisprudenza riconnette un'automatica liberazione del trasferente dagli obblighi patrimoniali già sorti a suo carico, come il pagamento degli oneri di urbanizzazione, fatta salva espressa pattuizione contraria.⁵⁵

A conclusione di questa breve rassegna si può osservare che la scarsa presenza di disposizioni in materia potrebbe leggersi come conferma delle ragioni, forse più di principio che giuridiche, per le quali la dottrina (se non per pochi autori o brevi accenni) e la giurisprudenza, sembrano "diffidare" dall'aprire una più ampia discussione in materia e, conseguentemente, come conferma della presenza di un generale principio di intrasmissibilità, tale da vedere nei casi in cui il trasferimento del provvedimento è ammesso *ex lege* solo un'eccezione.

Tuttavia, se questa lettura è ammissibile, altrettanto lo può essere una lettura contraria, che si inserisca nelle lacune legislative per ritenere aperta la sostenibilità di

⁵⁴ Sul punto si vedano T.A.R. Molise, sez. I, 25 luglio 2012, n. 373, per il quale «la voltura non implica il rilascio di un nuovo e autonomo titolo edilizio e non richiede, né presuppone, una nuova verifica in ordine alla compatibilità del progetto con la normativa urbanistico-edilizia ma solo una verifica, a contenuto non discrezionale, in ordine alla trasferibilità del titolo ai successori o aventi causa». CONS. ST., atti norm., 1 agosto 2012, n. 2659, in *Foro amm. CDS*, 2012, 7-8, 2111: «in ipotesi di cessione di suoli su cui è stato ottenuto un permesso di costruire, affinché il titolo sia utilizzabile dal nuovo proprietario occorre un apposito procedimento amministrativo, poiché l'autorizzazione amministrativa, pur inerendo alla res, è sempre "ad personam", e la p.a. ha il potere-dovere di accertare la sussistenza dei presupposti perché la stessa sia trasferita a persona diversa, non essendo l'effetto pubblicistico ricollegabile automaticamente al contratto privatistico; ne consegue, altresì, che la mera presentazione dell'istanza di voltura non è sufficiente, poiché il trasferimento si perfeziona solo con l'apposito provvedimento». Si veda anche CONS. ST., sez. VI, 4 gennaio 2016, n. 11: «poiché l'art. 11 del t. u. n. 380 del 2001 stabilisce che il permesso di costruire è trasferibile insieme all'immobile ai successori o aventi causa e poiché [...] l'appellante risulta aver domandato la volturazione [...] a proprio nome, non *jure proprio* ma, quale erede, *jure successionis*, ne discende che l'Amministrazione avrebbe dovuto verificare il possesso dei requisiti soggettivi [...] avendo riguardo alla situazione [...] del de cuius [...] con riferimento ai momenti dell'esecuzione dei lavori e della presentazione della domanda di rilascio del permesso».

⁵⁵ Sul punto interessante T.A.R. Campania (Napoli), sez. II, 9 luglio 2019, n. 3810, in *De jure*, per il quale: «la voltura della concessione edilizia, in difetto di espressa pattuizione ed accettazione da parte del Comune, configura una fattispecie di accollo esterno cumulativo e non liberatorio, considerato che la genericità della formula inserita nel provvedimento di voltura della concessione "si obbliga di fatto al pagamento di tutte le somme ancora dovute" non può equivalere ad una espressa accettazione, da parte del Comune, della liberazione del debitore originario per gli oneri economici da esso dovuti, generando, piuttosto, una modificazione nel lato passivo dell'obbligazione mediante l'aggiunta di un nuovo debitore, rimasto vincolato all'obbligazione, già esistente, tra il Comune e l'originario titolare della concessione edilizia».

un'ipotesi che veda nella trasmissibilità la regola e nell'intrasmissibilità l'eccezione. Dall'analisi normativa, infatti, non sembra di potersi ricavare una vera e propria "presa di posizione" del legislatore in termini di *favor* per l'una o l'altra soluzione, ossia per quella che potrebbe dirsi una intrasmissibilità relativa o, viceversa, per una trasmissibilità relativa.

Laddove poi il legislatore affronta la questione del trasferimento, per lo più limitandosi ad ammetterlo in via relativa, ossia richiedendo un intervento dell'amministrazione, non definito nella sua portata, si rileva in ogni caso la totale assenza di un'effettiva regolazione del fenomeno e delle sue possibili implicazioni, il che non permette di ritrovare nella legge un principio informatore, generale e comune, al quale poter ricondurre la disciplina in materia.

Cionondimeno, a fronte di un sostanziale silenzio della legge, se ci si colloca in una prospettiva che escluda l'intrasmissibilità a priori, si ritiene comunque utile, come accennato, riferirsi al menzionato criterio della prevalenza, caso per caso, dell'*intuitus rei* o dell'*intuitus personae* e dunque della maggiore o minore inerenza dell'atto alla persona del titolare.

Pur nella consapevolezza del margine di indeterminatezza del criterio e delle evidenti incertezze che la sua applicazione può comportare nel singolo caso di specie⁵⁶, si pensa che, facendovi ricorso, sia possibile quantomeno stimolare un ragionamento che non si "appiattisca" su aprioristiche affermazioni in ordine alla personalità del provvedimento amministrativo, ma si giustifichi su una più approfondita valutazione in ordine alla natura, all'oggetto, agli effetti e presupposti dell'atto in questione, nonché, più in generale, al settore nel quale il provvedimento opera e alla complessiva disciplina sul quale esso si regge, "operazione" questa che certo rende primaria l'esigenza di non lasciar scoperto il tema da un punto di vista normativo, stante la possibilità di sollevare sempre dubbi e perplessità in proposito.

Infatti, vi sono casi di autorizzazione il cui rilascio prescinde da considerazioni su requisiti soggettivi del richiedente, basandosi sulla sola valutazione di elementi oggettivi, in relazione alle quali potrebbe ammettersi un trasferimento automatico, conseguente al perfezionarsi del fenomeno successorio di diritto privato e senza un intervento dell'Amministrazione che consenta o legittimi il trasferimento.

Ma, per lo più, sembrano potersi individuare casi limite, in cui, quand'anche l'apprezzamento dell'amministrazione sia riferibile ad elementi solo oggettivi, la disciplina giuridica del bene o dell'attività nel suo complesso potrebbero richiedere una più ampia valutazione sugli effetti della trasferibilità nel settore di riferimento.

In questo senso ci si soffermerà ora su alcune ipotesi normative di trasferibilità non ancora menzionate e ritenute particolarmente significative per mettere in luce le problematiche che, in determinati settori, possono emergere allorquando il

⁵⁶ C. DAL PIAZ, *op. cit.*, 70 ss.

trasferimento del provvedimento venga previsto ma, di fatto, non regolato sulla base della specificità del settore stesso.

3.1 *Le più significative e controverse discipline di settore, tra imprenditorialità, contingentamento e fini pubblici. In specie: il servizio di trasporto pubblico a mezzo taxi e NCC*

Tra i settori in cui si trovano esplicite previsioni normative in tema di trasferibilità del provvedimento si devono citare in particolare il servizio di trasporto pubblico a mezzo taxi e noleggio con conducente e il servizio di assistenza farmaceutica.

In questi casi, infatti, il diritto positivo disciplina il trasferimento del provvedimento come un possibile meccanismo di accesso al settore di riferimento; nella realtà, invero, il trasferimento del titolo pare esser divenuto il principale sistema di ingresso dei nuovi operatori: il dato risulta interessante alla luce del fatto che si tratta di settori in cui l'offerta è contingentata e certo non sono secondarie le esigenze di interesse pubblico sottese alla regolamentazione prevista.⁵⁷

Descrivere il fenomeno della trasferibilità in relazione al contingentamento risulta fondamentale per mettere in luce quali potrebbero essere le distorsioni eventualmente create dal fenomeno in settori innegabilmente dominati da logiche confliggenti e la cui conoscenza appare necessaria per una adeguata regolamentazione del trasferimento di titoli provvedimentali.

Per quel che attiene il settore del trasporto di persone mediante autoservizi pubblici non di linea, ritenuto iper regolamentato e sottratto ad un'effettiva apertura concorrenziale⁵⁸, si è di recente innescato un dibattito scaturito dalla vicenda giurisprudenziale che ha coinvolto la fornitura di servizi di trasporto ai privati tramite piattaforme digitali⁵⁹ e che ha portato alla luce le crescenti esigenze di evoluzione del

⁵⁷ La considerazione, con riferimento specifico al servizio taxi e NCC, è di V. GIOMI, *Mercati in attesa del mercato, op. cit.*, 152, che evidenzia come, anche alla luce di studi di matrice economica, il settore non possa essere affidato ai privati senza le opportune garanzie ma non possa nemmeno essere preso in carico interamente dal pubblico. Del servizio in questione l'Autrice indaga (pp. 144 ss.) la logica posta alla base della attuale conservazione di resistenze alle dinamiche pro concorrenziali, per arrivare, nel ricostruito intreccio di piani e interessi, a ritenere ragionevoli e proporzionali i limiti alla concorrenza e al mercato previsti in materia, sostenuti da finalità di utilità sociale non arbitrarie né irragionevoli che la conducono a considerare la possibilità legale di far circolare il titolo pubblico fra privati nel settore in questione un rischio di depotenziamento delle ragioni poste alla base delle regole pubbliche, stante la valorizzazione del profilo economico del provvedimento (così in particolare a p. 184). L'A., più in generale, esaminando proprio i settori del servizio di trasporto pubblico a mezzo taxi e NCC e del servizio di assistenza farmaceutica privata, mette in luce quali possano essere le conseguenze di sistema innescate dalla circolazione fra privati di provvedimenti amministrativi che, nei citati settori contingentati, costituiscono un limite all'iniziativa economica privata e alla stessa attività, le cui concrete modalità di svolgimento vengono calibrate sul rispetto di logiche sociali. Sulle conclusioni a cui giunge l'Autrice ci si soffermerà più nel dettaglio in seguito.

⁵⁸ Sul punto V. VISCO COMANDINI – S. GIORI – F. VIOLATI, *Le licenze dei taxi: abolizione, regolazione o libero scambio di diritti?*, in *Mercato concorrenza regole*, 3, 2004, 515.

⁵⁹ Sulla vicenda si rinvia a C. ROMANO, *Nuove tecnologie per il mitridatismo regolamentare: il caso Uber Pop*, in *Mercato concorrenza regole*, 2015, 133; O. PINI, *Nuove frontiere del servizio pubblico locale: Uber tra regolazione, giurisprudenza e ruolo delle autonomie*, in *Nuove autonomie*, 2015, 401; O. POLLICINO – V.

settore e la loro difficile conciliazione con il quadro giuridico nazionale, tra vecchie e nuove istanze liberistiche, interessi di categoria e finalità sociali perseguite dalla regolamentazione pubblica tra cui, su tutte, quella di garantire l'esigenza di mobilità dei privati su un determinato territorio, in condizioni di sicurezza⁶⁰.

I servizi di trasporto a mezzo taxi⁶¹ e di noleggio con conducente, attualmente disciplinati dalla legge 15 gennaio 1992, n. 21 in tema di «trasporto di persone

LUBELLO, *Un monito complesso ed una apertura al dibattito europeo rilevante: Uber tra giudici e legislatori*, in *Giur. cost.*, 6, 2016, 2479; A. BOITANI – S. COLOMBO, *Taxi, Ncc, Uber: scontro finale o alba di coesistenza?*, in *Mercato concorrenza regole*, 1, 2017, 61; B. CALABRESE, *Applicazione informativa di trasporto condiviso e concorrenza sleale per violazione di norme pubblicistiche*, Nota a Tribunale Milano, 9 luglio 2015, sez. spec. Impresa, in *Giur. comm.*, 1, 2017, 202; R. DE CARIA, *Preclusa alle Regioni l'introduzione di un divieto generalizzato all'esercizio di un'attività economica (ovvero: la tutela della concorrenza "salva" Uberpop)*, in *Il Piemonte delle autonomie*, 2017; G. RESTA, *Uber di fronte alle corti europee*, Nota a Tribunale Torino, 22 marzo 2017, in *Il Diritto dell'Informazione e dell'Informatica*, 2, 2017, 330; G. BASINI, *Innovazione disruptive e limiti dell'azione di concorrenza sleale per violazione di norme pubblicistiche, dopo il caso Uber*, in *Resp. civ. prev.*, 2018, parte I, 3, 1028, parte II, 4, 1316, parte III, 5, 1656; E. CARUSO, *Regolazione del trasporto pubblico non di linea e innovazione tecnologica. Il caso Uber*, in *Dir. ec.*, 1, 2018, 255; R. LOBIANCO, *Servizi di mobilità a contenuto tecnologico nel settore del trasporto di persone con conducente: brevi riflessioni sulla natura giuridica del fenomeno Uber*, *ivi*, 2018, 3, 1046; M. MIDIRI, *Nuove tecnologie e regolazione: il «caso Uber»*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2018, 3, 1017; D. TEGA, *La Corte di giustizia qualifica i servizi offerti da Uber*, in *federalismi.it*, 2018. Si veda anche la Relazione annuale 2016 dell'AGCM che, in specie a p. 22, ha sollecitato una riorganizzazione del servizio favorendo l'ampliamento qualitativo e quantitativo dell'offerta, includendo anche le nuove modalità con piattaforma digitale, più innovative e benefiche per i consumatori, tipo Uber black, nonché di quei servizi che, sempre attraverso piattaforme digitali, connettono autisti non professionisti con la domanda degli utenti, come nel caso del servizio Uber Pop. In tal senso l'Autorità ritiene che la normativa nazionale, che impone di ricondurre le forme di trasporto non di linea esclusivamente al servizio taxi o al NCC, risulti un limite ad una visione più moderna e concorrenziale del settore.

⁶⁰ Le finalità sociali sottese ai limiti legislativi imposti al servizio di trasporto pubblico non di linea a mezzo taxi sono individuate e riassunte da TRIB. TORINO, Prima Sezione Civ, sez. spec. impr., 22 marzo 2017, spec. § 4.3, laddove, sui caratteri del servizio si precisa che «ai sensi dell'art. 2 della Legge 15 gennaio 1992, n. 21, il "servizio di taxi" ha lo scopo di soddisfare le esigenze del trasporto individuale o di piccoli gruppo di persone; si rivolge ad una utenza indifferenziata; lo stazionamento avviene in luogo pubblico; le tariffe sono determinate amministrativamente dagli organi competenti, che stabiliscono anche le modalità del servizio; il prelevamento dell'utente ovvero l'inizio del servizio avvengono all'interno dell'area comunale o comprensoriale. Dunque, gli operatori taxi sono soggetti operanti in un settore imprenditoriale privato, ma che svolgono un servizio pubblico in regime di licenza»; a seguito della ricostruzione dei limiti legislativi posti all'attività si sottolinea poi che le ragioni sottese a tali limiti sono riconnesse, in breve, alla necessità di garantire la pubblica sicurezza, un'offerta rispondente alle esigenze pubbliche, la tutela dei lavoratori e dei trasportati, l'ordine pubblico economico.

⁶¹ L'attività di trasporto di persone a mezzo taxi da parte di privati, per quanto già prevista e regolamentata nel R. D. 8 dicembre 1933, n. 1740, all'art. 105 ("Autoveicoli in servizio da piazza") e resa possibile oggetto di municipalizzazione (art. 113 del citato decreto e art. 1, R. D., n. 2578 del 1925), venne più organicamente disciplinata solo con la legge 15 gennaio 1992, n. 21. La legge qualifica espressamente il servizio taxi e il servizio di NCC come complementari e integrativi al servizio pubblico di trasporto locale (art. 1). Vi è chi ha escluso la qualificazione del servizio in questione come servizio pubblico stante l'inidoneità «ad assicurare continuità e regolarità della prestazione sostanzialmente libera e soggetta ad un regime autorizzatorio la cui intensità varia al variare dell'interesse pubblico soddisfatto», così N. RANGONE, *I trasporti pubblici di linea*, in S. CASSESE (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, II, Milano, 2003, 2266; ma, quantomeno il servizio taxi, è certamente caratterizzato da forti obblighi di servizio pubblico che a questo lo avvicinano, cfr. CONS.

mediante autoservizi pubblici non di linea», alternativi al trasporto pubblico, possono essere esercitati solo se si è ottenuto il richiesto provvedimento amministrativo: licenza nel primo caso, autorizzazione nel secondo.⁶²

ST., sez. V, 20 dicembre 2013, n. 6131 e si veda M. A. VENCHI, *Trasporti pubblici in concessione*, in *Enc. giur.*, XLIV, 1992, 1101, che riconduce il servizio taxi al servizio pubblico e quello di NCC al servizio privato con obblighi di pubblicità.

⁶² L'articolo 8 comma 1 della citata legge n. 21 del 1992 prevede che «la licenza per l'esercizio del servizio di taxi e l'autorizzazione per l'esercizio del servizio di noleggio con conducente sono rilasciate dalle amministrazioni comunali, attraverso bando di pubblico concorso, ai singoli che abbiano la proprietà o la disponibilità in leasing del veicolo o natante, che possono gestirle in forma singola o associata».

In materia particolarmente esaustivo per comprendere la differenza tra i due servizi è il Parere del CONS. ST., n. 3586 del 23 dicembre 2015, che testualmente si riporta nella parte qui più rilevante: «la citata legge all'art. 1 individua gli autoservizi pubblici non di linea in quelli dedicati al trasporto, collettivo od individuale, di persone, che viene effettuato a richiesta dei trasportati o del trasportato, in modo non continuativo o periodico, su itinerari secondo orari stabiliti di volta in volta. Gli articoli 2 e 3 descrivono le caratteristiche e le differenziazioni tra il servizio di taxi e quello di noleggio con conducente, stabilendo che il primo si rivolge ad una utenza indifferenziata che richiede il servizio in modo diretto, grazie allo stazionamento in luogo pubblico dei mezzi che hanno caratteristiche di distinguibilità rispetto ad altri autoveicoli e retribuisce lo stesso sulla base di tariffe determinate in via amministrativa; mentre il servizio di noleggio con conducente si rivolge ad un'utenza che richiede in modo specifico tale tipologia di servizio che sarà fornito dal noleggiatore partendo dalla rimessa ove sono ubicati i mezzi – essendo vietato il loro stazionamento sulla pubblica via – e secondo le condizioni economiche che le parti pattuiranno. La prestazione del servizio di trasporto da parte dei noleggiatori con conducente non è obbligatoria. Ulteriori restrizioni sono previste per l'attività di noleggio con conducente, infatti, in via ordinaria, tale attività dovrebbe essere svolta nell'ambito del comune che ha rilasciato la relativa autorizzazione, con possibilità di previsione da parte di altri comuni di una regolamentazione dell'accesso nel loro territorio, dietro pagamento di una tassa. Analoga possibilità, di esercizio dell'attività fuori del comune che ha rilasciato la licenza, è prevista per il servizio di taxi, sulla base di appositi accordi stipulati dai sindaci dei comuni interessati. La legge prevede un riparto di competenza tra Regioni e Comuni, riservando alle prime il compito di delineare un quadro integrato del trasporto pubblico non di linea, con gli altri strumenti di mobilità. Tale quadro dovrà essere elaborato nell'ambito della programmazione dello sviluppo economico e territoriale della regione, con il compito di fissare, altresì, i criteri cui i comuni devono attenersi nel redigere i regolamenti sull'esercizio degli autoservizi pubblici non di linea. I Comuni provvederanno ad emanare tali regolamenti esercitando in concreto le funzioni amministrative concernenti il rilascio delle licenze per il servizio di taxi e delle autorizzazioni per l'esercizio del servizio di noleggio con conducente, definendo, nel contempo, il numero e la tipologia dei veicoli da adibire a tali servizi, le modalità di svolgimento e i criteri per la determinazione delle tariffe. Il quadro normativo prevede, quale requisito per l'esercizio dell'attività di autoservizio pubblico non di linea, il conseguimento di un certificato di abilitazione professionale che, consentendo l'iscrizione all'interno di un ruolo istituito presso le Camere di commercio, industria, artigianato e agricoltura, costituisce presupposto indispensabile per il rilascio delle licenze e autorizzazioni in parola. La disciplina organica della materia prevede che licenze e autorizzazioni vengano rilasciate dai Comuni attraverso l'emanazione di bandi pubblici di concorso; stabilisce in modo dettagliato ogni aspetto relativo ai veicoli o natanti da utilizzare; prevede il divieto di cumulo in capo ad un medesimo soggetto di più licenze per l'esercizio del servizio di taxi, o di cumulo di tali licenze con l'autorizzazione per l'esercizio di attività di noleggio con conducente, contemplando delle specifiche ipotesi di deroga. [...] Alla luce di quanto sopra, emerge che le caratteristiche del servizio di taxi sono incentrate sulla loro funzione di servizio di trasporto pubblico, per cui, i relativi mezzi sono dotati di caratteristiche di visibilità, ad essi sono dedicati degli spazi pubblici di sosta e di viabilità resi visibili da appositi accorgimenti, ricevono richieste anche fuori delle piazzole dedicate, la prestazione del servizio è obbligatoria, le tariffe sono determinate in via amministrativa. Diversamente, il servizio di noleggio con conducente si rivolge a una utenza che richiede in modo specifico quella tipologia di servizio, prestata con mezzi dotati di caratteristiche

Il numero complessivo di provvedimenti è contingentato sulla base della programmazione comunale del servizio (artt. 4 e 5, l. n. 21/92) che, oltre a stabilire le modalità di erogazione per garantirne una continuità tramite turni prestabiliti, i criteri per la determinazione delle tariffe⁶³ e le condizioni per ottenere la licenza o l'autorizzazione, stabilisce altresì il tipo e numero di veicoli in circolazione, tenendo conto del fabbisogno di mobilità, così limitando l'ingresso degli operatori privati e, conseguentemente, l'offerta presente sul mercato⁶⁴.

differenti rispetto ai taxi, e da un soggetto non reperibile sulla pubblica via, che fornirà il proprio servizio partendo dalla rimessa. La prestazione dello stesso non è obbligatoria e il corrispettivo è il frutto dell'accordo delle parti. L'analisi complessiva della materia consente di compiere una valutazione d'insieme delle due tipologie di trasporto pubblico di persone, che ben fotografavano la situazione al momento in cui la normazione quadro fu emanata. Infatti, si coglie facilmente che la struttura della stessa è incentrata su tre assi fondamentali costituiti dalla delimitazione del perimetro di competenza dei taxi rispetto al nuovo fenomeno (nel 1992) del noleggio con conducente, dalla regolazione dei rapporti patrimoniali interni ai possessori delle licenze ed autorizzazioni, dalla creazione di un contingentamento del mercato dei tassisti e dei noleggiatori attraverso l'istituzione di un albo professionale volto a limitare il numero dei soggetti giuridicamente abilitati a poter aspirare all'ottenimento delle licenze ed autorizzazioni per lo svolgimento della professione, determinando di fatto, un sistema protezionistico della categoria. La legge quadro in questione parrebbe aver avuto l'intenzione di ricondurre ad unità due fenomeni diversi tra loro, allo scopo di regolamentare il trasporto di persone non di linea e di risolvere le problematiche dovute all'affermarsi del trasporto di persone, con autista, svolto mediante l'utilizzo di mezzi di lusso, quale alternativa al servizio di taxi, qualificando, entrambe le tipologie di trasporto, come pubblico. Questa operazione, oltre alla difficoltà di ricondurre ad unità servizi con caratteristiche differenti, è complicata dalla tecnica legislativa con cui è stata redatta la legge quadro in questione, infatti, l'analisi compiuta nel paragrafo precedente ha posto in luce che, mentre il legislatore si è concentrato nella previsione dettagliata degli aspetti patrimoniali legati alle licenze, autorizzazioni e alle sanzioni, ha fornito pochi elementi di principio da cui possa enuclearsi la nozione generale di trasporto pubblico non di linea. [...] Tenuto conto degli elementi autoritativi quali il sussidio sul prezzo del carburante acquistato dai tassisti, la concessione di licenze per operare sia sul mercato principale (quello dei taxi) sia sul suo principale sostituto e la fissazione di tariffe per il servizio, sembra possa consentire di giungere alla conclusione (confermativa della legge) di qualificare il servizio di taxi servizio pubblico. Ciò in relazione alle precipue caratteristiche di tale servizio, come l'obbligatorietà della prestazione, la determinazione in via amministrativa della tariffa, la possibilità di stazionamento dei mezzi sulla pubblica via, la creazione di aree pubbliche ad essi riservate sia per lo stazionamento che per la viabilità, l'elevata distinguibilità dei mezzi. Sembrerebbe invece di poter giungere a conclusioni diverse per il servizio di noleggio con conducente. Infatti, quest'ultimo è caratterizzato dalla non obbligatorietà della prestazione, dalla determinazione in via pattizia del prezzo, dal divieto di stazionamento e, in molti casi, anche di circolazione negli spazi riservati ai trasporti pubblici, dalla indistinguibilità dei relativi veicoli, dall'obbligatorietà di sistematica partenza dalla rimessa, elementi questi che potrebbero indurre in astratto a ritenere più corretto l'inquadramento nell'ambito del trasporto privato non di linea».

⁶³ Sul tema della regolazione dei prezzi si rinvia in generale, *ex multis*, a A. TRAVI, *La (diretta o indiretta) regolazione dei prezzi: presupposti e limiti di ammissibilità nei mercati liberalizzati. Stimoli all'efficienza e principio di aderenza ai costi*, in E. BRUTI LIBERATI – F. DONATI (a cura di), *La regolazione dei servizi di interesse economico generale*, Torino, 2010, 177.

⁶⁴ Cfr. C. ROMANO, *Nuove tecnologie per il mitridatismo regolamentare: il caso Uber Pop*, *op. cit.*, 135, per cui la sottoposizione ad una disciplina pubblicistica è stato il frutto di un compromesso politico in ragione del quale alla richiesta di mantenere determinati standard di qualità e sicurezza del servizio è corrisposta la garanzia di un risultato economico agli operatori, da qui la necessità di contingentare l'offerta.

Il contingentamento dell'offerta fa sì che il rilascio del titolo abilitativo all'esercizio sia subordinato non solo al possesso di determinati requisiti di legge ma anche al superamento di un concorso pubblico.

Tra i requisiti preliminarmente richiesti vi sono l'iscrizione all'albo dei conducenti, subordinato al superamento di un esame pratico, nonché la disponibilità giuridica di un mezzo quale bene che compone l'azienda, mezzo a cui la titolarità del provvedimento viene associata e che rende possibile l'esercizio in concreto dell'attività. Quest'ultimo requisito, ossia il necessario legame tra la disponibilità in senso privatistico del bene-autovettura e la titolarità del provvedimento costituiscono la componente "realistica" del rapporto in questione.

L'effettivo accesso al settore, tuttavia, avviene, come detto, tramite un procedimento di selezione pubblica degli operatori ritenuti più idonei, all'esito di adeguata verifica dei requisiti posseduti da ciascun candidato, prefissati dai singoli bandi di concorso e generalmente volti a vagliare la professionalità degli aspiranti titolari del servizio, verificando le specifiche conoscenze possedute (tramite una prova d'esame) e la pregressa esperienza personale di lavoro.

Il procedimento comparativo è volto ad individuare i migliori candidati in un'ottica di soddisfacimento delle finalità sociali del settore, ossia quelle esigenze di qualità e sicurezza necessarie per lo svolgimento del servizio pubblico in questione⁶⁵, dato il limite numerico posto a monte.

Siffatto presupposto selettivo per il rilascio dell'autorizzazione fa emergere, allora, una componente personalistica del provvedimento laddove, sulla base del fabbisogno programmato e quindi del numero di autorizzazioni messe a bando, si selezionano i privati che risultano poter offrire il servizio ad un miglior livello qualitativo, sulla base, evidentemente, di conoscenze ed esperienze personali.

Sull'elemento personalistico si deve tuttavia notare come l'art. 7, co. 2, della legge n. 21/1992 stabilisca che il titolare di una licenza taxi possa conferire la stessa associandosi ad una cooperativa, ferma restando la possibilità di rientrarne in possesso in caso di recesso, decadenza o esclusione dalla cooperativa stessa, il che sembra implicare, in caso di conferimento, una distinzione tra titolarità della licenza (in capo al soggetto alla quale è stata rilasciata) e gestione della stessa (che può appunto essere conferita, per scelta del titolare, ad una cooperativa)⁶⁶, con ciò attenuandosi notevolmente il profilo personalistico.

Una volta ottenuta la licenza all'esercizio del servizio taxi o l'autorizzazione di NCC, in quanto vincitore idoneo del concorso pubblico, l'attività economica del privato si può a quel punto esplicare solo alle condizioni e nei limiti predefiniti dalla legge, pena l'applicazione di sanzioni, previste in specie agli artt. 3 e 11, l. n. 21/1992.

⁶⁵ CONS. ST., sez. V, 1 settembre 2016, n. 3779.

⁶⁶ Cfr. CONS. ST., 29 ottobre 2018, Parere n. 2449.

Il trasferimento del provvedimento è in questo settore espressamente previsto; la citata legge quadro del '92, infatti, all'art. 9, disciplina la trasferibilità delle licenze del servizio taxi consentendo al titolare di ottenere, a determinate condizioni, una volturazione da parte del Comune a favore di un terzo liberamente individuato, purché iscritto all'albo dei conducenti ed avente i prescritti requisiti di legge. Trattasi di un trasferimento tra vivi che avviene su istanza dell'originario titolare presentata al Comune competente e in cui si deve indicare l'aspirante subentrante.

Si apre così un procedimento amministrativo volto a perfezionare il passaggio traslativo, in cui il subentro si realizza al di fuori di qualunque procedura selettiva: l'amministrazione si limita a verificare, in modo automatico, l'effettiva sussistenza in capo al soggetto indicato dei requisiti di legge richiesti per lo svolgimento del servizio.

A rigore si tratta di requisiti soggettivi, ossia posseduti dal singolo richiedente (iscrizione all'albo dei conducenti e disponibilità giuridica del mezzo) ma, con tutta evidenza, poiché predeterminati *ex lege*, fruibili e assoggettati ad una verifica che non richiede l'esercizio di alcun potere discrezionale, non idonei a qualificare il provvedimento in questione come rilasciato *intuitu personae*, secondo quanto già affermato precedentemente in via generale.⁶⁷

Tali licenze, inoltre, possono essere trasferite, su richiesta del titolare, solo in limitati casi; per procedere con il trasferimento *inter vivos*, infatti, non è sufficiente che la persona dallo stesso designata sia in possesso dei requisiti prescritti all'art. 6 della medesima legge, ma lo stesso intestatario deve altresì trovarsi in una delle seguenti condizioni: a) essere titolare di licenza da almeno cinque anni; b) aver raggiunto il sessantesimo anno di età o esser divenuto permanentemente inabile o inidoneo al servizio per malattia, infortunio o per ritiro definitivo della patente di guida.⁶⁸

⁶⁷ Sul punto si rammenta come già C. DAL PIAZ, *op. cit.*, 40, muovendo dal criterio dell'*intuitus rei* – *intuitus personae*, quando ancora non esisteva alcun riferimento legislativo in materia ma al più solo una regolamentazione amministrativa da parte di quei Comuni che avevano scelto di municipalizzare il servizio, riteneva trasmissibili le licenze taxi proprio sulla base dell'inerenza della licenza ad una componente "realistica", o comunque prevalentemente tale, dell'attività.

⁶⁸ Anche nell'ordinamento francese il funzionamento della trasferibilità delle licenze taxi (*autorisation de stationnement*), contingentate e rilasciate a titolo gratuito, è simile; nonostante tali autorizzazioni non siano più cedibili se rilasciate dopo il 1° ottobre 2014, data di promulgazione della legge n. 2014-1104 relativa al servizio taxi e noleggio con conducente (si veda art. L. 3121-2, *Code de transports*) possono ancora essere acquistate dai titolari che l'hanno ottenuta prima di quella data e che intendono cedere la loro attività, ad un prezzo liberamente fissato di comune accordo. I titolari di tali licenze possono infatti presentare all'autorità competente un successore a titolo oneroso, a condizione di aver esercitato l'attività per almeno cinque anni dalla prima vendita (se la licenza è già stata venduta) o per 15 anni dalla data di rilascio (se l'autorizzazione non è mai stata venduta). In caso di decesso del titolare poi, gli eredi hanno la facoltà di presentare un successore entro un anno. Al periodo di 15 o 5 anni è possibile derogare nel caso in cui il titolare sia divenuto permanentemente inabile al lavoro, ma solo previa pronuncia dell'autorità competente. Tutte le autorità competenti (comuni o prefettura a Parigi) devono registrare le transazioni in un registro pubblico liberamente consultabile, indicando il prezzo e il nome o la ragione sociale del titolare e del successore. Sul punto e per l'attuale disciplina in materia di licenze taxi è possibile consultare il sito ufficiale www.service-public.fr, sezione *transports*.

Il secondo comma dell'art. 9, poi, ammette anche un trasferimento *mortis causa*, prescrivendo che, in caso di morte del titolare, la licenza possa essere trasferita in capo ad un erede appartenente al nucleo familiare del titolare purché in possesso dei prescritti requisiti, ovvero possa essere trasferita, entro il termine massimo di due anni e dietro autorizzazione del Sindaco, ad altro soggetto designato dagli eredi appartenenti al nucleo familiare del titolare, purché anch'esso in possesso dei requisiti previsti. Dalla formulazione letterale sembra che, nel caso in cui la licenza sia trasferita in capo all'erede, il passaggio del titolo sia automatico e diretto mentre, nel caso in cui sia designato dagli eredi un soggetto terzo, occorra l'interposizione preventiva della P.A. nella persona del Sindaco competente per territorio.

Infine, all'art. 9, co. 3, si prevede che chi trasferisce il provvedimento può vedersi attribuita una nuova licenza o autorizzazione, tramite concorso o per trasferimento, solo decorsi almeno cinque anni dal trasferimento stesso, previsione questa funzionale ad arginare fenomeni speculativi connessi ad una continua circolazione, a soli fini di lucro, di provvedimenti amministrativi ottenuti originariamente a titolo gratuito e trasferibili a titolo oneroso.⁶⁹

Le previsioni sulla trasferibilità certo valorizzano l'elemento reale, ossia il profilo imprenditoriale che caratterizza l'attività cui l'autorizzazione inerisce e, se pur la legge abbia vincolato la trasferibilità alle sole condizioni specificamente previste, specialmente volte, come visto, ad evitare fenomeni speculativi, nonché ad un intervento amministrativo di verifica *ex ante*, si potrebbe obiettare che una tale impostazione, che legittima un accesso alternativo ad un mercato contingentato, si scontri con il profilo personale del provvedimento, o meglio, con il motivo per il quale è stato originariamente rilasciato, ossia le capacità personali del titolare selezionato all'esito di una procedura concorsuale, così mettendo in discussione la ragionevolezza e logicità di ammettere la trasferibilità in un settore contingentato.

Interessanti sono poi i risvolti pratici che si possono innescare dalla circolazione del titolo fra privati che, nel settore analizzato, a fronte dell'esiguo numero di procedure selettive e di provvedimenti conseguentemente rilasciati a titolo originario e, tendenzialmente, gratuito, è diventata la principale modalità di accesso al mercato, così trasformando il provvedimento in un bene di cui deve essere considerato, oltre il profilo giuridico - finalizzato al soddisfacimento dell'interesse pubblico alla mobilità in un sistema in cui siano garantite continuità, qualità e costi contenuti e per ciò sottratto alle dinamiche del mercato - anche il profilo economico.⁷⁰

In effetti la cessione del provvedimento in questione avviene, se pur unitamente all'azienda, ossia al mezzo, a titolo oneroso e, vera questione problematica, la scelta

⁶⁹ Cfr. in termini CONS. ST., sez. V, 2 febbraio 2012, n. 577.

⁷⁰ Sul punto si veda V. GIOMI, *op. cit.*, in particolare 258 ss., anche per le considerazioni che seguono.

del valore di scambio è caratterizzata da un alto grado di incertezza, essendo sostanzialmente lasciata alle libere valutazioni della categoria degli operatori già presenti.

Il forte contingentamento, associato alla possibilità di gestire la circolazione senza predefiniti riferimenti economici sulla base dei quali parametrare il reale valore di scambio acquisito dal provvedimento, ha contribuito a conferire un valore crescente ai titoli già posseduti. Ciò rischia di rappresentare una non indifferente barriera economica di accesso al mercato che, sommata all'onerosità del procedimento di volturazione, costituisce un costo attivo per i nuovi entranti, facilmente riversabile sull'utenza.

Per di più ciò rafforza inevitabilmente la posizione di coloro che nel settore già operano e che, per l'assenza di un adeguato ricambio, sono in grado di influenzare maggiormente le scelte politico-giuridiche che li riguardano, in un'ottica di conservazione del "privilegio" acquisito, ossia, in definitiva, del valore del titolo, che l'aumento di concorrenza per rilascio di nuove licenze, a titolo gratuito e a mezzo di concorso, deprezzerebbe.

Le immediate conseguenze di una siffatta trasferibilità onerosa, non disciplinata nei suoi aspetti pratici e critici, pur all'interno di un mercato altamente regolamentato, sembrano essere la forte asimmetria informativa, che si crea tra l'operatore entrante e l'uscente sull'effettivo valore del provvedimento, che può minare la correttezza degli scambi, specie in un mercato contingentato, nonché le difficoltà di inquadramento fiscale della plusvalenza realizzata a seguito della cessione onerosa e sulla quale occorre calibrare la tassazione, con le evidenti ripercussioni che ciò può comportare sulla collettività⁷¹.

Pertanto, sembra che il problema non sia quello della trasferibilità in sé ma della sua onerosità non regolamentata; ciò che stride nel sistema, al più, è che gli originari titolari della licenza a titolo gratuito possano venderla a titolo oneroso in un mercato ad offerta programmata, senza alcun criterio utile ad una quantificazione del prezzo di vendita.

Su queste criticità, legate alla compatibilità tra la cessione del provvedimento, il contingentamento dell'attività e l'onerosità del trasferimento a seguito di rilascio a titolo gratuito, riscontrabili anche in relazione al servizio di assistenza farmaceutica qui di seguito brevemente trattato, ci si soffermerà nuovamente in una successiva sintesi comune ad entrambi i settori.

⁷¹ Al di là di come viene risolta la questione della tassazione nei singoli casi di specie, la giurisprudenza della Corte di Cassazione presume, salvo prova contraria, che la cessazione del provvedimento, quale bene essenziale per lo svolgimento dell'attività di trasporto di persone, avvenga a titolo oneroso, all'interno di quello che può essere definito come un vero e proprio mercato di rivendita delle licenze; cfr. CASS. civ., sez. trib., 14 luglio 2017, n. 17476; CASS. civ., sez. trib., 4 ottobre 2017, n. 23143, sulla quale si veda nota di J. LORENZI, *La difficile qualificazione giuridica, a fini fiscali, della fattispecie "cessione licenza taxi"*, in *Iltributario.it*, 2, 2018.

3.2 (Segue...) *Il servizio di assistenza farmaceutica privata: i condizionamenti pubblicistici all'apertura di farmacie*

L'apertura di una farmacia è tradizionalmente soggetta ad una regolazione amministrativa particolarmente pregnante, che incide e condiziona fortemente l'iniziativa economica privata nel settore tramite forme di contingentamento e controllo pubblico preventivo.⁷²

Del resto il sistema di distribuzione dei farmaci è uno degli esempi più significativi di quanto previsto all'art. 41, commi 2 e 3 Cost., in considerazione del fatto che «la produzione e la distribuzione dei farmaci devono essere regolate secondo criteri coerenti con gli obiettivi del servizio sanitario nazionale, con la funzione sociale del farmaco e con la prevalente finalità pubblica della produzione»⁷³.

Le diverse discipline che si sono succedute - che hanno fatto sì che il servizio farmaceutico fosse regolato da un complesso eterogeneo di norme stratificatesi nel tempo e spesso tra loro non coordinate⁷⁴ - hanno fin dall'inizio dovuto conciliare la rilevanza dell'attività in questione, strettamente connessa alla tutela della salute, con l'autonomia imprenditoriale del farmacista chiamato a svolgere il servizio.⁷⁵

⁷² Per un approfondito studio sulla questione si veda M. DELSIGNORE, *Il contingentamento dell'iniziativa economica privata. Il caso non unico delle farmacie*, Milano, 2011.

⁷³ Art. 29, l. 23 dicembre 1978, n. 833, «Istituzione del servizio sanitario nazionale».

⁷⁴ Come già rilevava M. S. GIANNINI, *Le farmacie (problemi generali)*, in *Rass. amm. sanità*, 1963, 171 ss. Tra le principali fonti normative in materia si possono citare il R. D. 27 luglio 1934, n. 1265 («Testo unico delle leggi sanitarie»); il R. D. 30 settembre 1938, n. 1706 («Approvazione del regolamento per il servizio farmaceutico»); la L. 2 aprile 1968, n. 475 («Norme concernenti il servizio farmaceutico»); il d.P.R. 21 agosto 1971, n. 1275 («Regolamento per l'esecuzione della L. 475/1968 recante norme concernenti il servizio farmaceutico»); la L. 8 novembre 1991, n. 362 («Norme di riordino del settore farmaceutico»); il d.l. 4 luglio 2006, n. 223, convertito con L. 4 agosto 2006, n. 248 (c.d. «Decreto Bersani»); il d.l. 24 gennaio 2012, convertito con l. 24 marzo 2012, n. 27 (c.d. «Decreto Cresci Italia»); la L. 4 agosto 2017, n. 124 («Legge annuale per il mercato e la concorrenza»).

⁷⁵ Sulla figura del farmacista si vedano S. LESSONA, *Il farmacista e l'esercizio della farmacia*, Firenze, 1912; G. FALZEA, *La figura del farmacista*, Milano, 1983; in merito si veda anche l'orientamento espresso dalla Corte Costituzionale, per la quale «sotto il profilo funzionale, i farmacisti sono concessionari di un pubblico servizio» (CORTE COST., sent. 28 dicembre 2006, n. 448, § 3.3) e tale servizio è «preordinato al fine di assicurare una adeguata distribuzione dei farmaci, costituendo parte della più vasta organizzazione predisposta a tutela della salute» (CORTE COST., sent. 14 dicembre 2007, n. 430, § 4.2.1). La «complessa regolamentazione pubblicistica dell'attività economica di rivendita dei farmaci è preordinata al fine di assicurare e controllare l'accesso dei cittadini ai prodotti medicinali ed in tal senso a garantire la tutela del fondamentale diritto alla salute», il che rende «marginali [...] sia il carattere professionale sia l'indubbia natura commerciale dell'attività del farmacista» (Corte cost., sent. 10 marzo 2006, n. 87, § 3). Per un'analisi della giurisprudenza in materia si veda M. LUCIANI – G. M. ROBERTI, *Il ruolo sociale e sanitario della farmacia nelle sentenze della Corte Costituzionale e della Corte di Giustizia Europea. Un sistema di regole a tutela della salute*, 13 maggio 2014, in *federfarma.it*. Più in generale, sui caratteri del diritto farmaceutico si vedano G. FALZONE, *Le farmacie (natura giuridica e trasferimento)*, Palermo, 1948; M. S. GIANNINI, *Le farmacie (problemi generali)*, in *Rass. amm. san.*, 1963, 171; G. LANDI, *Farmacia*, in *Enc. dir.*, 1966, 840; F. LEVI, *Aspetti pubblicistici dell'apertura e gestione delle farmacie*, in *Atti del XVIII Convegno di Studi di Scienza dell'amministrazione*, Milano, 1975, 141; V. RAGONESI, *Farmacia*, in G. Guarino (a cura di), *Dizionario amministrativo*, I, Milano, 1983, 906; S. PIASCO, *Servizio farmaceutico*, in *Noviss. Dig. it.*, App., 1987, 166; R. FERRARA, *Farmacia e farmacisti*, in *Enc. giur. Treccani*, XIV, Roma, 1989, 1; M. GOLA, *Farmacia e farmacisti*, in *Dig. disc. pubbl.*, VI, Torino,

L'assistenza farmaceutica, annoverata tra i livelli essenziali di cui al d.P.C.M. 29 novembre 2001, è un'attività volta alla tutela della salute e affidata al Servizio Sanitario Nazionale⁷⁶, i cui rapporti con le farmacie, pubbliche o private, sono regolati tramite apposita convenzione ai sensi dell'art. 8, co. 2, d.lgs. n. 502 del 1992⁷⁷.

Il sistema di assistenza farmaceutica attuale, tuttavia, è «il risultato di un processo evolutivo che ha visto intervenire nel settore dapprima unicamente operatori economici privati, ai quali solo in un secondo momento si sono affiancate farmacie di titolarità pubblica (comunali) in funzione di una più adeguata copertura del territorio»⁷⁸: quel che è innegabile è che, da sempre, la gestione del servizio fa primario affidamento sull'attività dei privati.

La prima riforma organica e post-unitaria del settore avvenne con la legge 22 dicembre 1888, n. 5849, c.d. legge Crispi sull'ordinamento dell'amministrazione e dell'assistenza sanitaria, che qualificava la farmacia come impresa commerciale, pur riconoscendo al servizio rilevanza pubblica, per ciò imponendo che la direzione fosse affidata ad un farmacista ma subordinando l'apertura alla sola comunicazione preventiva al prefetto (art. 26).

Poco dopo, con legge 22 maggio 1913, n. 468, c.d. legge Giolitti, che attribuì la gestione del servizio ai Comuni con possibilità di concessione a soggetti privati, la precedente impostazione liberista venne superata tramite l'introduzione di un limite

1991, 246; D. DE PRETIS (a cura di), *La gestione delle farmacie comunali: modelli e problemi giuridici*, Quaderni del Dipartimento di Scienze giuridiche, Università di Trento, 2006; G. PIPERATA, *Farmacie*, in S. CASSESE (a cura di), *Dizionario di diritto pubblico*, Milano, 2006, 2447; G. F. FERRARI – F. MASSIMINO, *Diritto del farmaco. Medicinali, diritto alla salute, politiche sanitarie*, Bari, 2015, spec. 12 ss.; P.M. CHIRULLI, *Farmacia*, in *Dig. disc. pubbl.*, Agg. VII, Torino, 2017, 312. Sul mercato dei farmaci si vedano F. SPANDONARO, *Analisi e prospettive del mercato della distribuzione al pubblico di farmaci*, Roma, 2012; C. CIARDO, *La distribuzione dei farmaci tra esigenze di competitività e tutela della salute: un'analisi comparata*, in *Economia*, 2013, 235; L. CASSETTI, *La distribuzione del farmaco tra tutela della salute e (contrastate) aperture alla concorrenza*, in *Giur. cost.*, 2014, 3457; B. BERTARINI, *Tutela della salute, principio di precauzione e mercato del medicinale*, Torino, 2016, 173 ss.

⁷⁶ In specie l'art. 28, co. 2 e 3, della legge 23 dicembre 1987, n. 833, prevede che «l'unità sanitaria locale eroga l'assistenza farmaceutica attraverso farmacie di cui sono titolari enti pubblici e farmacie di cui sono titolari i privati, tutte convenzionate secondo i criteri e le modalità di cui agli articoli 43 e 48. Gli assistiti possono ottenere dalle farmacie di cui al precedente comma, su presentazione di ricetta compilata dal medico curante, la fornitura di preparati galenici e di specialità medicinali compresi nel prontuario terapeutico del servizio sanitario nazionale». Il successivo d.lgs. 30 dicembre 1992, n. 502, all'art. 8, co. 2, lett. a), prevede che «le farmacie pubbliche e private erogano l'assistenza farmaceutica per conto delle unità sanitarie locali del territorio regionale [...]». Inserite nel SSN le farmacie sono poi diventate anche sede di erogazione di altre prestazioni di carattere socio-sanitario oltre alla distribuzione dei farmaci, di cui all'art. 1, co. 2 del d.lgs. 3 ottobre 2009, n. 153.

⁷⁷ L'accordo attualmente in vigore è stato reso esecutivo dal d.P.R. 8 luglio 1998, n. 371, «Regolamento recante norme concernenti l'accordo collettivo nazionale per la disciplina dei rapporti con le farmacie pubbliche e private».

⁷⁸ M. CALABRÒ, *Linee evolutive del servizio di assistenza farmaceutica. Ipotesi di valorizzazione dell'art. 32 Cost. in senso pro-concorrenziale*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2015, cit., 1250. L'A. critica la tendenza ad applicare in chiave conflittuale l'endiadi quantità-qualità secondo la quale, nei diversi contesti potenzialmente interessati da aperture a dinamiche di mercato, «ad un incremento della quantità, viene generalmente collegato un peggioramento della qualità del servizio». (cit., 1243).

quantitativo agli operatori del settore sulla base di un'organizzazione programmatica che teneva conto della popolazione presente sul territorio comunale e, nei Comuni più piccoli, della distanza tra farmacie.

Con la nuova disciplina l'autorizzazione⁷⁹ preventiva del prefetto veniva quindi rilasciata a seguito del superamento di un concorso per titoli riservato ai farmacisti e adottata nel rispetto di quanto previsto nella cosiddetta pianta organica, atto amministrativo generale di pianificazione quantitativa (numero di operatori che potevano accedere al mercato in relazione al numero di abitanti) e territoriale (distribuzione degli operatori nelle diverse zone del Comune)⁸⁰.

Successivamente, il testo unico delle leggi sanitarie, R. D. 27 luglio 1934, n. 1265, confermò questa disciplina, specificandola (soprattutto tramite il regolamento di esecuzione R. D. 30 settembre 1938, n. 1706) in ordine al contenuto della pianta organica, allo svolgimento della procedura concorsuale e ai titoli valutabili, al contenuto dell'autorizzazione e ai casi di decadenza, così delimitando maggiormente la discrezionalità amministrativa sia in sede programmatica sia in fase provvedimentale. Il citato testo unico è ritenuto un punto di approdo nel passaggio da concezioni improntate alla libertà di esercizio, ad un modello organizzativo rigidamente programmato mediante la pianta organica.⁸¹

La disciplina più recente, con riferimento in specie alle riforme del 2006, 2012 e 2017, si è invece incentrata sul rafforzare la libertà di iniziativa economica del settore, pur non liberalizzandolo.

⁷⁹ Il provvedimento in questione, nella legge del 1913, veniva indifferentemente chiamato autorizzazione o concessione; la natura del provvedimento fu infatti oggetto di un dibattito che vide contrapporsi chi lo riteneva una concessione, tra cui G. ZANOBINI, *L'esercizio privato delle funzioni e dei servizi pubblici*, in V. E. ORLANDO (a cura di), *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano*, vol. II, pt. III, Milano, 1935, 433 ss.; G. CATALDI, *Il conferimento delle farmacie*, Roma, 1947, 21 ss.; A. M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, 1960, II, 744 ss.; e chi lo inquadrava come autorizzazione, tra cui G. FALZONE, *Le farmacie (natura giuridica e trasferimento)*, Palermo, 1948, 31 ss., ritenendo che si trattasse non di un'attività di servizio pubblico in senso proprio ma di un'attività di pubblico interesse.

⁸⁰ Sul punto si rinvia a F. A. LEVI, *La pianta organica delle farmacie*, in P. BODDA (a cura di), *L'ordinamento sanitario*, II, *Gli ospedali e le farmacie*, Atti del congresso celebrativo del centenario delle leggi amministrative di unificazione, Vicenza, 1967, 119 ss.

⁸¹ R. FERRARA, *Farmacia e farmacisti*, in *Enc. giur.*, XIV, Roma, 1989, *ad vocem*. Il modello venne sostanzialmente confermato anche nella riforma operata con legge 2 aprile 1968, n. 475 e relativo regolamento d'attuazione D.P.R. 21 agosto 1971, n. 1275, salvo alcune significative modifiche. In specie: la competenza ad individuare il numero complessivo delle farmacie sul territorio passava alla Regione (su parere e iniziativa del Comune, sentita l'ASL e l'ordine dei farmacisti), la quale doveva altresì revisionare la pianta organica ogni due anni tenendo conto delle esigenze di assistenza farmaceutica sopravvenute e determinate da spostamenti della popolazione o dal sorgere di nuovi centri abitati; in ottemperanza a quanto previsto nella pianta organica stessa, il rilascio dell'autorizzazione per l'apertura spettava all'ASL territoriale.

Il contingentamento è rimasto, ma la proporzione tra farmacie e numero di abitanti è stata ridotta⁸². In ogni caso il mantenimento della previsione di un limite numerico si ammette e giustifica per evitare che un'eccessiva concorrenza, riducendo le garanzie reddituali in capo alle farmacie esistenti, possa portare alcune di esse a ridurre la qualità del servizio o ad uscire dal mercato, minando l'equità distributiva sul territorio e la continuità temporale di erogazione del servizio, con evidente danno per gli utenti.⁸³

Non vi è più la pianta organica di competenza regionale, sebbene vi sia comunque un potere di pianificazione in capo ai Comuni (c.d. piano di zona). Nell'ambito dell'organizzazione del servizio farmaceutico, la cui erogazione alla popolazione avviene principalmente tramite le farmacie territoriali, private o comunali (art. 122 TULS)⁸⁴, l'art. 11, commi 1 e 2 del d.l. n. 1 del 2012, convertito con modificazioni dall'art. 1, co. 1, l. n. 27 del 2012, ha infatti sancito, oltre alla suddetta riduzione del *quorum* per l'apertura, che la competenza ad individuare le nuove sedi e la loro dislocazione sul territorio spetti al Comune, riferimento territoriale in relazione al quale quantificare il bacino di utenza su cui calibrare il numero di farmacie.⁸⁵

È dunque il Comune in quanto livello di governo più vicino ai cittadini, in specie la Giunta, che, sulla base di quanto disposto dalla legge, previo parere obbligatorio ma non vincolante dell'ASL e dell'Ordine provinciale dei farmacisti competente per territorio, identifica le zone nelle quali collocare le nuove farmacie, compito strettamente connesso alla pianificazione urbanistica nonché alla necessità di assicurare la miglior accessibilità al servizio e un'equa distribuzione sul territorio in ragione degli effettivi bisogni della collettività.⁸⁶

⁸² Sul punto, in senso critico, si veda E. JORIO, *La liberalizzazione delle farmacie è molto al di là delle pretese dell'Unione europea*, in *www.astrid.eu*, 2, 2012; ID., *Il quorum nazionale delle farmacie è costituzionalmente corretto?*, *ivi*, 6, 2012.

⁸³ Cfr. CORTE COST., 12 marzo 2008, n. 76 e 4 febbraio 2003, n. 27, per la quale «il contingentamento delle farmacie è volto ad assicurare ai cittadini la continuità territoriale e temporale del servizio ed agli esercenti un determinato bacino d'utenza»; CGUE, 5 dicembre 2013, cause riunite C-159/12, 160/12, 161/12, § 53, laddove si precisa che «da perdita di reddito potrebbe causare non soltanto una diminuzione della qualità del servizio che le farmacie forniscono al pubblico, ma anche, se necessario, la chiusura definitiva di talune farmacie, conducendo così ad una situazione di penuria di farmacie in determinate parti del territorio e, pertanto, ad un approvvigionamento inadeguato di medicinali quanto a sicurezza e a qualità». In senso critico sulla giurisprudenza della Corte di giustizia si veda M. DELSIGNORE, *La proclamata liberalizzazione e le nuove questioni in tema di farmacie*, in *Il dir. dell'econ.*, 2012, 2, 310.

⁸⁴ Si veda art. 5 del citato d.l. n. 223/2006 (Decreto Bersani) che ha aperto una parte del mercato anche alle cosiddette parafarmacie, che possono vendere solo determinate categorie di farmaci.

⁸⁵ Il d.l. n. 1/2012 si è proposto due finalità: razionalizzare la rete distributiva dei farmaci garantendo una migliore accessibilità del servizio; favorire uno sviluppo della concorrenza calibrato sul bacino di utenza e sullo sviluppo demografico del Comune, in modo da assicurare a ciascun esercizio, almeno potenzialmente, una condizione di redditività; vd. CONS. ST., 23 gennaio 2017, n. 270, in *Foro amm.*, II, 2017, I, 21.

⁸⁶ In termini si vedano CONS. ST., Sez. III, 18 ottobre 2019, n. 5256, in *Il Foro amministrativo*, 2019, 10, 1642; CONS. ST., Sez. III, 15 ottobre 2019, n. 6998, *ivi*, 1624; CONS. ST., Sez. III, 7 novembre 2019, n. 7620, *ivi*, 11, 1792; T.A.R. Napoli, Campania, Sez. V, 23 agosto 2019, n. 4401, in *Redazione Giuffrè* 2019. Si vedano anche CONS. ST., Sez. III, 7 novembre 2019, n. 7620, in *Il Foro amministrativo*,

Nel rispetto di quanto previsto in sede di programmazione, l'avvio della farmacia (apertura ed esercizio dell'attività) avviene previo rilascio dell'autorizzazione dell'ASL territorialmente competente. In materia non opera il silenzio-assenso che esclude dal suo ambito applicativo i provvedimenti attinenti alla salute, tra i quali rientra l'autorizzazione in questione.⁸⁷ In ogni caso il potere autorizzatorio esercitato è ampiamente limitato dai vincoli normativi esistenti, oltre che dai principi di proporzionalità e ragionevolezza.⁸⁸

Per assumere la titolarità o la direzione di una farmacia privata sono definiti precisi requisiti soggettivi di professionalità, atti a qualificare l'attività stessa, stante la sua diretta incisione sulla tutela della salute.

Sul punto si è osservato che, per quanto al titolare o direttore spetti l'attività di conduzione tecnico-professionale della farmacia, se si raffronta il numero di farmacisti titolari o direttori con il numero di farmacisti collaboratori, emerge che della relazione con l'utenza se ne occupano più spesso questi ultimi e, a ben vedere, nell'erogazione del servizio, è proprio il rapporto con l'utente a costituire l'aspetto più delicato e di maggior e più diretto impatto nella protezione della salute in ottica precauzionale.⁸⁹

In ogni caso, al di là di questo aspetto legato alla maggiore o minore incidenza della figura del titolare o direttore sulla salute dell'utenza, ciò che più sembra rilevare sul punto è che, con la legge annuale per il mercato e la concorrenza del 2017, si è ammesso che possano assumere l'esercizio di farmacie private (numericamente superiori rispetto a quelle pubbliche) non solo persone fisiche, società di persone e società cooperative a responsabilità limitata ma anche società di capitali che abbiano ad oggetto esclusivo la gestione della farmacia (art. 1, co. 157, l. 4 agosto 2017 n. 124, che ha modificato l'art. 7, co. 1 e 2, l. n. 362/1991).⁹⁰

2019, 11, 1792 e CONS. ST., Sez. III, 19 settembre 2019, n. 6237 e 7 agosto 2019, n. 5617, in *Redazione Giuffrè amm. 2019*, per cui, nell'esercitare il proprio potere di programmare la distribuzione del servizio farmaceutico sul territorio, l'Amministrazione comunale dispone di ampia discrezionalità, in quanto la scelta conclusiva si basa sul bilanciamento di vari interessi attinenti alla popolazione attuale e potenzialmente insediabile; il che rende tale scelta sindacabile solo sotto il profilo della manifesta illogicità o della inesatta acquisizione al procedimento degli elementi di fatto che costituiscono il presupposto della decisione: si è infatti in presenza di una discrezionalità amministrativa e non tecnica, innanzi al quale il sindacato può essere solo estrinseco. CONS. ST., Sez. III, 18 novembre 2019, n. 7877, in *Redazione Giuffrè 2020*, per cui «l'atto di revisione della dotazione organica delle farmacie può essere qualificato come un atto ad emanazione obbligatoria, da eseguirsi nell'anno pari, sulla base della popolazione residente nel Comune nell'anno dispari che lo precede».

⁸⁷ Vd. CONS. ST., sez. III, 14 novembre 2013, n. 5433; CONS. ST., sez. III, 3 aprile 2013, n. 1858; CORTE COST., 13 novembre 2009, n. 295.

⁸⁸ Vd. T.A.R. Veneto (Venezia), sez. III, 15 aprile 2016, n. 397 e 3 marzo 2016, n. 231; CONS. ST., sez. III, 6 marzo 2015, n. 1153; T.A.R. Sicilia (Catania), sez. IV, 4 marzo 2013, n. 668.

⁸⁹ In questi termini P. LOGROSCINO – M. SALERNO, *La distribuzione dei farmaci tra libertà economiche e tutela della salute*, 3 aprile 2019, in *federalismi.it*, 7, 2019, 12.

⁹⁰ In questo senso si è uniformata la normativa prevista per le farmacie a titolarità privata con quelle a titolarità pubblica, per le quali era già prevista la gestione in forma societaria (l. n. 475/1986;

In specie, in caso di gestione da parte di una società di capitali: la direzione della farmacia deve essere affidata ad un farmacista, anche esterno alla compagine societaria, in possesso dei requisiti di idoneità previsti dall'art. 12 della l. n. 475 del 1968 e successive modifiche; la partecipazione alla società impone una serie di incompatibilità tra cui l'essere titolare, gestore provvisorio, direttore o collaboratore di altra farmacia; lo statuto della società e ogni successiva variazione, anche della compagine societaria, devono essere comunicati entro sessanta giorni alla Federazione degli ordini dei farmacisti italiani, all'assessore alla sanità della Regione o Provincia autonoma, all'ordine provinciale dei farmacisti e all'azienda sanitaria locale competente per territorio; la società può controllare, direttamente o indirettamente, non più del venti per cento delle farmacie presenti sul territorio della medesima Regione o Provincia autonoma.⁹¹

Si crede quindi che, nonostante le limitazioni imposte dalle norme citate e la garanzia data dalla presenza, nella gestione del servizio, di un direttore professionalmente qualificato, il fatto che, ad oggi, possa diventare titolare di una farmacia anche una società di capitali muti significativamente la centralità dei requisiti professionali e personali nel rapporto tra titolarità e garanzia di qualità nella gestione del servizio.

L'assegnazione della titolarità di farmacie, di nuova istituzione o vacanti, avviene comunque tramite concorso, per titoli ed esami, bandito con provvedimento delle Regioni o delle Province a ciò delegate ogni quattro anni. All'esito della selezione viene formata una graduatoria degli idonei a cui verranno assegnate le sedi messe a concorso. Il concorso è aperto a tutti i farmacisti iscritti all'ordine professionale (art. 4, c. 2, L. n. 362 del 1991) che possono parteciparvi anche in forma associata⁹².

Tuttavia, per acquisire la titolarità di una farmacia privata, non necessariamente si deve risultare vincitori nel suddetto concorso pubblico. Accanto al meccanismo di assegnazione delle sedi farmaceutiche tramite concorso, la titolarità di una farmacia si può infatti acquisire, ai sensi dell'art. 12, l. 2 aprile 1968 n. 475, anche per trasferimento, *inter vivos* o *mortis causa*.

l. n. 363/1991; da ultimo d.lgs. n. 267/2000); vd. CONS. ST., 3 febbraio 2017, n. 474, in *Foro amm.*, III, 2017, 274.

⁹¹ Art. 1, commi 157 e 158, l. n. 124/2017.

⁹² In tal caso la farmacia dovrà essere gestita – a pena di decadenza – in forma associata o paritaria tra i co-vincitori per almeno 3 anni, salvi i casi di premorienza e incapacità sopravvenuta (art. 11, c. 7, d.l. n. 1 del 2012, come da ultimo modificato dall'art. 1, c. 163, l. 4 agosto 2017, n. 124). Sul punto si veda T.A.R. Emilia-Romagna (Bologna), Sez. II, 30 agosto 2018, n. 657, per il quale i farmacisti che partecipano in forma associata rappresentano «un unico centro di interessi, con conseguente necessità di rilasciare un'unica autorizzazione *pro indiviso*, e cioè, *pro quota* a ciascuno di essi personalmente, salvo il divieto per ciascuno dei candidati associati, di cedere o trasferire ad altri la propria quota di autorizzazione a pena di decadenza dell'intera autorizzazione anche nei confronti degli altri componenti del gruppo, in modo da salvaguardare, da un lato, il principio di personalità dell'autorizzazione e, dall'altro, di rendere possibile la partecipazione al concorso in forma associata, cumulando i titoli».

In verità, il vigente art. 12, co. 1, del R. D. 27 luglio 1934, n. 1265 (T.U.L.P.S.), recita testualmente: «l'autorizzazione ad aprire ed esercitare una farmacia è strettamente personale e non può essere ceduta o trasferita ad altri» ma, data l'evidente mancanza di coordinazione, su vari aspetti, della stratificazione normativa succedutasi nel settore, ciò che rileva in materia di trasferibilità è la citata legge del 1968, che consente appunto un'ampia trasferibilità *inter vivos*, purché siano decorsi almeno tre anni dalla conseguita titolarità⁹³, e *mortis causa*⁹⁴, senza peraltro la necessità di una

⁹³ Art. 12, lg. n. 475/1968, commi 1 - 7: «1. È consentito il trasferimento della titolarità della farmacia decorsi tre anni dalla conseguita titolarità. 2. Il trasferimento può aver luogo solo a favore di farmacista che abbia conseguito la titolarità o che sia risultato idoneo in un precedente concorso. 3. Il trasferimento del diritto di esercizio della farmacia deve essere riconosciuto con decreto del medico provinciale. 4. Il farmacista che abbia ceduto la propria farmacia ai sensi del presente articolo o del successivo art. 12 non può concorrere all'assegnazione di un'altra farmacia se non sono trascorsi almeno dieci anni dall'atto del trasferimento. 5. A tal fine, il medico provinciale della provincia in cui ha sede l'esercizio ceduto è tenuto a segnalare l'avvenuto trasferimento al Ministero della sanità. 6. Il farmacista titolare al momento del trasferimento decade dalla precedente titolarità. 7. Al farmacista che abbia trasferito la propria farmacia è consentito, per una volta soltanto nella vita, ed entro due anni dal trasferimento, di acquistare un'altra farmacia senza dover superare il concorso per l'assegnazione di cui al quarto comma. Al farmacista che abbia trasferito la titolarità della propria farmacia senza acquistarne un'altra entro due anni dal trasferimento, è consentito, per una sola volta nella vita, l'acquisto di una farmacia qualora abbia svolto attività professionale certificata dall'autorità sanitaria competente per territorio, per almeno 6 mesi durante l'anno precedente l'acquisto, ovvero abbia conseguito l'idoneità in un concorso a sedi farmaceutiche nei due anni anteriori». Vd. art. 7, commi 8 (di modifica dell'art. 12, co. 1 della citata lg. n. 475/1968), 9 e 10, lg. 8 novembre 1991, n. 362: «8. il trasferimento della titolarità dell'esercizio di farmacia privata è consentito dopo che siano decorsi tre anni dal rilascio dell'autorizzazione da parte dell'autorità competente, salvo quanto previsto ai commi 9 e 10. 9. A seguito di acquisto a titolo di successione di una partecipazione in una società di cui al co. 1 [n. p. ossia società di persone, di capitali e cooperative a responsabilità limitata], qualora vengano meno i requisiti di cui al secondo periodo del comma 2 [n. p. trattasi di condizioni di compatibilità], l'avente causa cede la quota di partecipazione nel termine di sei mesi dalla presentazione della dichiarazione di successione. 10. Il termine di cui al comma 9 si applica anche alla vendita della farmacia privata da parte degli aventi causa ai sensi del dodicesimo comma dell'art. 12 della legge 2 aprile 1968, n. 475. [...] 12. Qualora venga meno la pluralità dei soci, il socio superstite ha facoltà di associare nuovi soci nel rispetto delle condizioni di cui al presente articolo, nel termine perentorio di sei mesi». Si veda sul punto anche CONS. ST., Sez. III, 10 gennaio 2020, n. 229, in *Diritto e Giustizia*, 13 gennaio 2020, per cui «la ratio della disposizione di cui all'art. 12, comma 4, l. 2 aprile 1968 n. 475 è quella di evitare che il farmacista, il quale abbia ceduto la propria farmacia, si appropri, attraverso l'assegnazione concorsuale di un nuovo esercizio farmaceutico prima che sia trascorso un decennio dalla cessione, di un doppio vantaggio economicamente valutabile. È evidente che siffatta ratio ricorre anche laddove la cessione sia stata effettuata da una società di persone, anche in quel caso dovendo ritenersi che il socio abbia acquisito i relativi vantaggi: né sussistono ragioni, in quanto attinenti alla peculiarità dei singoli casi, per differenziare la situazione del farmacista individuale, che di quei vantaggi si sia appropriato per intero, da quella della farmacia gestita in forma societaria, in cui i medesimi vantaggi vengono ripartiti tra i soci che compongono l'assetto societario».

⁹⁴ Art. 12, co. 12, l. n. 475/1968: «nel caso di morte del titolare gli eredi possono entro un anno effettuare il trapasso della titolarità della farmacia a norma dei commi precedenti a favore di farmacista iscritto all'albo professionale, che abbia conseguito la titolarità o che sia risultato idoneo in un precedente concorso. Durante tale periodo gli eredi hanno diritto di continuare l'esercizio in via provvisoria sotto la responsabilità di un direttore». All'erede la disciplina concede sei mesi dalla dichiarazione di successione - da presentare non oltre un anno dall'apertura della successione, ossia dalla morte del *de cuius* (art. 31, c. 1, d. lgs. 31 ottobre 1990, n. 346) - per acquisire i necessari requisiti

preventiva autorizzazione da parte dell'autorità competente, essendo sufficiente una sola segnalazione.⁹⁵

In questo caso, per essere abilitato a conseguire la titolarità tramite trasferimento, così come a conseguire la direzione di una farmacia pubblica o privata gestita da una società di capitali, oltre all'iscrizione all'albo, è sufficiente risultare tra gli idonei del suddetto concorso o, in alternativa, aver maturato un'attestata esperienza professionale in farmacia, ossia aver compiuto una pratica di almeno due anni certificata dall'Ufficio farmaceutico della ASL di competenza, requisito quest'ultimo che non vale solo per la direzione di farmacie comunali in gestione diretta.⁹⁶

Con il trasferimento - che può avvenire solo tra soggetti privati⁹⁷ - della titolarità della farmacia intesa come azienda commerciale, deve avvenire anche il trasferimento

e per rimuovere eventuali cause d'incompatibilità, a pena di decadenza dalla titolarità (art. 7, co. 9 e 10, l. n. 362 del 1991).

⁹⁵ In materia, peraltro, anche l'ordinamento francese ammette la trasferibilità delle farmacie. L'*officines de pharmacie* (su cui si vedano artt. L 5125-1 e ss. del *Code de la santé publique*) è considerato un *fond de commerce* (potremmo dire un'azienda, una universalità giuridica di elementi materiali e immateriali finalizzati all'esercizio dell'attività di vendita al dettaglio di medicinali) sebbene particolare: il farmacista è un imprenditore che, in quanto tale, è assoggettato alle regole poste dal *Code de commerce*, ma è anche un professionista iscritto ad un ordine; l'attività di vendita al dettaglio di medicinali è un'attività commerciale ma è altresì assoggettata al *Code de la santé publique*. Per tale ragione i mutamenti e trasferimenti di farmacie non avvengono come un qualunque *fond de commerce*. Il farmacista deve essere proprietario della *officine* ed esserne anche il gestore, ma è ammessa la comproprietà nonché la proprietà di una persona giuridica. Per esercitare l'attività occorre presentare una *déclaration préalable* al competente *Conseil de l'Ordre des pharmaciens* che la trasmette all'*Agence régionale de santé*. L'*officine de pharmacie* può essere oggetto di cessione a titolo gratuito o oneroso ma la cessione è soggetta alla condizione sospensiva della registrazione della *déclaration préalable d'exploitation*: per la registrazione il farmacista acquirente deve dimostrare di aver acquistato la farmacia (allegando l'atto di trasferimento) e di possedere tutti i requisiti di legge per esercitare l'attività (previsti agli artt. L 4221-1 e ss. e L 5125-9 del CSP, ossia *moralité, diplôme, nationalité, inscription à l'ordre, enregistrement du diplôme* e non trovarsi in una situazione di incompatibilità) senza i quali la vendita è nulla. Senza il precedente atto di cessione, quindi, la *déclaration* non può essere registrata a nome dell'acquirente. L'atto di cessione della farmacia, pertanto, comprende anche la *licence d'exploitation*, originariamente rilasciata dall'*Agence des Pharmaciens et des syndicats régionale de santé*, a seguito di *avis de l'ordre national*; in un primo momento l'art. L 5125-7 del Csp affermava che la cessione della farmacia non potesse avvenire prima di 5 anni dalla sua creazione o dal precedente trasferimento ma il termine è stato soppresso. Anche per l'ordinamento francese quindi si può constatare come il trasferimento di una farmacia e della relativa autorizzazione all'esercizio sia prevista e regolata per legge, richiedendo un mero passaggio intermedio, da parte delle autorità amministrative competenti, legato alla verifica (sembrerebbe solo formale) dei requisiti richiesti.

⁹⁶ Art. 12, c. 2 e 8, l. 2 aprile 1968, n. 475.

⁹⁷ Cfr. T.A.R. Venezia, 18 giugno 2018, n. 633, in www.federalismi.it, Osservatorio di diritto sanitario, dicembre 2018, che ha dichiarato illegittima la cessione a titolo oneroso al Comune della titolarità di una farmacia gestita in via provvisoria dagli eredi non farmacisti del defunto titolare (cessione avvenuta prima della scadenza del periodo di gestione provvisoria che avrebbe comportato, peraltro, la dichiarazione di vacanza della farmacia e dunque il passaggio della titolarità al Comune stesso), in quanto vi è stata un'illegittima scissione tra il trasferimento della titolarità (che è transitata dalla società privata al Comune) e il trasferimento dell'azienda commerciale (che è passata dalla società privata all'azienda speciale del Comune atta a gestire le farmacie comunali) affermando in specie che «il trasferimento delle farmacie private [può] avvenire solo a favore di un privato farmacista» e non del Comune e che «il trasferimento della titolarità delle farmacie, a tutti gli effetti di legge, non è valido

della facoltà di esercizio del servizio farmaceutico stesso, poiché nella titolarità di una farmacia coesistono e non possono essere scissi tanto l'aspetto organizzativo-imprenditoriale (gestione dell'azienda) quanto quello pubblicistico-sanitario (gestione del servizio farmaceutico),⁹⁸ il che si ripercuote, peraltro, anche sul "valore" del trasferimento e in specie sulla quantificazione dell'avviamento.⁹⁹

La particolarità dei settori da ultimo analizzati, caratterizzati non solo da specifiche finalità pubbliche sottese al rilascio del provvedimento e conseguenti obblighi cui l'attività deve conformarsi ma, altresì, dal contingentamento di titoli amministrativi, originariamente rilasciati a titolo gratuito e all'esito di una pubblica selezione, richiede di svolgere alcune brevi considerazioni sui comuni problemi applicativi che il fenomeno della trasferibilità fa emergere in siffatti settori.

se insieme con il diritto di esercizio della farmacia non venga trasferita anche l'azienda commerciale che vi è connessa, pena la decadenza». Analogamente CONS. ST., Sez. III, 10 aprile 2019, n. 2367, in *Rass. dir. farmaceutico*, 2019, 4, 897, per cui «è illegittimo il provvedimento di trasferimento della titolarità di una farmacia privata in capo ad azienda speciale del Comune per atto di compravendita, per aver fatto ricorso ad una complessa operazione negoziale, avendo esercitato ante tempus e in modo surrettizio la prelazione su una sede che non si era ancora resa vacante senza che sia stata effettuata la doverosa ponderazione ed evidenziazione dell'interesse pubblico, in violazione delle regole della concorrenza e dell'interesse pubblico all'assunzione della titolarità della farmacia da parte del Comune».

⁹⁸ Cfr. art. 12, co. 11, l. n. 475/1968, per cui ai fini del trasferimento della titolarità di una farmacia privata devono essere conferiti, a pena di decadenza, tanto il diritto di esercizio della farmacia quanto l'azienda commerciale connessa; in specie l'art. citato così recita: «il trasferimento della titolarità delle farmacie, a tutti gli effetti di legge, non è ritenuto valido se insieme col diritto di esercizio della farmacia non venga trasferita anche l'azienda commerciale che vi è connessa, pena la decadenza».

⁹⁹ Sulla inscindibilità tra titolarità della farmacia intesa come azienda e gestione diretta dell'attività si veda T.A.R. Roma, Lazio, Sez. II, 12 settembre 2019, n. 10894, in *Redazione Giuffrè 2019*, per cui: «in materia di trasferimento di farmacie, secondo quanto disposto dall'art. 11, comma 1, della L. n. 362/1991, la titolarità e la gestione della farmacia devono essere abbinatae, pertanto l'autorizzazione al trasferimento non può essere rilasciata nel caso in cui con un contratto di affitto di azienda la gestione venga scissa dalla titolarità». Sul punto, analogamente, anche CASS. CIV., Sez. II, 22 ottobre 2015, n. 21523, in *Rass. dir. farmaceutico*, 2015, 6, 1298, per cui «a norma dell'art. 12 l. n. 475 del 1968, la titolarità di una farmacia deve comprendere inscindibilmente sia il servizio farmaceutico, sia la gestione diretta e personale dell'azienda, restando comunque il trasferimento della azienda farmaceutica sottoposto alla condizione sospensiva del riconoscimento del trasferimento medesimo ad opera di un provvedimento amministrativo autorizzatorio, che viene emanato previo controllo dei necessari requisiti». E ancora la stessa pronuncia precisa che: «la valutazione dell'avviamento di una farmacia caduta in successione non può non risentire del fatto che si tratta di un bene inerente ad un'azienda in cui, accanto ai profili privatistici inerenti alla attività di gestione svolta dal farmacista, convergono spiccati caratteri pubblicistici, connessi ai superiori interessi dell'assistenza sanitaria e della cura della salute pubblica, tali da giustificare la perdurante previsione dei rigorosi vincoli di diritto pubblico; vincoli che, influenzando inevitabilmente il margine di profitto conseguibile dall'esercente, non consentono di equiparare l'iniziativa economica di un farmacista a quella di un qualunque imprenditore. Ne discende che l'avviamento di una farmacia non può essere calcolato in base ai criteri di valutazione di libero commercio ma, anche in caso di trasferimento mortis causa, deve essere accertato – sempre che ricorrano in concreto gli elementi di fatto che ne consentano la puntuale applicazione e, quindi, che, la gestione abbia avuto una durata temporale di almeno cinque anni – alla stregua dei criteri più restrittivi previsti dall'art. 110 r.d. n. 1265 del 1934, attraverso il quale si attua un concreto bilanciamento tra interessi privatistici e pubblicistici».

3.3 *Considerazioni di sintesi sulle criticità pratiche che si possono riscontrare dall'analisi del fenomeno del trasferimento del provvedimento in settori contingentati*

Come visto, laddove la trasferibilità è legislativamente ammessa, si è perlopiù adottata una soluzione intermedia, che subordina il trasferimento ad una positiva manifestazione di volontà dell'amministrazione: l'intervento, necessario e risolutivo della P.A., fa sì che si delinei un concetto, si è detto, di trasferibilità o intrasferibilità, a seconda dell'angolo visuale da cui la si voglia considerare, relativa¹⁰⁰.

In tutti questi casi e, in specie, nelle ipotesi di contingentamento dell'accesso ai settori da ultimo analizzati, dal momento che la trasferibilità del diritto di esercizio dell'attività, sottesa al rilascio del provvedimento, «viene espressamente ammessa dal legislatore e dallo stesso affidata ad un atto volontario di disposizione del privato, previo obbligo formale di riconoscimento amministrativo, non si tratta più, allora, di valutare l'ammissibilità, sul piano teorico generale, della vicenda traslativa. Si tratta, più limitatamente [...] di verificare, sul piano concreto ed applicativo, se gli effetti» del trasferimento passano «in qualche modo essere ricondotti entro la logica originaria» del sistema di regole pubbliche, oppure se il trasferimento stesso, invece, costituisca un elemento di «dissoluzione interna del sistema». La domanda da porsi è quindi se il potere pubblico possa rappresentare in tal senso uno strumento utile oppure divenire solo un mero passaggio formale, necessario ma irrilevante sulla generazione degli effetti.¹⁰¹

La previa verifica da parte dell'amministrazione, quale condizione necessaria di trasferibilità, si associa al fatto che il subentro nella relazione pubblicistica debba avvenire congiuntamente alla traslazione della situazione privatistica su cui il provvedimento insiste, il che dovrebbe, in linea teorica, scongiurare una «mercificazione» del solo titolo abilitativo, disgiuntamente dal complesso giuridico-economico necessario per esercitare l'attività autorizzata o concessa.

Tuttavia è stato criticamente osservato che l'attuale disciplina «non integra alcuna reale garanzia di tutela delle finalità sociali ontologicamente connesse con l'attività oggetto del provvedimento ceduto, né di protezione della dimensione sociale più latamente connessa all'equilibrio fra le parti che addivengono alla traslazione. Come parimenti non risolve il problema, in rapporto agli eventuali effetti distorsivi indiretti sull'attività da continuare, la subordinazione del negozio privato al doveroso passaggio amministrativo, poiché esso non presenta margini di discrezionalità».¹⁰²

¹⁰⁰ C. DAL PIAZ, *op. cit.*, 51.

¹⁰¹ V. GIOMI, *op. cit.*, cit., 405 ss.

¹⁰² V. GIOMI, *op. cit.*, cit., 17 ss. La critica evidenzia come una verifica amministrativa solo formale si contrapponga alla funzione di protezione della regolamentazione amministrativa, che dovrebbe poter sindacare e ponderare la scelta compiuta dalle parti affinché il mutamento soggettivo non si ponga in contrasto con l'interesse pubblico che il provvedimento intende tutelare, così esaltando il profilo economico dell'attività svolta a detrimento di un'adeguata protezione delle finalità sociali della medesima. Inoltre, siffatto meccanismo circolatorio, in cui si ammette la possibilità di rivolgersi al

In specie, la scelta di rimettere ad un atto di disposizione privata la determinazione e quantificazione onerosa del trapasso di titolarità apparirebbe rischiosa, perché non sembra preservare a sufficienza il peculiare vincolo con la socialità del fine di cui il provvedimento si fa portatore¹⁰³, «prediligendo, al contrario, l'elemento mercantilistico, sviluppato nell'ambito della dimensione privata». Pertanto, l'aspetto considerato maggiormente sovversivo del sistema consisterebbe, a regole pubbliche invariate, nel potenziamento della componente economica di una decisione amministrativa che, in realtà, dovrebbe essere portatrice di un determinato valore sociale o interesse da tutelare quale protagonista del provvedimento.¹⁰⁴

Si è così sostenuto che «il valore economico del diritto di esercizio delle attività operanti in settori a contingentamento amministrativo è divenuto, oggi, la naturale, per quanto pericolosa, conseguenza della sua trasferibilità, cioè della sua idoneità a fondare un acquisto a titolo derivativo per traslazione. Essa, col tempo, ha finito per sostituire l'acquisto a titolo originario, che continua ad essere garantito dall'esistenza del concorso pubblico e dalle sue regole di selezione per merito, trasformandosi nell'ordinaria modalità di ingresso in un settore che risponde a precise regole di sistema. A nulla rilevando, in termini di “funzionalizzazione” degli effetti alla finalità sociale posta alla base del sistema di regole pubbliche ancora mantenuto in piedi (e, sotto certi profili, assistito da nuova forza), l'intervento pubblico, il quale si limita a verificare l'esistenza e la regolarità dei presupposti legali posti alla base della vicenda successoria a volontà privata, per poi consentire il prodursi degli effetti predeterminati dalla norma».¹⁰⁵

mercato per variarne la composizione degli operatori, affidando ad essi la scelta del nuovo entrate, rischia di diventare espressione di soli interessi economici privati e di comportamenti opportunistici, in grado di incidere sulla funzionalità dell'intero sistema, generando scambi «a porte chiuse ed ad alto rischio».

¹⁰³ Cfr. ID., *op. cit.*, cit., 39, per la quale, con specifico riferimento alle attività di autotrasporto pubblico non di linea a mezzo taxi e NCC e all'esercizio farmaceutico, sostiene: «da trasferibilità, a discapito del legame fra originario titolare e provvedimento, è rimessa negli aspetti più delicati, alla concreta attuazione da parte del privato, che ne gestisce in modo volontario alcuni elementi di estrema importanza. L'esito dell'accordo fra i privati incide su un aspetto essenziale del provvedimento, andando a modificare gli elementi più personali del profilo soggettivo che caratterizzava la qualificazione professionale del vecchio titolare selezionato all'esito di una scelta pubblica in un contesto di comparazione. Tale mutamento rischia di intaccare, con intensità differente, lo stesso vincolo dei fini sociali, ben rappresentato dalla persistenza di un'offerta vincolata al previo atto amministrativo».

¹⁰⁴ ID., *op. cit.*, cit., 403. L'A. prosegue sostenendo che la circolazione del titolo, «esaltando l'originario aspetto imprenditoriale insito nell'attività economica del privato, pone nuovamente al centro di un sistema “a protezione pubblica” la libertà di impresa del singolo, alla quale affida anche la gestione delle delicate e complesse dinamiche di scambio, con ciò esponendo a rischio di erosione la finalità sociale ad essa connaturata. Tale sottovalutazione rischia di alterare la funzione e l'assetto stesso delle medesime regole pubbliche di garanzia sociale. Il timore ipotizzato è che si generi una decostruzione dall'interno della ratio del complessivo sistema» (cit., 404).

¹⁰⁵ ID., *op. cit.*, cit., 416 ss. L'A. ritiene che la previsione della trasferibilità del titolo pubblico abbia «disancorato la titolarità dalla funzione sociale del provvedimento, completando una perniciosa trasformazione già avviata con l'allentamento delle garanzie soggettive richieste per l'acquisto della

Nel momento in cui «l'autorizzazione viene resa un "bene circolante" a seguito di un atto dispositivo del privato che manifesta la propria volontà – espressa anche per mezzo degli eredi legittimi – di cedere in via onerosa la titolarità dell'esercizio di un'attività che, fino a quel momento, ha consentito al medesimo titolare di conseguire specifiche opportunità economiche, al valore giuridico del provvedimento amministrativo di esercizio si unisce anche un valore economico derivante dall'essere merce di scambio. Ciò apre la strada alla necessità di convenire su specifici parametri per la relativa quantificazione, attesa la gratuità del rilascio originario».¹⁰⁶

Alla luce delle osservazioni esposte, si rileva che la principale criticità riscontrata nei settori in cui il trasferimento del provvedimento è legislativamente previsto, è la possibilità di una cessione non solo e non tanto onerosa quanto non regolamentata, in cui vengono affidate ai privati le dinamiche dello scambio della titolarità della facoltà di esercizio di un'attività amministrativamente conformata e/o limitata.

In proposito si ritiene che la presenza di alcune difficoltà di ordine pratico sottese al tema, specie legate ad una mancanza di regole che disciplinino il fenomeno circolatorio in settori in cui il provvedimento acquista una spiccata valenza patrimoniale, non valga a giustificare un generalizzato assunto per cui se in un determinato "mercato" vi è una giusta programmazione a fini sociali e un proporzionato contingentamento, nonché la previsione di obblighi di servizio pubblico, ciò presupponga logiche da ritenersi radicalmente inconciliabili con una

titolarità stessa» e, parallelamente, ciò avrebbe spinto la dottrina civilistica a configurare «nuovi beni giuridici a creazione artificiale ed a contenuto non tipizzato dalla materialità», attribuendovi una soggettività di diritto e riconoscendovi l'esclusività del godimento, la cedibilità, la tutela reale contro le interferenze altrui.

¹⁰⁶ ID., *op. cit.*, cit., 417. L'A. prosegue, cit. 419 ss., precisando che «se si ammette che l'autorizzazione all'esercizio di una attività economica possa, attraverso la trasferibilità, formare oggetto di diritti, divenendo appropriabile e, quindi, scambiabile in un mercato fra privati, è necessario che essa divenga suscettibile di una valutazione economica, tanto crescente quanto più destinata a rappresentare una rendita di posizione in un settore chiuso al mercato, composto da beni scarsi ed appetibili e destinato a circolare senza etero-regolazione. La percezione sussunta è quella che con l'acquisizione di un valore economico della titolarità del provvedimento, conseguenza diretta, o, forse, presupposto giuridico, del riconoscimento della sua circolabilità, la garanzia sociale del tipo di attività esercitata dal privato, che veniva affidata a quel sistema di regole pubbliche al cui interno era in origine previsto che la titolarità conferita con il provvedimento autorizzatorio non trasferibile e personale fosse assegnata per concorso al singolo soggetto, la cui professionalità avrebbe assicurato il valore sociale, oggi venga a stemperarsi. Il valore sociale connaturato all'attività, che si salda alla miglior professionalità selezionata dall'amministrazione sul mercato degli operatori disponibili, si comprime pericolosamente allorquando involge nella valorizzazione della componente economica, destinata a prevalere sul valore giuridico del provvedimento. Tanto più che ciò, nell'impossibilità di elaborare in modo oggettivo parametri idonei a calcolare il "peso economico" del profilo valoriale della finalità sociale con cui il provvedimento amministrativo si salda al titolare originario, ha finito con il tradursi nella identificazione del medesimo con le componenti aziendalistiche. In questo processo a moto retrogrado, la titolarità di esercizio si connota più per la sua capacità ad essere suscettibile di valutazione economica, che non per la sua propensione ad essere l'anello conclusivo di un sistema di regole pubbliche, che ha imposto la logica della compressione della libertà di impresa sulla garanzia del fine sociale».

qualche forma di trasferibilità del provvedimento; posto che, da questo punto di vista, qui si intende optare per una lettura della trasferibilità che, certamente ampliando le facoltà del singolo anche in un'ottica di libertà di iniziativa o cessazione della propria attività, si ponga a garanzia di una continuità nei rapporti giuspubblicistici che, proprio in quanto tali, coinvolgono sempre gli interessi della collettività e degli utenti.

Ciò, a maggior ragione, in considerazione del fatto che il più profondo soddisfacimento delle finalità sociali non lo si ritiene qui connesso, o quantomeno non prevalentemente, all'elemento personalistico del titolare. Non si crede, infatti, che le esigenze pubblicistiche tutelate dai provvedimenti analizzati né i fini sociali cui i citati settori contingentati sono improntanti, vengano perseguiti mediante una valorizzazione dell'elemento personalistico tale per cui questi potrebbero davvero venir meno inserendovi una previsione di trasferibilità del provvedimento, a maggior ragione se questa venisse regolamentata (come dovrebbe) in base alle esigenze dello specifico settore.¹⁰⁷

Certo vi è un collegamento tra la necessità di perseguire determinati fini sociali in relazione ad un'attività considerata a rilevanza pubblicistica - quand'anche non espressamente qualificata come servizio pubblico - e la scelta politico-economica, che qui non è messa in discussione, di contingentarne l'offerta.

Tuttavia, la scelta di mantenere un contingentamento la si legge - anche alla luce di quanto sostenuto in ordine all'interpretazione che si ritiene più opportuna del rapporto tra libertà di iniziativa di cui all'art. 41 Cost., co. 1 e il limite dell'utilità sociale di cui al co. 2 - come l'esito di una valutazione di tipo primariamente economico, secondo la quale l'adozione di un sistema aperto e concorrenziale risulterebbe contrario all'utilità sociale, ossia a quella logica di benessere che i modelli economici a libera iniziativa del privato si prefiggono di perseguire.

¹⁰⁷ Per contro, l'Autrice in questo paragrafo più volte citata per via dell'ampiezza del suo studio sul tema e per necessario raffronto, ritiene, come già accennato, che la traslazione del titolo autorizzatorio finisca per «esaltare al massimo il profilo economico connesso all'attività svolta, pretermettendo sensibilmente la garanzia del mantenimento di un adeguato livello di protezione delle finalità sociali intrinseche all'attività medesima. [...] La rilevanza, sul piano pubblicistico, del rapporto privatistico basato su un fenomeno successorio privato e che origina dall'interesse allo sfruttamento economico del titolo amministrativo del dante causa a vantaggio dell'acquisto del diritto di esercizio dell'attività in un mercato chiuso per l'avente causa, lascia intravedere un generico *favor* verso la logica dell'impresa» (V. GIOMI, *op. cit.*, cit., 19). Infatti, «in quei settori in cui l'ordinamento ha già effettuato una graduazione di valori, valutando che la libertà di iniziativa economica privata possa recedere rispetto ai fini sociali, si ritiene che la trasferibilità, intesa come principale espressione della autonomia contrattuale delle parti, già ridimensionata dalla contrazione dell'iniziativa economica, dovrebbe essere esclusa. [...] Non pare azzardato ritenere che ogni scambio del titolo amministrativo fra privati [...] sovverta in modo implicito ed indiretto quei limiti alla libera iniziativa economica posti dall'ordinamento (rectius dal legislatore) in ragione della necessità di un controllo pubblico preventivo attraverso una programmazione amministrativa del mercato. Si ribaltano, allora, quelle scelte di fondo, in termini di valore, operate proprio dallo stesso ordinamento in cui il medesimo scambio viene posto in essere» (cit., 22 ss.).

In specie, in un settore in cui si è ritenuto necessario ricorrere al fondamentale contributo dei privati per garantire un determinato servizio che, in alternativa, dovrebbe essere integralmente fornito dal pubblico, l'utilità sociale sembra in verità ricollegarsi direttamente al margine di utile conseguibile. In caso contrario non si renderebbe "appetibile" un settore in cui l'attività è soggetta a numerosi obblighi (tra cui quelli di tariffazione/prezzo): le finalità sociali sono perseguite tramite la sottoposizione dell'attività (diversa dall'iniziativa) a programmi e controlli che, questi sì, debbono essere direttamente improntati a garantire, in via preventiva e successiva, un'effettiva accessibilità, sicurezza e qualità nell'erogazione del servizio.¹⁰⁸

È chiaro che garantire un margine di utile per mezzo del contingentamento abbia, quale ulteriore effetto, quello di scongiurare eventuali ripercussioni sugli utenti in termini di costo e qualità del servizio, ma le finalità sociali si ritengono direttamente perseguite non tramite il contingentamento in sé, che risponde ad una logica diversa, bensì tramite il rilascio del provvedimento, che sancisce un rapporto fondato sulla conformazione dell'attività a determinati obblighi e standard e che, nei casi esaminati, rappresenta, fin dal momento del suo originario rilascio, concretizzazione di un vaglio amministrativo su requisiti che, se pur di varia natura, sono predeterminati *ex lege*.

In questo senso, la funzionalizzazione dell'attività, *ex art. 41, co. 3 Cost.*, può certamente essere garantita anche dal contingentamento; tuttavia, quest'ultimo affonda la propria ragion d'essere in valutazioni economiche sulla necessità di garantire una certa quantità di offerta, di per sé non intaccata dalla trasferibilità del provvedimento, fenomeno che, se associato alla circolazione del complesso giuridico-economico cui inerisce, non è in grado di alterare alcun limite numerico.

Il fatto poi che, per via del contingentamento ritenuto necessario per garantire un equilibrio economico al settore, il rilascio del provvedimento sia subordinato all'individuazione degli operatori ritenuti più idonei, all'esito non di una scelta discrezionale di stampo fiduciario, ma di una selezione pubblica che per sua natura deve premiare le professionalità risultate migliori fra i concorrenti partecipanti, non sembra comunque creare un contrasto insuperabile con la trasferibilità del provvedimento, tale da minare finalità sociali che si ritengono garantite, come detto, non dal contingentamento ma dai requisiti ed obblighi ritenuti necessari per esercitare l'attività in questione.

La logica sottesa al principio concorsuale sembra facilmente risolvibile, laddove necessario, adottando un meccanismo simile a quello già previsto nel settore

¹⁰⁸ Cfr. M. DELSIGNORE, *Il contingentamento dell'iniziativa economica privata*, *op. cit.*, cit., 50, «la previsione di un numero predeterminato di operatori non attiene certo a regole condizionali nello svolgimento dell'attività in un settore: il contingentamento [...] non è strumento utile a indirizzare indirettamente l'attività degli operatori poiché il risultato cui porta da sé solo incide prima ancora che l'attività inizi a svolgersi, producendo appunto i suoi effetti sull'iniziativa e sull'accesso al mercato. Si tratta, cioè, di uno strumento che il legislatore utilizza per produrre risultati determinati, al fine di replicare una formula economica che si ritiene ottimale per il settore considerato».

farmaceutico, nel quale la scelta del soggetto terzo, cui trasferire il provvedimento, non è totalmente libera, ma deve ricadere all'interno di una predeterminata, se pur ampia, rosa di soggetti, ossia tra coloro che sono risultati comunque idonei (anche se non vincitori in relazione ai posti originariamente disponibili) nella selezione pubblica bandita dall'amministrazione o tra coloro che, per espressa previsione legislativa, vengono considerati dotati di una comprovata professionalità per via dell'esperienza acquisita "sul campo".

In questo senso si possono discutere le scelte politico-normative adottate in ciascun singolo settore in ordine ai requisiti di professionalità o qualificazione ritenuti adeguati, invocandone eventualmente di più stringenti, ma non si riesce comunque a cogliere una radicale inconciliabilità tra attività in vario modo regolate, quand'anche contingentate e assoggettate a garanzie pubblicistiche di risultato, e trasferibilità del necessario provvedimento.

Per le ragioni sopra esposte, infatti, non si vede come il trasferimento possa ledere le finalità sociali sottese alla regolazione pubblicistica, laddove queste vengono perseguite tramite il vaglio e la permanenza di requisiti e standard che, quand'anche soggettivi, valgono comunque ad individuare qualità obiettive e fruibili, ben lontane da quell'*intuitus personae* cui faceva riferimento la dottrina tradizionale. In ragione di ciò non si reputa che le finalità sociali siano effettivamente ancorate all'elemento soggettivo, considerazione che, peraltro, non si ritiene messa in crisi da un eventuale criterio selettivo che, laddove vi sia un contingentamento, sembra primariamente legato (quantomeno nei settori analizzati) alle finalità economiche sottese a quest'ultimo nell'attuale quadro giuridico e non a garantire particolari livelli di qualità.¹⁰⁹

Ciò, a maggior ragione, alla luce della logica cui è possibile ricondurre la trasferibilità stessa, non solo e non tanto quale ampliamento dell'autonomia contrattuale del privato né, tantomeno, quale spinta liberalizzatrice del settore, bensì come elemento di dinamicità del rapporto giuspubblicistico tramite la valorizzazione

¹⁰⁹ Cfr. per contro, V. GIOMI, *op. cit.*, cit., 28 ss.: «posto che la misura dell'ampiezza dell'autonomia privata può senza dubbio essere rapportata alla propensione economica dell'attività svolta, con ciò divenendo espressione naturale del profilo aziendale ad essa inerente, non può rimanere in ombra il profilo pubblicistico del bene "scambiato" sul mercato, né, ancor meno, la forte componente soggettiva che qualifica il provvedimento autorizzatorio posto alla base della traslazione. L'esaltazione del profilo-economico-aziendale dell'attività esercitata, seppur giustificabile sia nell'interesse privato teso alla prosecuzione dell'attività attraverso il potenziamento del profilo dell'autonomia contrattuale, sia nell'interesse pubblico alla continuazione del servizio, non trova adeguata giustificazione in un contesto non concorrenziale di scambio. [...] Diversamente argomentando, la dimensione soggettiva del provvedimento finirebbe col divenire recessiva rispetto a logiche ancorate al profilo economico dell'attività svolta; ma ciò presupporrebbe che la scelta di far proseguire quest'ultima in capo a soggetto diverso dall'originario titolare fosse ritenuta idonea ad offrire una migliore cura dell'interesse pubblico».

del provvedimento contro il quale, a fronte di una sua articolata ma perseguibile sostenibilità teorica, le resistenze concettuali sembrano non esser più attuali.

La prospettiva con cui viene affrontato il fenomeno della trasferibilità in questo studio non può e non deve certo negare l'impatto critico di disposizioni che ammettono il trasferimento di titoli provvedimentali in sistemi dominati da molteplici logiche ed esigenze ma, quel che si vuole sottolineare è che siffatte criticità non dovrebbero portare ad escludere in toto la trasferibilità e le sue potenzialità, quanto piuttosto rappresentare fertile terreno di conoscenza per poter elaborare più adeguati principi e regole in materia.¹¹⁰

In questo senso la circolazione del titolo amministrativo deve armonizzarsi con le finalità che presiedono un certo settore e non deve sfuggire essa stessa alla "leggi del mercato", alimentando, nell'assenza di regolazione degli scambi, evidenti "storture", fondamentalmente riconducibili ad un paradossale rafforzamento di posizioni di rendita all'interno di un mercato in cui il numero di titoli in ingresso è quantitativamente predefinito, con indiretta attribuzione di un non trascurabile potere di pressione politica in capo al gruppo di operatori già titolari, che rischia di rafforzare il corporativismo di categoria a discapito della democraticità degli interessi.¹¹¹

¹¹⁰ Cfr. V. GIOMI, *op. cit.*, cit. 27 ss. Della trasferibilità quale componente dinamica del provvedimento, l'A. indaga non la sostenibilità teorica ma, attraverso gli effetti generati, la ragionevolezza delle conseguenze innescate dall' "immissione sul mercato" e dall'acquisizione del valore economico del bene traslato, approdando ad una riflessione sulla forte tensione così generata tra le finalità sociali che ancora oggi impediscono la liberalizzazione dei settori esaminati a favore del mantenimento di una pianificazione quantitativa e la trasferibilità stessa, che depotenzierebbe le prime per le ragioni sopra richiamate. In specie si afferma che: «il rinvenirsi di un "consenso legale" alla trasferibilità del provvedimento autorizzatorio apre la strada all'ingresso del mercato in segmenti di attività in cui quest'ultimo, con le sue dinamiche di scambio, ha da sempre rappresentato più l'elemento di maggiore inadeguatezza rispetto alle intrinseche finalità sociali, che non una meta da raggiungere. Si assiste allora ad una discutibile inversione valoriale a contesto giuridico inalterato. La singolarità addirittura aumenta col vano tentativo di ricercare le regole che, in ragione del contesto di scambio e della natura del bene scambiato, dovrebbero accompagnare l'edificazione di tale mercato secondario. La trasferibilità fra privati di un provvedimento posto a garanzia delle finalità sociali costituisce il primo tassello della progressiva dissoluzione di una logica che ha sostenuto il mantenimento di un determinato assetto antagonista al libero dispiegarsi delle forze economiche».

¹¹¹ ID., *op. cit.*, cit., 21, per la quale «le risultanze di una competizione non regolata possono depotenziare quei poteri amministrativi di conformazione del mercato e depauperare il valore giuridico originario del titolo abilitativo, con conseguente acquisto di un valore economico legato all'affermarsi di meccanismi di rendita che alterano l'equilibrio degli scambi e inficiano la neutralità delle regole del trasferimento. Lo svuotamento del primo elemento di garanzia del sistema, individuabile nella selezione pubblica per merito dell'operatore in ingresso, si aggrava ogni volta in cui la trasferibilità della titolarità pubblica, priva di un sistema regolatorio di intensità comparabile alle regole di conformazione, avvii un pernicioso meccanismo di decostruzione interna dell'utilità sociale dell'attività, contribuendo a consolidare meccanismi di rendita economica divenuti, oggi, fra le principali cause del disallineamento sociale». E ancora, cit. 25, «la libertà di trasferire il titolo per l'esercizio di un'attività privata a spiccata, ancorché non esclusiva, valenza economica, secondo una logica legislativa orientata ad esaltare e far prevalere la continuità aziendale anche in parziale sacrificio della effettiva garanzia del più profondo soddisfacimento delle finalità sociali connesse all'elemento personalistico del titolare, finisce per rafforzare inevitabili posizioni di rendita, inesorabilmente collegate all'esiguità numerica dei titoli abilitativi in ingresso ed alla rigidità del quantitativo predefinito

In effetti, si condivide il rischio che in un settore contingentato la creazione di un mercato interno avente ad oggetto provvedimenti amministrativi ceduti a titolo oneroso possa creare effetti distorsivi, laddove la delimitazione quantitativa, associata alla mancanza di regole negli scambi, sembra generare una rendita di posizione in grado di rievocare logiche di mercato di stampo corporativo che vanno al di là dell'assicurare un rientro economico agli operatori presenti sul mercato.

Si rischia infatti di inficiare la stessa dimensione privata, rendendola vulnerabile a dinamiche anticoncorrenziali proprio perché si lascia ai privati stessi il compito e la libertà di variare la composizione degli operatori all'interno del settore, esaltando la dimensione imprenditoriale ma innescando un meccanismo circolatorio "a porte chiuse" e ad "alto rischio". Il fenomeno deve allora trovare una regolazione volta a scongiurare l'emersione di posizioni di abuso o di dominio degli operatori e ad evitare che la cessione del titolo avvenga secondo logiche rimesse all'autonomia privata, specie per quanto concerne la determinazione del prezzo di cessione.

Infatti, «una più attenta osservazione delle particolari modalità con cui tale trasferimento di titolarità di esercizio si sviluppa proprio nei settori oggetto di indagine ci permette [...] di rilevare che le dinamiche con cui gli equilibri fra le parti trovano una loro composizione, sono affidate, nella sostanza, a meccanismi rimessi alle scelte condotte dai privati, almeno con riferimento ai principali elementi costitutivi del rapporto»; nonostante la vicenda traslativa del trasferimento del provvedimento abbia ad oggetto un bene giuridico la cui esistenza dipende ed è resa possibile dal previo esercizio del potere pubblico, «sconta la mancanza di un sistema pubblico di gestione e di allocazione del bene scambiato».¹¹²

In questo senso, se si prevedono legislativamente delle possibilità di trasferimento senza regolare le indiscusse criticità che la circolazione a titolo oneroso di provvedimenti rilasciati a titolo gratuito innesca, si possono effettivamente aprire le porte ad un de-regolamentato e incontrollato "mercato secondario" dei provvedimenti.

in via amministrativa. A fronte di un progressivo depauperamento del valore pubblicistico della titolarità del provvedimento amministrativo nei settori nello specifico esaminati, l'indiretto potenziamento del suo valore economico rafforza il potere di pressione politica del gruppo di operatori titolari». E, cit. 399, «se si ammette una trasferibilità a livello legislativo e poi non si regola l'esecuzione del trasferimento si creano posizioni di rendita nel settore che favoriscono fenomeni speculativi da parte di chi è già titolare del provvedimento che, in definitiva, lo vende all'aspirante soggetto entrante nel settore secondo logiche privatistiche il che, oltre ad andare intuitivamente contro la stessa logica della regolazione amministrativa, volta alla salvaguardia di finalità altre rispetto ai meri interessi imprenditoriali, può comportare pesanti disfunzioni anche all'interno del settore stesso: se i provvedimenti sono contingentati a monte il loro valore aumenta nel "mercato secondario" de-regolamentato, incentivando fenomeni speculativi legati proprio alla traslazione del titolo e, per contro, disincentivando l'ingresso di nuovi operatori o, altrimenti, andando a scapito della qualità dei prodotti o servizi offerti nel settore stesso per poter recuperare i costi legati all'acquisto del provvedimento».

¹¹² V. GIOMI, *op. cit.*, cit., 392.

Per la verità, non sono estranee al nostro sistema forme di circolazione dei titoli amministrativi in mercati aventi ad oggetto risorse che non presentano il connotato della materialità - ossia di cose, nel senso più tradizionale del termine, che possono formare oggetto di proprietà e di diritti individuali esclusivi (art. 810 c.c.) - ma nemmeno quella immaterialità tipica delle opere d'ingegno o delle invenzioni industriali e nemmeno possono afferire a quella complessa entità che è l'azienda, ritenendosi per lo più beni pubblici.

Trattasi di risorse considerate strategiche dal legislatore (specie dell'Unione europea) che, per mezzo dell'attribuzione di una valenza economica, vengono appositamente qualificate come "oggetto" di appartenenza, formando su tali risorse quelli che la dottrina civilistica chiama "diritti a creazione amministrativa" che, in verità, sono strumentali non ad accrescere l'autonomia privatistica bensì gli interessi comuni di cui le autorità amministrative competenti si fanno portatrici.

Il risultato, pur con tutte le peculiarità e differenze del caso, è che il titolo amministrativo (permesso o concessione) che rende tali risorse accessibili e gestibili, a seguito di assegnazione tendenzialmente gratuita da parte dell'autorità competente, diventa esso stesso bene giuridico, potendo circolare, anche disgiuntamente rispetto al complesso aziendale, all'interno di un autonomo ma regolamentato (per esempio nella scelta degli operatori cui trasmetterlo) mercato "parallelo", che permette un ricambio nella composizione soggettiva del settore.

E così, se si prendono ad esempio le modalità di assegnazione delle frequenze radio-televisive o degli slot aeroportuali, in cui la scelta legislativa ha affidato alle dinamiche di un mercato artificialmente creato e regolato l'accesso allo svolgimento di un servizio di rilievo sociale o avente ad oggetto un bene scarso, o ancora, se si guarda alla circolazione delle cosiddette quote latte, il cui prezzo è formalizzato e parametrato sul valore dell'azienda da cui provengono, o dei permessi di emissione dei gas serra, il cui scambio sembra aver determinato vantaggi sia per i grandi produttori sia per la sostenibilità ambientale, ne emergere come la trasferibilità dei provvedimenti possa trovare adeguate soluzioni anche da un punto di vista pratico.¹¹³

¹¹³ In relazione a quanto accennato si veda più diffusamente, in chiave privatistica, il saggio di C. CAMARDI, *Cose, beni e nuovi beni, tra diritto europeo e diritto interno*, in *Europa e diritto privato*, 3, 2018, 955 e dottrina ivi citata. Si rinvia anche al primo studio sistematico sul tema, di M. COLANGELO, *Creating property rights: law and regulation of secondary trading in the European Union*, Leiden-Boston, 2012, che affronta proprio la questione della creazione amministrativa di diritti di proprietà, oggetto di autonoma circolazione in mercati secondari e connessi a risorse cui viene attribuito valore economico ed in specie *airport slots, spectrum rights, milk quotas, emission allowances*; della stessa Autrice si veda anche ID., *Il mercato secondario dei diritti di creazione amministrativa nell'Unione europea: il caso degli slot aeroportuali e dello spettro radio*, in *Europa e diritto privato*, 2009, 119.

Per l'ordinamento francese si veda, sulla circolazione delle *fréquence radioélectriques*, il *Code des postes et des communications électroniques (Partie réglementaire – Décrets en Conseil d'Etat, Livre II, Titre II, Chapitre Ier, Section 2, Paragraphe II)*, recante *Dispositions relatives aux cessions d'autorisation de fréquence*, nonché il precedente *Rapport au Ministre chargé des communications électroniques sur le choix des bandes de fréquences pour un marché secondaire des autorisations d'utilisation de fréquences*, dell'*Autorité de régulations des Communications*

Nei citati settori, in cui si è creato uno spazio di circolazione autonomo e regolamentato, in cui la titolarità dell'esercizio dell'attività viene sì monetizzata e scambiata ma in cui la cessione onerosa avviene nei termini e modi previsti dal titolo amministrativo stesso, all'interno di un mercato in cui gli scambi sono riconosciuti e regolati, sembra infatti essersi raggiunto un valido equilibrio tra il rispetto della libertà economica del singolo e la prevalenza di interessi sociali, incentivando la flessibilità e dinamicità del settore.¹¹⁴

In queste nuove forme regolatorie i titoli amministrativo circolano autonomamente e a prescindere da una determinata struttura aziendale, non inerendo ad un complesso giuridico-economico ma rispecchiando finalità pubblicistiche diverse da quelle tradizionalmente associate alle autorizzazioni e concessioni, in quanto non rispondono ad una logica di compatibilità dell'attività all'interesse pubblico o di imposizione di obblighi di risultato, bensì, piuttosto, a meccanismi incentivanti o disincentivanti (a seconda del settore) nello svolgimento di una determinata attività.

La diversità e particolarità delle finalità sottese ai provvedimenti in questione fa sì che non possano essere accomunati in toto ai più "ordinari" provvedimenti autorizzatori e concessori cui qui ci si intende riferire, ma si reputano in ogni caso esempi significativi di come il trasferimento di quello che è pur sempre un provvedimento amministrativo, quale supporto per la circolazione di "diritti amministrativamente creati", possa diventare un valido strumento di flessibilità e apertura del sistema anche in settori ampiamente regolamentati, laddove la definizione di modalità e termini pubblici dello scambio del provvedimento, avendo cura di fissare le condizioni per rendere compatibile la logica del mercato con le finalità sociali, sembra in grado di attenuare conflitti, storture e possibili abusi.

In questi casi, infatti, si ammette proprio che la compatibilità tra logiche potenzialmente confliggenti derivi dal fatto che il riconoscimento di un valore economico all'elemento della titolarità del diritto di esercizio, che ne rende possibile la circolazione, si sviluppi all'interno di un mercato formalizzato, con regole e confini predefiniti. In tal modo non sembrano sorgere particolari ostacoli nell'ammettere in capo al soggetto privato peculiari facoltà traslative connesse all'attribuzione della titolarità di un "provvedimento-bene", creato in funzione di un mercato "alternativo" retto da logiche differenti da quelle prettamente concorrenziali.¹¹⁵

La riflessione è interessante perché da essa sembra emergere come per quanto a monte ci possa essere una condivisibile scelta di prevalenza dei fini sociali e di

électroniques et des postes, juillet 2005, in *www.arcep.fr*. In generale sul tema si può rinviare al recente studio di J. V. MAUBLANC, *Le marché des autorisations administratives à objet économiques*, LGDJ, 2019.

¹¹⁴ In generale si vedano le riflessioni di M. CLARICH, *La tutela dell'ambiente attraverso il mercato*, in *Dir. pubbl.*, 1, 2007, 219, che individua nel mercato artificiale delle quote di emissione dei gas serra un valido strumento di soddisfazione degli interessi pubblici attraverso il mercato, quale alternativa ad una rigida regolazione pubblica ispirata al principio del *command and control*.

¹¹⁵ V. GIOMI, *op. cit.*, cit., 392.

salvaguardia della centralità del potere amministrativo nel perseguimento delle finalità pubbliche che gli sono proprie, ciò non toglie che sia possibile riconoscere un nucleo incompressibile di libertà di iniziativa economica, consentendo una limitata autonomia contrattuale laddove prima non si ammetteva alcun margine di manovra, tramite soluzioni in cui il fenomeno della circolazione dei titoli amministrativi, specificamente regolato, non sembra introdurre un elemento di rottura della logica del sistema, ma al più, come detto, un elemento di flessibilità che, proprio perché calibrato in relazione al settore di riferimento, non collide con le prevalenti esigenze collettive.

Discorso in parte analogo può farsi in riferimento ai cosiddetti diritti edificatori, creati per mezzo di un atto amministrativo o di un accordo tra P.A. e privati e da intendersi come astratta quantità di volumetria autonomamente commerciabile indipendentemente dal suolo sul quale verrà utilizzata.¹¹⁶

Meglio ancora, il “diritto” o “credito” (a seconda delle impostazioni teoriche), ricollegato ad una facoltà di edificare nei limiti di una certa volumetria, può essere traslato non solo a prescindere dalla contestuale cessione del suolo cui è originariamente associato (suolo c.d. di “decollo”) ma, essendo per natura autonomo rispetto al suolo stesso, può circolare anche tra soggetti che non sono proprietari di alcun suolo sul quale edificare e dunque realizzare concretamente la facoltà oggetto di cessione.

Siffatta metodologia distributiva della capacità edificatoria affonda la propria ragion d'essere in logiche perequative - diverse da quelle proprie di un tradizionale piano edilizio - in ragione delle quali la volumetria complessiva viene distribuita tra i lotti di una determinata area, affinché tutti i proprietari (anche quelli di suoli non edificabili), disponendo di una dotazione volumetrica, siano incentivati a partecipare alla pianificazione urbanistica, così realizzata attraverso moduli negoziali e non autoritativi; in logiche compensative, laddove, a fronte di una cessione gratuita di aree private al Comune che intende utilizzarle per scopi di pubblica utilità, quest'ultimo cede diritti edificatori liberamente commerciabili e dunque traslabili a terzi dietro corrispettivo, in alternativa alla procedura di esproprio con pagamento dell'indennità; e, ancora, in logiche di premialità, laddove si attribuiscono diritti edificatori in caso, ad esempio, di interventi di riqualificazione urbanistica ed ambientale.

La particolarità di tali “diritti” aventi ad oggetto la risorsa “volumetria”, amministrativamente creati e suscettibili di circolazione - in un mercato regolato dal Comune e tramite accordi tra privati o contratti che, ai sensi dell'art. 2643, co. 1, n. 2 *bis* c.c., devono essere trascritti per garantirne la conseguente pubblicità e opponibilità

¹¹⁶ Sul tema dei diritti edificatori e loro circolazione si rinvia a M. C. D'ARIENZO, *Trasferibilità dell'interesse legittimo*, Quaderni di Diritto e processo amministrativo, 26, Napoli, 2017, 173 ss. e all'ampia bibliografia ivi citata per una ricostruzione dottrinale (sia civilistica sia amministrativistica) in materia.

a terzi - differiscono dalla cessione di cubatura¹¹⁷ perché, nel fenomeno circolatorio che li coinvolge, difetta, come detto, l'inerenza alla realtà del suolo.

Infatti, mentre nella cessione di cubatura si ha un passaggio diretto da un fondo ad un altro, secondo un meccanismo circolatorio che, se pur indipendente rispetto al terreno di riferimento (realizzandosi una scissione tra proprietà e *ius aedificandi*), comunque non può prescindere dalla proprietà di un suolo edificabile, nei diritti edificatori, invece, è possibile che si realizzi una circolazione anche a prescindere dalla proprietà di un terreno.¹¹⁸

Oggetto di cessione, infatti, non è la cubatura intesa come parte della colonna d'aria che sovrasta un determinato lotto, bensì la facoltà ad edificare una certa frazione volumetrica creata per mezzo degli strumenti di pianificazione urbanistica o di accordi tra privati e P.A., il che rende evidente come la fonte di tale risorsa non stia nel diritto di proprietà (discorso da questo punto di vista analogo tanto per la cessione di cubatura quanto per la cessione di volumetria, se si ritiene lo *ius aedificandi* un interesse legittimo e non un diritto). Tale facoltà troverà poi realizzazione solo quando il titolare finale, a seguito di possibili plurime cessioni intermedie della facoltà in questione (c.d. fase di "volo", che rende la cessione di volumetria diversa da quella di cubatura), decida concretamente di utilizzarla su un suolo edificabile (c.d. suolo di "atterraggio").

Il tema, particolarmente complesso per le ricadute sulle nozioni fondanti tanto del diritto civile quanto di quello pubblico, ampiamente indagato in dottrina e sul quale non ci si soffermerà oltre, offre valido spunto per riflettere sul fatto che, nonostante la dottrina civilistica parli di *diritti* a creazione amministrativa - che, nei rapporti traslativi tra le parti si atteggiavano, a seconda delle tesi prevalenti, a diritti reali di godimento resi appropriabili a fini pubblicistici o a beni immateriali riferibili all'art. 810 c.c. e perciò passibili di circolare per mezzo di un negozio privatistico - in verità non sono null'altro che interessi legittimi di tipo pretensivo e come tali dovrebbero essere letti (per chi sostiene tale visione) anche dal civilista (e in specie dai notai garanti dei trasferimenti), abbandonando in materia il relativismo delle posizioni giuridiche -

¹¹⁷ «Negozio in virtù del quale un soggetto proprietario di un fondo determinato viene a cedere, totalmente o parzialmente, ad altro soggetto, di solito il proprietario di un fondo finitimo, la facoltà di edificare legata al proprio fondo, affinché questi possa servirsi della volumetria ulteriormente acquisita per ottenere dal Comune il permesso di costruire per una volumetria complessiva maggiorata rispetto a quella prevista per il fondo di sua proprietà. La cessione di cubatura interessa necessariamente fondi situati nella stessa zona individuata dallo strumento di pianificazione urbanistica, ciò in riferimento al rispetto degli standard urbanistici vigenti», così M. MARIANO, *La cessione di cubatura*, 7 gennaio 2011, in *www.altalex.com*.

¹¹⁸ Vd. M. C. D'ARIENZO, *op. cit.*, cit., 191, «in virtù della cessione di cubatura, il proprietario del fondo cedente dietro il pagamento di un corrispettivo rinuncia volontariamente (rinuncia abdicativa) alla facoltà di edificare sul proprio fondo che passa al cessionario con effetti *erga omnes*, al pari di quanto avviene per i diritti reali. Il cedente non cessa, per ciò solo, di essere proprietario, ma ottiene un vantaggio economico dalla scissione tra la proprietà immobiliare e la facoltà di costruire che viene trasferita all'acquirente sul suolo di appartenenza, con la particolarità che l'effetto dell'incremento della volumetria è subordinato all'atto di assenso del Comune».

per cui la volumetria, quale bene, è, tra i privati, oggetto di diritti, mentre, nei confronti della P.A., si atteggia a (o è oggetto di) interesse legittimo – per adottare una visione unitaria che coinvolga maggiormente la volontà dell'amministrazione nelle operazioni negoziali tra privati.¹¹⁹

A ben vedere, la quota di capacità edificatoria è già presente nel patrimonio giuridico del titolare del fondo, non in base al diritto di proprietà ma allo strumento urbanistico comunale o all'accordo tra amministrazione e privato che ha creato e conferito tale vocazione edilizia. Ciò che sembra trasmettersi quindi, di cessione in cessione (in modo ancor più evidente nel trasferimento di volumetria rispetto a quello di cubatura) è un interesse legittimo pretensivo, suscettibile di valutazione economica nella sua potenzialità, ossia nel suo essere una situazione *sostanziale* di legittima aspettativa a conseguire un provvedimento favorevole (permesso di costruire) secondo un criterio di normalità. Del resto la circolazione giuridica non riguarda direttamente dei beni ma situazioni giuridiche soggettive su beni, conseguentemente non si vede perché anche l'interesse legittimo, come una qualunque altra situazione giuridica in sé compiuta, non possa liberamente circolare fino a che non si concretizzi la realizzazione della volumetria, momento in cui l'interesse legittimo si estingue.¹²⁰

Per provare a spiegare il punto in altri termini può dirsi che, nonostante il singolo cessionario (nel caso dei “diritti” edificatori) possa aver unicamente interesse a sfruttare tale posizione soggettiva a fini economici, ossia per cederla a sua volta senza realizzare alcuna opera concreta, oggetto di trasferimento oneroso è un'*utilitas* connessa all'adozione di un successivo provvedimento che permetta di concretizzare il vantaggio economico conseguito con la cessione di volumetria, rendendosi pur sempre necessario, una volta individuato il fondo d'atterraggio, che sia rilasciato un apposito permesso di costruire “maggiorato” rispetto all'indice di edificabilità attribuito al suolo dagli ordinari strumenti di pianificazione urbanistica, permettendo un'estensione della facoltà edificatoria originaria.

In questo senso, la circolazione del provvedimento, indipendentemente dal diritto di proprietà, sembra fondare un'idea di disponibilità sganciata dal diritto soggettivo quale unica posizione giuridica ad essa riconducibile e da essa caratterizzata, potendosi invece immaginare una circolazione del provvedimento non riconnessa alla titolarità di un diritto creato amministrativamente ma, senza troppi sforzi di inventiva, alla

¹¹⁹ Per questa impostazione, volta a conciliare gli aspetti pubblicistici e privatistici del tema, si veda, tra i più recenti scritti dell'Autore in materia, G. P. CIRILLO, *La premialità edilizia, la compensazione urbanistica e il trasferimento dei diritti edificatori*, 30 ottobre 2019, in www.federalismi.it, n. 20, 2019, *passim* e cit., 8, laddove si nota che: «tranne qualche lodevole eccezione, la ricerca della natura giuridica del diritto edificatorio e del contratto che lo costituisce (lo modifica e lo trasferisce), è stata fatta quasi esclusivamente dai civilisti, in particolare dal mondo notarile, in cui peraltro la prassi della cessione di volumetria è nata. Naturalmente questo ha comportato che gli specialisti della materia hanno usato gli strumenti loro abituali, pur essendo tutti consapevoli della immanente presenza dell'autorità pubblica e dell'importanza che essa comportava nella ricostruzione dell'istituto».

¹²⁰ G. P. CIRILLO, *op. ult. cit.*, 17 ss.

stessa posizione di interesse legittimo ad esso intimamente collegata che, resa suscettibile di valutazione economica, può diventare oggetto di disposizione da parte del privato poiché cedibile autonomamente rispetto alla situazione sostanziale che ne costituisce il presupposto.¹²¹

Ciò detto, poiché i casi summenzionati di disposizione (intesa come autonoma circolazione) del provvedimento o dell'interesse legittimo, potrebbero comunque considerarsi casi particolari, connessi a finalità pubbliche peculiari e diverse da quelle sottese alle "ordinarie" modalità di esercizio del potere, sul tema della disponibilità dell'interesse legittimo si tornerà nel prosieguo, per valutarne, più in generale, lo stato dell'arte, dovendosi ora affrontare l'ultima ipotesi normativa che viene in rilievo in ordine alla trasferibilità del provvedimento quale vicenda modificativa soggettiva nel rapporto giuspubblicistico.

3.4 *Codice dei Contratti pubblici e modifiche soggettive: la previsione normativa in materia di concessioni*

In materia concessoria il fatto che il provvedimento attenga ad una dimensione pubblicistica, per interessi coinvolti, per la soggettività pubblica di chi li persegue e per la pubblicità dell'oggetto (beni e servizi pubblici, costruzione e gestione di opere pubbliche, conferimento di onorificenze e cittadinanza) conduce ad un'affermazione, come detto, di tendenziale indisponibilità del provvedimento, generalmente sottratto alla comune circolazione giuridica mediante contratti privatistici.¹²²

In realtà, stante quanto condivisibilmente affermato da Dal Piaz, come già detto, sulla differenza tra disponibilità (circolazione autonoma del provvedimento) e trasferibilità (circolazione unitamente al complesso giuridico-economico cui inerisce), in non pochi settori, questa seconda è esplicitamente prevista anche in materia

¹²¹ Cfr. *contra*, F. G. SCOCA, *L'interesse legittimo. Storia e teoria*, Torino, 2017, cit., 473 ss., per il quale: «se si ritenesse esatto che i c.d. diritti edificatori siano in realtà interessi legittimi, considerato che essi possono circolare a prescindere dal trasferimento della proprietà del suolo, si potrebbe concludere, non solo che l'interesse legittimo è situazione soggettiva trasferibile, ma che è trasferibile autonomamente rispetto alla situazione sostanziale (statica), che ne costituisce il presupposto. Questa ricostruzione è, tuttavia, inattendibile: i diritti edificatori, quale che sia la loro vera natura, sono beni della vita, situazioni soggettive il cui esercizio è (semplicemente) condizionato all'ottenimento del permesso di costruire: sono l'oggetto su cui "interferisce" il potere dell'amministrazione; in ordine all'esercizio del quale sorge, con riferimento al relativo procedimento (di autorizzazione), l'interesse legittimo pretensivo. L'interesse legittimo non si identifica con il c.d. diritto edificatorio: è l'interesse ad ottenere il permesso di costruire, ossia a (poter) esercitare il c.d. diritto edificatorio. Si rammenti che l'interesse legittimo è situazione soggettiva eminentemente dinamica. Se l'esempio dei diritti edificatori non può classificarsi come ipotesi di circolazione autonoma di interessi legittimi, dimostra tuttavia in modo chiaro che l'interesse legittimo può circolare in una con la situazione sostanziale (bene della vita) con cui è collegato. Non va dimenticato che l'interesse legittimo, come situazione eminentemente dinamica, è altresì strumentale rispetto a situazioni aventi ad oggetto beni della vita. La trasferibilità dell'interesse legittimo può aversi solo quando tale situazione è in corso, ossia nei limiti (logici e cronologici) dell'esercizio del potere unilaterale altrui».

¹²² F. FRACCHIA, voce *Concessione amministrativa*, *op. cit.*, 259.

concessoria, nonostante il provvedimento si ritenga caratterizzato da un margine di discrezionalità più ampio rispetto a quello ricollegabile all'autorizzazione, persistendo l'idea di un "privilegio" che ne rende meno automatico il rilascio.

Per di più, si può rilevare un orientamento giurisprudenziale secondo il quale il mutamento soggettivo (nel rapporto concessorio) non sarebbe ammesso nei soli casi in cui l'atto abbia ad esclusivo oggetto i servizi pubblici.¹²³ Mentre, nelle concessioni di beni - alle quali peraltro spesso accedono rapporti concessori relativi a servizi la cui erogazione implica l'uso di infrastrutture - il principio generale, forse proprio grazie, come visto, alla presenza di più disposizioni normative in merito, sembrerebbe quello secondo cui la posizione concessoria possa essere trasferita a favore di altro privato, se pur soltanto previa autorizzazione dell'amministrazione che assicuri l'idoneità del subentrante a sostituirsi al concessionario, disvelandosi, tramite il subingresso (così come tramite la subconcessione) un certo grado, se pur limitato, di disponibilità del rapporto concessorio da parte del privato.

Ciò non esclude comunque «i dubbi circa i rischi di possibile elusione dei principi della gara e della competizione in relazione all'accesso a posizioni "pubblicistiche". [...] Il problema, peraltro, va inquadrato tenendo conto del difficile equilibrio che deve essere ricercato tra principio di competizione, esigenze pubblicistiche (ad esempio: garantire la realizzazione dell'opera) e rispetto dell'iniziativa economica del soggetto - il concessionario, ma non solo - che assume il rischio dell'operazione e deve poter disporre di un certo margine di "libertà" successivamente all'instaurazione del rapporto concessorio».¹²⁴

Da un punto di vista normativo, il Codice dei Contratti pubblici, per quei rapporti concessori che in esso trovano il loro riferimento normativo, ha disciplinato, nella fase esecutiva del rapporto, le modifiche e varianti che i contratti di appalto e di concessione in corso di validità possono subire, elencando i casi in cui tali contratti, tanto nei settori ordinari quanto in quelli speciali, possono essere modificati con soluzione di continuità, ossia senza che venga espletata una nuova gara, a fronte di varianti considerate non sostanziali in quanto non in grado di alterare la natura generale del contratto.

Queste varianti, tassativamente individuate, vengono divise in oggettive e soggettive. Per quanto riguarda quest'ultime, l'art. 106, co. 1, lett. d), n. 2, in materia di appalti, sancisce espressamente che «all'aggiudicatario iniziale possa succedere, per

¹²³ Nel senso della non possibilità che si realizzi un subingresso nella concessione di servizi pubblici, v. CONS. ST., sez. V, 30 ottobre 2003, n. 6768, in *Foro amm. C.d.S.*, 2003, 3000.

¹²⁴ F. FRACCHIA, voce *op. ult. cit.*, cit. 276, che peraltro prosegue: «tale equilibrio è particolarmente rilevante con riferimento ad ulteriori due situazioni - la (eccessiva) durata della concessione e l'istituto della proroga - che rischiano di "irrigidire" le posizioni di mercato in spregio ai principi della concorrenza, ma che, sempre nell'ottica della valorizzazione della posizione di chi assume il rischio dell'operazione, possono trovare giustificazione nell'esigenza di remunerare adeguatamente l'investimento posto in essere dal gestore».

causa di morte o a seguito di ristrutturazioni societarie, comprese rilevazioni, fusioni, scissioni, acquisizione o insolvenza, un altro operatore economico che soddisfi i criteri di selezione qualitativa stabiliti inizialmente, purché ciò non implichi altre modifiche sostanziali al contratto e non sia finalizzato ad eludere l'applicazione del presente codice». ¹²⁵

¹²⁵ Sul punto di riporta, perché ritenuto oggetto di interesse, il Parere di precontenzioso ANAC, Delibera n. 244 dell'8 marzo 2017, reso in materia di modifiche soggettive dell'operatore, in specie raggruppamento temporaneo di imprese, risultato aggiudicatario. L'Anac così si pronuncia: «si premette che l'art. 48 del nuovo codice degli appalti d.lgs. 50/2016, invocato dalla S.A., al comma 9 vieta «qualsiasi modificazione alla composizione dei raggruppamenti temporanei e dei consorzi ordinari di concorrenti rispetto a quella risultante dall'impegno presentato in sede di offerta», fatto salvo quanto disposto dai successivi commi 18 e 19 che consentono alla S.A., nei casi di fallimento, liquidazione coatta amministrativa ecc. che colpiscano la mandataria o taluno dei mandanti, di proseguire il rapporto di appalto con un operatore economico subentrante che abbia i requisiti di qualificazione. La norma appena citata ricalca quindi la previgente disciplina recata dall'art. 37 del d.lgs. 163/2006, riferita all'ipotesi di aggiunta o sostituzione di componenti dell'ATI, e in ordine alla quale la giurisprudenza (Cons. Stato sez. V, 23 novembre 2016, n. 4918) ha comunque rammentato che «il principio di immodificabilità soggettiva, lungi dall'essere il portato precettivo di un divieto assoluto, ai sensi del combinato disposto dell'art. 37, comma 9 e commi 18 e 19 del Codice, persegue piuttosto lo scopo di consentire alla p.a. appaltante di verificare il possesso dei requisiti da parte dei soggetti che partecipano alla gara e, correlativamente, di precludere modificazioni soggettive, sopraggiunte ai controlli, in grado di impedire le suddette verifiche preliminari (cfr., Consiglio di Stato, 13 maggio 2009, n. 2964) ovvero che tale verifica venga vanificata (cfr., Consiglio di Stato, 2 agosto 2006, n. 5081, nonché Consiglio di Stato 23 luglio 2007, n. 4101)». Nel caso di specie, tuttavia, la questione oggetto dell'istanza è riferita, in particolare, alla cessione di ramo d'azienda da parte della mandataria del costituendo RTI aggiudicatario, fattispecie per la quale il previgente d.lgs. 163/2006 contemplava espressamente, all'art. 51, la possibilità di subentro del soggetto risultante da vicende societarie quali la cessione d'azienda o di un suo ramo, trasformazioni, fusioni o scissioni, previo accertamento dei requisiti richiesti. Come evidenziato dalla giurisprudenza, tale norma rispondeva all'esigenza di salvaguardare la libertà contrattuale delle imprese, le quali devono poter procedere alle riorganizzazioni aziendali reputate opportune senza che possa essere loro di pregiudizio lo svolgimento delle gare alle quali abbiano partecipato (C.d.S., V, 6 marzo 2013, n. 1370), e tale previsione valeva tanto per le imprese singole quanto per quelle in associazione con altre (Consiglio di Stato sez. V 3/8/2015 n. 3819). La S.A. osserva che tale disposizione non è stata riprodotta nel nuovo codice, e pertanto non ritiene di poter legittimare il subentro del cessionario in luogo della mandataria cedente. In proposito si osserva tuttavia che l'art. 106 del d.lgs. 50/2016, relativo alle modifiche dei contratti, prevede espressamente alcune ipotesi di variante soggettiva, in particolare nel caso in cui all'aggiudicatario iniziale subentri, anche a seguito di ristrutturazioni societarie, comprese rilevazioni, fusioni, scissioni, acquisizione o insolvenza, un altro operatore economico che soddisfi i criteri di selezione qualitativa stabiliti inizialmente, purché ciò non implichi altre modifiche sostanziali al contratto e non sia finalizzato a eludere l'applicazione del codice (art. 106, co. 1 lett. d) punto 2). Come osservato dalla giurisprudenza (Cons. Stato sez. V 23 novembre 2016, n. 4918), «nel segno della maggiore flessibilità della regolamentazione della continuità aziendale si è inteso agevolare la continuazione dell'esecuzione dei contratti pubblici già stipulati». La giurisprudenza, con particolare riferimento alle suddette vicende societarie nel regime normativo della legge n. 109/1994, aveva avuto modo di affermare che nell'ordinamento interno «sono state previste - sia pure con riferimento alla fase esecutiva del contratto, ritenute però estensibili anche alla fase dell'aggiudicazione dell'appalto - alcune ipotesi (cessione di azienda e trasformazione, fusione e scissione di società) in cui è consentita la successione nel rapporto negoziale con l'amministrazione appaltante [...] Si può, pertanto, ritenere acquisito nella giurisprudenza vigente l'ulteriore principio della derogabilità di quello precedentemente richiamato dell'immodificabilità soggettiva dell'offerente, ammettendosi la possibilità del subentro allo stesso di altro soggetto nella posizione di contraente o di partecipante ad una gara per l'aggiudicazione di un appalto pubblico in caso di cessione di azienda e di trasformazione di società; sempre che la cessione dell'azienda o gli atti di trasformazione, fusione o scissione della società, sulla cui base avviene il detto subentro, siano

Tale disciplina viene similmente ribadita anche per le concessioni all'art. 175, laddove si ammettono modifiche in corso di esecuzione del contratto, senza una nuova procedura di aggiudicazione, in una serie di casi espressamente previsti.¹²⁶

Tra questi rientra l'ipotesi, di cui al co. 1, lett. d), in cui un nuovo concessionario sostituisca quello a cui la stazione appaltante aveva inizialmente aggiudicato la concessione per una delle seguenti cause: o per la presenza di una clausola di revisione espressa nel documento di gara che, in modo chiaro, preciso ed inequivocabile, preveda una tale modificazione soggettiva o per il verificarsi della circostanza in cui al concessionario iniziale succeda, in via universale o particolare, a seguito di ristrutturazioni societarie, comprese rilevazioni, fusioni, acquisizione o insolvenza, un altro operatore economico.

Come nel caso degli appalti il nuovo operatore deve soddisfare i criteri di selezione qualitativa stabiliti inizialmente e, tale successione, non deve implicare altre modifiche sostanziali al contratto né deve essere finalizzata ad eludere l'applicazione del codice stesso. Tuttavia, in aggiunta rispetto a quanto parallelamente disposto in materia di appalti al citato art. 106, co. 1, lett. d), n. 2, viene fatta salva, ove prevista dalla

comunicati alla stazione appaltante e questa abbia verificato l'idoneità soggettiva del subentrante» (Cons. Stato sez. VI 6 aprile 2006, n. 1873). Alla luce dei principi sopra esposti, appare ammissibile il subentro di altro soggetto nella posizione di mandatario del RTI aggiudicatario in caso di cessione di azienda, sempre che la cessione sia comunicata alla stazione appaltante ed essa non sia finalizzata a eludere l'applicazione del codice. La S.A. dovrà pertanto verificare l'idoneità del cessionario, e quindi i requisiti richiesti per la partecipazione alla gara, che devono permanere per l'intera durata del contratto. Dovrà inoltre verificare i requisiti di carattere generale delle cedenti, al fine di accertare che la cessione non sia diretta ad eludere l'applicazione del codice».

¹²⁶ Anche nell'ordinamento francese, sulla scia di quanto sancito nella Direttiva 2014/23/UE, si è dettata una disciplina sulle modificazioni dei contratti di concessione in corso di esecuzione che chiarisce quando è possibile apportare modifiche senza una nuova *mise en concurrence*. Per i contratti di concessione in particolare l'art. 55 della già citata *ordonnance* n. 2016-65 del 29 gennaio 2016, ammette la possibilità di modifiche a condizione che queste non determinino un mutamento della *nature globale du contrat*, rimettendo in causa i principi fondamentali della *commande publique* (specie le garanzie iniziali di pubblicità e concorrenza). Il *décret* n. 2016-86 del 1 febbraio 2016 (artt. 36 e 37) precisa i casi in cui tali modificazioni sono ammesse: allorché siano state espressamente previste nel contratto clausole specifiche e sufficientemente precise che permettono automatiche modifiche senza alcuna nuova manifestazione di volontà (art. 36-1: «*lorsque les modifications, quel que soit leur montant, ont été prévus dans les documents contractuels initiaux, sous la forme de clauses de réexamen ou d'options calibrées, précises et sans équivoque*»); si tratti di modificazioni necessarie. Tra le modifiche predeterminate nel contratto (prima categoria citata), l'art. 36, co. 4, indica espressamente il caso nel quale «*un nouveau concessionnaire se substitue à celui auquel l'autorité concédante a initialement attribué le contrat de concession*». Per la disciplina delle modifiche in materia di *marchés publics* si vedano art. 65 *ordonnance* n. 2015-899 del 23 luglio 2015 e artt. 139 e 140 del relativo decreto attuativo, ossia il n. 2016-360 del 25 marzo 2016 (la disciplina è pressoché identica a quella dettata in materia di concessioni). Sul punto si vedano B. NEVEU, *Le nouveau régime des modifications des contrats de concession*, in *CSP*, 2016, numéro spécial, 45; M. M. AMILHAT, *Le régime de la modification des contrats de concession et des marchés publics: la mutabilité des contrats et la logique concurrentielle*, in *JDA*, 2017, dossier 5, *La réforme de la commande publique, un an après: un bilan positif?*, art. 220.

regolamentazione del settore, l'autorizzazione del concedente a tale modificazione soggettiva.¹²⁷

Da citare è anche il successivo art. 176 del Codice che, nel caso di risoluzione del rapporto concessorio per cause imputabili al concessionario, ammette la possibilità, per gli enti finanziatori del progetto, di impedire la risoluzione designando un operatore che subentri nella concessione originaria. L'accettazione del subentro da parte del concedente avviene a condizione che l'operatore economico subentrante abbia caratteristiche tecniche e finanziarie sostanzialmente corrispondenti a quelle previste nel bando di gara o negli atti in forza dei quali la concessione è stata affidata, avendo comunque riguardo alla situazione concreta del progetto ed allo stato di avanzamento dello stesso alla data del subentro. L'operatore economico subentrante deve assicurare la ripresa dell'esecuzione della concessione e l'esatto adempimento originariamente richiesto al concessionario sostituito entro il termine indicato dalla stazione appaltante. Ai sensi dell'art. 184, la previsione del subentro è poi ammessa anche per le società di progetto, senza necessità di approvazione o autorizzazione.

Per le concessioni assoggettate al Codice, quindi, è stato espressamente disciplinato il subentro nel medesimo rapporto concessorio, ammettendo, di fatto, una diretta trasferibilità del contratto di concessione, se pur a determinate condizioni e solo in relazione a specifici casi. Peraltro, il preventivo intervento della P.A., volto ad autorizzare o comunque legittimare la modificazione soggettiva, non viene elevato a regola generale, ma viene esclusivamente fatto salvo qualora previsto nella disciplina di settore,¹²⁸ ritenendo di per sé sufficiente un controllo su: il possesso da parte del

¹²⁷ Le norme attuano quanto sancito dalla direttiva 2014/14/UE (art. 72, co. 1, lett. d-ii) e dalla direttiva 2014/23/UE (art. 43, co. 1, lett. d-ii). Trattasi di vere e proprie ipotesi di cessione di contratto, previste nonostante, ai sensi dell'art. 105, co.1 del Codice, i soggetti affidatari dovrebbero, di norma, eseguire in proprio le prestazioni oggetto del contratto, incredibile a pena di nullità.

¹²⁸ In materia, ad esempio, di concessioni autostradali, rientranti nella disciplina codicistica, si può notare come, a titolo esemplificativo, la convenzione stipulata tra Anas s.p.a. e Autostrade per l'Italia s.p.a. (liberamente consultabile sul sito ufficiale del Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti) che, all'art. 10 *bis*, detta un'apposita disciplina per le modificazioni soggettive del concessionario, preveda espressamente che le operazioni che implicano mutamenti soggettivi di quest'ultimo debbano essere sottoposti, a pena di decadenza dalla concessione, ad autorizzazione preventiva del concedente (co. 1). Il penultimo comma precisa altresì che, ai fini dell'articolo in commento, per procedura di autorizzazione preventiva deve intendersi quella disciplinata dalla Direttiva n. 224/2007 emanata dal Ministero delle Infrastrutture di concerto con il Ministero dell'Economia e delle Finanze in data 30 luglio 2007 (G.U.R.I. n. 224 del 26 settembre 2007). In tale Direttiva, il potere autorizzatorio dell'autorità nazionale, cui vengono assoggettate le modificazioni soggettive del concessionario autostradale, viene definito, al primo paragrafo, come un «potere che il concedente, in quanto creditore della prestazione del concessionario a favore del pubblico, vanta a tutela del proprio credito e che si affianca [...] ai normali diritti del creditore come soggetto privato». Scopo dell'autorizzazione preventiva è dunque quello di tutelare gli interessi pubblici che la concessione persegue, evitando che le vicende che riguardano il concessionario comportino «il pregiudizio dell'interesse pubblico alla gestione dell'autostrada in piena sicurezza per gli utenti e con l'effettuazione dei necessari investimenti di mantenimento e sviluppo della rete autostradale». Gli interessi pubblici così perseguiti, nonché i criteri utilizzati per la loro valutazione, devono essere predeterminati e conoscibili dai soggetti interessati. In particolare, per assicurare che il mutamento soggettivo non comporti pregiudizio alla

soggetto subentrante dei criteri di selezione qualitativa stabiliti inizialmente, l'assenza di modifiche sostanziali al contratto e di finalità elusive della normativa pubblica di settore.

In conclusione, siffatta disciplina codicistica – ampliata rispetto a quanto previsto nel previgente codice, in cui la circolazione del rapporto era consentita solo unitamente all'azienda ed in caso di trasformazione, fusione o scissione¹²⁹ – è stata quindi rapportata ad esigenze di sistema evidentemente non ritenute secondarie rispetto a quelle pubblicistiche sottese all'intera procedura ad evidenza pubblica e alle modalità di scelta del contraente.

In definitiva, da un lato si è giustamente pensato alla questione delle vicende modificative dei contratti in oggetto, stante l'alto grado di complessità e la rilevante durata che li caratterizza, dall'altro si sono imposti limiti tassativi alle modifiche che il contratto può subire senza il previo esperimento di una procedura ad evidenza pubblica, nel tentativo di scongiurare che tali modificazioni in fase esecutiva possano prestarsi a fenomeni elusivi della *ratio* ispiratrice del Codice, ciò evidentemente nell'ottica di garantire quella concorrenzialità e parità di trattamento che permeano l'intera disciplina in materia.¹³⁰

tutela del servizio pubblico, la procedura di autorizzazione deve avere ad oggetto: l'impegno del soggetto subentrante a rispettare gli obblighi assunti dal concessionario uscente e la verifica di affidabilità, capacità e adeguatezza tecnico-organizzativa, finanziaria e patrimoniale del concessionario (paragrafo 3.1). Si precisa, inoltre, come il concessionario, a fronte del potere autorizzatorio dell'autorità competente o della sua inerzia, disponga di tutti i rimedi previsti dall'ordinamento a tutela del proprio interesse legittimo.

¹²⁹ Cfr. CONS. ST., Sez. V, 7 agosto 2017, n. 3914, per il quale, «l'art. 51, d.lg. 12 aprile 2006, n. 163 – nel disciplinare nelle gare pubbliche le vicende soggettive del candidato, dell'offerente e dell'aggiudicatario – consente espressamente il subentro dei soggetti risultanti da operazioni di cessione, affitto di azienda o di un ramo di azienda, ovvero da trasformazione, fusione e scissione di società durante la gara previo accertamento sia dei requisiti di ordine generale, sia di ordine speciale; si inserisce dunque in un processo di spersonalizzazione del contratto pubblico, che viene in rilievo in una pluralità di previsioni del codice dei contratti pubblici».

¹³⁰ Vd. più in generale le considerazioni di G. PERICU, *Le concessioni tra pubblico e privato*, in M. CAFAGNO – A. BOTTO – G. FIDONE – G. BOTTINO (a cura di), *Negoziazioni pubbliche. Scritti su concessioni e partenariati pubblico-privati*, op. cit., cit., 5 ss., che, in riferimento alle forme di partenariato pubblico-privato, rileva come esse siano «una componente essenziale del modo di essere e di fare amministrazione. Infatti, la quantità di risorse conoscitive, tecniche ed economiche, che possono ritrovarsi nel mondo dei privati, devono essere messe in sintonia con il perseguimento dell'azione dei pubblici poteri, in modo da pervenire ad una sintesi che potrebbe migliorare la cura degli interessi collettivi di una determinata comunità, sia essa quella nazionale o quella locale. [...] Questo obiettivo non è di facile realizzazione, data la presenza di contraddizioni di tipo strutturale tra i due soggetti: il pubblico ed il privato. Il soggetto pubblico ed il soggetto privato, che si incontrano e si confrontano per realizzare insieme un'opera, ovvero per gestire di comune accordo un'attività, si muovono su presupposti e logiche profondamente diverse e apparentemente difficili da conciliare. Il soggetto pubblico persegue un interesse collettivo, che deve necessariamente puntualizzarsi in modo autonomo e, se possibile, al di fuori di condizionamenti – propri o impropri – avendo di mira esigenze della comunità rappresentata, nel contesto socio-economico in cui si cala la decisione da assumere. L'interesse collettivo (se si preferisce pubblico) non è monetizzabile. Anche in rapporto all'opera da realizzare o al servizio da gestire, non viene in rilievo necessariamente la redditività, essendo sufficiente l'equilibrio economico». Il portatore dell'interesse pubblico si contrappone ad un soggetto

4. Sulla trasmissibilità dell'interesse legittimo: un'ipotesi di continuità della posizione giuridica soggettiva tramite il provvedimento

Ricorrere all'analisi dei singoli settori consente utilmente di valutare quante siano, allo stato attuale, le ipotesi in cui la trasferibilità, sebbene relativa, è ammessa e, in un'ottica migliorativa, di individuare le "crepe" nella regolazione del fenomeno, il cui studio presenta una valenza pratica riconnessa ad una non trascurabile esigenza di modificabilità soggettiva dei rapporti di diritto pubblico, in un'ottica di continuità che può essere garantita proprio dalla trasferibilità del provvedimento al quale il rapporto si è ancora, la cui "condanna" ideologica a priori impedisce la calibrata adozione di una soluzione che, se adeguatamente regolata e non ignorata, si ritiene possa conferire una salutare flessibilità all'ordinamento.

Al di là delle esigenze pratiche e delle sottese ragioni di principio, il tema acquista fondamento sotto il profilo teorico-concettuale solo se si considera - unitamente all'attuale configurazione giuridica delle autorizzazioni e concessioni, come delineata nel capitolo introduttivo - la specifica situazione giuridica soggettiva del beneficiario del provvedimento.

«che ha, invece, una logica molto semplice: la logica della massimizzazione del profitto, attraverso la gestione efficiente di un'attività economicamente rilevante. [...] Frequentemente la composizione nel concreto di posizioni così differenziate non avviene in modo equilibrato, ma può verificarsi il prevalere dell'una o dell'altra posizione. Vengono in rilievo, sotto questo profilo, anche i poteri giuridici che la norma riconosce alla parte pubblica, poteri che incidono oltre che nella fase della scelta dell'interlocutore privato, anche nella gestione del rapporto. Sono clausole derogatorie rispetto al normale rapporto contrattuale inter privato: ne è un esempio il potere di rescindere unilateralmente il rapporto. Sappiamo i gravi problemi che ne derivano per quanto riguarda la possibilità di accesso al credito bancario. [...] Non dobbiamo dimenticarci che gli apparati delle Pubbliche Amministrazioni [...] sono dotati di forti poteri formali ma risultano spesso caratterizzati da deboli conoscenze sostanziali, da scarse capacità decisionali e previsionali, il che può consentire al privato di prevalere. Come risolvere questo insieme di contraddizioni? [...] Esiste un insieme normativo molto articolato, relativamente all'individuazione del partner privato e alla specificazione dell'opera da eseguire o del servizio da gestire, ma vi sono eccessivi spazi liberi con riguardo alla vita del rapporto che si è instaurato, e alla sua conclusione. Di regola siamo in presenza di contratti di durata pluriennale, che trovano esecuzione in contesti economici e sociali profondamente diversi rispetto a quelli originari, ed il rapporto che si è instaurato deve avere in sé la capacità di essere attuabile anche se le situazioni originarie sono mutate. Le regole di disciplina del rapporto devono essere elaborate a livello convenzionale. [...] nell'odierno clima culturale, si verifica lo scontro di miti sicuramente fuorvianti: l'efficienza del soggetto privato contro l'inefficienza della Pubblica Amministrazione; la virtuosità della decisione unilaterale della Pubblica Amministrazione contro la pervasività dell'operatore privato. Miti che incidono negativamente non soltanto nella scelta del contraente privato, ma anche nella gestione del rapporto. Questo clima culturale deve modificarsi, ad iniziare dalla considerazione che anche il privato, pur perseguendo le proprie utilità economiche, possa svolgere un ruolo utile per la collettività. È una prospettiva che, seppure a volte affermata, non è sostanzialmente accettata a causa della – giusta, ma non paralizzante – diffidenza per il profitto che il privato attende dal suo intervento».

Ciò che occorre indagare, allora, è la questione della trasmissibilità, *inter vivos* e *mortis causa*, dell'interesse legittimo, e dunque delle sue vicende, un tema alquanto trascurato per via, tra le altre ragioni, dell'ancora incerta qualificazione della nozione¹³¹.

Da un punto di vista processuale, l'implementazione del ventaglio delle azioni esperibili dal titolare dell'interesse legittimo nel segno dell'effettività e della pienezza della tutela, nonché la stessa libertà del titolare di chiedere o meno la tutela giurisdizionale, così come di rinunciarvi, sembrano presupporre quantomeno un principio di disponibilità dell'interesse legittimo.¹³²

In ogni caso è nel diritto sostanziale che occorre trovare soluzione alla questione, posto che è proprio il trasferimento della posizione sostanziale che sembra creare i maggiori problemi interpretativi ed applicativi.

L'indisponibilità dell'interesse legittimo è stata originariamente affermata dalla dottrina processual-civilistica per differenza con il diritto soggettivo: il primo, dipendendo dall'esercizio di un potere unilaterale e discrezionale della Pubblica Amministrazione, era indisponibile e si presentava come posizione esclusivamente processuale, ossia di legittimazione ad agire nell'ambito del processo amministrativo per ottenere tutela solo ove essa fosse stata compatibile con l'interesse pubblico legittimamente perseguito; il secondo, non richiedendo l'intermediazione di un potere ma sostanziandosi in un riconoscimento diretto, da parte dell'ordinamento, del bene della vita su cui il diritto si proietta, si configurava come una posizione sostanziale ed era per ciò caratterizzato da connaturate facoltà di godimento e di disposizione.¹³³

La dottrina amministrativistica si è opposta alla tesi della indisponibilità quale elemento da cui desumere il carattere esclusivamente processuale dell'interesse legittimo. A ben vedere, infatti, esistono diritti soggettivi che, se pur dichiaratamente

¹³¹ Si vedano le considerazioni di A. ROMANO, *La situazione legittimante al processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 1989, cit., 512 ss. per cui «la rilevata molteplicità dei compiti che alla figura dell'interesse legittimo si vorrebbero fare assolvere, non può non porre un interrogativo: se sia possibile, a tutti quei compiti, piegarvi una unica nozione; e una unica nozione, per di più, che, come del resto sarebbe ineludibile, sia unitariamente delineata. Di qui un dubbio: se, con trapasso dall'uno all'altro di quei ruoli, la figura stessa non cambi di contenuto; inconsapevolmente, certo; probabilmente in misura limitata, ma pur sempre sufficiente a rompere l'identità del concetto, a impedire che esso possa venire utilizzato ad ogni proposito come un fattore costante. Il termine rimane identico, ma i contenuti richiamati si modificano; e, quindi, il suo uso indifferenziato già di per sé costituisce matrice di equivoci».

¹³² Il tema della disponibilità dell'interesse legittimo da un punto di vista processuale può infatti essere affrontato esaminando le ipotesi di acquiescenza al provvedimento e di rinuncia all'impugnazione, in cui, rispettivamente: (i) il titolare dell'interesse legittimo rinuncia preventivamente alla proposizione del gravame avverso un provvedimento amministrativo non ancora emanato ma che potrebbe arrecargli un pregiudizio, lasciando decorrere il termine di decadenza; (ii) il titolare dell'interesse legittimo, in corso di causa, si impegna a non impugnare la sentenza emananda, rinunciando preventivamente all'azione giurisdizionale. Sul tema si veda M. C. D'ARIENZO, *Trasferibilità dell'interesse legittimo*, *op. cit.*, 87 ss. e 107 ss.

¹³³ Così C. RUSSO, *Trasmissibilità a terzi del risarcimento del danno*, in *treccani.it.*, 2014, che, nello specifico, cita e rinvia, per la dottrina processual-civilistica, a E. FAZZALARI, *Istituzioni di diritto processuale*, Padova, 1986, spec. 247.

indisponibili, non perdono per ciò solo la loro natura sostanziale. Si è detto allora che, dall'indisponibilità dell'interesse legittimo, poteva al più desumere che il suo oggetto, quantomeno immediato, non fosse un bene della vita, bensì il legittimo esercizio (interesse pretensivo) o meno (interesse oppositivo) del potere amministrativo, che necessariamente si interpone rispetto al bene della vita cui il soggetto titolare aspira o che intende conservare.¹³⁴

L'interesse legittimo doveva quindi riconoscersi come posizione giuridica differenziata, perché ascritta ad un determinato soggetto rispetto al resto dei consociati, qualificata, perché riconosciuta e protetta da una norma di diritto obiettivo, dinamica, perché riferita ad un assetto di interessi non consolidato bensì modificabile per lo più unilateralmente ad opera della Pubblica Amministrazione e sostanziale, perché connessa ad un bene della vita o utilità pratica cui il titolare aspira, aprendo le porte, su quest'ultimo aspetto, ad una visione sì sostanziale dell'interesse legittimo ma in cui questo si connota come posizione giuridica con cui il cittadino, nell'aspirare a conseguire o conservare il bene della vita, viene tutelato nella sua pretesa solo nei limiti in cui il potere amministrativo sia esercitato illegittimamente. In questo senso l'oggetto della posizione soggettiva in questione non è il bene della vita ma la legittimità dell'esercizio del potere amministrativo, strumentale al raggiungimento di un interesse materiale di incerta soddisfazione.¹³⁵

Secondo questa impostazione il privato avrebbe quindi interesse ad acquisire o conservare un bene della vita che, tuttavia, rimane esterno alla posizione giuridica soggettiva; in specie, per quanto attiene agli interessi legittimi pretensivi, oggetto dell'interesse sarebbe ottenere legittimamente il provvedimento favorevole che, in quanto condizione necessaria per acquisire il bene della vita, costituisce esso stesso un bene.¹³⁶

La dottrina citata ha sempre sostenuto che proprio dal carattere dinamico e strumentale della posizione soggettiva in questione potesse giustificarsi la sua

¹³⁴ Si veda F. G. SCOCA, *Contributo sulla figura dell'interesse legittimo*, Milano, 1990, *passim*.

¹³⁵ Si veda sempre di F. G. SCOCA, *L'interesse legittimo. Storia e teoria*, *op. cit.*, *passim*, e cit., 460 ss., laddove si sottolinea come la legittimità dell'azione amministrativa sia un limite di tutela solo in sede processuale - in cui il vaglio dei profili di merito è circoscritto - e non già in sede procedimentale, in cui il privato si fa portatore dei suoi interessi sostanziali, potendo così l'interesse legittimo assumere piena dignità di situazione giuridica soggettiva nonostante la tutela giuridica riconosciutagli non possa offrire alcuna garanzia di risultato, ossia di piena realizzazione dell'interesse tutelato. Trattasi dell'«interesse all'esito favorevole dell'esercizio del potere precettivo altrui, tutelato mediante facoltà di collaborazione dialettica, dirette ad influire sul merito della decisione (precetto) finale, esperibile lungo tutto il corso dell'esercizio del potere».

¹³⁶ ID., *op. ult. cit.*, 304 ss.

trasferibilità,¹³⁷ quantomeno unitamente ai presupposti sostanziali da cui esso origina, ossia all'interesse di fondo al quale è finalisticamente legato.¹³⁸

Tuttavia, anche chi ha adottato una concezione “finale” dell'interesse legittimo¹³⁹, si è espresso a favore di una sua trasferibilità, pur ancorandosi ad argomentazioni parzialmente differenti.

Secondo questa concezione - che individua, rispetto alla visione cosiddetta “strumentale”, un'altra possibile relazione tra la posizione del cittadino nei confronti del potere amministrativo e il bene della vita cui esso aspira - l'oggetto dell'interesse legittimo, ossia la pretesa del privato, non sarebbe l'esercizio legittimo del potere amministrativo, bensì direttamente l'acquisizione o conservazione del bene della vita che, pertanto, non sarebbe esterno alla posizione ma ne farebbe parte integrante, nonostante tale interesse finale, in quanto «oggetto di esercizio del potere amministrativo, risult[i] tutelato e tutelabile nella misura in cui detto esercizio non avvenga nel rispetto dei limiti ad esso posti dall'ordinamento giuridico»¹⁴⁰.

Il rilievo così assunto dal bene della vita conduce quindi a ritenere trasmissibili gli interessi legittimi, con una distinzione tra oppositivi e pretensivi. Nel primo caso il bene della vita appartiene già al patrimonio giuridico del titolare e contribuisce a configurare la sua posizione legittimante, perciò, se si reputa trasmissibile tale posizione (ossia allorquando non presenti un carattere strettamente personale), risulterà trasferibile anche l'interesse legittimo. Nel secondo caso, invece, poiché il bene della vita non è ancora acquisito nel patrimonio giuridico dell'interessato e non costituisce parte della posizione legittimante, non basta la trasferibilità di quest'ultima ma occorre estendere il “test” sul carattere personale (o meno) alla relazione con il

¹³⁷ ID., *Contributo sulla figura dell'interesse legittimo*, op. cit., 37, in cui addirittura si immaginava una disponibilità dell'interesse legittimo a prescindere dai presupposti sostanziali da cui esso origina, affermando che: «non è peraltro inimmaginabile la disposizione dell'interesse ad ottenere la concessione edilizia senza la contemporanea disposizione del diritto di proprietà sul terreno da edificare, ovvero dell'interesse ad ottenere la licenza commerciale, così come non è impossibile pensare che un privato subentri ad un altro privato in un procedimento iniziato da quest'ultimo e faccia propri gli atti già da questi compiuti».

¹³⁸ Così sempre ID., *L'interesse legittimo. Storia e teoria*, op. cit., cit., 468, che precisa proprio come questa trasferibilità deriverebbe dal carattere «strumentale dell'interesse legittimo e dal suo essere una situazione dinamica, che si colloca nello spazio (e nel tempo) dell'esercizio del potere unilaterale altrui, allorché questo “intercetta” l'interesse sostanziale del suo titolare», potendosi quindi ipotizzare una trasferibilità fino a quando tale situazione giuridica sussista ossia fino a quando il potere amministrativo viene esercitato e dunque dall'inizio alla conclusione del procedimento, inclusi ovviamente i poteri di reazione anche processuale.

¹³⁹ Si esprime chiaramente in termini di favore per la costruzione dell'interesse legittimo come posizione “finale” G. GRECO, *Dal dilemma diritto soggettivo – interesse legittimo alla differenziazione interesse strumentale – interesse finale*, in *Dir. amm.*, 3, 2014, 479, in quanto visione ritenuta più idonea a configurare una situazione soggettiva autonoma, a differenza della visione strumentale, idonea a rappresentare la tutela di cui gode l'interesse legittimo; si vedano anche ID., *L'accertamento autonomo del rapporto nel giudizio amministrativo*, Milano, 1980, 151 ss.; A. TRAVI, *Introduzione ad un colloquio sull'interesse legittimo*, in *Dir. amm.*, 2013, 1; F. TRIMARCHI BANFI, *L'interesse legittimo: teoria e prassi*, in *Dir. proc. amm.*, 2013, 1017.

¹⁴⁰ A. ZITO, *Giustizia amministrativa*, a cura di F. G. COCA, V ed., Torino, 2013, cit., 81.

bene della vita, per esempio: la richiesta di un certificato di agibilità di un immobile, vista l'attinenza a profili patrimoniali e reali, sarà trasmissibile, mentre la richiesta di un porto d'armi, il cui rilascio è commisurato a requisiti personali, sarà intrasmissibile.¹⁴¹

In definitiva, la dottrina che ha affrontato il tema, al di là delle sfumature e differenze argomentative, ritiene trasferibile la posizione di interesse legittimo, stante la sua natura sostanziale e dinamica.

In merito occorre segnalare un recente orientamento giurisprudenziale che, adottando una concezione finale dell'interesse legittimo, si è proprio espresso in punto trasferibilità, affrontando il tema in modo più compiuto rispetto alla precedente giurisprudenza, tendenzialmente restia ad addentrarsi in più ampie argomentazioni che non fossero il riferirsi ad alcuni assunti, come quello di una generica "personalità" dell'interesse legittimo, non utili a far chiarezza sulla questione né, spesso, a verificare opportunamente il caso di specie. Al di là dell'opinabilità di alcune affermazioni e tortuosità di taluni passaggi argomentativi, il temperamento ivi adottato al principio di intrasmissibilità dell'interesse legittimo appare perciò meritevole di segnalazione, sebbene, a fronte di quanto già da tempo affermato in dottrina, non particolarmente "dirompente" da un punto di vista teorico.

Il riferimento è alla sentenza del Consiglio di Stato, sez. IV, del 7 marzo 2013, n. 1403, che ha tentato una sistematizzazione dei casi nei quali l'interesse legittimo può essere trasferito a terzi, a differenza di quelli in cui, invece, può essere azionato solo dal titolare. In breve, si è ammesso che tutti gli interessi legittimi, tanto oppositivi quanto pretensivi, possano essere trasferiti ad altri soggetti, con traslazione anche dell'eventuale corrispettiva posizione processuale, a condizione che la posizione soggettiva sia sorta in riferimento ad aspetti patrimoniali. Si esclude quindi la trasmissibilità nel caso in cui l'interesse legittimo attenga, in relazione al potere amministrativo da cui dipende, a profili personali.¹⁴²

¹⁴¹ G. GRECO, *Il rapporto amministrativo e le vicende della posizione del cittadino*, in *Dir. amm.*, 4, 2014, 585, spec. § 6.

¹⁴² Nel caso di specie il proprietario di un lotto di terreno a destinazione commerciale chiedeva il nulla-osta per realizzare un centro commerciale; nel frattempo la destinazione urbanistica della zona veniva modificata, per cui il nulla-osta non poteva essere rilasciato. La modifica urbanistica, tuttavia, veniva annullata in sede giurisdizionale: il lotto pertanto riacquistava destinazione commerciale. Nel frattempo, però, era stato rilasciato nulla-osta per un centro commerciale in un lotto vicino, rendendo impossibile il rilascio di un secondo nulla-osta nella stessa zona, facendo perdere al proprietario la *chance* di ottenere il provvedimento a suo tempo richiesto. Morto l'originario proprietario, gli eredi vendevano ad un terzo il terreno e questi ricorreva al Tar per ottenere il risarcimento del danno da perdita di *chance*. In primo grado il Tar accoglieva il ricorso; l'amministrazione ricorreva in appello ma la sentenza veniva cassata dalle Sezioni Unite; il nuovo proprietario riassunse infine il giudizio innanzi al Consiglio di Stato che si pronunciava con la citata sentenza, negando il risarcimento del danno. La sentenza si occupa soprattutto di profili processuali, ossia della legittimazione ad agire del nuovo titolare dell'interesse legittimo a seguito di successione *mortis causa* e *inter vivos*, il che, pur complicando il ragionamento, offre le condizioni per poter affrontare il tema della trasmissibilità dell'interesse legittimo.

Più nel dettaglio, la sentenza non rinuncia a prendere le mosse da una logica di tendenziale indisponibilità dell'interesse legittimo quale sua caratteristica intrinseca, in ciò differenziandosi rispetto al diritto soggettivo. In specie, riprendendo una concezione e un lessico familiare alla giurisprudenza, si afferma che la dinamicità dell'interesse legittimo, ossia il suo porsi in un rapporto di immediata inerenza con l'esercizio di un potere amministrativo¹⁴³, nonché il suo carattere "personale", ossia il fatto di appuntarsi solo in capo al soggetto che si rappresenta come titolare, lo rende intrasferibile e non consente al soggetto stesso di ampliarne o modificarne l'ambito di titolarità, né *inter vivos* né *mortis causa*.¹⁴⁴ In ragione di ciò la «cristallizzazione» della titolarità dell'interesse legittimo in capo all'originario titolare fa sì che non sia possibile ipotizzare nemmeno «la circolazione delle forme di tutela del medesimo, con il connesso potere di agire in giudizio, sia al fine di ottenere tutela ripristinatoria, sia al fine di ottenere tutela risarcitoria».

La questione sembra quindi insuperabile ma il Consiglio di Stato volge ad un temperamento del principio, distinguendo tra azioni a tutela dell'interesse legittimo trasmissibili e non. Il ragionamento segue questo andamento: la distinzione tra interessi legittimi oppositivi e pretensivi non è utile ad individuare quali azioni siano trasmissibili. Esistono infatti interessi oppositivi, come quello del proprietario del suolo espropriato, che ammettono la trasmissibilità dell'azione e interessi oppositivi, come quello del dipendente trasferito d'autorità, che non generano azioni trasmissibili; così come esistono interessi pretensivi che ammettono la trasferibilità dell'azione, come nel caso del proprietario del suolo cui è stato negato il permesso di costruire, ed interessi pretensivi che non l'ammettono, come nel caso del soggetto escluso dalla partecipazione ad un pubblico concorso.¹⁴⁵

¹⁴³ Cfr. Sentenza in commento laddove si specifica proprio che «l'interesse legittimo, infatti, non è percepibile sul piano, per così dire, "statico", senza, cioè, che la pubblica amministrazione abbia esercitato o negato di esercitare, nei confronti del soggetto, il potere del quale essa è titolare», essendo l'interesse legittimo caratterizzato da un aspetto "dinamico" di relazione con l'esercizio del potere amministrativo attribuitole dall'ordinamento. Del resto «non possono esservi posizioni di interesse legittimo nei confronti della pubblica amministrazione in esercizio del potere amministrativo conferitole dall'ordinamento, che non siano quelle (e solo quelle) che sorgono per effetto dello stesso statuto normativo del potere, nell'ambito del rapporto giuridico di diritto pubblico, (pre)configurato normativamente».

¹⁴⁴ Cfr. anche CONS. ST., sez. IV, 3 agosto 2011, n. 4644.

¹⁴⁵ Cfr. Sentenza in commento, § 7: «occorre distinguere tra casi in cui il "contatto" tra interessato e potere amministrativo è intervenuto in riferimento ad aspetti del suo patrimonio giuridico in cui sono possibili fenomeni di successione, da casi in cui tale contatto attiene a profili personali, e non trasmissibili, dello stesso patrimonio giuridico». E così, a titolo esemplificativo, si ritiene trasferibile *mortis causa* la posizione del proprietario espropriato e del proprietario cui è stato negato il permesso di costruire, con conseguente legittimazione degli aventi causa all'impugnazione; si ritiene invece intrasmissibile la posizione del dipendente pubblico trasferito d'autorità e quella di chi sia stato escluso da un pubblico concorso. Si ammette dunque che vi siano ipotesi in cui possono verificarsi fenomeni di successione processuale *ex art. 110 c.p.c.* (rendendo possibile l'esercizio del potere di azione ai fini dell'instaurazione del giudizio) anche nel caso di posizioni soggettive, afferenti al

La chiave di volta sta quindi nella tipologia di rapporto instaurato tra titolare dell'interesse e Pubblica Amministrazione: se questa relazione sorge in riferimento ad aspetti del patrimonio giuridico in cui sono possibili fenomeni di successione, l'azione può essere trasmessa; viceversa, se la relazione attiene a profili personali dello stesso patrimonio giuridico allora non vi potrà essere trasmissibilità.

Sin qui il ragionamento del Consiglio di Stato appare condivisibile. L'argomentazione rievoca quanto già prefigurato da Dal Piaz: aspetto imprescindibile per affrontare correttamente la questione della trasferibilità del provvedimento è che il trasferimento dell'interesse legittimo avvenga congiuntamente all'elemento sostanziale sul quale la posizione si innesta e sul quale l'agire amministrativo interviene, dovendosi contestualmente trasmettere in capo al nuovo titolare tutte quelle condizioni che generano e legittimano l'interesse stesso.¹⁴⁶

La trasmissibilità della posizione legittimante, ossia dei presupposti di imputazione soggettiva dell'interesse legittimo, costituisce quindi indispensabile presupposto della trasmissibilità dell'interesse stesso. Solo in questo senso, allora, l'interesse legittimo è personale: la personalità non è altro che il legame che l'interesse legittimo ha con un soggetto che si trova in una determinata situazione giuridica costituita da quei presupposti che individuano la titolarità di una qualunque posizione che, per tale ragione, si qualifica, appunto, come soggettiva. L'interesse legittimo non si differenzia in ciò dal diritto soggettivo.

Si deve allora aggiungere un'ulteriore precisazione derivata dall'insegnamento di Ranelletti che, pur non parlando di interesse legittimo, individuava un limite all'intrasmissibilità del rapporto giuspubblicistico fondato sul provvedimento ampliativo (autorizzatorio o concessorio) nell'inerenza, quanto meno prevalente, ad una *res*. Teoria che, nella sua attualizzazione, ha individuato, quale limite alla generale regola dell'intrasmissibilità, proprio la "patrimonialità" della posizione soggettiva che si intende far valere nei confronti dell'amministrazione; cosicché occorre vagliare il

patrimonio giuridico del soggetto e tendenzialmente di diritto soggettivo, "intercettate" dal potere amministrativo, così determinando un'assunzione di titolarità anche dell'interesse legittimo.

¹⁴⁶ Si veda in proposito già CONS. ST., sez. VI, 12 ottobre 1982, n. 483, per cui «il titolare dell'interesse legittimo correlato all'esercizio della potestà di imprimere ad un bene il vincolo d'interesse storico o artistico, ex art. 1, l. 1.6.1939, n. 1089, è il proprietario del bene medesimo o titolare di altro diritto di godimento; il trasferimento della proprietà del bene vincolato determina, pertanto, nell'avente causa il trasferimento dell'interesse legittimo correlato alla potestà di vincolo del bene, cui consegue, sotto il profilo della tutela di questa posizione soggettiva, la legittimazione attiva dell'avente causa all'impugnazione del provvedimento di vincolo». Più di recente si vedano T.A.R. Sicilia (Palermo), sez. II, 3 marzo 2010, n. 2278 che arriva ad affermare: «la posizione d'interesse legittimo – ivi compresa quella al rilascio dell'autorizzazione – è, nel sistema del diritto amministrativo italiano, pacificamente trasmissibile. Si insegna infatti tradizionalmente che l'interesse legittimo può essere trasferito unitamente al rapporto sostanziale connesso (diversamente argomentando, si negherebbe che la vendita di un terreno in relazione al quale è stata presentata domanda di permesso di costruire, possa determinare in capo all'acquirente la titolarità dell'interesse legittimo al rilascio di detto provvedimento) e, similmente, T.A.R. Sicilia (Palermo), sez. II, 14 aprile 2010, n. 5146.

contenuto concreto dell'interesse legittimo prima di escluderne qualsivoglia facoltà dispositiva, posto che, se per alcuni interessi legittimi direttamente connessi alla titolarità di un diritto su un bene, si ritiene naturale che si trasferiscano con la circolazione del bene stesso, ben si possono individuare rapporti giuspubblicistici in cui la rilevanza delle qualità personali del titolare, se non inesistente, diventa certamente secondaria.¹⁴⁷ Occorre quindi vagliare se la situazione legittimante si colleghi a circostanze, attributi, requisiti o qualificazioni di tipo personale o reale.

Il Consiglio di Stato, tuttavia, non vaglia in concreto se il rapporto tra interesse e bene della vita si fonda su profili personali o patrimoniali, ma prosegue ponendo al centro del ragionamento l'inerenza o meno dell'interesse legittimo ad una preesistente posizione già facente parte del patrimonio giuridico dell'interessato, in relazione alla quale l'avente causa può assumere anche la titolarità dell'interesse legittimo che sulla prima si innesta. In breve, se la preesistente posizione in questione inerisce ad un bene ai sensi dell'art. 810 c.c. (trattasi per ciò, per lo più, di un diritto soggettivo), poiché il potere amministrativo intercetta ambiti già definiti del patrimonio giuridico del soggetto istante, l'azione volta a tutelare l'interesse legittimo leso sarà trasmissibile (del resto negare la trasferibilità della tutela connessa all'interesse legittimo significherebbe di fatto negare tutela allo stesso diritto soggettivo).

Per contro, se l'interesse legittimo inerisce "solo" ad un bene della vita, ossia ad una mera *utilitas*, intesa come possibilità di ottenere un risultato utile all'esito dell'esercizio del potere amministrativo, senza che ciò intercetti ambiti già definiti dal patrimonio giuridico del soggetto istante, la posizione in questione non può essere trasferita perché il bene della vita cui tende non è ancora parte del patrimonio giuridico dell'istante. A livello processuale, in caso di ricorso proposto da un soggetto diverso (avente causa o successore) dal legittimo titolare della situazione soggettiva (dante causa o *de cuius*) ne dovrebbe pertanto conseguire (come nel caso di specie) la declaratoria di inammissibilità.

¹⁴⁷ Come già evidenziato nel corso del precedente capitolo fu Aldo Mazzini Sandulli a collocarsi più di tutti sul solco della tradizionale dottrina ranellettiana, attualizzandone termini e concetti e inserendosi su tale scia anche in punto trasferibilità; qui si può rinviare al suo *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, 1989, cit., 158, laddove si ammette la trasferibilità delle posizioni di vantaggio a fondo patrimoniale, tra cui rientra anche l'interesse legittimo, pur occorrendo, di norma, il consenso dell'amministrazione e che il sottentrante posseda i requisiti richiesti per quella specifica posizione giuridica. Sul punto si veda anche G. GRECO, *Il rapporto amministrativo e le vicende della posizione del cittadino*, op. cit., cit., § 3, note 95-96, per il quale «in generale, si può dire che sono trasferibili tutti gli interessi legittimi, se ed in quanto risulti trasferibile la posizione legittimante, unitamente al bene della vita da acquisire (nel caso di interessi legittimi pretensivi). Con l'avvertenza, peraltro [...] che l'intrasferibilità di un interesse legittimo per il suo carattere "personale" o prevalentemente "personale" non vale in assoluto, né preclude fenomeni successori, se ed in quanto detta situazione presenti risvolti anche di carattere patrimoniale. E, infatti, la giurisprudenza ha sempre ammesso la legittimazione degli eredi ad impugnare, ad esempio, atti relativi al rapporto di pubblico impiego del defunto, per i profili attinenti agli aspetti patrimoniali».

Il Consiglio di Stato quindi, affrontando il tema in relazione ad un provvedimento autorizzatorio non ancora emanato, esclude qualsivoglia circolazione della pretesa all'acquisizione del bene della vita, in quanto il provvedimento non risulta acquisito al patrimonio giuridico dell'interessato.

Il punto che non si condivide è il ricostruire il contenuto dell'interesse legittimo come mera aspettativa di un'*utilitas* - non tanto diversa da un'aspettativa di fatto - come se non potesse mai entrare nel patrimonio giuridico del titolare, ritenendo trasmissibili solo quegli interessi connessi ad un bene sul quale grava una preesistente posizione di diritto soggettivo liberamente trasmissibile: sembra di ritornare ad una rilevanza solo processuale dell'interesse legittimo e ad una totale assenza di riconoscimento sostanziale alla posizione, qui di fatto intesa come mera legittimazione a ricorrere innanzi ad un giudice, legittimazione ed interesse che vengono meno nel momento in cui si perde la disponibilità materiale o giuridica della posizione soggettiva a seguito di fenomeni successori.¹⁴⁸

La giurisprudenza citata non risulta quindi particolarmente dirimente al fine di sciogliere i dubbi in punto trasferibilità dell'interesse legittimo, dovendosi più proficuamente rinviare alle condivise argomentazioni formulate dalla dottrina precedentemente menzionata, con una specificazione: poiché il tema qui oggetto di indagine è la trasferibilità del provvedimento ampliativo, sembra opportuno soffermarsi non tanto sulla trasferibilità dell'interesse legittimo in generale quanto piuttosto domandarsi cosa accada a quest'ultimo una volta esercitato il potere amministrativo e dunque, per quel che attiene alle autorizzazioni e concessioni, che cosa accada all'interesse pretensivo una volta soddisfatto tramite il rilascio del provvedimento richiesto.

Come posizione sostanziale si può dire che l'interesse legittimo nasce, a livello teorico, allorché viene delineato normativamente il potere amministrativo e, in concreto, con l'atto o fatto che avvia il procedimento amministrativo¹⁴⁹ posto che, nel caso più frequente di attività discrezionale, raramente si può dire che sin dall'inizio del procedimento vi siano tutti gli elementi costitutivi dell'interesse legittimo, la cui dinamicità sta proprio nel fatto che si formi nel corso del procedimento, solo quando risultino soddisfatti tutti i presupposti e requisiti per riconoscere fondatezza alla pretesa¹⁵⁰ e, in ogni caso, via via che vengono esercitate le scelte discrezionali¹⁵¹.

¹⁴⁸ M. D'ARIENZO, *op. cit.*, 150.

¹⁴⁹ Cfr. M. S. GIANNINI – A. PIRAS, voce *Giurisprudenza amministrativa*, in *Enc. Dir.*, XIX, Milano, 1970, cit., 253: «l'interesse legittimo, inteso come interesse di fondo protetto, nasce dunque con il verificarsi del fatto della norma regolatrice del potere o, se si preferisce, con l'atto o il fatto con cui ha inizio il procedimento amministrativo».

¹⁵⁰ A. TRAVI, *Lezioni di giustizia amministrativa*, Torino, 2016, cit., 72.

¹⁵¹ Sul punto si veda E. CASETTA, *L'interesse legittimo: una situazione giuridica a "progressivo rafforzamento"*, in *Diritto dell'economia*, 2007, 7 ss.; M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, Bologna, 1996, cit., 116, «concepito invece l'interesse legittimo come una posizione di vantaggio "costituita" dalla stessa norma regolativa del potere, istituito cioè un collegamento immediato e voluto (dalla stessa

L'interesse legittimo, perciò, vive nel procedimento¹⁵²: «sorge in capo ai soggetti interessati per il solo fatto dell'apertura del procedimento, si sostanzia in una (più o meno) ampia serie di situazioni giuridiche soggettive relative a fatti procedimentali e si ritiene si esaurisca con la conclusione dello stesso»¹⁵³.

A rigore quindi l'interesse legittimo si estinguerebbe una volta terminato l'esercizio del potere, ossia una volta emesso l'atto ablatorio in caso di interesse oppositivo o l'atto ampliativo in caso di interesse pretensivo.¹⁵⁴

Tuttavia, finché la situazione sostanziale può essere fatta valere attraverso la tutela giurisdizionale l'assetto dei rapporti non è consolidato, posto che il provvedimento più che avere effetti costitutivi-estintivi sul bene della vita oggetto dell'interesse legittimo, ha semmai effetti dichiarativi della fondatezza o meno della pretesa; il che significa che l'interesse legittimo permane in vita quantomeno fino alla scadenza dei

norma), fra norme e interesse materiale, la “nascita” dell'interesse legittimo va collocata addirittura al momento in cui l'interesse materiale – preso in considerazione astrattamente dalla norma regolativa del potere insieme con il potere stesso e con le modalità di esercizio del medesimo – si appunta concretamente in capo a un soggetto. In quel momento comincia logicamente a prender vita, insieme con la soggezione al potere, la complessa posizione di vantaggio in ordine all'esercizio del potere, nella quale consiste, come s'è visto, l'interesse legittimo. Bisogna però avvertire che la nascita dell'interesse legittimo non va concepita come un evento semplice ed unitemporale. Più che di un momento di nascita si tratta di un processo di nascita, processo nel quale si attua, a partire da quel punto che s'è detto e con progressiva crescita e precisazione, il faticoso, e per alcuni versi misterioso, distacco dell'interesse privato dall'interesse pubblico, col quale è ancora avviluppato nella (considerazione della) norma, si attua cioè progressivamente una precisa “invidualizzazione” dell'interesse stesso. All'inizio di tale processo, l'interesse legittimo non può presentarsi che come mera aspettativa del corretto esercizio del potere e tale resta fino a tanto che il soggetto non “acquisti” concretamente i poteri strumentali attribuiti dall'ordinamento a protezione dell'interesse materiale (potere di stimolare lo svolgimento dell'attività amministrativa; potere di partecipazione al procedimento; potere di richiedere l'annullamento in via amministrativa; diritto all'annullamento in via giurisdizionale)»; G. GRECO, *Il rapporto amministrativo e le vicende della posizione del cittadino*, op. cit., 585.

¹⁵² F. G. COCA, *Contributo*, op. cit., 36 ss.; V. CERULLI IRELLI, *Corso di diritto amministrativo*, Torino, 2001, 390 ss.

¹⁵³ L. DE LUCIA, *Procedimento amministrativo e interessi materiali*, in *Dir. amm.*, 1, 2005, cit. 128; secondo l'A. in capo al privato che avvia il procedimento si possono individuare tre distinti tipi di interessi: l'interesse materiale che preesiste al procedimento, l'interesse all'emanazione del provvedimento e l'interesse all'esecuzione dei suoi effetti materiali; mentre, nel caso di interessi oppositivi in procedimenti ad iniziativa pubblica questi si sostanziano nella non produzione dell'effetto materiale del provvedimento. In ogni caso «l'interesse legittimo ha una consistenza giuridica particolarmente significativa proprio all'interno del procedimento e risulta pertanto progressivamente soddisfatto con il suo progredire e con la sua conclusione. Ciò in quanto, l'interesse materiale (sia esso pubblico o privato) resta esterno ad esso anche se risulta condizionato (in positivo o in negativo, a seconda delle ipotesi) dagli effetti del provvedimento»; «il riflesso procedimentale dell'interesse materiale presuppone, sempre e comunque, un nesso di utilità con quanto chiesto dal privato all'amministrazione [...] per la ragione che il provvedimento si configura come strumentale rispetto alla soddisfazione dell'interesse materiale», (cit., 129 ss.). Per tale ragione l'interesse legittimo deve essere distinto dall'interesse materiale, che, invece, si collega (quanto all'eventuale soddisfazione) al contenuto del provvedimento».

¹⁵⁴ Di questo avviso F. G. COCA, *Attualità dell'interesse legittimo?*, in *Studi in onore di Alberto Romano*, II, Napoli, 2011, 941, nota 82.

termini per l'attivazione della tutela giurisdizionale e, qualora sia stato tempestivamente proposto ricorso, finché pende il relativo giudizio e sino al suo passaggio in giudicato, ed eventualmente anche oltre, in caso di sentenze che implicino un ulteriore esercizio di attività amministrativa discrezionale in senso conformativo, ossia fino a quando la situazione sostanziale¹⁵⁵, progressivamente rafforzata attraverso il procedimento ed eventualmente il processo ed il suo giudicato, possa considerarsi giuridicamente consolidata.¹⁵⁶

Pur alla luce di queste autorevoli considerazioni, si crede che non possa efficacemente parlarsi di modificazioni soggettive nei rapporti amministrativi e di trasmissibilità dell'interesse legittimo se tale posizione giuridica soggettiva viene considerata del tutto estinta con il rilascio del provvedimento (quand'anche consolidato) cui l'esercizio del potere autorizzatorio o concessorio è finalizzato.

Per far ciò occorre spingersi al di là delle concezioni strumentale e finale dell'interesse legittimo¹⁵⁷ e considerare il provvedimento stesso nella sua valenza patrimonialistica, la quale può rappresentare il cuore della sopravvivenza e continuità della posizione giuridica soggettiva, così come "cristallizzata" nel provvedimento stesso.¹⁵⁸

¹⁵⁵ Cfr. in particolare CONS. ST., Ad. Plen., 23 marzo 2011, n. 3, in specie § 3.1, per cui il giudizio amministrativo si è trasformato da giudizio sull'atto a giudizio sul rapporto (quantomeno ove non si frapponga, nella giurisdizione generale di legittimità, l'ostacolo della non sostituibilità di attività discrezionali riservate all'amministrazione), volto a scrutinare la fondatezza della pretesa sostanziale azionata, così confermando e potenziando la dimensione sostanziale dell'interesse legittimo «in una con la centralità che il bene della vita assume nella struttura di detta situazione soggettiva»; sul punto anche CONS. ST., Ad. Plen., 7 aprile 2011, n. 4, § 29.

¹⁵⁶ In questi termini G. GRECO, *Il rapporto amministrativo e le vicende della posizione del cittadino*, op. cit., spec. § 3 e ss.

¹⁵⁷ Il dibattito, sul quale non ci soffermerà, è stato oggetto di un'accurata ricostruzione ad opera di autorevole dottrina, il riferimento è in particolare alla recente opera di F. G. SCOCA, *L'interesse legittimo. Storia e teoria*, Torino, 2017, a cui si rinvia integralmente e sulla quale si possono vedere anche le recensioni, tra gli altri, di M. MAZZAMUTO, *L'interesse legittimo: profili di teoria generale (a proposito di una recente monografia di Franco Gaetano Scoca)*, in *Dir. e proc. amm.*, 2017, 1639; G. GRASSO, *Procedimento e danno tra interesse legittimo e fondata pretesa: spigolature sullo scrutinio di spettanza a margine di un libro recente*, in *lexitalia*, 2018. Tra i contributi recenti, cui si rinvia anche per i riferimenti alla dottrina precedente, si possono citare, *ex multis*, F. G. SCOCA, *Interesse legittimo e giudice amministrativo: variazioni in chiave colloquiale*, in *Dir. proc. amm.*, 2010, 15; ID. *Attualità dell'interesse legittimo?*, in *Dir. proc. amm.*, 2011, 379; S. GIACCHETTI, *La rivoluzione silenziosa del codice di procedura amministrativa recita un requiem per l'interesse legittimo*, *ivi*, 335; L. MAZZAROLI, *Ancora qualche riflessione in tema di interesse legittimo dopo l'emanazione del codice del processo amministrativo (a margine di un pluridecennale, ma non esaurito, proficuo dialogo con Alberto Romano)*, *ivi*, 1207; M. MAZZAMUTO, *A cosa serve l'interesse legittimo?*, *ivi*, 2012, 46; F. TRIMARCHI BANFI, *Interesse legittimo: teoria e prassi*, *ivi*, 2013, 1005; G. GRECO, *Dal dilemma diritto soggettivo-interesse legittimo, alla differenziazione interesse strumentale-interesse finale*, in *Dir. amm.*, 2014, 479; A. TRAVI (a cura di), *Colloquio sull'interesse legittimo*. Atti del Convegno in memoria di Umberto Pototschnig, Milano, 19 aprile 2013, Napoli, 2014; N. PAOLANTONIO, *Esistenza dell'interesse legittimo? (Rileggendo Franco Ledda)*, in *Dir. amm.*, 2015.

¹⁵⁸ La riflessione trae spunto dalle considerazioni, per come di seguito riformulate, di G. P. CIRILLO, *La valenza patrimoniale dell'interesse legittimo. Il bene nei rapporti amministrativi e l'oggetto del provvedimento favorevole*, in *Dir. proc. amm.*, n. 3, 2018, 1162 ss.

Se si prescinde dalla qualificazione dell'interesse legittimo come strumentale o finale, ossia se si trascende il cercare di capire se il bene della vita rappresenti un elemento esterno o interno alla posizione giuridica in questione, si può infatti indagare il rapporto tra il bene della vita e l'oggetto del provvedimento.

A ben vedere, il provvedimento rappresenta l'unico vero ponte che lega l'interesse legittimo al bene della vita; tra l'uno e l'altro si crea una connessione che va oltre la dimensione patologica, che si verifica allorquando vi è un danno patrimoniale da illegittimità dell'azione amministrativa. L'oggetto del provvedimento è infatti ciò che delinea l'interesse materiale, conformando il bene della vita e per ciò stabilendo cosa "sta dentro" la dinamica dell'interesse legittimo, il che lo rende rilevante anche prima di arrivare all'eventuale sede risarcitoria.

Il provvedimento non sempre ha come oggetto immediato una *res* ma, in ogni caso, determina sempre un vantaggio o un pregiudizio che ha conseguenze economico-patrimoniali, anche se non incide su beni ma su situazioni soggettive (d'altronde, il patrimonio generale della persona è costituito non da beni in sé ma, appunto, da un insieme di situazioni giuridiche soggettive su beni). In tal senso, il provvedimento, costituendo, modificando o estinguendo situazioni soggettive relative a beni in senso giuridico, ha sempre un risultato patrimoniale, positivo o negativo, per le parti.

Se si dà al provvedimento la giusta valenza patrimonialistica, il provvedimento favorevole, allora, potrebbe essere considerato esso stesso bene in senso giuridico¹⁵⁹, capace di accrescere il valore patrimoniale della situazione giuridica inerente al bene della vita, costituendo il massimo risultato che il titolare dell'interesse legittimo pretensivo può raggiungere. Sicché, con l'emanazione del provvedimento, l'interesse legittimo può anche considerarsi estinto ma in esso, e in specie nel suo oggetto, di fatto, sopravvive, venendo consolidato e delineato nel suo contenuto concreto.

E così l'interesse legittimo, se concepito come interesse finale viene attratto integralmente nel provvedimento in cui trova soddisfazione e, se concepito come strumentale (concezione peraltro sostenuta da Cirillo), persiste nel provvedimento grazie al fatto che questo attrae in sé l'interesse materiale del titolare, rivestendolo di forma giuridica.¹⁶⁰

¹⁵⁹ Sul punto la dottrina civilistica sembra valorizzare lo strumento contrattuale quale bene in sé, producendo effetti accrescitivi del valore del bene su cui incide, indicando un percorso possibile anche per il provvedimento amministrativo. In proposito non sembra fuori luogo il riferimento all'istituto della cessione del contratto di cui agli articoli 1406-1410 c.c. in cui l'oggetto della cessione non sono le specifiche situazioni di credito o di debito ma l'intera posizione contrattuale che viene complessivamente considerata bene della vita e in cui, quando la causa è onerosa, il valore dello scambio cosa-prezzo supera il valore dei singoli crediti e debiti.

¹⁶⁰ In specie così conclude e riassume il suo più ampio ragionamento G. P. CIRILLO, *op. ult. cit.*, cit., 1179 ss.: «il patrimonio della persona è costituito dall'insieme delle situazioni giuridiche soggettive che legano il soggetto a determinati beni della vita. Esso, dunque, sta ad indicare l'insieme dei diritti su beni e non i beni in quanto tali. [...] Con l'apertura del procedimento amministrativo, destinato ad incidere sulla situazione giuridica inerente il bene (o sulla stessa persona), si realizza quella situazione

In definitiva, ciò che si vuole sostenere è che il provvedimento favorevole, inglobando l'interesse materiale e facendolo diventare bene in senso giuridico (per ciò risarcibile), diventa esso stesso il cuore dell'interesse legittimo pretensivo, il suo oggetto, il suo contenuto intrinseco, conferendo portata patrimonialistica all'interesse legittimo che, se in un primo momento si individua in termini di legittimo affidamento all'ottenimento del provvedimento favorevole quale naturale conseguenza del corretto governo della discrezionalità amministrativa, successivamente, si individua attraverso il contenuto del provvedimento nel quale si sostanzia.

Per concludere, se il provvedimento può essere ritenuto un bene giuridico, la sua patrimonializzazione, allora, non si concretizza solo nell'attribuzione di un valore economico, ma anche e soprattutto nel suo essere parte del patrimonio giuridico del titolare, il che lo rende, si potrebbe dire naturalmente, cedibile *inter vivos* e trasmissibile *mortis causa*.¹⁶¹

di provvisoria concomitanza della situazione giuridica soggettiva originaria con quella nuova, costituita dall'interesse a che la prima rimanga intatta oppure che si modifichi in senso ampliativo per il privato. Tuttavia la "provvisoria concomitanza" cessa con il formarsi del provvedimento favorevole che racchiude in sé non solo la scelta discrezionale in concreto esercitata ma anche gli effetti che si producono sulla situazione soggettiva di base relativa al bene, che viene a connotarsi in maniera diversa a seconda del procedimento azionato (concessorio, autorizzatorio e così via). L'interesse che muove il soggetto privato, che si sostanzia nella possibilità di condizionare l'azione pubblica con la partecipazione attiva al procedimento amministrativo, è una situazione giuridica, al pari di tutte le altre, che accresce la consistenza di quella originaria (e non viceversa) e che, in quanto tale, entra a far parte del patrimonio della persona. Tant'è che è rinunciabile, cedibile e così via [...]. il punto più delicato è quello di comprendere se l'interesse pretensivo abbia una valenza patrimoniale in sé, ovvero se la sua soppressione o l'impedimento del suo esercizio per fatto dell'amministrazione siano suscettibili di valutazione economica. La risposta, almeno sinora così si era ritenuto, non può essere univoca, atteso che essa ha sì una connotata funzione strumentale e transitoria ed è costruita in funzione dell'azione pubblica. Ma ora l'ordinamento consente di ritenere che è strutturata anche in relazione ad un bene della vita privato. Sicché la sua valenza patrimonialistica si può commisurare solo in relazione alla situazione soggettiva originaria che legava il soggetto al bene della vita inciso dall'azione amministrativa, che normalmente non è diretta a colpire il patrimonio generale della persona, bensì il singolo bene che lo compone, e viene quindi a collidere con la situazione soggettiva del privato preesistente. Orbene sicuramente ridurre l'interesse legittimo alla sola fase della dinamica procedimentale in una funzione meramente strumentale ne esalta la specificità rispetto alle altre situazioni giuridiche soggettive. Così come sicuramente in quella fase il bene originario rimane fuori dalla dinamica dell'interesse legittimo [...]. Tuttavia, non bisogna trascurare [...] che con l'emanazione del provvedimento favorevole la realtà giuridica relativa al bene preesistente muta radicalmente, diventa altro da ciò che era proprio per gli effetti sostanziali del provvedimento. In questo senso si può ritenere che è esso stesso il bene della vita, se per bene della vita si intende anche lo strumento che crea e trasforma la realtà materiale che, a sua volta, per il solo fatto di essere economicamente valutabile, diventa bene e quindi viene attratto nell'ambito della rilevanza giuridica. In altri termini, considerare il provvedimento favorevole come bene in sé significa accettare non solo l'idea che esso costituisce sempre una "utilità" economicamente valutabile ma significa anche che tale utilità va ricavata dal suo contenuto complessivo e dagli effetti prodotti. [...] Questo consente di allargare le potenzialità della situazione soggettiva che chiamiamo interesse legittimo, rientrando in essa tutta la consistenza sostanziale dell'interesse azionato».

¹⁶¹ Sul tema della patrimonialità del provvedimento amministrativo si rinvia, per la dottrina francese, in generale, ai contributi pubblicati nel dossier interamente dedicato alla patrimonialità degli atti amministrativi della *Revue française de droit administratif*, n. 1, 2009 e nello specifico, tra i vari, alle

considerazioni critiche di R. HOSTIOU, *La patrimonialité des actes administratifs et la Convention européenne des droits de l'homme*, in *RFDA*, n.1, 2009, cit., 17 ss., che mette in evidenza come, in un ordinamento come quello francese, tendenzialmente ostile alla trasferibilità del provvedimento amministrativo unilaterale (ossia ai vari tipi di provvedimenti autorizzatori), in un certo numero di casi è ammessa una patrimonializzazione degli stessi (come nel caso, per esempio, delle licenze taxi e delle quote di emissione dei gas serra), una questione da non sottovalutare per capire se l'autorizzazione possa costituire per il titolare un valore patrimoniale di cui disporre liberamente (come peraltro ritenuto, in alcuni casi, dalla Corte europea per i diritti dell'uomo, facendo rientrare il provvedimento amministrativo nella nozione di "beni" di cui all'art. 1 del Protocollo addizionale n. 1 alla CEDU. Tuttavia, sulle resistenze dell'ordinamento interno in materia l'A., di fatto condividendole, così si esprime: «la « patrimonialité » évoque très directement ce qui a une valeur pécuniaire, ce qui est dans le commerce, ce qui est transmissible par voie de succession ou cessible moyennant finance, par opposition à ce qui est « extrapatrimonial », qui n'a pas le caractère d'un bien, et qui relève d'un ordre de valeurs différent, d'où le propre d'être « hors commerce ». Un droit présente un caractère patrimonial « lorsqu'il est situé dans le domaine juridique et qu'il est évaluable en argent ». « La patrimonialité postule donc l'évaluation mais, pour être effective et totale, elle suppose aussi la cessibilité onéreuse et la transmissibilité à cause de mort ». [...] On voit bien ce qui, dans les grandes lignes, oppose ces deux types de droits, en ce que ceux-ci relèvent, à première vue, de deux univers profondément différents, les premiers, celui de la propriété, du commerce, de l'échange marchand et le second, celui de l'éthique et des valeurs fondamentales qui, comme la santé, on le sait, n'ont pas de prix. Il n'est pas certain au demeurant que la distinction entre ces deux univers juridiques soit toujours aussi simple, la frontière entre le patrimonial et l'extrapatrimonial n'apparaissant pas toujours très clairement établie et une tendance lourde du système dans lequel nous vivons étant celle d'une « marchandisation » rampante, qui contribue à faire entrer dans le domaine patrimonial (ou à tenter de faire entrer dans ce domaine) des éléments qui initialement étaient considérés comme tout à fait étrangers à cette problématique. [...] Les juridictions internes se montrent traditionnellement réservées quant à l'idée d'admettre qu'un acte administratif unilatéral puisse être analysé comme porteur d'une dimension patrimoniale quelconque, et que le bénéficiaire d'une autorisation administrative puisse en disposer librement, qu'il puisse la transmettre à ses héritiers ou céder celle-ci à un tiers moyennant finance. Une tradition très forte de notre droit témoigne d'une hostilité de principe à tout ce qui, de près ou de loin, pourrait s'apparenter à une « vente » des actes administratifs, à une vénalité des autorisations administratives. [...] Force est néanmoins de constater que la réalité est plus complexe et qu'à l'exception de quelques îlots de résistance caractérisés, la patrimonialisation des actes administratifs unilatéraux correspond à des pratiques assez largement développées. [...] le problème concerne essentiellement les diverses autorisations, habilitations, agréments, permissions, permis que l'administration est quotidiennement amenée à délivrer à différentes personnes, à des titres très divers, pour des motifs et pour des usages qui peuvent eux-mêmes être très différents, pour des durées qui sont elles-mêmes variables. De manière générale, le droit interne fait montre d'une hostilité de principe à l'idée même que ce type d'actes puisse entrer dans le patrimoine du bénéficiaire de ladite autorisation et que celui-ci puisse se comporter en propriétaire de celle-ci. Outre le fait que le caractère *intuitu personae* de nombre de ces décisions semble *a priori* exclure toute cession ou transmission, les motifs de cette réticence de principe sont nombreux. Tout d'abord, on soulignera que le droit administratif est construit autour du principe selon lequel l'action de l'administration est fondée sur l'idéologie – d'aucuns diront le mythe – de « l'intérêt général », et que cette finalité particulière, propre à l'action administrative, d'une nature radicalement et fondamentalement différente de celle qui correspond à l'initiative privée, s'accorde mal *a priori* avec l'idée que les décisions que prend l'administration pourraient faire l'objet d'un commerce».

Sul tema si vedano anche E. BAUDEL, *La patrimonialité des autorisations administratives*, thèse Paris X, 1999; Th. SOLEILHAC, *Vers une commercialité des autorisations administratives*, in *AJDA*, 2007, 2178; Ph. YOLKA, *Patrimonialité des autorisations administratives : les limites d'une évolution*, in *JCPA*, 2007, 2141; J.-V. MAUBLANC, *Le marché des autorisations administratives à objet économique*, in *LGDJ, BDP*, T. 311, 2019.

CAPITOLO TERZO

LA TRASFERIBILITÀ DEL PROVVEDIMENTO NELL'EROGAZIONE DI PRESTAZIONI SANITARIE

1. *L'ambito sanitario quale specifico campo di indagine: una sfida giuridica*

La tutela della salute si inserisce espressamente tra i diritti fondamentali che l'ordinamento riconosce a favore dei singoli quale condizione di sviluppo della personalità umana. L'art. 32 Cost.¹, elevando a principio costituzionale un valore assoluto, da intendersi come originaria «dotazione giuridica» «appartenente per definizione al patrimonio naturale dell'individuo, e non solo»², ha rappresentato una disposizione all'avanguardia nel panorama costituzionale europeo³, frutto di una

¹ Per una ricostruzione del diritto alla salute e della sua tutela alla luce dei principi costituzionali si vedano, *ex multis*, S. LESSONA, *La tutela della salute pubblica*, in P. CALAMANDREI – A. LEVI (diretto da), *Commentario sistematico alla Costituzione italiana*, Firenze, 1950, 330; G. ALPA, *Salute (diritto alla)*, in *Noviss. Dig. it. (Appendice)*, Torino, 1986; M. LUCIANI, *Diritto alla salute (dir. cost.)*, in *Enc. giur.*, XVII, Roma, 1991; C. BOTTARI, *Principi costituzionali e assistenza sanitaria*, Torino, 1991; ID., *Il diritto alla tutela della salute*, in R. NANIA – P. RIDOLA (a cura di), *I diritti costituzionali*, Torino, 2006, 761; ID., *Tutela della salute ed organizzazione sanitaria*, Torino, 2011; R. FERRARA, voce *Salute (diritto alla)*, in *Dig. disc. pubbl.*, vol. 13, Torino, 1997, 513; ID., *L'ordinamento della sanità*, Torino, 2007, 41; ID., *Il diritto alla salute: i principi costituzionali*, in S. RODOTÀ – P. ZATTI (a cura di), *Trattato di Biodiritto*, vol. *Salute e sanità*, Milano, 2010, 3; ID., *Il diritto alla salute oggi: verso la decadenza di un diritto "assoluto"?*, in *Dir. e proc. amm.*, 2013, 2-3, 489; B. PEZZINI, *Principi costituzionali e politica della sanità*, in C. E. GALLO – B. PEZZINI (a cura di), *Profili attuali del diritto alla salute*, Milano, 1998, 1; ID., *Diritto alla salute e diritto all'assistenza tra tensione all'uniformità e logiche della differenziazione*, in R. BALDUZZI – G. DI GASPARE (a cura di), *Sanità e assistenza dopo la riforma del titolo V*, Milano, 2002; R. FERRARA – M. P. VIPIANA, *Principi di diritto sanitario*, Torino, 1999, 9; N. AICARDI, *La sanità*, in S. CASSESE (diretto da), *Trattato di diritto amministrativo*, vol. II, parte speciale, tomo II, Milano, 2000, 377; D. MORANA, *La salute nella Costituzione italiana*, Milano, 2002; ID., *Dal 1948 al 1978: l'interpretazione (riduttiva) dell'art. 32 Cost. nel primo "trentennio sanitario"*, in R. BALDUZZI (a cura di), *Trent'anni di servizio sanitario nazionale*, Bologna, 2009, 322; ID., *La salute come diritto costituzionale. Lezioni*, Torino, 2013; G. CARPANI, *I principi fondamentali della tutela della salute nelle indicazioni del giudice delle leggi*, in M. RICCA – L. CHIEFFI (a cura di), *Il governo della salute – Regionalismi e diritti di cittadinanza*, collana Quaderni Formez, n. 41, Roma, 2005, 37; E. CAVASINO – G. TULUMELLO, *La salute come diritto: l'effettività della tutela fra potere di organizzazione e logica di concorrenza*, in *Giur. it.*, 2005, 2000; R. JUSO, *Profili e problemi di diritto sanitario*, Roma, 2005; R. BALDUZZI, *Salute (diritto alla)*, in S. CASSESE (a cura di), *Dizionario di diritto pubblico*, *op. cit.*, 5393; E. JORIO, *Diritto sanitario*, Milano, 2006; L. CUOCOLO, *Salute (diritto alla)*, in *Enc. giur.*, Milano, 2007; V. MOLASCHI, *Sanità, ibi*; R. BALDUZZI (a cura di), *Sistemi costituzionali, diritto alla salute e organizzazione sanitaria*, Bologna, 2009; A. CATELANI, *La sanità pubblica*, in G. SANTANIELLO (diretto da), *Trattato di diritto amministrativo*, vol. XL, Padova, 2010; R. BALDUZZI – D. SERVETTI, *La garanzia costituzionale del diritto alla salute e la sua attuazione nel Servizio sanitario nazionale*, in R. BALDUZZI – B. CARPANI (a cura di), *Manuale di diritto sanitario*, Bologna, 2013, 13.

² C. BOTTARI, *Tutela della salute e organizzazione sanitaria*, *op. cit.*, cit., 13.

³ «Tra gli Stati europei, prima della fine della seconda guerra mondiale solo il Regno Unito aveva, nel 1942, grazie al c.d. Rapporto Beveridge, introdotto un primo sistema di assistenza sanitaria pubblica. La Costituzione francese del 1946, nel Preambolo, includeva tra i compiti dello Stato – senza tuttavia esplicitare ulteriormente il concetto – la tutela della salute del singolo. Nulla è previsto invece nella Grundgesetz tedesca del 1949, né nella Costituzione francese del 1958. Questo aspetto – correlato al fatto che solo con le costituzioni post dittatoriali della Spagna, del Portogallo e della

Grecia, approvate tutte a partire dalla seconda metà degli anni Settanta, il diritto alla salute ha trovato esplicito riconoscimento e tutela – rende ancora più significativa la scelta del costituente italiano non solo di introdurre questo diritto nel catalogo costituzionale ma anche di inserirlo nell’ambito dei Rapporti etico-sociali e di qualificarlo come fondamentale; così A. PAPA, *La tutela multilivello della salute nello spazio europeo: opportunità o illusione?*, in *Federalismi.it*, 14 settembre 2018, cit., 7, nota 7.

Per uno spunto di stampo comparatistico con l’ordinamento francese in particolare, pur non soffermandosi nel presente lavoro sul sistema di *welfare* sanitario - legato ad un modello fondato sulla stipulazione di assicurazioni sociali diversificate in base allo *status* del beneficiario e tradizionalmente incentrato su una stretta correlazione tra lavoro, diritto di fruizione delle prestazioni e contribuzione al finanziamento delle medesime - la cui complessità richiederebbe una articolata indagine che esula dal tema oggetto di trattazione (sul punto si richiama il Dossier “*Marché et couverture des frais de santé*”, in *RDSS*, n. 5, 2019, 787 ss.) è comunque interessante rilevare come, nella Costituzione francese, non esista un “corrispettivo” del nostro art. 32 Cost. Il testo costituzionale francese, infatti, fa solo sporadici riferimenti al diritto alla salute. In specie, il Preambolo alla Costituzione del 27 ottobre 1946, prevede che la Nazione garantisca a tutti, «notamment à l’enfant, à la mère et aux vieux travailleurs, la protection de la santé. Tout être humain qui, en raison de son âge, de son état physique ou mental, de la situation économique, se trouve dans l’incapacité de travailler a le droit d’obtenir de la collectivité des moyens convenables d’existence» (alinéa 11). Degno di nota è anche l’alinéa 10 del Prèambule, per il quale: «La Nation assure à l’individu et à la famille les conditions nécessaires à leur développements»). Oltre a quanto citato, l’unico testo di rango costituzionale che fa esplicito riferimento alla salute è la *Charte de l’environnement* del 2004, il cui art. 1 prevede che «chacun a le droit de vivre dans un environnement équilibré et respectueux de la santé». A ciò, ovviamente, si aggiungono gli obblighi internazionali e europei in materia, tra cui si possono citare l’art. 25 della Dichiarazione universale dei Diritti dell’uomo e gli artt. 32 e 35 della Carta dei Diritti fondamentali dell’Unione europea. Nonostante l’assenza di più specifici riferimenti normativi, il diritto alla salute (si noti che è comunque preferita l’espressione *droit à la protection de la santé* – sul punto si veda il rapporto del *Conseil d’État, Rapport public 1998. Jurisprudence et avis de 1997. Reflexions sur le droit de la santé, Etudes et documents*, n. 49, Paris, 1998, spec. 235, che nega l’esistenza di un *droit à la santé*) è comunque considerato dal *Conseil constitutionnel* come un obiettivo di valore costituzionale e un diritto fondamentale (sul punto B. MATHIEU, *La protection du droit à la santé par le juge constitutionnel. A propos et à partir de la décision de la Cour constitutionnelle italienne n. 185 du 20 mai 1998*, in *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n. 6, 1999), seppur non assoluto, posto, peraltro, il principio di *équilibre financier de la sécurité sociale* di cui all’art. 34 della *Constitution*. Più di recente, tuttavia, il *Code de la santé publique*, modificato con la *Loi de modernisation de notre système de santé*, L. 26 gennaio 2016, n. 41, ha espressamente riconosciuto il diritto alla protezione della salute come un diritto fondamentale dell’ordinamento (art. L. 1110-1), che deve essere attuato «par tous moyen disponibles au bénéfice de toute personne», inoltre, le autorità sanitarie devono «garantir l’égal accès de chaque personne aux soins nécessités par son état de santé» e assicurare «la continuité des soins et la meilleure sécurité sanitaire possible» (sul principio di continuità delle cure si veda M. MOQUET – L. ANGER, *La continuité et l’accès aux services de santé*, in *Revue de droit sanitaire et social*, 2013, 21). Il legislatore ha quindi contribuito a puntualizzare quanto non indicato nelle norme costituzionali e, grazie all’interpretazione del *Conseil constitutionnel*, si è associata la protezione della salute tanto ad una dimensione individuale quanto ad una dimensione pubblica-collettiva, espressione dell’interesse generale, nonostante tale ultima qualificazione del diritto alla salute sia stata contestata da parte della dottrina, specie per un suo mancato diretto fondamento nel testo del citato alinéa 11 del Prèambule, che si riferirebbe a tutti gli individui come singoli ma non alla collettività. In merito, il citato art. 1 della *Charte de l’environnement* potrebbe mettere un punto alla questione interpretativa dell’alinéa 11, lasciando ad esso la tutela della salute individuale e assumendo su di sé la protezione della salute in chiave pubblica, ma la soluzione è tutt’altro che scontata per l’ampiezza che la nozione di ambiente dovrebbe assumere ai fini di poter effettivamente invocare in giudizio l’articolo in questione con riferimento al diritto alla salute collettiva, da doversi intendere non solo come ambiente naturale ma anche con riferimento a più generiche condizioni materiali, sociali e culturali; sul punto si veda Giu. SERGES, *Il diritto alla salute nell’ordinamento costituzionale francese. Una rassegna della giurisprudenza del Conseil constitutionnel*, in *federalismi.it – Osservatorio di diritto sanitario*, 25 luglio 2018. In materia si rinvia, più in generale, ai contributi dottrinali pubblicati al numero speciale della *Revue de droit sanitaire et social*, 2013, 5 ss., intitolato “*Constitution et santé*”, recante gli atti del Convegno dell’*Association française de droit de la santé*, del giugno 2013.

progressiva (e faticosa) evoluzione del concetto di salute da questione inerente all'ordine e alla sicurezza pubblica a quello, appunto, di diritto fondamentale dell'individuo e interesse della collettività, come tale riconosciuto e tutelato ed ormai da leggersi non solo come principio «stabilizzato ma addirittura ovvio, in quanto [...] coesistente agli ordinamenti democratici del secondo dopoguerra» e al «modello di Stato sociale al quale siamo abituati»⁴.

«Il diritto alla salute nel nostro ordinamento, sin dalla sua sanzione costituzionale, si è posto quale luogo di intersezione fra tensioni diverse, che coinvolgono la persona e il suo rapporto con il professionista medico, con l'amministrazione, con la società; che toccano la relazione fra impresa e diritti dei lavoratori; che riguardano le scelte di allocazione delle risorse pubbliche, le decisioni di organizzazione dell'amministrazione, la libertà individuale e la responsabilità. Per questo si tratta di un diritto [...] che evolve non solo insieme alla scienza che se ne occupa, ma anche e soprattutto insieme alla società in cui si ambienta». Oggi l'idea di salute si concretizza non solo nell'assenza di malattia ma in uno stato di completo benessere fisico, mentale e sociale che, nel rispetto della dignità e libertà umana, allarga sempre più le maglie entro cui si sostanzia la salute stessa, che arriva a ricomprendere gli aspetti più intimi della percezione di sé, ponendo l'ordinamento «di fronte alla questione dell'indefinibilità della salute in modo oggettivo e della necessità di un confronto diretto con l'individuo, per costruire assieme a chi ne è portatore il contenuto del "suo" diritto alla salute». Ciò esige relazioni di cura comunicative, politiche sanitarie credibili, che informino e non impongano, processi di conoscenza scientifica trasparenti e condivisi e da ultimo, ma non per importanza, una profonda revisione della cultura organizzativa dell'amministrazione pubblica, chiamata a tradurre in pratica il sempre più complesso diritto alla salute, non per assicurare quest'ultima in senso assoluto ma per tutelare pienamente la persona nel tempo della cura.⁵

Affrontare il tema della trasferibilità del provvedimento amministrativo nell'ambito dell'erogazione di prestazioni sanitarie è un'importante sfida giuridica, laddove in questo settore, più che in ogni altro, l'art. 41 Cost. incontra importanti limitazioni sia nella fase dell'iniziativa sia nell'esplicazione dell'attività, che trovano la propria ragion d'essere nell'art. 32 Cost. e che, in un settore caratterizzato da un'ampia gestione diretta della pubblica amministrazione ma in cui il coinvolgimento di operatori privati, la cui attività deve conformarsi, anche a prescindere dall'utilizzo di risorse pubbliche,

⁴ R. FERRARA, *Il diritto alla salute: i principi costituzionali*, op. cit., cit., 3.

⁵ A. PIOGGIA, *Di cosa parliamo quando parliamo di diritto alla salute?*, in *Istituzioni del federalismo*, 2, 2017, cit., 293.

a determinati standard di sicurezza, qualità e adeguata distribuzione del servizio, richiede delicati bilanciamenti nella costruzione del rapporto tra pubblico e privato.⁶

Qui occorre ribadire che il tema della trasferibilità del provvedimento, rappresentando una questione specifica, pur avendo importanti ripercussioni pratiche, non può essere letta come indice di una determinata “scelta” di campo relativa alla politica che dovrebbe governare un settore. Come nei casi più sopra analizzati si è sottolineato di non ritenere esistente un collegamento tra trasferibilità e logiche di stampo liberalizzatorio, così, nello specifico caso dell'erogazione di prestazioni sanitarie, non si deve leggere il generale *favor* espresso nei confronti della trasferibilità del provvedimento come indice di una tensione ad avvalorare la prevalenza di logiche di impresa né, ancor più, della gestione privata su quella pubblica.

In verità il tema della trasferibilità si crede possa essere letto “solo” in termini di garanzia di una maggior flessibilità all'interno di ambiti e settori in cui non si mette in discussione la prevalenza degli interessi pubblici e financo la doverosità di mantenere (o forse sarebbe meglio dire riconquistare) da parte della gestione pubblica, il ruolo che dovrebbe esserle proprio, ossia perseguire la tutela della salute ponendo al centro l'utente. La direzione da prendere in questo senso, tuttavia, non può risolversi in una eliminazione della collaborazione con il privato né in una critica poco costruttiva sull'attribuzione della gestione a quest'ultimo, ma richiede, al più, una profonda ammissione delle carenze del sistema pubblico stesso, affinché la volontà collettiva possa indirizzarsi verso una integrale ed effettiva revisione delle logiche che oggi sembrano essere dominanti anche e proprio nel settore pubblico e che vanno ben al di là della soggettività di chi eroga il servizio stesso.⁷

⁶ Sul coinvolgimento di operatori privati si vedano le considerazioni di R. FERRARA, *Salute (diritto alla)*, in *Dig. disc. pubbl.*, XIII, Torino, 1997, cit., 536, per il quale l'art. 32 Cost. «non presuppone, invero, come necessario e doveroso un assetto istituzionale nel quale la sanità sia interamente, e per definizione, pubblicizzata, nel senso che il “sistema sanità” è dato dal concorso variabile, sia dei soggetti pubblici che di quelli privati, in sintonia con le scelte d'indirizzo politico che vengono effettuate dal legislatore, anche sotto il possibile influsso dei mutevoli e fuggevoli scenari politico-ideologici. Né, d'altro lato, parrebbe sostenibile, al di là della mera suggestione “ideologica” e di ogni altro pur lecito auspicio, che compito della Repubblica sia quello di assicurare, sempre e a tutti, prestazioni illimitate e, soprattutto, gratuite»; e ancora C. E. GALLO, *Organizzazione sanitaria e diritto alla salute*, in ID. – B. PEZZINI (a cura di), *Profili attuali del diritto alla salute*, op. cit., 138 ss., che evidenzia come le origini dell'attuale organizzazione amministrativa del servizio sanitario risalgano al sistema ottocentesco, in cui l'assistenza sanitaria era fondamentalmente garantita dai privati e dalle iniziative benefiche: l'organizzazione statale interveniva solo per compiti di regolazione o per la gestione di situazioni di emergenza eccezionali, come in caso di epidemie.

⁷ Sulla scelta di attribuire ad un soggetto pubblico anziché privato la gestione di un servizio pubblico in generale, si riportano qui le osservazioni di A. ROMANO, *Concessione di un pubblico servizio*, in A. ROMANO – G. PERICU – V. SPAGNUOLO VIGORITA, *Concessioni di pubblici servizi*, op. cit., cit. 43 ss.: «non importa qui enumerare esaurientemente tutte le ragioni, reali o solo proclamate, fondate o errate, apprezzabili o meno, con le quali la soluzione della attribuzione anche della gestione di un servizio pubblico ad un soggetto avente parimenti questo carattere, veniva giustificata, o si tentava di giustificare. Dalla idea politica generale a favore di una indiscriminata estensione della c.d. mano pubblica, ai concreti interessi non sempre commendevoli, che muovevano politici e amministratori

Con queste premesse si crede che, a meno di non ritenere del tutto privo di utilità l'apporto dei privati al settore, le esigenze pratiche di tali operatori, tra cui quella qui oggetto di indagine, ossia la necessità di poter procedere a modifiche soggettive nella titolarità della struttura sanitaria e, conseguentemente, dei necessari provvedimenti per poterla far funzionare, sia un'esigenza che occorra prendere in considerazione e che, anche solo in un'ottica di chiarezza nel rapporto tra soggetti pubblici e privati, non possa più essere sottaciuta, pur sempre nel costante richiamo al fatto che dovrebbe essere il legislatore in *primis* a non ignorare la questione, per evitare storture di sistema e ingiustificati trattamenti differenziati tra operatori.

Ciò detto, proprio perché nel settore sanitario vi sono plurimi interessi coinvolti e vari soggetti attivi, occorre specificare brevemente quali sono le situazioni giuridiche soggettive inquadrabili in capo all'utente del servizio sanitario.⁸

Nell'esame del dettato costituzionale la posizione dell'individuo⁹ emerge primariamente quale titolare, come singolo e a prescindere dalle proprie condizioni sociali, del diritto alla salute, inteso come diritto fondamentale, individuale e inviolabile, di cui il singolo può generalmente disporre, decidendo se farsi curare, come e da chi. Ma, siffatta posizione giuridica soggettiva, richiede delle specificazioni

pubblici, ad ampliare il più possibile la massa dei mezzi finanziari da amministrare, e l'area nell'ambito della quale potevano amministrarla. Fino alla tesi che se il servizio pubblico consiste in una attività il cui svolgimento è vincolato da una doverosità funzionale, è un gestore che abbia carattere pubblico quello che meglio potrebbe assicurare l'adempimento dei relativi obblighi: quasi una simmetria, e un riflesso sul piano soggettivo, della tendenza ad assicurare che le attività di maggiore rilevanza e delicatezza, come quelle relative alla sanità e all'istruzione, dovessero essere svolte oggettivamente nelle forme amministrative più tradizionali; [...] Del resto, quando, come avviene oggi, a tali attività si vuole imprimere un più o meno accentuato carattere imprenditoriale, esse rimangono pur sempre affidate alle loro attuali strutture di erogazione: unità sanitarie locali, ospedali, istituti di istruzione, ecc. E la loro distinzione strutturale da quelle cui rimane la titolarità del servizio, è raggiunta con l'attribuzione ad esse di una personalità giuridica propria. Che, però, è pur sempre di diritto pubblico. Tanto che parrebbe emergere una linea di tendenza, secondo la quale la trasformazione in senso imprenditoriale di servizi pubblici precedentemente gestiti con gli strumenti tradizionali del diritto amministrativo, passa, almeno in un primo momento, attraverso la istituzione di enti pubblici, di tali servizi stessi erogatori per competenza propria. E non attraverso la loro concessione ad imprenditori privati: pur in settori, quali appunto la sanità e l'istruzione, nei quali questa forma di gestione del servizio non era prima sconosciuta. E fino alla tesi che sarebbe un gestore avente tale natura pubblica, quasi per definizione non spinto e addirittura condizionato dall'esigenza di conseguire un profitto, quelli il quale, per ciò stesso, eserciterebbe il servizio con maggiore attenzione agli interessi degli utenti. [...] Tesi, comunque sostenibili solo in astratto: perché, come ha ampiamente dimostrato l'esperienza concreta, al gestore pubblico non mosso dal fine di lucro, non mancano certo altre cause e motivi per tenere un conto non adeguato del ruolo funzionale cui dovrebbe assolvere, e degli interessi dell'utenza che dovrebbe curare».

⁸ Sul tema C. E. GALLO, *Gli utenti del Servizio sanitario nazionale e le loro situazioni giuridiche soggettive*, in F. A. Roversi Monaco (a cura di), *Riordinamento del Servizio sanitario nazionale*, Rimini, 1991; ID., *La configurazione delle situazioni giuridiche soggettive degli utenti*, in S. RODOTÀ – P. ZATTI (diretto da), *Trattato di Biodiritto*, vol. *Salute e sanità*, Milano, 2010, 381; V. MOLASCHI, *Giurisdizione esclusiva e tutela delle situazioni giuridiche soggettive degli utenti nel Servizio sanitario nazionale*, in *Sanità pubblica*, 2000, 5, 619.

⁹ Si veda come le norme che disciplinano il Servizio sanitario nazionale, tuttavia, facciano letterale riferimento non all'individuo in generale ma ai *cittadini utenti* (cfr. in specie art. 14, d.lgs. n. 502 del 1992).

proprio per quel che attiene la posizione dell'utente-cittadino nei confronti della Pubblica Amministrazione, la quale ha il compito istituzionale di occuparsi dell'organizzazione e funzionamento del servizio predisponendo un sistema adeguato, che tuteli il diritto alla salute nelle sue varie sfaccettature - identificabili come diritto alla tutela della salute, diritto a ricevere la prestazione, libertà di cura e di scelta del luogo di cura, interesse della collettività¹⁰ - dovendo altresì bilanciare le esigenze organizzative con le disponibilità finanziarie.

Pertanto, se l'inviolabilità del diritto alla salute si sostanzia in una indisponibilità per la Pubblica Amministrazione del diritto nel suo nucleo fondamentale, tuttavia, l'esistenza di una collettività organizzata nella quale vengono riconosciuti una pluralità di diritti fondamentali, che non hanno solo la caratteristica di pretendere una non violazione ma di richiedere un'attuazione da parte della Pubblica Amministrazione, fa sì che il diritto alla salute, nella sua articolazione di diritto ad una pretesa, debba essere commisurato alle risorse disponibili e alle scelte organizzative della collettività, nonché relativizzato rispetto agli altrettanto fondamentali diritti altrui.¹¹

La posizione dell'utente si qualifica perciò, a seconda della fattispecie in cui si inserisce, tanto come diritto soggettivo perfetto quanto come interesse legittimo, posizione giuridica che ha riacquisito forza e centralità nel settore, specie in riferimento ai flussi di finanza pubblica che legittimano l'interposizione del potere amministrativo, pur a fronte di un diritto celebrato come intangibile, incondizionato, primario e assoluto.

Si apre così la strada al tema dell'organizzazione del servizio sanitario che, in quanto servizio pubblico caratterizzato da una doverosità valutata «in relazione al livello qualitativo di convivenza che l'ordinamento ritiene di dover garantire»¹² in un dato momento, ha ad oggetto prestazioni direttamente attinenti alla tutela della salute quale diritto sociale primario¹³ ma il cui godimento è condizionato dalla predisposizione di

¹⁰ Sul diritto alla salute come insieme di svariate situazioni soggettive differenti si vedano B. CARAVITA, *La disciplina costituzionale della salute*, in *Dir. soc.*, 1984, 21; A. BALDASSARRE, voce *Diritti sociali*, in *Enc. Giur. Treccani*, XI, Roma, 1989, 25; M. LUCIANI, voce *Salute, 1) diritto alla salute - diritto costituzionale*, in *Enc. Giur. Treccani*, vol. XXVII, Roma, 1991, *ad vocem*; D. MORANA, *La salute nella Costituzione italiana. Profili sistematici*, Milano, 2002, 36; A. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali, Parte generale*, III ed., Padova, 2003, 100 e 141 ss.; R. NANIA, *Il diritto alla salute tra attuazione e sostenibilità*, in M. SESTA (a cura di), *L'erogazione della prestazione medica tra diritto alla salute, principio di autodeterminazione e gestione ottimale delle risorse sanitarie*, Rimini, 2014, 30.

¹¹ In termini C. E. GALLO, *La configurazione delle situazioni giuridiche soggettive degli utenti*, *op. cit.*, 403.

¹² *ID.*, *op. ult. cit.*, cit., 339.

¹³ La Costituzione italiana prevede espressamente una serie di diritti cosiddetti sociali; i titoli II e III della Parte I, dedicati ai rapporti etico-sociali ed economici, prevedono il diritto al lavoro (art. 4) e il diritto dei lavoratori in caso di infortunio, malattia, invalidità e disoccupazione (art. 38, co. 2), i diritti di minori e donne lavoratrici (art. 37), il diritto alla salute (art. 32), il diritto all'istruzione e all'educazione (artt. 33 e 34). Tali diritti sono qualificati come "sociali" perché connessi a prestazioni per le quali il legislatore e gli organi pubblici devono intervenire per assicurare l'applicazione del principio di uguaglianza di cui all'art. 3, co. 2, Cost., rimuovendo gli ostacoli di ordine economico e sociale che impediscono lo sviluppo della persona umana e l'effettiva partecipazione del cittadino alla

un'organizzazione erogatrice delle prestazioni oggetto del diritto stesso; il che implica, per l'autorità pubblica, «l'obbligo di acquisire le risorse, predisporre i mezzi ed i beni, reclutare il personale, costruire gli ospedali ed in definitiva organizzare e rendere effettivo il servizio di assistenza e prevenzione sanitaria, intervenendo per mezzo della sua regolazione e programmazione e con compiti amministrativi “attivi” e strumentali all'erogazione di interventi concreti»¹⁴.

Sotto questo punto di vista il diritto alla salute (inteso come diritto alle prestazioni sanitarie) ha natura programmatica, in quanto comporta non solo la necessità di un intervento legislativo per la sua attuazione ma anche un condizionamento connesso alle risorse finanziarie disponibili che, ancor più a seguito della costituzionalizzazione del principio dell'equilibrio di bilancio, ha determinato il sorgere tra gli studiosi dell'espressione “diritto finanziariamente condizionato”¹⁵, per quanto il suo carattere di inviolabilità e dunque il suo essere «condizione di sviluppo della personalità umana»¹⁶, ne determini comunque il riconoscimento di un nucleo essenziale, intangibile ed opponibile ai pubblici poteri che, nell'interesse della collettività, devono garantire al singolo tutto quanto possibile (da qui la determinazione dei c.d. livelli essenziali di prestazioni).

In definitiva «la posizione del cittadino è soprattutto da configurare come posizione di diritto soggettivo» e, solo per l'aspetto organizzativo (e secondario) del servizio «è da configurare come interesse legittimo. Il diritto alla salute, pertanto, nei rapporti tra cittadino e amministrazione si situa a una frontiera avanzata, nella quale l'equiordinazione fra cittadino e amministrazione è più evidente, in quanto la posizione di parità fra il soggetto privato e la struttura pubblica è definita direttamente dalla previsione costituzionale ed attuata dalla previsione legislativa».¹⁷

Se questo è vero per inquadrare la posizione dell'utente del servizio, è altrettanto vero che è l'aspetto organizzativo a fornire il quadro della posizione e del ruolo dei soggetti erogatori del servizio cui il tema della trasferibilità del provvedimento attiene direttamente. Pertanto, è proprio l'aspetto organizzativo che occorrerà ricostruire nelle sue linee evolutive.

vita politica, economica e sociale; così M. MAZZIOTTI, voce *Diritti sociali*, in *Enc. dir.*, XLIII, Milano, 1990, 806 ss.

¹⁴ G. CILIONE, *Diritto sanitario*, Rimini, 2012, cit., 11.

¹⁵ Cfr. R. FERRARA, *Tutela della salute: prestazioni amministrative e posizioni soggettive*, in M. ANDREIS (a cura di), *La tutela della salute tra tecnica e potere amministrativo*, Milano, 2006, cit., 44, «nella misura in cui, ormai, le regioni utilizzano gran parte del loro bilancio per fronteggiare le spese della sanità, è chiaro che ci troviamo al cospetto di un “diritto finanziariamente condizionato”, relativamente al quale, come ben spiegava Fabio Merusi, abbiamo “servizi pubblici instabili”»; sul punto, prima ancora, ID., voce *Salute*, in *Dig. disc. pubbl.*, XIII, Torino, 1997, 530.

¹⁶ C. E. GALLO, *La configurazione delle situazioni giuridiche soggettive degli utenti*, op. cit., cit., 403.

¹⁷ ID., op. ult. cit., cit., 384.

2. *L'evoluzione organizzativa del servizio sanitario: una panoramica sulle fonti normative di riferimento*

Nell'ordinamento europeo, i servizi sanitari, stando alle pur dinamiche definizioni e classificazioni in materia di servizi di interesse generale di cui al Libro Verde del 2003, dovrebbero rientrare, a rigore, tra i servizi non aventi carattere economico e dunque sottratti all'instaurazione di mercati concorrenziali che produrrebbero quelle esternalità negative sui prezzi, sulla qualità e sull'equa distribuzione che è necessario scongiurare in relazione a servizi di stampo sociale. In verità, con il Libro Bianco del 2004 e le successive Comunicazioni della Commissione n. 177/2006, 724/2007 e 725/2007 in materia di servizi sociali, si è sancito che le politiche dell'Unione debbano garantire una combinazione armoniosa tra i meccanismi del mercato e le garanzie di servizio pubblico, non ravvisandosi una radicale incompatibilità di obiettivi tra gli uni e le altre alla luce dell'instaurazione di "un'economia sociale di mercato". Così, quasi accantonando, di fatto, la distinzione tra servizi di interesse generale economici e non, si è ravvisato come i servizi sanitari, pur conservando la loro essenza di servizi a carattere sociale, siano stati oggetto, nei vari Stati membri, in un'ottica di trasparenza ed efficacia, di differenti processi di "aziendalizzazione" - tra i quali, ad esempio, una significativa esternalizzazione dei compiti verso il settore privato (anche senza scopo di lucro) - il che, invero, permetterebbe di applicare anche a tali servizi sociali le regole in materia di concorrenza, ovviamente a seconda dell'attività presa in considerazione e alla luce di una valutazione non aprioristica ma analitica, che vagli le concrete modalità di erogazione del servizio.¹⁸

E invero la Corte di Giustizia, in una serie di sentenze, ha qualificato in termini generali i servizi sanitari come servizi di tipo economico, specie nella prospettiva della libera circolazione.¹⁹ In merito si può ricordare, per esempio, CGCE, 15 luglio 2001, causa C-157/99, *Geraets-Smits e Peerbooms*, laddove la Corte ha sancito che le cure mediche (nel caso di specie ospedaliere) siano da ritenersi servizi economici ai quali si devono applicare le norme relative alla libera circolazione dei servizi, indipendentemente dalle modalità con le quali, a livello nazionale, vengono organizzate e finanziate: l'importante è che vi sia una forma di retribuzione-corrispettivo per la struttura che eroga la prestazione, a prescindere dal conseguimento di un profitto, secondo un'interpretazione estensiva del carattere remunerativo. Il che, peraltro, non collide con la presenza di eventuali disposizioni nazionali che subordinino ad un regime di preventiva autorizzazione l'assunzione da parte del sistema sanitario nazionale degli oneri finanziari per le cure ospedaliere prestate in un altro Stato membro; tali disposizioni, in linea di principio, non violano

¹⁸ In termini S. CIVITARESE MATTEUCCI, *Servizi sanitari, mercato e "modello sociale europeo"*, in *Mercato Concorrenza Regole*, 1, 2009, 189 ss.; sul punto si veda anche G. CARTEI, *Servizi sociali e regole di concorrenza*, in *Riv. trim. dir. pubbl. comun.*, 3-4, 2007, 627.

¹⁹ S. CIVITARESE MATTEUCCI, *op. ult. cit.*, 192 ss.

la libera prestazione di servizi, in quanto ragionevoli a fronte della programmazione cui tali prestazioni sono generalmente sottoposte al fine di garantire accessibilità, qualità e controllo dei costi e, dunque, un livello elevato di tutela della salute e ciò purché il potere autorizzatorio non sia discrezionale ma fondato su criteri oggettivi, non discriminatori e predeterminati.

Sul punto il Consiglio di Stato francese si è espresso notando come, così ragionando, ci sia da temere che la Corte di Giustizia cominci ad estendere agli ospedali pubblici la qualificazione di impresa.²⁰ Tuttavia, poiché dalle strutture sanitarie ci si attende, in generale, che operino per il benessere della collettività, i servizi di cura della salute si presentano ancora, un po' ovunque nel contesto europeo, come «prestazioni amministrative condizionate dalla tecnica della programmazione»²¹, in un sistema sostanzialmente alieno da logiche di scambio e di mercato concorrenziale», nonostante i modelli organizzativi con cui si persegue l'assistenza sanitaria²² possano essere profondamente diversi e, perciò, non si possa escludere di poter comunque parlare di un vero e proprio “mercato sanitario” in relazione al quale domandarsi in che modo elementi di competizione possano coesistere con i pubblici poteri²³.

E infatti, se a livello europeo il Trattato di Lisbona ha rafforzato l'importanza delle politiche sanitarie e il ruolo dell'UE in materia in particolare con l'art. 168 TFUE - il quale esordisce sottolineando come «nella definizione e nell'attuazione di tutte le politiche e attività dell'Unione è garantito un livello elevato di protezione della salute umana», definendo obiettivi strategici per la prevenzione e protezione della salute dei cittadini e sostenendo i sistemi sanitari nazionali - lo stesso articolo delinea altresì una riserva a favore degli Stati membri in materia di organizzazione e fornitura di servizi sanitari e assistenza medica. Sul punto, per quanto la tradizione europea sia «largamente basata sulla garanzia della tutela della salute in una cornice pubblica che assicura un servizio sanitario tendenzialmente universalistico» in cui l'assistenza del singolo va di per sé a beneficio di tutti²⁴, si riscontrano significative differenze, da un Paese all'altro, nella scelta del modello organizzativo da adottare, laddove lo Stato può

²⁰ Si veda il Rapporto del *Conseil d'État* del 2002, *Collectivités publiques et concurrence*, in EDCE, n. 53/2002. Più in generale, sul servizio sanitario alla luce del diritto dell'UE si veda S. HENNION, *Service d'intérêt général, santé et droit de l'Union européenne*, in RDSS, n. 6, 2010, 993.

²¹ I costi elevati di ingresso nel settore a causa delle necessarie dimensioni delle aziende che vi operano, rende inevitabile che nessun imprenditore investirebbe in tale mercato senza adeguate garanzie derivanti dalle misure di programmazione, inoltre, le esternalità positive del settore, rendono necessarie misure pubbliche che indirizzino l'attività degli operatori anche verso i servizi meno remunerativi.

²² Sui quali si rinvia in generale a M. FERRERA, *Le politiche sociali*, Bologna, 2006, 183 ss.

²³ S. CIVITARESE MATTEUCCI, *Servizi sanitari, mercato e “modello sociale europeo”*, *op. cit.*, cit., 362 e, per l'analisi della giurisprudenza europea sul carattere economico dei servizi sanitari, spec. 374 ss.

²⁴ S. CIVITARESE MATTEUCCI, *Servizi sanitari, mercato e “modello sociale europeo”*, in Aa. Vv., *Oltre l'aziendalizzazione del Servizio Sanitario Nazionale*, cit., 361.

assumere, anche contestualmente, il ruolo di regolatore, pianificatore, acquirente, fornitore o finanziatore (in questo caso ricorrendo alla fiscalità generale o istituendo un sistema assicurativo, pubblico o privato regolamentato).

Nel nostro ordinamento, in particolare, il servizio sanitario, reso da strutture pubbliche e private e finanziato a carico della collettività, richiede l'attribuzione in capo alla Pubblica Amministrazione di nevralgici poteri di regolazione, di funzioni di carattere autoritativo e di programmazione,²⁵ nonché di una complessa organizzazione che, articolata a livello nazionale e regionale, definisce le modalità di gestione ed erogazione delle prestazioni connesse al servizio stesso, incidendo fortemente sull'attività svolta in vista del primario perseguimento degli interessi pubblici posti a fondamento del servizio²⁶.

La Costituzione, pur tutelando espressamente il bene salute, non ha definito l'assetto del sistema sanitario, lasciando il compito al legislatore.²⁷ In specie, ripercorrendo brevemente le "tappe storiche" dell'organizzazione del servizio sanitario, si può ricordare come solo con il programma di sviluppo economico 1966-1970 di cui alla L. 27 luglio 1967, n. 685 si delinearono le "linee guida" per una riforma del sistema sanitario (artt. 71-83), tra cui: l'affidamento della direzione e del coordinamento delle attività, pubbliche e private, del settore sanitario, al Ministero della Sanità, mediante l'istituzione di un Servizio Sanitario Nazionale articolato su base territoriale, in cui dovevano essere attribuite specifiche competenze di gestione dei servizi anche a livello locale, attraverso l'istituzione di Unità sanitarie locali; il finanziamento pubblico del servizio mediante contribuzione dei cittadini; l'erogazione delle prestazioni indistintamente a tutti i cittadini.

²⁵ G. CILIONE, *Diritto sanitario*, op. cit., 51.

²⁶ Sull'organizzazione amministrativa come «fondamento di qualsiasi attività amministrativa, sia nel senso che l'organizzazione condiziona l'attività, sia nel senso che l'organizzazione è di per sé il risultato di un'attività», C. E. GALLO, *Organizzazione sanitaria e diritto alla salute*, in C. E. GALLO – B. PEZZINI (a cura di), *Problemi attuali del diritto alla salute*, op. cit., cit., 134.

²⁷ Nonostante in senso all'Assemblea costituente si discusse se inserire o meno dei riferimenti organizzativi tramite i quali indirizzare il legislatore, stante le carenze riscontrabili nel sistema esistente, alla fine si optò per lasciare integralmente il compito al legislatore; così R. BALDUZZI – D. SERVETTI, *La garanzia costituzionale del diritto alla salute e la sua attuazione nel Servizio sanitario nazionale*, in R. BALDUZZI – G. CARPANI (a cura di), *Manuale di diritto sanitario*, op. cit., 49. Sul sistema sanitario allora vigente, di tipo mutualistico-assicurativo (in cui i soli lavoratori, a seguito di stipulazione di coperture assicurative sanitarie così come definite dai contratti collettivi, ricevevano prestazioni sanitarie, erogate da medici ed enti ospedalieri, remunerate, nei limiti di quanto sancito nella polizza assicurativa, per mezzo di enti mutualistici), si vedano R. BALDUZZI – D. SERVETTI, op. ult. cit., 53 ss.; D. MORANA, *Dal 1948 al 1978: l'interpretazione (riduttiva) dell'art. 32 Cost. nel primo "triennio sanitario"*, in R. BALDUZZI (a cura di), *Trent'anni di servizio sanitario nazionale*, op. cit., 322 ss.; F. TARONI, *La non nascita del SSN: occasione perduta o strada non presa? Continuità e cesure nelle politiche sanitarie e nella legislazione sociale del secondo dopoguerra in Italia*, *ivi*, 377; G. VICARELLI, *Dal 1948 al 1979: perché così tardi?*, *ivi*, 439; G. DE CESARE, voce *Sanità (dir amm.)*, in *Enc. Dir.*, XLI, Milano, 1989, 245; R. IANNOITA, voce *Sanità pubblica e privata*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1991; P. SANTANIELLO, *Sanità pubblica*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, Torino, 1997, 547; C. CORBETTA, *Sanità*, in S. Cassese (diretto da), *Dizionario dir. pubbl.*, op. cit., 5412; R. FERRARA, *Principi di diritto sanitario*, op. cit., 66 ss.

Successivamente, la legge 12 febbraio 1968, n. 132, istituì gli enti ospedalieri quali enti di diritto pubblico per la cura e il ricovero degli infermi, così trasformando l'assistenza ospedaliera in obbligatoria e gratuita per chiunque, programmata sulla base di un Piano sanitario nazionale adottato per legge e su piani regionali e finanziato tramite un sistema contributivo posto a carico della collettività.²⁸ La c.d. Legge Mariotti contribuì quindi ad una generale pubblicizzazione del settore, marginalizzando quelle realtà private che comunque, già precedentemente, con la legge Crispi del 1890, erano state qualificate come istituzioni pubbliche di assistenza e beneficenza.²⁹

Con la legge 23 dicembre 1978, n. 833, istitutiva del Servizio Sanitario Nazionale, la riforma del sistema si compì andando a colmare il vuoto normativo esistente, riconoscendo natura precettiva e non più solo programmatica all'art. 32 Cost., con l'obiettivo di dare concreta attuazione ai principi costituzionali per mezzo dell'introduzione di un sistema organizzativo di assistenza diretta, ad accesso universale, ossia indirizzato a tutti i cittadini ed equo, perché uniformemente distribuito sul territorio nazionale e garantito a prescindere dalle condizioni economico-sociali del singolo, in un'ottica di prevenzione e cura della salute fisica e psichica.³⁰

Alla luce dei principi ed obiettivi sanciti in specie agli artt. 1 e 2 della citata legge (che richiamano e specificano il combinato disposto degli artt. 2, 3 e 32 Cost.), si prevede un'organizzazione fondata su: uno specifico riparto di competenze e funzioni tra Stato e Regioni (artt. 6 e 7); una programmazione nazionale dei servizi, tramite un Piano sanitario nazionale³¹ e correlate programmazioni regionali (artt. 19 ss.), per

²⁸ A. CATELANI, *La sanità pubblica*, op. cit., 41 ss.

²⁹ C. E. GALLO, *Organizzazione sanitaria e diritto alla salute*, op. cit., 141.

³⁰ Sulla legge istitutiva del Servizio sanitario nazionale si vedano, tra gli altri, E. CASETTA, *Considerazioni generali sulla legge istitutiva del servizio sanitario nazionale*, in *Tar*, 1979, II, 405; M. PASQUINI – D. PASQUINI PERUZZI, *Il servizio sanitario nazionale. Profili funzionali e strutturali*, Napoli, 1979; F. ROVERSI MONACO (coordinato da), *Il servizio sanitario nazionale. Commento alla l. 23 dicembre 1978, n. 833*, Milano, 1979; A. QUARANTA, *Il sistema di assistenza sanitaria*, Milano, 1985. Mentre, per una ricostruzione dell'evoluzione del sistema sanitario dal 1978 fino alla fine degli anni Novanta si vedano, *ex multis*, R. BALDUZZI – G. CARPANI (a cura di), *Manuale di diritto sanitario*, op. cit., 78 ss.; A. CATELANI, *La sanità pubblica*, op. cit., 97 ss.; R. FERRARA – P. M. VIPIANA, *Principi di diritto sanitario*, Torino, 1995, 63 ss.; C. BOTTARI, *Il diritto alla tutela della salute*, in R. NANIA – P. RIDOLA (a cura di), *I diritti costituzionali*, op. cit., 771 ss.; ID., *Principi costituzionali e assistenza sanitaria*, op. cit., 38 ss.; G. CILIONE, *Diritto sanitario*, op. cit., 27 ss.; R. BALDUZZI – D. SERVETTI, *La garanzia costituzionale del diritto alla salute e la sua attuazione nel Servizio sanitario nazionale*, op. cit., 59 ss.; A. MATTIONI, *Le quattro riforme della sanità. Una lettura sintomatica di snodi istituzionali fondamentali*, in R. BALDUZZI, *Trent'anni di Servizio sanitario nazionale*, op. cit., 263 ss.; N. AICARDI, *La sanità*, in *Trattato di diritto amministrativo*, I, Milano, 2000, 377; V. MOLASCHI, *Sanità*, in *Il diritto*, Enc. giur. Sole24ore, 2007, vol. 14, 32.

³¹ Cfr. art. 53, co.1, L. 833/1978 a norma del quale il PSN stabilisce «le linee generali di indirizzo e le modalità di svolgimento delle attività istituzionali del Servizio sanitario nazionale [...] in conformità agli obiettivi della programmazione socio-economica nazionale e tenuta presente l'esigenza di superare le condizioni di arretratezza socio-sanitaria che esistono nel Paese, particolarmente nelle regioni meridionali». Nonostante, ai sensi del successivo art. 54, il Piano per il

definire i livelli di prestazioni sanitarie da dover garantire a tutti i cittadini nonché le condizioni di erogazione;³² l'attribuzione di specifici compiti di gestione anche ai Comuni, le cui funzioni venivano esercitate tramite le Unità sanitarie locali, definite come «il complesso dei presidi, degli uffici e dei servizi dei comuni, singoli o associati, e delle comunità montane i quali in un ambito territoriale determinato assolvono ai compiti del servizio sanitario nazionale» (art. 10, co. 2); il pluralismo dell'offerta, laddove, accanto alle strutture pubbliche, venivano inserite nel SSN anche strutture private volte ad integrare, in via sussidiaria, i servizi erogati dalle prime; un sistema di finanziamento fondato sulla contribuzione obbligatoria dei cittadini con distribuzione delle risorse dallo Stato alle Regioni e da queste alle Usl³³.

Il rapporto tra pubblico e privato si delineava quindi nel seguente modo: l'attuazione del servizio competeva primariamente allo Stato, alle Regioni e agli enti locali (art. 1); ai privati si riservava un ruolo solo integrativo, nel caso in cui le strutture pubbliche non fossero state in grado di provvedere autonomamente alle prestazioni richieste e previa apposita convenzione siglata con la Usl competente per territorio.

triennio 1980-1982 dovesse essere presentato nell'anno 1979, tuttavia, la prima programmazione venne predisposta solo con il d.P.R. n. 107 del 1994 per il triennio 1994-1997. L'ultima programmazione risale al triennio 2006-2008, adottata con il d.P.R. n. 149 del 2006. In assenza di una programmazione aggiornata hanno assunto un ruolo importante le intese raggiunte in sede di Conferenza Stato-Regioni ex art. 8, co. 6, L. 5 giugno 2003, n. 131, ai sensi del quale «il Governo può promuovere la stipula di intese in sede di Conferenza Stato-Regioni o di Conferenza unificata, dirette a favorire l'armonizzazione delle rispettive legislazioni o il raggiungimento di posizioni unitarie o il conseguimento di obiettivi comuni». Tramite siffatte intese si sono adottati infatti, con cadenza triennale, quelli che, dal triennio 2007-2009, vengono definiti Patti per la salute, ossia accordi finanziari e programmatici tra Governo e Regioni finalizzati a migliorare la qualità dei servizi, a promuovere l'appropriatezza delle prestazioni e a garantire l'unitarietà del sistema (si veda come fonte il sito ufficiale www.salute.gov.it, ultima consultazione: ottobre 2020).

³² Sulla programmazione sanitaria di veda A. CATELANI, *La sanità pubblica*, in G. SANTANIELLO (diretto da), *Trattato di diritto amministrativo, op. cit.*, cit., 245, per cui «la programmazione ha [...] avuto lo scopo di rendere coerenti gli interventi salutari, da realizzarsi in termini di efficacia, efficienza ed economicità, così da garantire i livelli essenziali ed uniformi di assistenza in ogni parte del territorio dello Stato. Il metodo della programmazione si è ormai affermato come esigenza ineludibile per qualunque attività gestita dalla pubblica amministrazione. Essa trova pertanto nel settore sanitario una delle sue più significative applicazioni».

³³ Sul finanziamento del servizio sanitario si vedano N. VICECONTE, *Il finanziamento del servizio sanitario nazionale*, in R. BALDUZZI – G. CARPANI (a cura di), *Manuale di diritto sanitario, op. cit.*, 371; G. CILIONE, *Diritto sanitario, op. cit.*, 238; G. FARES, *Problemi attuali dell'ordinamento sanitario*, Napoli, 2013, 14 e 173 ss. Con la legge istitutiva del SSN il sistema di finanziamento si basava su un Fondo sanitario nazionale, il cui importo era definito annualmente dalla legge finanziaria ed alimentato dai contributi dei cittadini (poi regionalizzati con la riforma del 1992) e dai finanziamenti dello Stato. Successivamente il d.lgs. 18 febbraio 2000, n. 56 ha abolito il Fondo sanitario (poi reintrodotta nel 2001) e rimodulato le forme di finanziamento sulla base della capacità fiscale delle Regioni, a cui si affianca un fondo perequativo atto a riallineare le differenze tra Regioni stesse. Ad oggi l'attuale sistema di finanziamento si basa sulla fiscalità generale delle Regioni, su entrate proprie degli enti del SSN (es. ticket), sulla compartecipazione delle Regioni a statuto speciale e Province autonome di Trento e Bolzano, sul finanziamento dello Stato per quanto non coperto dalle precedenti fonti, attraverso la compartecipazione all'IVA ed il Fondo sanitario nazionale.

A seguire, con il d.lgs. 30 dicembre 1992, n. 502 e successive modifiche, gli obiettivi primari di riordino furono l'efficienza e il contenimento della spesa sanitaria.³⁴

Il sistema venne indirizzato verso un modello di gestione aziendalizzato delle Usl, trasformate in Aziende Sanitarie Locali con personalità giuridica ed autonomia organizzativa, amministrativa, patrimoniale, contabile, gestionale e tecnica (art. 3; parallelamente, gli ospedali di maggiori dimensioni vennero trasformati in Aziende ospedaliere). Contestualmente le competenze prima attribuite ai Comuni vennero allocate alle Regioni, che acquisirono una maggiore centralità nell'organizzazione del servizio, esercitando le proprie funzioni attraverso le ASL e le AO.

Venne espressamente previsto che il Piano sanitario nazionale, oggetto di delegificazione e dunque predisposto dal Governo con la partecipazione delle Regioni e adottato con d.P.R. d'intesa con la Conferenza unificata (art. 1, co. 4 e 5), dovesse individuare gli obiettivi di programmazione in rapporto alle misure finanziarie disponibili³⁵ e, per mezzo delle successive Leggi n. 724 del 1994 e n. 549 del 1995, il sistema di remunerazione delle prestazioni, comune alle strutture pubbliche e private, venne basato su tariffe predeterminate, con predisposizione di un piano annuale volto a definire la presunta quantità di prestazioni erogabili da ciascuna struttura; a seguire, con L. 27 dicembre 1997, n. 449, si stabilì che le Regioni, nell'ambito della programmazione, dovessero individuare, per ciascuna istituzione pubblica o privata, i limiti di spesa, i preventivi annuali delle prestazioni, gli indirizzi e le modalità della contrattazione (art. 32, co. 8).

Il sistema venne infine aperto ad una sostanziale parificazione dei soggetti pubblici e privati nell'erogazione di prestazioni, pur nel rispetto dell'autonomia gestionale di quest'ultimi e nell'ambito di un coordinamento pubblico dei servizi. Le Usl, nell'assicurare i Lea secondo gli indirizzi della programmazione regionale, si potevano infatti avvalere tanto di strutture pubbliche quanto di strutture private (art. 8, co. 5 e 7 d.lgs. 502/92 come modificato dal d.lgs. n. 517/93 e dalla L. n.724/94).

³⁴ Sulle plurime criticità cui era affetto il sistema sanitario così come delineato nella legge istitutiva del SSN del 1978, si veda, tra gli altri, R. FERRARA, *Principi di diritto sanitario, op. cit.*, 71. Tra la fine degli anni Ottanta e l'inizio degli anni Novanta, pertanto, hanno preso corpo alcune proposte di riorganizzazione del sistema sanitario aventi ad oggetto in particolare le U.s.l. e, a seguito della legge finanziaria 30 dicembre 1991, n. 412, che ha definito specifici interventi di contenimento della spesa pubblica sanitaria, si è arrivati alla L. 23 ottobre 1992, n. 421 che ha delegato il Governo al riordino del Sistema Sanitario Nazionale, delega sfociata nella riforma attuata proprio con il citato d.lgs. n. 502 del 1992. Sulla cosiddetta riforma *bis* del sistema sanitario si vedano M. CLARICH, *Le nuove aziende sanitarie tra ente pubblico e impresa*, in *Ragiusan*, 109-110, 1993, 6; G. MOR, *Il riordino della sanità nelle crisi dello Stato sociale e della costituzione materiale*, in *Le Regioni*, 1994, 957; F. ROVERSI MONACO (coordinato da), *La nuova sanità*, Rimini, 1995.

³⁵ Si veda la già citata legge delega n. 421 del 1992 che all'art. 1, co. 1, prevedeva che i livelli di assistenza da assicurare in condizioni di uniformità sul territorio nazionale dovessero essere definiti nel rispetto degli obiettivi di programmazione socio-economica nazionale e di tutela della salute a livello internazionale e in coerenza con l'entità del finanziamento assicurato al Servizio sanitario nazionale. Si veda altresì l'art. 1, co. 3, d.lgs. n. 502/92.

Con questa riforma (e con la successiva del 1999), si cercò così di porre l'accento sulla qualità del servizio in quanto tale il che portò, come detto, ad una equiparazione della disciplina applicabile alle strutture erogatrici, in cui le strutture private concorrevano nella gestione del servizio con le pubbliche per mezzo del cosiddetto accreditamento, meccanismo di valutazione dell'idoneità delle strutture che rendeva (e rende) i privati erogatori non più soggetti integrativi e complementari ma costitutivi del servizio stesso, in un contesto di concorrenza programmata che dà attuazione al principio di sussidiarietà orizzontale di cui all'art. 118, co. 4 Cost.³⁶

Con legge 30 novembre 1998, n. 419, venne poi conferita un'ulteriore delega al Governo per procedere ad una nuova riforma del Sistema Sanitario Nazionale, dalla quale è conseguito il d.lgs. 30 novembre 1999, n. 229, di modifica del citato d.lgs. n. 502/1992.

Con questa terza riforma si specificò che l'attuazione del diritto alla salute è garantita attraverso la definizione di livelli *essenziali* e *uniformi* di assistenza³⁷, individuati dal Piano Sanitario Nazionale contestualmente alle risorse finanziarie destinate al SSN e perseguiti tramite quest'ultimo, inteso come «il complesso delle funzioni e delle attività assistenziali dei Servizi sanitari regionali» e perciò conformato dai vari modelli regionali (art. 1).³⁸

Vennero ulteriormente specificate le competenze delle Regioni (art. 2), con attribuzione di specifici compiti tecnico-scientifici, di programmazione e di monitoraggio in capo allo Stato e di competenze ai Comuni, specie in ordine

³⁶ G. PASTORI, *Sussidiarietà e diritto alla salute*, in *Dir. pubbl.*, 1, 2002, 93.

³⁷ Sui livelli essenziali di prestazioni da erogare sul territorio nazionale, salva la facoltà di ogni regione di implementarli nei limiti delle risorse a disposizione, si vedano V. MOLASCHI, *I livelli essenziali delle prestazioni in sanità*, in S. RODOTÀ – P. ZAITI (diretto da), *Trattato di Biodiritto, Salute e sanità*, op. cit., 445; G. CREPALDI, *Dai LEA ai livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali (art. 117, II co., lett. m) Cost.*, in M. ANDREIS (a cura di), *La tutela della salute tra tecnica e potere amministrativo*, Milano, 2006, 49; C. TUBERTINI, *Pubblica amministrazione e garanzia dei livelli essenziali delle prestazioni: il caso della tutela della salute*, Bologna, 2008; ID., *La garanzia dei livelli essenziali delle prestazioni nell'organizzazione sanitaria*, in A. PIOGGIA – M. DUGATO – G. M. RACCA – S. CIVITARESE MATTEUCCI, *Oltre l'aziendalizzazione del servizio sanitario*, op. cit., 433; R. BALDUZZI, *Livelli essenziali e le risorse disponibili: la sanità come paradigma*, in F. ROVERSI MONACO – C. BOTTARI (a cura di), *La tutela della salute tra garanzie degli utenti ed esigenze di bilancio*, op. cit., 79.

³⁸ Se si guarda ai modelli organizzativi adottati dalle varie Regioni si possono notare significative differenze, che pur convivono nel medesimo contesto nazionale: il modello lombardo, per esempio, si fonda su un'alta competizione tra soggetti erogatori pubblici e privati e le prestazioni sono remunerate sulla base di tariffe da parte delle ASL che si limitano a svolgere compiti di controllo; nel modello adottato in Emilia-Romagna, invece, la programmazione regionale individua preventivamente la quota di mercato da destinare all'offerta privata accreditata e le ASL hanno il compito di acquistare i servizi, preventivamente negoziati con i soggetti accreditati in ordine a quantità, prezzi e aspetti qualitativi di vario genere. Sui vari modelli regionali, fondamentalmente ricondotti o ad un sistema di stampo protezionista, fondato sulla programmazione delle prestazioni e sulla regolamentazione dell'accesso con un uso selettivo del metodo dell'accreditamento delle strutture private, o ad un sistema aperto, volto a promuovere la competizione tra strutture pubbliche e private, si veda G. CILIONE, *Pubblico e privato nel nuovo sistema di erogazione delle prestazioni assistenziali*, op. cit., 19 ss. e ID., *Diritto sanitario*, op. cit., 48 ss.

all'integrazione funzionale tra politiche di assistenza sanitaria e politiche di assistenza sociale (art. 3 *septies*).³⁹

Si ebbe un completamento del percorso di aziendalizzazione delle ASL, principali soggetti, insieme alle Aziende Ospedaliere, con cui le Regioni garantiscono i livelli essenziali di assistenza e che devono agire sulla base dei principi di efficacia, efficienza ed economicità a fronte di una piena autonomia organizzativa, amministrativa, patrimoniale e contabile. Tra le varie previsioni sul punto si possono citare la nomina del direttore generale per atto politico della Giunta regionale, l'adozione di un atto aziendale quale atto di diritto privato (art. 3, co. 1 *bis*), la definizione degli organi aziendali (direttore generale, direttore sanitario e direttore amministrativo, collegio sindacale).

Vennero introdotte nuove norme sul rapporto di lavoro del personale dirigenziale, nonché la possibilità per i medici di erogare prestazioni cosiddette *intramoenia* (ossia di esercitare la libera professione) nell'ambito delle strutture pubbliche.⁴⁰

Infine, si definì compiutamente il rapporto tra SSN e soggetti privati, con specifiche disposizioni per la costruzione delle strutture sanitarie, l'esercizio dell'attività sanitaria, l'esercizio per conto del SSN e l'esercizio a carico di quest'ultimo (artt. 8 *bis* e ss.), sui quali si tornerà in seguito.

³⁹ Il quadro, dominato dalla centralità delle Regioni, venne poi completato e rafforzato con la riforma del Titolo V, Parte II, della Costituzione, con legge costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3 (in specie art. 117, co. 2, lett. m, sulla determinazione dei LEA da parte dello Stato e co. 3 sulla tutela della salute quale materia di competenza concorrente e art. 119, che attribuisce autonomia finanziaria alle Regioni); sui LEA e il rapporto Stato-Regioni in materia è intervenuto anche il successivo d.l. 18 settembre 2001, n. 347, poi convertito in L. 16 novembre 2001, n. 415 e, a seguire, il d.lgs. 6 maggio 2011, n. 68, recante disposizioni in materia di autonomia fiscale e di determinazione dei costi e fabbisogni standard nel settore sanitario. In dottrina, sul tema, si vedano G. CARPANI, *Cogestire la sanità. Accordi e intese tra Governo e regioni nell'ultimo decennio*, in F. ROVERSI MONACO – C. BOTTARI, *La tutela della salute tra garanzie degli utenti ed esigenze di bilancio*, Rimini, 2000, 97; ID., *Accordi e intese tra Governo e regioni nella più recente evoluzione del Ssn: spunti ricostruttivi*, in R. BALDUZZI (a cura di), *Trent'anni di Servizio sanitario nazionale*, op. cit., 35; E. JORIO, *Verso il servizio sanitario federale*, *ivi*, 23; D. MORANA, *La tutela della salute, fra libertà e prestazioni, dopo la riforma del titolo V. A proposito della sentenza n. 282 del 2002 della Corte Costituzionale*, in *Giur. cost.*, 3, 2002, 2034; C. TUBERTINI, *Pubblica amministrazione e garanzia dei livelli essenziali delle prestazioni*, op. cit., 2 ss., 38 ss. e 240 ss.; G. PITRUZZELLA, *Sanità e Regioni*, in *Regioni*, 2009, 1180; C. BOTTARI, *Tutela della salute ed organizzazione sanitaria*, 9 ss.; V. MOLASCHI, *I livelli essenziali delle prestazioni in sanità*, in S. RODOTÀ – P. ZATTI (diretto da), *Trattato di biodiritto. Salute e sanità*, op. cit., 445; R. FERRARA, *Il diritto alla salute: i principi costituzionali*, *ivi*, 20; ID., *L'ordinamento della sanità*, op. cit., 119 ss.

⁴⁰ Su organizzazione e funzionamento del sistema sanitario sono poi successivamente intervenuti anche il d.l. 6 luglio 2012, n. 95, convertito in L. 7 agosto 2012, n. 135, con riferimento all'organizzazione ospedaliera (si veda art. 15, co. 13, lett. c, sulla definizione degli standard qualitativi, strutturali, tecnologici e quantitativi), alle tariffe per la remunerazione delle prestazioni sanitarie e agli acquisti di beni e servizi; il d.l. 13 settembre 2012, n. 158 (c.d. decreto Balduzzi), convertito il L. 8 novembre 2012, n. 189, sull'attività assistenziale e sanitaria (con riguardo al personale delle aziende sanitarie, all'attività *intramoenia*, alle tariffe per la remunerazione, alla gestione e monitoraggio dei rischi sanitari e ai livelli delle prestazioni) e sulla gestione ed organizzazione delle attività medesime.

Le riforme sinteticamente enunciate e le successive modificazioni e integrazioni ad opera di interventi di decretazione d'urgenza e manovre finanziarie hanno così condotto all'attuale configurazione del Servizio Sanitario Nazionale.

Per quanto attiene ai soggetti coinvolti nell'erogazione del servizio si può quindi riassuntivamente osservare che, nell'assetto pubblico vigente, le strutture di riferimento sono le Aziende Unità Sanitarie Locali⁴¹ e le Aziende Ospedaliere (tra cui rientrano anche le Aziende Ospedaliere Universitarie): esse costituiscono la struttura portante su cui ruota il sistema al fine di garantire i livelli essenziali delle prestazioni.

Alle strutture pubbliche si affiancano poi quelle private che possono erogare prestazioni sanitarie previa autorizzazione all'esercizio oppure possono entrare a far parte dell'organizzazione del SSN, erogando prestazioni in nome e per conto di questo in regime di accreditamento. Nell'ambito del Servizio sanitario possono poi operare anche associazioni di volontariato che, previa autorizzazione regionale, collaborano con le ASL di riferimento sulla base di specifiche convenzioni rispondenti alla programmazione sanitaria, così concorrendo al conseguimento dei fini di pubblico interesse sottesi al servizio stesso (art. 14, co. 7, d.lgs. n. 502/92).

Infine, come ulteriore ipotesi organizzativa per l'erogazione del servizio, si devono citare le forme di sperimentazione gestionale di cui all'art. 9 *bis*, d.lgs. n. 502/92 che, preventivamente autorizzate dalla Regione, prevedono una collaborazione tra pubblico e privato da attuarsi, principalmente, attraverso la costituzione di società a capitale misto, con finalità di miglioramento della qualità dell'assistenza in un'ottica di convenienza economica.⁴²

⁴¹ Le AUSL o ASL (artt. 3 ss., d.lgs. 509/92) sono dotate di personalità giuridica pubblica (diretta imputazione dell'attività svolta) e autonomia imprenditoriale (facoltà di autogoverno con la definizione, nell'atto aziendale, della propria organizzazione e del proprio funzionamento, pur nei limiti delle prescrizioni nazionali e di quelli di programmazione e finanziamento definiti a livello regionale). Organi delle ASL sono: il Direttore generale, rappresentante legale dell'Azienda, nominato dalla Regione a seguito di procedura di valutazione comparativa di specifici requisiti di competenza e professionalità e da questa controllato in ordine ai risultati conseguiti nell'esercizio dei suoi poteri di direzione e gestione in vista del conseguimento degli obiettivi di salute e funzionamento dei servizi definiti dalla programmazione regionale stessa (in tale compito è coadiuvato da un Direttore sanitario e un Direttore amministrativo da lui nominati); il Collegio di direzione (art. 17, d.lgs. 502/92), quale organo di raccordo tra i servizi erogati, di valutazione interna tra risultati conseguiti e obiettivi prefissati e di supporto tecnico per la programmazione e organizzazione delle attività cliniche; il Collegio sindacale, quale organo di controllo e verifica degli aspetti economico-finanziari delle attività aziendali (art. 3 *ter*); Consiglio dei sanitari, con funzioni consultive di stampo tecnico-sanitario (art. 3, co. 12). In ordine alla struttura organizzativa l'ASL è poi articolata in Dipartimenti, Unità operative, Distretti e Presidi ospedalieri.

⁴² Sul tema si rinvia a E. MENICETTI, *Le sperimentazioni gestionali*, in R. BALDUZZI – G. CARPANI, *Manuale di diritto sanitario*, *op. cit.*, cit. 286 che, sull'istituto, così si esprime: «il coinvolgimento dei soggetti privati nell'organizzazione e gestione dell'offerta pubblica sanitaria fa parte dei rimedi adottati dal legislatore negli ultimi anni per far fronte alle difficoltà riscontrate in capo al sistema sanitario pubblico di reperire risorse finanziarie, tecniche e di *know how* tali da permettere, da un lato, il soddisfacimento dell'intera domanda sanitaria e, dall'altro, di consentire un miglioramento sensibile della qualità delle prestazioni manageriali degli operatori economici privati».

Il rapporto pubblico-privato nell'ambito dell'organizzazione ed erogazione del servizio sanitario è dunque una costante del nostro ordinamento. L'offerta di prestazioni sanitarie da parte di soggetti estranei alla Pubblica Amministrazione è infatti elemento onnipresente nell'esperienza storica italiana, seppur con diversi gradi di rilevanza nel corso dell'evoluzione del "comune sentire" intorno alla concezione della tutela della salute, collettiva e personale. E così, a partire dalla citata L. 12 febbraio 1968, n. 132, con cui si riconobbe alle fondazioni e associazioni di diritto privato che provvedevano al ricovero e alla cura degli infermi la facoltà di essere riconosciute come enti pubblici ospedalieri, si segnò l'avvio di un percorso di riforma che trasformò l'assistenza sanitaria da servizio di matrice privata e volontaristica ad un servizio concepito come pubblico⁴³, passando, come visto, per il riconoscimento di un carattere integrativo (ma residuale) dei soggetti privati rispetto alle strutture pubbliche, per giungere da ultimo ad un significativo complesso di soggetti privati che erogano prestazioni sanitarie in regime di parità con quelli pubblici e che vi accedono attraverso un sistema amministrato legislativamente disciplinato.⁴⁴

3. *L'accesso all'esercizio di attività sanitarie da parte di strutture private: il regime delle cosiddette tre "A" del sistema sanitario*

La riforma operata con d.lgs. 19 giugno 1999, n. 229, "Riordino della disciplina in materia sanitaria", ha sancito l'articolazione dell'accesso all'esercizio di attività sanitaria su tre livelli; il sistema è comunemente detto delle tre "A", autorizzazione, accreditamento e accordi contrattuali, nell'ambito di una sorta di progressione in cui l'autorizzazione costituisce il primo titolo abilitativo che tutte le strutture private devono possedere per esercitare attività sanitaria e socio-sanitaria e senza il quale non può sorgere alcun rapporto, amministrativo e civilistico, tra la struttura e la P.A.⁴⁵

⁴³ Sull'intervento pubblico post-unitario che avviò un percorso di attrazione nell'alveo dei pubblici poteri di quei soggetti che sino ad allora avevano svolto autonomamente la propria attività di assistenza si veda F. CAMMEO – C. VITTA, *Sanità pubblica*, in V. E. ORLANDO (a cura di), *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano*, vol. IV, parte II, Milano, 1905, 213.

⁴⁴ Per una ricostruzione storica sul punto si veda C. CORBETTA, *La sanità privata nell'organizzazione amministrativa dei servizi sanitari*, Rimini, 2004, 14 ss.

⁴⁵ Sul tema si richiamano, in generale, P. BARCELLONA, *L'evoluzione dell'assetto organizzativo per l'erogazione delle prestazioni assistenziali sanitarie: dal sistema della convenzione a quello dell'accreditamento*, in *Sanità pubbl.*, 1998, 2,113; G. CILIONE, *Pubblico e privato nel nuovo sistema di erogazione delle prestazioni sanitarie assistenziali (in particolare specialistiche ospedaliere)*, in *Sanità pubbl.*, 2000, 1, 19; G. PASTORI, *Pubblico e privato nella sanità e nell'assistenza*, *ivi*, 2002, 11-12, 1281; A. ONETO, *Problemi transitori riuardanti la normativa in materia di autorizzazione ed accreditamento delle strutture sanitarie*, in *Sanità pubbl. e priv.*, 2003, 7-8, 829; C. E. GALLO, *La concorrenza nell'erogazione dei servizi sanitari e la posizione delle imprese private*, *ivi*, 2003, 3, 249; A. DE MICHELE, *Profili problematici in tema di accreditamento istituzionale di case di cura private*, *ivi*, 2004, 1, 15; E. JORIO, *L'accreditamento istituzionale e il ruolo del privato nell'organizzazione della salute*, *ivi*, 2004, 2, 151; C. CORBETTA, *I rapporti tra la sanità privata e l'organizzazione pubblica: il sistema dell'accreditamento nell'attuale disciplina*, *ivi*, 2005, 1, 7; B. BONVENTO, *La misurazione dell'impatto delle procedure di autorizzazione e di accreditamento: un modello da valutare*, *ivi*, 2006, 1, 32; F. TARONI, *Le 3A: autorizzazione, accreditamento, accordi contrattuali*, in R. BALDUZZI – G. CARPANI, *Manuale di Diritto Sanitario*, *op. cit.*, 427.

Occorre premettere che, nell'attuale quadro normativo nazionale – qui di seguito delineato - il regime della SCIA non può costituire titolo legittimante l'esercizio di attività sanitarie, in quanto l'art. 19 co. 1 della l. n. 241/1990 prevede espressamente che la SCIA sostituisca solo quei provvedimenti autorizzatori e concessori non costitutivi per i quali «non sia previsto alcun limite o contingente complessivo o specifici strumenti di programmazione settoriale per il rilascio degli stessi». Nonostante la tutela della salute non rientri quindi tra i casi di esclusione del regime della SCIA (a differenza di quanto previsto in ordine all'esclusione del regime del silenzio-assenso di cui al successivo art. 20)⁴⁶, le autorizzazioni alla realizzazione e all'esercizio e l'accreditamento delle strutture private che svolgono attività di assistenza socio-sanitaria devono essere richiesti quali provvedimenti espressi, in quanto il loro rilascio è legato alla programmazione del SSN.⁴⁷

Ciò detto, il primo riferimento normativo che occorre richiamare sul punto è il terzo comma dell'art. 8 *bis* del d.lgs. 502/92, così come modificato dall'art. 8 della citata riforma *ter* del 1999. La disposizione prevede testualmente che: «la realizzazione delle strutture sanitarie e l'esercizio di attività sanitarie, l'esercizio di attività sanitarie per conto del Servizio sanitario nazionale e l'esercizio di attività sanitarie a carico del Servizio sanitario nazionale sono subordinate, rispettivamente, al rilascio delle autorizzazioni di cui all'art. 8 *ter*, dell'accreditamento istituzionale di cui all'art. 8 *quater*, nonché alla stipulazione degli accordi contrattuali di cui all'art. 8 *quinquies*. La presente disposizione vale anche per le strutture e le attività socio-sanitarie».

Due sono i tipi di autorizzazione previsti: l'autorizzazione alla realizzazione delle strutture (non prevista dalla normativa precedente) e l'autorizzazione all'esercizio di attività sanitarie e socio-sanitarie. Questo duplice procedimento autorizzatorio è richiesto per tutte quelle strutture che intendono erogare prestazioni in regime di ricovero ospedaliero a ciclo continuativo o diurno per acuti, prestazioni di assistenza specialistica in regime ambulatoriale, prestazioni in regime residenziale a ciclo diurno o continuativo; per gli studi professionali, invece, è richiesta la sola autorizzazione all'esercizio qualora intendano erogare prestazioni «di particolare complessità o che comportino un rischio per la sicurezza del paziente» (art. 8 *ter*, co. 2).

In specie, ai sensi dell'art. 8 *ter*, la cosiddetta autorizzazione alla realizzazione si ottiene tramite l'espletamento di un procedimento fondamentalmente suddiviso in tre fasi: presentazione di un progetto per la costruzione di nuove strutture o per l'adattamento di quelle esistenti, loro diversa utilizzazione, ampliamento, trasformazione o trasferimento in altra sede di strutture già autorizzate; verifica di compatibilità del progetto presentato dal privato da parte della Regione, in rapporto

⁴⁶ Sul punto si rinvia a C. VIDETTA, *La semplificazione alla prova. Il problema della tutela della salute nella l. n. 241/1990*, in ID. (a cura di), *Tutela della salute e semplificazione. Una riflessione a più voci*, Napoli, 2015, 1.

⁴⁷ In termini, T.A.R. Campania (Salerno), sez. II, 13 gennaio 2020, n. 50, in *Foro amm.*, 2020, 1, 142.

al fabbisogno complessivo di assistenza e alla localizzazione territoriale delle strutture presenti nel medesimo ambito regionale, così che l'offerta di servizi sanitari sia indirizzata verso le aree che presentano un'esigenza prioritaria di nuove strutture, al fine di rendere il più possibile omogeneo, sul territorio, l'accesso alle prestazioni; verifica di generale compatibilità del progetto, da parte del Comune nel quale dovrebbe aver sede la struttura, con gli ordinari strumenti urbanistici e di pianificazione del territorio, previa acquisizione della predetta verifica di rispondenza al fabbisogno complessivo e ai criteri di localizzazione territoriale delle strutture, vero e proprio sub procedimento⁴⁸ di competenza regionale a cui il rilascio dell'autorizzazione risulta sostanzialmente subordinato.

In merito si può osservare come la decisione di subordinare l'autorizzazione comunale ad una verifica regionale sul fabbisogno territoriale risulti alquanto enigmatico, in ragione del fatto che non si comprende bene in relazione a quale fabbisogno la Regione dovrebbe verificare la compatibilità della struttura da realizzare. Di certo non può trattarsi del fabbisogno imposto dalla tutela dei livelli essenziali ed uniformi di assistenza definiti dalla competenza legislativa esclusiva statale, che, almeno teoricamente, dovrebbe essere soddisfatto dai soggetti pubblici e privati accreditati operanti nell'ambito del SSN.⁴⁹ Si deve trattare dunque di un fabbisogno ulteriore e diverso, posto che l'autorizzazione alla realizzazione non è un presupposto meramente funzionale all'eventuale accreditamento (dominato, come si vedrà, da logiche di contenimento entro tetti di spesa prestabiliti) ma è in provvedimento da questo diverso e autonomo, sia logicamente sia cronologicamente.⁵⁰

Sul punto si rileva un orientamento giurisprudenziale che, valorizzando il principio di concorrenza anche nell'ambito sanitario, ha ritenuto il criterio del fabbisogno non legittimamente invocabile per negare l'autorizzazione a chi intenda offrire servizi sanitari in regime privatistico, ossia con corrispettivi a carico unicamente degli utenti, proprio perché lo strumento autorizzatorio in questione, non comportando un aumento degli operatori in regime di accreditamento e dunque dei rimborsi o sovvenzioni a carico della spesa pubblica, non può trasformarsi, alla luce degli artt. 32 e 41 Cost., in uno strumento ablativo delle prerogative di soggetti che intendono offrire mezzi e prestazioni di diagnosi, cura e assistenza, non ravvisandosi, in assenza

⁴⁸ Così M. CONTICELLI, *Pubblico e privato nel servizio sanitario*, op. cit., 155.

⁴⁹ Si veda art. 8 bis, co. 1, d.lgs. n. 502/1992: «le regioni assicurano i livelli essenziali e uniformi di assistenza di cui all'articolo 1 avvalendosi dei presidi direttamente gestiti dalle aziende unità sanitarie locali, delle aziende ospedaliere, delle aziende universitarie e degli istituti di ricovero e cura a carattere scientifico, nonché di soggetti accreditati ai sensi dell'articolo 8- quater, nel rispetto degli accordi contrattuali di cui all'articolo 8- quinquies».

⁵⁰ Sul punto si veda M. SANTANGELI, *Concorrenza e programmazione nel sistema delle autorizzazioni sanitarie: brevi riflessioni sull'adeguatezza del sistema vigente tra regole nazionali ed assetti regionali*, in *amministrazioneincammino.luis.it*, 2015, 11 ss.

di una comparazione quantitativa e qualitativa dei nuovi servizi rispetto a quelli già erogati sul territorio, alcuna superiore esigenza di tutela del diritto alla salute, tramutandosi invero in una limitazione che non fa altro che ostacolare il miglioramento qualitativo e la riduzione dei prezzi dell'offerta privata per mezzo della concorrenza e della facoltà di scelta dei pazienti fra strutture diverse.⁵¹

Inoltre, da una complessiva lettura della giurisprudenza in merito, espressa dai Tribunali amministrativi regionali negli ultimi anni, sembra potersi affermare che il giudice amministrativo ritenga che il fabbisogno complessivo sul quale parametrare il rilascio delle autorizzazioni alla realizzazione debba essere vagliato principalmente in relazione al criterio della localizzazione delle strutture presenti sul territorio regionale, al fine di garantire un'adeguata accessibilità ai servizi, interpretazione che riconduce l'autorizzazione in questione al ruolo che si ritiene dovrebbe esserle proprio.⁵²

⁵¹ CONS. ST., sez. III, 29 gennaio 2013, n. 550 e nello stesso senso T.A.R. Lazio (Roma), sez. II *bis*, 14 gennaio 2014, n. 445. Posizione assunta anche dall'AGCM con il parere AS1037 del 28 marzo 2013, in cui l'Autorità ha addirittura sottolineato come il provvedimento autorizzatorio in questione rappresenti una violazione della disciplina nazionale in materia di concorrenza poiché introduce «una restrizione all'accesso al mercato delle prestazioni sanitarie e socio-sanitarie rese in regime privatistico non giustificata da 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». Si veda anche CONS. ST., sez. III, 10 luglio 2015, n. 3487, in *De jure, Redazione giuffrè amministrativo 2015*, per il quale: «una politica di contenimento dell'offerta sanitaria non può tradursi in una posizione di privilegio degli operatori del settore già presenti nel mercato, che possono incrementare la loro offerta a discapito dei nuovi entranti, assorbendo la potenzialità della domanda; sotto questo profilo, e con riferimento al rilascio di autorizzazione alla realizzazione di strutture sanitarie, va sottolineata l'irrilevanza dei criteri di contenimento della spesa sanitaria, non versandosi a fronte di soggetti che operino in accreditamento atteso che le valutazioni inerenti all'indispensabile contenimento della spesa pubblica ed alla sua razionalizzazione hanno la loro sede propria nei procedimenti di accreditamento, di fissazione dei tetti di spesa e di stipulazione dei contratti con i soggetti accreditati».

⁵² Sulla funzione del preventivo parere regionale di compatibilità programmatica per il rilascio dell'autorizzazione all'apertura di nuove strutture sanitarie private si veda T.A.R. Abruzzo (L'Aquila), sez. I, 7 giugno 2018, n. 233, in *Foro amm.*, 2018, 6, 1054: «un'interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 8-ter comma 3 del d.lg. 502/1992, alla luce degli artt. 32 della Costituzione — che eleva la tutela della salute a diritto fondamentale dell'individuo — e 41 della Costituzione — teso a garantire la libertà di iniziativa di impresa —, impone di ritenere che il preventivo parere regionale di compatibilità programmatica per il rilascio delle autorizzazioni all'apertura di nuove strutture sanitarie private che non operano con aggravio sulla spesa pubblica sanitaria va inteso quale accorgimento mirato a garantire una ottimale distribuzione territoriale di strutture socio-sanitarie, evitando discontinuità ed asimmetrie localizzative, capaci di determinare deficit di capacità produttiva, penalizzando una parte della popolazione di riferimento nell'accesso ai servizi. La diversa interpretazione, che intende l'atto di verifica regionale sul fabbisogno quale condizione per il rilascio dell'autorizzazione alle nuove strutture sanitarie, si pone in contrasto con i principi del Trattato UE, in materia di concorrenza e libera prestazione dei servizi. Il parere negativo della Regione fondato sulla saturazione del fabbisogno nel territorio d'interesse del privato, può determinare, difatti, un'alterazione della concorrenza in favore degli operatori già autorizzati e operanti sul mercato di quei territori, i quali sarebbero indotti ad incrementare la loro offerta nell'intento di saturare la domanda, diminuire il fabbisogno ed impedire così l'ingresso di nuove strutture private sul mercato. La preclusione di accesso al mercato da parte di nuovi operatori, magari più efficienti e dotati di apparecchiature di alta tecnologia e all'avanguardia, contravverrebbe, peraltro, al principio di libera

Ora, la funzionalità di un provvedimento che limita, si potrebbe dire, l'iniziativa economico-sanitaria privata, dovrebbe essere vagliata, secondo lo schema logico-interpretativo (per come qui inteso) dell'art. 41 Cost., in relazione alla compatibilità con l'utilità sociale, al fine di evitare che forme di concorrenza non corrette o di eccessi di concorrenza vadano a danno dell'utente finale. In verità, in un settore in cui le prestazioni vengono erogate dal complesso apparato del Sistema Sanitario Nazionale, teoricamente programmato per garantire il diritto alla salute, nelle sue molteplici forme, secondo alti standards qualitativi e senza eccessivi oneri direttamente gravanti sull'utente - sistema con il quale i privati erogatori si trovano a dover competere - sembra intuitivamente difficile ravvisare la possibilità che il principio della libera iniziativa privata possa davvero minare in concreto la tutela della salute e le logiche di protezione dell'utenza sottese al servizio pubblico.

In ogni caso, pur volendo adottare un'interpretazione restrittiva del fabbisogno cui parametrare il rilascio di nuove autorizzazioni alla realizzazione, si deve comunque prendere atto del dettato normativo e riconoscere che la pianificazione di tale fabbisogno costituisce un vero e proprio presupposto condizionante, che ben potrebbe giustificare il diniego di nuove autorizzazioni o il temporaneo blocco del loro rilascio in fase di ridefinizione del fabbisogno stesso, al fine di tener conto dell'attività complessivamente erogata sul territorio, ovvero sia dalle strutture autorizzate sia da quelle accreditate, stante la necessità, in un'ottica di tutela tanto della

sceita del presidio di cura, potendo gli utenti decidere di curarsi a proprie spese senza aggravio sull'erario pubblico, scegliendo strutture dotate di autorizzazione, che non erogano prestazioni a carico del servizio sanitario nazionale. D'altra parte, l'incremento delle strutture sanitarie private autorizzate - che non operano in regime di accordi e quindi a carico del servizio sanitario regionale - non mina il diritto alla salute degli utenti, che è garantito dal rilascio del provvedimento autorizzatorio, il quale "certifica" e garantisce all'utente che la struttura è dotata dei requisiti minimi di capacità professionale, dotazione tecnica e organizzazione per erogare determinate tipologie di prestazioni sanitarie. Né l'incremento delle strutture sanitarie autorizzate incide sulla politica di contenimento e razionalizzazione della spesa pubblica, posto che il rilascio dell'autorizzazione non abilita all'erogazione di prestazioni sanitarie a carico della finanza pubblica. La determinazione del fabbisogno al fine della razionalizzazione e del contenimento della spesa pubblica, ha infatti la sede propria nei procedimenti di accreditamento, di fissazione dei "tetti di spesa" e di stipulazione dei contratti con i soggetti accreditati». Similmente anche T.A.R. Sicilia (Catania), sez. IV, 23 giugno 2016, n. 1697, in *Foro amm.*, 2016, 6, 1652: «il richiamo alla "sufficienza delle strutture provvisoriamente accreditate", non può costituire valida ragione ostativa al rilascio dell'autorizzazione all'ampliamento del servizio, quando l'operatore intenda offrire i servizi in rapporto privatistico, quindi senza nessun incremento degli operatori in regime di accreditamento. Dall'art. 8-ter del d.lg. n. 502 del 1992 — riletto alla luce del diritto fondamentale dell'individuo alla tutela della salute (art. 32 Cost.) e della garanzia della libertà dell'iniziativa di impresa ex art. 41 Cost. — si ricava che il privato, che voglia erogare servizi sanitari al di fuori del rapporto con il S.S.N., è assoggettato ad un regime giuridico, in cui il rilascio del titolo autorizzatorio non consegue all'esistenza di uno strumento pianificatorio generale; l'ottenimento del titolo consegue ad una valutazione dell'idoneità della nuova struttura a soddisfare il fabbisogno complessivo di assistenza, prendendo in considerazione le strutture presenti in ambito regionale, secondo i parametri elencati dall'art. 8-ter cit. (accessibilità dei servizi; aree di insediamento prioritario dei nuovi presidi): valutazione da effettuare in relazione alla singola fattispecie».

salute quanto della concorrenza, di «accertare l'armonico inserimento della struttura» nel contesto di offerta sanitaria regionale per garantire l'accessibilità ai servizi e valorizzare le aree di insediamento prioritario delle nuove strutture, «fermo restando il principio di ragionevolezza e proporzionalità dell'azione amministrativa in quanto la pur ampia discrezionalità in materia sanitaria non può essere illimitata né schiudere la strada ad ingiustificate e sproporzionate restrizioni dell'iniziativa economica, senza trovare un ragionevole e proporzionato contro-bilanciamento nella cura in concreto, da parte della pubblica amministrazione decidente, dell'interesse pubblico demandatole»⁵³. E ciò nonostante la *ratio* sottesa a tale autorizzazione lasci impregiudicata la discrezionalità regionale nella programmazione della spesa pubblica sanitaria, a differenza di quanto accade, come si vedrà, con l'accreditamento, volto a riconoscere l'idoneità di un privato ad erogare prestazioni per conto e (potenzialmente) a carico del Servizio Sanitario Nazionale e perciò caratterizzato dall'esigenza di contenimento dei costi gravanti sulla finanza pubblica.⁵⁴

⁵³ T.A.R. Veneto (Venezia), sez. III, 31 marzo 2020, n. 324, in *De jure*, Redazione Giuffrè amm., 2020.

⁵⁴ In questo senso si veda, a titolo esemplificativo, CONS. ST., Sez. III, 13 febbraio 2020, n. 1156 che, nel pronunciarsi sulla legittimità di una delibera regionale che disponeva la preclusione del rilascio di nuove autorizzazioni alla realizzazione nelle more della riorganizzazione della rete ospedaliera regionale - potenzialmente minando (secondo quanto sostenuto dall'appellante) i principi di concorrenza e libera iniziativa economica, stante il fatto che l'autorizzazione in questione prescinde da esigenze di contenimento della spesa pubblica - richiama quanto precisato dalla medesima sezione nella pronuncia n. 3807/2015, ossia che «è del tutto ragionevole e conforme ai parametri posti dalla normativa statale di principio la scelta del legislatore regionale di sospendere il rilascio delle autorizzazioni per nuove attività fino all'adozione dei piani di riassetto delle reti sanitarie», in quanto tale blocco «mantiene una evidente ragionevolezza quando le misure di razionalizzazione dell'offerta sanitaria a carico del servizio sanitario regionale non sono ancora giunte a compimento; potrebbe, infatti, rilevarsi che le strutture accreditate, in esse ricomprese le strutture che abbiano presentato nuove domande di accreditamento al servizio sanitario regionale successivamente accolte, siano in grado di soddisfare i fabbisogni garantendo una soddisfacente accessibilità al servizio sanitario pubblico, cosicché la eventuale sufficienza dell'offerta di prestazioni da parte delle strutture accreditate, nell'ambito della programmata razionalizzazione del servizio sanitario regionale in situazione di emergenza, non risulta una variabile irrilevante anche quanto la valutazione di compatibilità riguarda una struttura sanitaria che, erogando prestazioni non a carico del servizio pubblico, non comporta ulteriori oneri finanziari al bilancio regionale». Il Collegio, peraltro, rinvia anche a CONS. ST., Sez. III, 2019, n. 1589, laddove si è sottolineato come, per «essenziali ragioni, che attengono non solo alla tutela della salute, quale irrinunciabile interesse della collettività (art. 32 Cost.), ma anche alla tutela della concorrenza [...] l'autorizzazione per la realizzazione delle strutture sanitarie e sociosanitarie, ai sensi dell'art. 8 *ter*, comma 3, del d.lgs. n. 502 del 1992, debba necessariamente – e si rimarca necessariamente – restare inserita nell'ambito della programmazione regionale, in quanto la verifica di compatibilità, effettuata dalla Regione, ha proprio il fine di accertare l'armonico inserimento della struttura in un contesto di offerta sanitaria rispondente al fabbisogno complessivo e alla localizzazione territoriale delle strutture presenti in ambito regionale, anche al fine di garantire meglio l'accessibilità ai servizi e di valorizzare le aree di insediamento prioritario delle nuove strutture (Cons. St., sez. III, 4 settembre 2017, n. 4187; Cons. St., sez. III, 11 ottobre 2016, n. 4190)». In definitiva «l'esigenza di pianificazione non si risolve affatto in un pregiudizio per l'iniziativa economica del privato (art. 41 Cost.), in quanto nel bilanciamento di diritti costituzionalmente protetti, ma contrapposti, è del tutto ragionevole, oltre che conforme ai parametri posti dalla normativa statale di principio, la scelta del legislatore regionale di sospendere il rilascio di

In definitiva, vero è che la necessaria preliminare verifica regionale parametrata al fabbisogno sembra far assumere all'autorizzazione in questione le caratteristiche di un provvedimento altamente discrezionale, rimesso a valutazioni di opportunità dello svolgimento di una determinata attività ma, sul punto, è possibile osservare che, in virtù del già citato criterio di "normalità" che si ritiene proprio di ogni provvedimento autorizzatorio, a prescindere dal grado di complessità delle verifiche di compatibilità o financo di rispondenza all'interesse pubblico in caso di autorizzazioni conformative, nonché dei presupposti richiesti per il suo rilascio, il provvedimento in questione dovrebbe poter essere legittimamente rifiutato solo sulla base di criteri obiettivi, predeterminati ed aggiornati, che assicurino «un'effettiva superfluità del nuovo presidio rispetto alle esigenze del bacino stesso»⁵⁵.

Sul punto, peraltro, si può infine segnalare che molte Regioni, in conformità alle disposizioni del d. l. 24 gennaio 2012, n. 1 in materia di sviluppo della concorrenza e competitività, come convertito dalla l. 24 marzo 2012, n. 27, ai fini del rilascio dell'autorizzazione alla realizzazione, hanno variamente ridimensionato la portata della suddetta rispondenza al fabbisogno, generalmente riferendosi proprio al fatto che le prestazioni erogate all'esito del procedimento autorizzatorio sono a totale carico del cittadino.⁵⁶

autorizzazioni per nuove attività fino al compiuto riassetto delle reti sanitarie, e quindi del fabbisogno complessivo e della localizzazione territoriale delle strutture».

⁵⁵ Così, proprio in tema di autorizzazione all'esercizio di attività sanitaria, P. VIRGA, *Eccesso di potere*, in *Scritti in onore di M. S. Giannini*, Milano, 2012, cit., 2.

⁵⁶ In merito, a titolo esemplificativo, si possono citare l'art. 62, L. r. BASILICATA 4 marzo 2016, n. 5 (Collegato alla legge di stabilità regionale 2016), che ha previsto: «1. In conformità alle disposizioni contenute nel decreto-legge 24 gennaio 2012, n. 1 come convertito dalla legge 24 marzo 2012, n. 27 e al fine di consentire il miglioramento e la più ampia diffusione dell'assistenza sanitaria sul territorio regionale, attraverso l'erogazione di prestazioni a totale carico del cittadino, la verifica di compatibilità in rapporto al fabbisogno complessivo di cui all'art. 8 ter del D. Lgs. 19 giugno 1999, n. 229 e s.m.i. è effettuata dando preminenza all'interesse pubblico di rilevanza costituzionale della tutela della salute attraverso l'ampliamento dell'offerta sanitaria complessiva, ovvero intendendosi, tale verifica, sempre positiva e concessa. 2. In coerenza con le previsioni del precedente comma, i soggetti interessati inoltrano formale domanda al Presidente della Giunta regionale il quale concede, su istruttoria dei propri uffici, il parere di compatibilità positiva entro 60 giorni dalla data del suo ricevimento. Decorso tale termine, con il silenzio dell'amministrazione regionale, il parere di compatibilità si ritiene concesso».

Si veda anche D.G.R. PIEMONTE, 22 marzo 2019, n. 31-8596, in materia di strutture sanitarie e socio-sanitarie che, tra i vari aggiornamenti e semplificazioni delle precedenti deliberazioni regionali in materia prevede anche che:

«Visti:

- l'innovato quadro normativo statale caratterizzato con la previsione in legge di principi di liberalizzazione delle attività economiche private, ad opera del decreto legge n. 138/2011, come convertito nella legge n. 148/2011, del decreto legge n. 201/2011, come convertito nella legge n. 214/2011 e del decreto legge n. 1/2012, come convertito nella legge n. 27/2012;
- l'accoglimento in legge di detti principi di liberalizzazione, stratificatosi sopra quanto già disposto dall'art. 8-ter, comma 3, del d.lgs. 502/1992 e s.m.i., senza modifica espressa dello stesso;
- la giurisprudenza in materia di art. 8-ter, comma 3 maturata a seguito del rinnovato quadro legislativo (ex multis Consiglio di Stato, Sez. III n. 5227/2017 e n. 1589 del 7 marzo 2019). Considerato che:

La seconda “A” del regime di accesso al settore sanitario da parte di operatori privati, ossia l’autorizzazione all’esercizio – richiesta, oltre che per strutture sanitarie e socio-sanitarie, anche per studi medici (di base e complessi) e per studi odontoiatrici e di altre professioni sanitarie – è invece finalizzata a verificare la presenza del possesso di requisiti minimi, ispirati ai principi e criteri direttivi di cui all’art. 8, co. 4 del medesimo d.lgs. n. 502/92 e prestabiliti con atto di indirizzo e coordinamento, emanato d’intesa con la Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le Regioni e le Province autonome o con la singola Regione interessata (ai sensi dell’art. 8, legge 15 marzo 1995, n. 59). Sono le Regioni a dover determinare modalità e termini per la richiesta e il rilascio dell’autorizzazione alla realizzazione e all’esercizio «prevedendo la possibilità del riesame dell’istanza, in caso di esito negativo o di prescrizioni contestate dal soggetto richiedente» (art. 8 *ter*, co. 5).

In questo caso, quindi, non è richiesta alcuna valutazione discrezionale da parte dell’amministrazione in sede di rilascio bensì una “mera” verifica della rispondenza a requisiti predeterminati, tanto soggettivi, ossia titolarità della struttura e moralità del titolare, quanto oggettivi, legati all’idoneità strutturale, tecnologica ed organizzativa della medesima. Il procedimento è infatti finalizzato, tramite un controllo preventivo, ad evitare di rendere operative strutture sanitarie prive di quegli elementi ritenuti indispensabili per garantire *standards* minimi di sicurezza, appropriatezza e qualità, validi ed uniformi su tutto il territorio nazionale tanto per le strutture pubbliche quanto per quelle private, al fine di tutelare l’utente finale.

Sul punto la giurisprudenza ha chiarito che trattasi di una verifica da svolgersi tassativamente prima dell’avvio dell’attività, statuendo che la «valutazione rigorosa del possesso in capo alla parte istante dei requisiti prescritti [...] va svolta in via preventiva e [...] condiziona il rilascio dell’autorizzazione tanto alla realizzazione della struttura che alla sua piena operatività, rappresentando la fase della detta verifica uno snodo dirimente – siccome funzionalmente connesso al superiore interesse pubblico generale alla tutela del diritto inviolabile alla salute – affinché si determini l’effetto abilitativo all’esercizio. Risulta, viceversa, estranea alla descritta fattispecie normativa

nel caso in cui l’attività privata non gravi in alcun modo sulla spesa pubblica, l’attuale sistema normativo e giurisprudenziale formatosi in materia non ammette, se non con eccezioni adeguatamente motivate, l’espressione di pareri negativi vincolanti o dinieghi di autorizzazione all’esercizio dell’attività fondati sul superamento di limiti quantitativi di prestazioni sanitarie e sociosanitarie prestabiliti in atti programmatici o pianificatori», si ritiene allora «di adeguare, sulla base del mutato contesto normativo, l’espressione del parere di cui all’art. 8-ter, comma 3, del d.lgs. 502/1992 e s.m.i. senza limitazione quantitativa o contingentamento per i richiedenti che non intendano chiedere l’accreditamento ai sensi dell’art. 8 quater del d.lgs. 502/1992 e s.m.i. per le attività sanitarie o sociosanitarie prestate».

l'opzione alternativa [...] di ancorare la genesi di tale effetto alla presentazione di un'autocertificazione, sottoscritta dal rappresentante legale della struttura, con successivo differimento della verifica della effettiva sussistenza delle condizioni di esercizio ad una fase successiva – peraltro nemmeno governata da termini certi – per giungere eventualmente alla revoca delle autorizzazioni rilasciate». ⁵⁷

Una volta ottenute le predette autorizzazioni ai fini della realizzazione della struttura e dell'esercizio dell'attività, gli operatori privati possono chiedere, eventualmente, il cosiddetto accreditamento istituzionale, provvedimento di competenza regionale con il quale si riconosce alle strutture già autorizzate lo status di erogatori di prestazioni sanitarie nell'ambito del Servizio Sanitario Nazionale, ossia in suo nome e per suo conto. ⁵⁸

L'accreditamento è stato introdotto in materia sanitaria con il d.lgs. n. 502/1992 e successive modifiche per consentire alle ASL prima e alle Regioni poi (individuate dal d.lgs. n. 229/99 come titolari del servizio, a fronte delle Aziende USL inquadrate solo più come erogatori) l'erogazione di prestazioni sanitarie avvalendosi di soggetti privati in via paritaria (e non meramente sussidiaria) rispetto alle strutture pubbliche, tra cui l'utente può esercitare la sua libera scelta del luogo di cura, superando il precedente sistema convenzionale che legava le USL, titolari del servizio, a tutti i soggetti che erogavano prestazioni sanitarie tramite convenzioni che assumevano la natura di concessioni di servizio pubblico. L'art. 8 *bis* del citato decreto, infatti, riconosce in capo alle Regioni la possibilità di garantire l'erogazione di servizi sanitari sia attraverso soggetti pubblici (presidi ospedalieri, aziende sanitarie locali, aziende ospedaliere, politecnici ospedalieri, istituzioni sanitarie e istituti di ricovero e cura a carattere scientifico), sia attraverso soggetti privati purché, appunto, accreditati.

Il meccanismo dell'accreditamento è stato inizialmente concepito come una forma di abilitazione che certificava il possesso di determinati requisiti tecnici al fine di promuovere un virtuoso confronto competitivo tra strutture pubbliche e private. E infatti il d.lgs. n. 502/92 prevedeva, in origine, che per il rilascio dell'accreditamento

⁵⁷ CONS. ST., Sez. III, 2019, n. 5605.

⁵⁸ Sul tema dell'accreditamento si vedano, *ex multis*, R. RUSSO VALENTINI, *Commento agli artt. 8 bis, 8 ter, 8 quater, 8 quinquies, 8 sexies, 8 septies, 8 octies*, in F. A. ROVERSI MONACO (a cura di), *Il nuovo servizio sanitario nazionale*, Rimini, 2000, 305; C. ANNECCHIARICO, *Il sistema di accreditamento nel servizio sanitario nazionale*, in R. BALDUZZI – G. DI GASPARE (a cura di), *L'aziendalizzazione nel d.lgs. n. 229/99*, Milano, 2001, 129; A. QUARANTA, *L'accreditamento come atto di abilitazione nel Servizio sanitario nazionale*, in *Ragiusan*, 2003, 15; A. ONETO, *Problemi transitori riguardanti la normativa in materia di autorizzazione ed accreditamento delle strutture sanitarie*, in *Sanità pubbl. e priv.*, 2003, 829; A. DE MICHELE, *Profili problematici in tema di accreditamento istituzionale di case di cura private*, in *Sanità pubbl. e priv.*, 2004, 1, 15; E. JORIO, *L'accreditamento istituzionale e il ruolo del privato nell'organizzazione della salute*, *ivi*, 2, 151; C. CORBETTA, *I rapporti tra la sanità privata e l'organizzazione pubblica: il sistema dell'accreditamento nell'attuale disciplina*, in *Sanità pubbl. e priv.*, 1, 2005, 7; R. FERRARA, *L'ordinamento della sanità*, in F. G. SCOCA – F. A. ROVERSI MONACO – G. MORBIDELLI (diretto da), Torino, 2007, 192 ss.; ID., *Salute e sanità*, in ID. (a cura di), *Trattato di biodiritto*, Milano, 2010, 217 ss.; A. PIOGGA, *Diritto sanitario e dei servizi sociali*, Torino, 2014, 176 ss.

fosse sufficiente il possesso di specifici requisiti di qualità, ulteriori rispetto a quelli minimi sanciti per l'autorizzazione all'esercizio. In questo contesto normativo si riteneva che l'accreditamento fosse un provvedimento vincolato, di tipo autorizzatorio-abilitativo, in relazione al quale sussisteva un vero e proprio diritto all'accreditamento per tutti i soggetti in possesso degli ulteriori requisiti di qualificazione richiesti.⁵⁹

Successivamente le esigenze di controllo della spesa pubblica e la scarsità delle risorse hanno reso l'accreditamento uno strumento di programmazione sanitaria regionale che non delimita più uno spazio ad accesso libero e competitivo, come originariamente previsto, bensì contingentato dalla Regione stessa, tenuta ad individuare la quantità di prestazioni erogabili nell'ambito del Servizio Sanitario Nazionale nel rispetto di un certo tetto di spesa. Con la successiva modifica ad opera del d.lgs. n. 229/1999, infatti, il rilascio dell'accreditamento è stato subordinato non solo alla verifica di predeterminati requisiti di qualificazione⁶⁰ ma anche al fabbisogno territoriale, ossia alla funzionalità della struttura sanitaria alla programmazione

⁵⁹ Sul punto si veda CORTE COST., 28 luglio 1995, n. 416, in *Cons. St.*, 1995, II, 1330, che definiva l'accreditamento, appunto, come un'operazione compiuta dalla Regione per accertare il possesso da parte di un soggetto di specifici requisiti (c.d. *standards* di qualificazione), risolvendosi nell'iscrizione in un elenco da cui potevano attingere gli assistiti-utenti delle prestazioni sanitarie, potendosi perciò riconoscere un diritto all'accreditamento in capo ai soggetti in possesso dei requisiti di cui all'art. 8, co. 4, d.lgs. n. 502/92 e successive modifiche, escludendosi in radice una scelta ampiamente discrezionale da parte della P.A.

⁶⁰ Con il Patto per la salute 2010-2012, oggetto dell'intesa definita in sede di Conferenza Stato-Regioni del 3 dicembre 2009, si è prevista una revisione complessiva in materia di accreditamento (art. 7), confluita poi nell'ulteriore intesa del 20 dicembre 2012 - recante il "Disciplinare sulla revisione della normativa dell'Accreditamento in attuazione dell'art. 7, comma 1 del Nuovo patto per la Salute 2010-2012" - e in una successiva intesa del 9 febbraio 2015 che ha dato origine a due documenti, uno avente ad oggetto il "Cronoprogramma adeguamenti della normativa delle Regioni e Province autonome di Trento e Bolzano inerente i criteri ed i requisiti contenuti nel documento tecnico di cui all'Intesa Stato-Regioni del 20 dicembre 2012", l'altro avente ad oggetto i "Criteri per il funzionamento degli Organismi tecnicamente accreditanti" sempre ai sensi dell'intesa del 2012. Il primo documento ha individuato i criteri per l'accreditamento che, a grandi linee, vertono sul sistema di gestione delle strutture, prestazioni e servizi erogati, aspetti strutturali, competenze del personale, comunicazione e appropriatezza clinica, sicurezza e processi di miglioramento, innovazione ed umanizzazione. Il secondo definisce invece più nello specifico il procedimento di accreditamento, attuato dalla Regione o da organismi a ciò delegati.

regionale⁶¹, così acquistando un grado di discrezionalità tale⁶² da far ricondurre l'accreditamento allo schema concessorio⁶³ in cui, a fronte di atti di esercizio di pianificazione e regolazione, i privati esercenti attività sanitarie vantano interessi legittimi e non diritti soggettivi.

In specie, ai sensi dell'art. 8 *quater*, co. 1, d.lgs. n. 502/92, così come modificato nel '99, «l'accreditamento istituzionale è rilasciato dalla regione alle strutture autorizzate, pubbliche o private ed ai professionisti che ne facciano richiesta, subordinatamente alla loro rispondenza ai requisiti ulteriori di qualificazione, alla loro funzionalità rispetto agli indirizzi di programmazione regionale e alla verifica positiva dell'attività svolta e dei risultati raggiunti. Al fine di individuare i criteri per la verifica della funzionalità rispetto alla programmazione nazionale e regionali, la regione definisce il fabbisogno di assistenza secondo le funzioni sanitarie individuate dal Piano sanitario regionale per garantire i livelli essenziali ed uniformi di assistenza, nonché gli eventuali livelli integrativi locali e le esigenze connesse all'assistenza integrativa».⁶⁴

⁶¹ In verità il metodo della programmazione sanitaria con individuazione di quantità e tipologie di prestazioni sanitarie erogabili nelle strutture pubbliche e private nei limiti massimi annuali di spesa sostenibile, così come da ultimo consacrato nel citato art. 8 *quater*, è frutto di un percorso precedentemente avviato di cui si possono ricordare l'art. 6, co. 5, L. 23 dicembre 1994, n. 724 recante «Misure di razionalizzazione della finanza pubblica», di modifica dell'art. 4, co. 7, d.lgs. 502/92, che prevedeva l'elaborazione, in contrattazione con Regioni e USL, di un piano annuale preventivo per le prestazioni di degenza e ambulatoriali erogate dalle aziende ospedaliere e dai presidi ospedalieri con autonomia economico-finanziaria; art. 2, co. 8, L. 28 dicembre 1995, n. 549, a norma del quale «le regioni e le unità sanitarie locali, sulla base delle indicazioni regionali, contrattano [...] con le strutture pubbliche e private ed i professionisti eroganti prestazioni sanitarie, un piano annuale preventivo che ne stabilisce quantità presunte e tipologia anche ai fini degli oneri da sostenere»; ancora si vedano l'art. 1, co. 32, L. 23 dicembre 1996, n. 662, sempre recante «Misure di razionalizzazione della finanza pubblica» e art. 32, co. 8, L. 27 dicembre 1997, n. 449, «Misure per la stabilizzazione della finanza pubblica». Sulla pianificazione sanitaria si vedano G. DELLA CANANEA, *Gli atti amministrativi generali*, Padova, 2000, 59 e 189 ss.; V. MOLASCHI, *Tutela della concorrenza, vincoli di spesa e rapporti tra Servizio sanitario nazionale e soggetti privati: una riflessione alla luce della riforma del Titolo V della Costituzione*, in *Foro amm.*, 5, 2004, 1271.

⁶² Cfr. CONS. ST., sez. V, 2008, n. 4076, per il quale l'accreditamento è un «atto attributivo di compiti pubblici di natura discrezionale che trova i suoi presupposti logico-giuridici, oltre che nell'effettivo fabbisogno assistenziale, quale risulta in concreto dal disposto piano sanitario regionale, anche nell'ineludibile esigenza di controllo della spesa sanitaria nazionale».

⁶³ In ogni caso sull'inquadramento giuridico dell'accreditamento non vi è unicità di vedute; cfr. per esempio da un lato T.A.R. Marche (Ancona), sez. I, 5 febbraio 2015, n. 77, che ne afferma la natura autorizzatoria; dall'altro T.A.R. Calabria (Reggio Calabria), sez. I, 24 marzo 2016, che lo riconduce alla concessione. Cfr. anche CONS. ST., Sez. III, 22 gennaio 2016, n. 207, con commento di F. SPANICCIATI, *Pubblico e privato nell'accreditamento sanitario*, in *Giorn. dir. amm.*, 5, 2016, 673, che definisce l'accreditamento sanitario «a metà strada tra concessione di servizio pubblico e abilitazione tecnica idoneativa».

⁶⁴ I commi 3, 4 e 5 del medesimo art. 8 *quater* dispongono poi che: «con atto di indirizzo e coordinamento emanato, ai sensi dell'art. 8 della legge 15 marzo 1997, n. 59, entro centottanta giorni dalla data di entrata in vigore del decreto legislativo 19 giugno 1999, n. 229, sentiti l'Agenzia per i servizi sanitari regionali, il Consiglio superiore di sanità, e, limitatamente all'accreditamento dei professionisti, la Federazione nazionale dell'ordine dei medici chirurghi e degli odontoiatri, sono definiti i criteri generali uniformi per: a) la definizione dei requisiti ulteriori per l'esercizio delle attività sanitarie per conto del Servizio sanitario nazionale da parte delle strutture sanitarie e dei professionisti,

Il provvedimento, per come attualmente concepito, è quindi subordinato alla funzionalità della struttura e dell'attività alla programmazione regionale con cui la Regione definisce il bisogno di assistenza al fine di garantire i livelli essenziali ed uniformi delle prestazioni ed assicurare ulteriori livelli integrativi di assistenza, verificando la compatibilità dell'iniziativa del privato con l'assetto del servizio

nonché la verifica periodica di tali attività; b) la valutazione della rispondenza delle strutture al fabbisogno, tenendo conto anche del criterio della soglia minima di efficienza che, compatibilmente con le risorse regionali disponibili, deve essere conseguita da parte delle singole strutture sanitarie, e alla funzionalità della programmazione regionale, inclusa la determinazione dei limiti entro i quali sia possibile accreditare quantità di prestazioni in eccesso rispetto al fabbisogno programmato, in modo da assicurare un'efficace competizione tra le strutture accreditate; c) le procedure ed i termini per l'accredimento delle strutture che ne facciano richiesta, ivi compresa la possibilità di un riesame dell'istanza, in caso di esito negativo e di prescrizioni contestate dal soggetto richiedente nonché la verifica periodica dei requisiti ulteriori e le procedure da adottarsi in caso di verifica negativa. 4. L'atto di indirizzo e coordinamento è emanato nel rispetto dei seguenti criteri e principi direttivi: a) garantire l'eguaglianza fra tutte le strutture relativamente ai requisiti ulteriori richiesti per il rilascio dell'accredimento e per la sua verifica periodica; b) garantire il rispetto delle condizioni di incompatibilità previste dalla vigente normativa nel rapporto di lavoro con il personale comunque impegnato in tutte le strutture; c) assicurare che tutte le strutture accreditate garantiscano dotazioni strumentali e tecnologiche appropriate per quantità, qualità e funzionalità in relazione alla tipologia delle prestazioni erogabili ed alle necessità assistenziali degli utilizzatori dei servizi; d) garantire che tutte le strutture accreditate assicurino adeguate condizioni di organizzazione interna, con specifico riferimento alla dotazione quantitativa e alla qualificazione professionale del personale effettivamente impiegato; e) prevedere la partecipazione della struttura a programmi di accreditamento professionale tra pari; f) prevedere la partecipazione degli operatori a programmi di valutazione sistematica e continuativa dell'appropriatezza delle prestazioni erogate e della loro qualità, interni alla struttura e interaziendali; g) prevedere l'accettazione del sistema di controlli esterni sulla appropriatezza e sulla qualità delle prestazioni erogate, definito dalla regione ai sensi dell'articolo 8-octies; h) prevedere forme di partecipazione dei cittadini e degli utilizzatori dei servizi alla verifica dell'attività svolta e alla formulazione di proposte rispetto all'accessibilità dei servizi offerti, nonché l'adozione e l'utilizzazione sistematica della carta dei servizi per la comunicazione con i cittadini, inclusa la diffusione degli esiti dei programmi di valutazione di cui alle lettere e) ed f); i) disciplinare l'esternalizzazione dei servizi sanitari direttamente connessi all'assistenza al paziente, prevedendola esclusivamente verso soggetti accreditati in applicazione dei medesimi criteri o di criteri comunque equivalenti a quelli adottati per i servizi interni alla struttura, secondo quanto previsto dal medesimo atto di indirizzo e coordinamento; l) indicare i requisiti specifici per l'accredimento di funzioni di particolare rilevanza, in relazione alla complessità organizzativa e funzionale della struttura, alla competenza e alla esperienza del personale richieste, alle dotazioni tecnologiche necessarie o in relazione all'attuazione degli obiettivi prioritari definiti dalla programmazione nazionale; m) definire criteri per la selezione degli indicatori relativi all'attività svolta ed ai suoi risultati finali dalle strutture e dalle funzioni accreditate, in base alle evidenze scientifiche disponibili; n) definire i termini per l'adozione dei provvedimenti attuativi regionali e per l'adeguamento organizzativo delle strutture già autorizzate; o) indicare i requisiti per l'accredimento istituzionale dei professionisti, anche in relazione alla specifica esperienza professionale maturata e ai crediti formativi acquisiti nell'ambito del programma di formazione continua di cui all'articolo 16-ter; p) individuare l'organizzazione dipartimentale minima e le unità operative e le altre strutture complesse delle aziende di cui agli articoli 3 e 4, in base alla consistenza delle risorse umane, tecnologiche e finanziarie, al grado di autonomia finanziaria e alla complessità dell'organizzazione interna; q) prevedere l'estensione delle norme di cui al presente comma alle attività e alle strutture socio-sanitarie, ove compatibili. 5. Entro sessanta giorni dalla data entrata in vigore dell'atto di indirizzo e coordinamento di cui al comma 3, le regioni definiscono, in conformità ai criteri generali uniformi ivi previsti, i requisiti per l'accredimento, nonché il procedimento per la loro verifica, prevedendo, per quanto riguarda l'accredimento dei professionisti, adeguate forme di partecipazione degli Ordini e dei Collegi professionali interessati».

pubblico nel suo complesso. In ragione di ciò non vi è alcun diritto all'accreditamento, in quanto l'istituto ha perso la sua originaria identità di mera valutazione tecnico-qualitativa per trasformarsi in una vera e propria barriera all'accesso, parametrata sul fabbisogno complessivo di assistenza discrezionalmente stabilito dalla Regione.

«L'attuale configurazione dell'atto di accreditamento, come provvedimento amministrativo discrezionale, presta il fianco ad alcuni rilievi: nel riconoscere un potere discrezionale alle pubbliche amministrazioni nella scelta dei soggetti che possono erogare prestazioni per conto del Ssn, si ammette implicitamente che la pubblica amministrazione possa impedire l'accesso degli operatori al mercato dopo il raggiungimento di un certo numero. In assenza di criteri chiari e trasparenti in ordine alle modalità di rilascio dell'accreditamento istituzionale, questo può trasformarsi in un potente strumento nelle mani dei pubblici poteri per limitare la libertà di iniziativa economica tra le imprese, annullando i benefici che derivano dalla concorrenza tra le imprese che operano in questo settore e, soprattutto, impoverendo il contenuto del diritto alla libera scelta dell'utente»⁶⁵.

In definitiva, ai privati è «consentito erogare prestazioni sanitarie e sociosanitarie rientranti nel servizio pubblico alla duplice condizione del possesso dell'autorizzazione sanitaria, rilasciata previo accertamento dell'esistenza di requisiti minimi di carattere organizzativo, igienico e tecnico-sanitario, e dell'inserimento del soggetto privato nel servizio sanitario, in regime di concorrenza amministrata con le strutture pubbliche, mediante accreditamento; quest'ultimo è il presupposto di un rapporto contrattuale conformato da finalità pubblicistiche, mediante il quale l'offerta di prestazioni sanitarie da parte della struttura privata viene inserita nell'ambito della programmazione sanitaria pubblica, previa fissazione di tariffe remunerative e delimitazione del tetto massimo di spesa»⁶⁶.

L'attività svolta dai soggetti privati accreditati, istituzionalmente qualificati ad erogare un servizio pubblico, sarà conseguentemente oggetto di un costante controllo dal parte della pubblica amministrazione titolare del servizio e sarà posta a carico del Servizio Sanitario Regionale previa conclusione di appositi accordi contrattuali (la terza "A" del sistema) che permettano agli accreditati di erogare prestazioni ricevendo la relativa remunerazione pubblica nei limiti dei tetti di spesa ivi stabiliti. L'accreditamento è quindi strettamente legato agli accordi, necessari a far sorgere il vincolo per le Regioni e le Aziende sanitarie di corrispondere al soggetto privato una remunerazione per le prestazioni erogate. La qualità di soggetto accreditato costituisce pertanto condizione necessaria ma non sufficiente per conseguire il pagamento delle prestazioni assistenziali erogate agli utenti: gli effetti obbligatori tra struttura privata e

⁶⁵ A. DE MICHELE, *Profili problematici in tema di accreditamento istituzionale delle case di cura private*, in *Sanità pubbl. e priv.*, 1, 2004, cit., 23 ss.

⁶⁶ CONS. ST., sez. III, 22 novembre 2018, n. 6617, in *De jure*, *Redazione Giuffrè amm.*, 2018.

Regione e/o ASL sorgono infatti solo in virtù dell'accordo (redatto in forma scritta), unico atto in grado di legittimare la pretesa di pagamento dei corrispettivi fatturati dalla struttura accreditata. In caso di mancata stipula dell'accordo, infatti, l'accreditamento istituzionale è sospeso.

La disciplina generale di riferimento sul punto è l'art. 8 *quinquies*, a norma del quale gli accordi, stipulati dalla Regione e dall'ASL competente con le strutture pubbliche ed equiparate e i contratti, stipulati con quelle private e i professionisti accreditati, definiscono gli obiettivi di salute e i programmi di integrazione dei servizi nonché i requisiti del servizio da rendere, con particolare riguardo ad accessibilità, appropriatezza clinica ed organizzativa, tempi di attesa e continuità assistenziale, indicano i volumi, tipologie e modalità di prestazioni che la struttura si impegna ad erogare e la loro remunerazione preventivata a titolo di corrispettivo, da verificare a consuntivo sulla base dei risultati raggiunti e delle attività effettivamente svolte, individuano il debito informativo delle strutture erogatrici per il monitoraggio degli accordi e le procedure da seguire per il controllo esterno sull'appropriatezza e qualità dell'assistenza prestata.

Questa attività contrattuale si pone a valle della fase programmatica di competenza Regionale che, definendo il tetto massimo di spesa sostenibile con il fondo sanitario regionale per singola istituzione o per gruppi di istituzioni e i preventivi annuali delle prestazioni, vincola necessariamente la successiva contrattazione, determinandone modalità e indirizzi.⁶⁷

Sul fatto se vi sia un obbligo o meno di stipula di tali accordi-contratti da parte della Pubblica Amministrazione non vi è unità di vedute, né in dottrina né in giurisprudenza. Da un lato si ritiene che la stipulazione del contratto e la conseguente remunerazione si configurino solo come una mera aspettativa in capo ai privati accreditati⁶⁸, il che renderebbe il nesso tra accreditamento e contratto di sola presupposizione ma non di necessaria consequenzialità⁶⁹. Pertanto, secondo questa interpretazione, se ai sensi dell'art. 8 *quater* l'accreditamento di per sé non obbliga le amministrazioni a remunerare le prestazioni eventualmente eccedenti quelle preventivate negli accordi, allora non sussiste alcun obbligo alla stipula degli accordi stessi.

Tuttavia, è altrettanto vero che lo stesso articolo 8 *quater* precisa che tali prestazioni, non oggetto di un vincolo di remunerazione, sono quelle (e sembrerebbe *solo* quelle) erogate al di fuori degli accordi contrattuali: la norma dovrebbe allora essere interpretata, al più, come sola espressione di un principio di invalicabilità dei tetti di spesa fissati nei contratti, ossia del fatto che la P.A. non è tenuta a remunerare le

⁶⁷ In termini CONS. ST., Ad. Plen., 12 aprile 2013, n. 3.

⁶⁸ Si vedano per esempio T.A.R. Campania (Napoli), Sez. I, 3 maggio 2012, n. 2017; T.A.R. Puglia (Bari), Sez. III, 16 luglio 2011, n. 1108.

⁶⁹ F. LIGUORI, *La sanità flessibile*, F. LIGUORI – A. ZOPPOLI (a cura di), Napoli, 2012, 15.

prestazioni che eccedono quanto stabilito nella contrattazione. In ragione di tale interpretazione - che sembra in verità più conforme al dettato normativo - se la struttura non è obbligata ad erogare prestazioni al di fuori di quanto sancito nel contratto e, conseguentemente, l'amministrazione non è obbligata a rimborsare oltre i limiti di "budget" prefissati, ciò non significa che, a seguito dell'accreditamento, l'ASL possa anche non stipulare con il soggetto accreditato i suddetti accordi.

In ogni caso l'accordo diventa strumento attraverso il quale la Regione programma le prestazioni da erogare fra soggetti accreditati, fissando altresì la spesa destinata a ciascuno di essi, condizionando «direttamente e in modo penetrante l'intera attività delle imprese sanitarie che operano in via esclusiva o principale in regime di accreditamento con il servizio sanitario nazionale, che si trovano in pesanti difficoltà qualora intendano elaborare strategie aziendali a medio e lungo termine, trovandosi soggette, anno per anno, alle scelte compiute dalle regioni in ordine alla ripartizione della spesa sanitaria nell'ambito del territorio. Contestualmente si incide anche sul contenuto del diritto alla libera scelta del paziente, dal momento che, al raggiungimento del tetto massimo di spesa previsto nell'accordo, la struttura privata avrebbe la facoltà di negare al richiedente la prestazione, senza incorrere in alcuna sanzione amministrativa o penale. La struttura privata potrebbe decidere di erogare ugualmente la prestazione e, in tal caso, se l'accordo prevede l'applicazione del meccanismo della regressione tariffaria, potrebbe ottenere un compenso inferiore. Se questa opzione non è invece prevista, la struttura privata non potrebbe pretendere alcuna remunerazione, ma dovrebbe limitarsi ad agire nei limiti dell'arricchimento nei confronti della pubblica amministrazione che avrebbe dovuto erogare la prestazione sanitaria». ⁷⁰

Una volta stipulati gli accordi contrattuali, il monitoraggio e controllo da parte delle ASL e delle Regioni deve essere continuo e costante, sia sul rispetto del contratto, sia sul mantenimento della qualità dell'assistenza e sulla appropriatezza delle prestazioni rese (art. 8 *octies*).

Più in generale, comunque, è previsto un potere regionale di vigilanza, verifica e revisione della qualità e quantità delle prestazioni, nonché del loro costo, «allo scopo di garantire la qualità dell'assistenza nei confronti della generalità dei cittadini». Nell'esercizio di tali poteri le Regioni, «avvalendosi dei propri servizi ispettivi, verificano il rispetto delle disposizioni in materia di requisiti minimi e classificazione delle strutture erogatrici, con particolare riguardo all'introduzione ed utilizzazione di sistemi di sorveglianza e di strumenti e metodologie per la verifica di qualità dei servizi e delle prestazioni». A ciò «devono risultare funzionali i modelli organizzativi ed i flussi informativi dei soggetti erogatori e gli istituti normativi regolanti il rapporto di

⁷⁰ A. DE MICHELE, *Profili problematici in tema di accreditamento istituzionale delle case di cura private*, op. cit., cit., 25 ss.

lavoro del personale dipendente, nonché i rapporti tra soggetti erogatori, pubblici e privati, ed il Servizio sanitario nazionale» (art. 10, commi 1 e 2).

4. *La trasferibilità del provvedimento in ambito sanitario: alla continua ricerca dell'intuitus personae quale elemento in grado di escludere la circolazione dell'autorizzazione all'esercizio e dell'accreditamento*

Per quanto concerne i provvedimenti di cui sopra e, in particolare, autorizzazione all'esercizio e accreditamento istituzionale, non vi è alcun riferimento normativo nazionale che, in punto trasferibilità, fornisca "direttive" alle singole Regioni. È quindi nelle diverse discipline regionali in materia che occorre rintracciare eventuali disposizioni in ordine alla loro cosiddetta voltura.

La ricerca, tuttavia, risulta fruttuosa solo in alcuni casi, il che rende pertinenti, anche per questo settore, le considerazioni più in generale effettuate sull'assenza di disposizioni normative che si occupino del fenomeno della cessione del provvedimento e sull'evidente necessità di colmare tale lacuna di sistema. In primo luogo per esigenze di uniformità della disciplina in materia di trasmissibilità dei titoli, quantomeno nelle sue linee di tendenza, al fine di evitare disparità di trattamento sullo stesso suolo nazionale. In secondo luogo per aprirsi alle esigenze di flessibilità del settore, senza estromettere la Pubblica Amministrazione dalle vicende modificative di quegli stessi provvedimenti, oggetto di circolazione, per mezzo dei quali si instaura un vero e proprio rapporto giuspubblicistico duraturo, costellato di garanzie di adeguatezza o di risultato e non sinallagmatico, perché caratterizzato da poteri autoritativi e discrezionali di cui il soggetto pubblico è variamente detentore, a seconda che si guardi alla fase del rilascio o alla fase di esecuzione di un'attività che, ciò nonostante, si presenta a tutti gli effetti come imprenditoriale, anche se rientrante nel servizio pubblico.

Nell'ambito delle varie leggi regionali, recanti norme in materia di autorizzazione alla realizzazione delle strutture, all'esercizio di attività sanitarie, all'accreditamento istituzionale e agli accordi contrattuali, che prendono in considerazione la questione della cessione del provvedimento, si trovano per lo più discipline "basiche" e, solo in rari casi, ci si imbatte in disposizioni di poco più articolate.

Tra queste ultime si può citare la legge regionale Lazio, n. 4/2003, il cui art. 9 prevede che la voltura dell'autorizzazione all'esercizio debba essere disposta dalla Regione entro un termine prefissato, previa verifica della dichiarazione sostitutiva di atto di notorietà del subentrante in ordine al possesso dei requisiti soggettivi previsti dal provvedimento stesso e della dichiarazione sostitutiva di atto di notorietà del cedente in ordine alla persistenza dei requisiti strutturali, tecnologici ed organizzativi stabiliti sempre nel provvedimento. La voltura può poi essere concessa anche in riferimento ad un singolo complesso di attività all'interno di strutture già autorizzate. Qualora la struttura sia anche accreditata, la voltura dell'accreditamento viene disposta

con un unico provvedimento, previa verifica, altresì, di dichiarazione sostitutiva di atto di notorietà del cedente in ordine alla persistenza dei requisiti ulteriori di accreditamento e dichiarazione del subentrante in ordine alla sussistenza dei prescritti requisiti soggettivi. Resta salva la facoltà dell'amministrazione regionale di subordinare l'esito positivo del procedimento all'assunzione, da parte del subentrante, di eventuali debiti maturati dal cedente e derivanti dai controlli ai sensi dell'art. 8 *octies*, d.lgs. 502/92 o da provvedimenti di condanna per responsabilità amministrativa o contabile correlati all'esercizio della funzione sanitaria.

Questo vale per le cessioni *inter vivos*; per quelle *mortis causa* è previsto che, in caso di decesso della persona fisica autorizzata, gli eredi abbiano facoltà di continuare l'esercizio dell'attività per un periodo (non superiore ad un anno dal decesso) entro il quale possono decidere di cedere a terzi l'autorizzazione secondo il procedimento sopra indicato o chiedere alla Regione la voltura a loro favore.

Si prevede poi che in caso di cessione in assenza del prescritto assenso regionale il provvedimento decade.⁷¹

Per la cessione del provvedimento tra persone giuridiche la citata legge regionale richiede pertanto di allegare, alla domanda di voltura del provvedimento, una dichiarazione da parte del cedente sulla permanenza dello *status quo* a livello oggettivo e di presenza da parte del cessionario dei requisiti soggettivi richiesti e sui quali dovrebbe vertere la verifica dell'amministrazione.

Con il successivo Regolamento 6 novembre 2019, n. 20, art. 14, commi 6 e 7, si è precisato infatti che, solo in caso di voltura *da persona fisica a persona giuridica, associazione o ente comunque denominato*, la verifica è estesa anche ai requisiti strutturali, tecnologici ed organizzativi, oltre al fatto che anche il trasferimento delle quote o delle azioni ad altro soggetto giuridico, se propedeutico ad un atto di fusione, configura voltura.⁷²

⁷¹ L. r. LAZIO, 3 marzo 2003, n. 4, art. 9, per quanto sopra.

⁷² Un'altra legge regionale da cui si evince che la verifica dell'autorità competente alla voltura verte sui soli requisiti soggettivi, pur nella scarsa linearità complessiva della formulazione, è la L. r. ABRUZZO, 31 luglio 2007, n. 32, art. 5 *ter* che, sulla sola cessione dell'autorizzazione all'esercizio così dispone ai commi 3 e seguenti: «3. I Comuni adottano il provvedimento di voltura dell'autorizzazione all'esercizio di cui all'articolo 4 in caso di cessione a qualsiasi titolo dell'attività autorizzata o di fusione societaria. Il provvedimento di voltura è rilasciato su richiesta congiunta della struttura cedente e della struttura cessionaria previa verifica del possesso in capo alla cessionaria dei requisiti soggettivi di cui al comma 1 del presente articolo. Ai fini del provvedimento di voltura, si applicano le procedure di verifica dei requisiti autorizzativi di cui all'articolo 5, ad esclusione del caso in cui sia prevista la continuità di tutti i soggetti già indicati nell'autorizzazione e vi sia l'assenza di una cessione della struttura a terzi; in tal caso alla richiesta di voltura al Comune dell'autorizzazione rilasciata ai sensi dell'articolo 4 va allegata esclusivamente una dichiarazione sostitutiva dell'atto di notorietà, resa ai sensi del d.p.r. 28 dicembre 2000, n. 445 (Testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di documentazione amministrativa), dal rappresentante legale del cessionario attestante la permanenza di tutti i requisiti minimi soggettivi, strutturali, tecnologici, impiantistici contemplati nel Manuale di Autorizzazione che hanno determinato il rilascio dell'autorizzazione oggetto di richiesta di voltura. 4. Il Comune trasmette alla Regione copia dei provvedimenti adottati ai sensi del comma 3. 5. Al decesso della persona fisica

Dato interessante della legge regionale citata è che il meccanismo di voltura è previsto tanto per l'autorizzazione all'esercizio quanto per l'accreditamento.⁷³

Le restanti discipline regionali appaiono davvero essenziali e, per tutte le Regioni non citate, si è riscontrata una totale assenza di disposizioni in materia.⁷⁴

titolare della struttura autorizzata gli eredi hanno la facoltà di continuare l'esercizio dell'attività per un periodo non superiore ad un anno; per l'ulteriore prosecuzione della gestione, gli eredi presentano domanda di voltura ai sensi del comma 3».

⁷³ Si sono riscontrate solo altre due leggi regionali che prevedono la voltura anche per l'accreditamento. Si vedano infatti L. r. MOLISE, 24 giugno 2008, n. 18, art. 12, a norma del quale, per l'autorizzazione all'esercizio si prescrive che: «1. L'autorizzazione è trasmissibile previo assenso della struttura competente della Regione, che provvede alla relativa voltura, solo in caso di trasferimento, in qualsiasi forma, della struttura ad un soggetto diverso da quello autorizzato. 2. In caso di decesso della persona fisica autorizzata, gli eredi possono continuare l'esercizio dell'attività per un periodo non superiore a centottanta giorni dall'avvenuto decesso. Qualora per l'esercizio dell'attività sia necessario il possesso degli stessi requisiti soggettivi della persona fisica autorizzata, poi deceduta, gli eredi devono nominare un titolare provvisorio. L'autorizzazione è trasmissibile, secondo le modalità previste al comma 1, entro un anno dal decesso del soggetto autorizzato. Trascorso inutilmente detto termine l'autorizzazione decade». Per l'accreditamento istituzionale l'art. 12 *bis*, così recita: «L'accreditamento istituzionale è trasmissibile, previo assenso della struttura competente della Regione, che provvede alla relativa voltura, in caso di trasferimento, in qualsiasi forma, della struttura ad un soggetto diverso da quello accreditato, ferme restando le condizioni ed il possesso dei requisiti per l'accreditamento istituzionale di cui all'articolo 16 della presente legge».

Il secondo caso riguarda la L. r. LOMBARDIA, 30 dicembre 2009, n. 33, art. 15 che, sia per l'autorizzazione all'esercizio sia per l'accreditamento (rispettivamente commi 1 e 4) prevede semplicemente che la c.d. Agenzia di tutela della salute territorialmente competente, oltre a rilasciare il provvedimento in questione, ha competenza a disporre anche le eventuali variazioni, comprese quelle determinate dal trasferimento del provvedimento conseguente al conferimento ad altro soggetto giuridico.

⁷⁴ Si possono quindi qui citare solo più le seguenti leggi regionali:

L. r. PUGLIA, 2 maggio 2017, n. 9, art. 9, che, per le successioni *mortis causa* prevede una disciplina simile a quella della citata L. r. Lazio e, per quelle *inter vivos*, dispone testualmente, ai primi due commi, che: «1. L'autorizzazione all'esercizio è rilasciata alla persona fisica o giuridica, in forma singola o associata, per lo svolgimento di una determinata attività sanitaria o socio-sanitaria mediante un complesso organizzato di beni e/o persone conforme ai requisiti minimi stabiliti dal regolamento regionale. 2. L'autorizzazione all'esercizio, unitamente al complesso organizzato di beni e/o persone, può essere trasferita ad altro soggetto in conseguenza di atti di autonomia privata con provvedimento dell'ente competente, previa verifica della permanenza dei requisiti di cui al comma 1, nonché l'insussistenza in capo all'altro soggetto di una delle ipotesi di decadenza previste nei commi 4 e 5, e del rispetto delle disposizioni di cui all'articolo 2112 del codice civile»;

L. r. MARCHE, 30 settembre 2016, n. 21, art. 12, commi 2 e 3: «2. L'autorizzazione è trasferibile in qualsiasi forma, fermo restando il possesso dei requisiti previsti, previo assenso del Comune, che decide entro trenta giorni dalla richiesta dandone comunicazione alla struttura organizzativa regionale e all'area vasta dell'ASUR competenti. 3. In caso di decesso del titolare della struttura o del servizio autorizzato, gli eredi possono continuare l'esercizio dell'attività per un periodo non superiore a centottanta giorni dall'avvenuto decesso, fermo restando il mantenimento dei requisiti minimi previsti. L'autorizzazione è trasmissibile entro un anno dal decesso del soggetto autorizzato, secondo le modalità previste al comma 2. Trascorso inutilmente tale termine, l'autorizzazione decade».

Art. 4, L. r. BASILICATA, 4 gennaio 2002, n. 5, di modifica all'art. 5 della L. r. 5 aprile 2000, n. 28, a norma del quale il cambio di titolarità, solo per le strutture private è assoggettato al rilascio di autorizzazione (co. 1, lett. d). Ai successivi commi 4 e 5 si aggiunge poi che: «il trasferimento di gestione della struttura sanitaria, qualora non implichi modifiche organizzative, comporta l'obbligo dell'acquirente di comunicarlo, entro 90 giorni dal trasferimento medesimo, pena l'applicazione delle sanzioni previste dall'art. 13, commi 1 e 3, della presente legge. 5. In caso di morte del titolare

Da una panoramica svolta sui siti istituzionali delle Regioni emerge che, in rarissimi casi, il meccanismo della trasferibilità del provvedimento è quantomeno “agevolato” dalla presenza di modelli di istanza di voltura del titolo autorizzativo (ed eventuale accreditamento). Il che aiuta anche a ricostruire cosa tendenzialmente viene richiesto agli imprenditori del “mercato salutare” in vista di una cessione della struttura sanitaria autorizzata o accreditata.

E così si può riscontrare che, con tale istanza, generalmente formulata dal rappresentante legale del soggetto giuridico subentrante, devono indicarsi gli estremi del contratto di cessione o affitto d’azienda o altro (es. delibera di fusione) con la quale si è acquisita la titolarità o la gestione dell’azienda in possesso dell’autorizzazione all’esercizio e/o dell’accreditamento sanitario di cui si richiede la voltura, allegando copia del relativo titolo giuridico. Si presume quindi che il negozio privatistico sia già stato stipulato.

Seguono poi una serie di dichiarazioni e allegazioni che, per la verità, fanno sì che la domanda non sembri discostarsi più di tanto da quella formulata in sede di primo rilascio del provvedimento. A titolo esemplificativo si possono citare l’assenza, nei confronti del legale rappresentante e dell’impresa: della pronuncia di sentenze definitive di condanna, decreti penali di condanna divenuti irrevocabili e sentenze di applicazione della pena su richiesta ai sensi dell’art. 444 c.p.p.; della pronuncia di dichiarazioni di fallimento, liquidazione coatta o concordato preventivo; di sottoposizione a sanzioni amministrative o penali, per esempio conseguenti a reati tributari o ambientali. Si richiede inoltre: che il legale rappresentante e il direttore sanitario non versino in situazioni di incompatibilità o conflitto di interessi che rendano illegittimo lo svolgimento dell’attività sanitaria; che si abbia la piena e legittima disponibilità dell’immobile in forza di titolo di proprietà o altro diritto reale, ovvero in forza di contratto di locazione, comodato, *leasing*, affitto d’azienda, concessione di ente pubblico o altro atto; che l’immobile risulti agibile e che la planimetria allegata sia conforme allo stato dei luoghi alla data di presentazione della dichiarazione; l’indicazione della dotazione organica del personale medico-sanitario, con specificazione dei titoli di studio posseduti e della funzione-qualifica attribuita, allegando copia del regolamento interno.

In ordine al subentro, più nello specifico, si deve poi dichiarare (i) che la struttura possiede tutti i requisiti minimi ed ulteriori richiesti dalla vigente disciplina regionale, allegando dichiarazione sostitutiva di atto di notorietà in ordine alla permanenza di tali requisiti; (ii) che il subentrante possiede i requisiti soggettivi richiesti dalla legge regionale e dal provvedimento stesso. Talvolta, nei suddetti modelli messi a disposizione dalle Regioni, si ritrova altresì una dichiarazione di impegno a subentrare

dell’autorizzazione, gli eredi devono dare immediata notizia al Presidente della Giunta Regionale e alla Azienda Sanitaria USL, territorialmente competente».

nei debiti maturati e maturandi dal cedente derivanti dai controlli ai sensi dell'art. 8 *octies* del d.lgs. n. 502/1992 o da provvedimenti di condanna per responsabilità amministrativa o contabile e correlati all'esercizio della funzione sanitaria.

Resta fermo il dato che nella maggior parte delle Regioni nulla viene detto in proposito, così perdurando lo stato di inaccettabile *gap* normativo e regolamentare di un fenomeno che si stenta a credere non si verifichi anche là dove viene apparentemente ignorato.

Il quadro, purtroppo, non è reso più chiaro nemmeno dalle pronunce giurisprudenziali che, in punto trasferibilità delle autorizzazioni e dell'accreditamento sanitario, non si discostano dalle argomentazioni giuridiche generalmente utilizzate per negare la trasferibilità del provvedimento, già delineate in relazione ai vari settori affrontati, senza particolari differenze tra autorizzazioni e concessioni e dunque, nello specifico, ponendo sullo stesso piano l'autorizzazione alla realizzazione o all'esercizio e l'accreditamento.

Entrambi i provvedimenti, infatti, per il carattere strettamente personale e la rilevanza pubblicistica degli interessi in gioco, *id est* per la natura indisponibile dei rapporti giuridici cui afferiscono, non possono rientrare nel complesso di beni aziendali suscettibili di trasferimento fra le parti con automatico subentro del cessionario. Il cambiamento di proprietà, e quindi di responsabilità, nella gestione della struttura, determinando una situazione diversa dalla precedente, impone di richiedere un provvedimento *ex novo*. Pertanto, dato il loro carattere fiduciario e la loro natura personale (in quanto provvedimenti rilasciati *ob rem ac personam*) e in ragione del generale principio di immutabilità dei soggetti nei rapporti con la pubblica amministrazione, autorizzazione e accreditamento non sono trasmissibili tramite negozi privatistici, in quanto ad essi osta l'applicazione dell'art. 2258 c.c., secondo cui il cessionario dell'azienda non può subentrare nei rapporti che abbiano carattere personale. Da qui le seguenti conseguenze logico-giuridiche: a) l'autorizzazione non può circolare separatamente dalla struttura cui accede; b) sulla medesima struttura non possono gravare distinte autorizzazioni ancorché intestate a soggetti diversi; c) il venir meno del titolare o della struttura implicano la doverosa declaratoria di decadenza dell'autorizzazione, con effetti *ex nunc*, per sopravvenuta carenza dei presupposti legali.⁷⁵

⁷⁵ Il riferimento è in particolare a CONS. ST., sez. IV, 27 maggio 2002, n. 2940, che si è individuata come pronuncia più significativa in punto trasferibilità *inter partes* di strutture sanitarie private: la sentenza citata sembra infatti aver fondato il convincimento del giudice amministrativo, il cui successivo orientamento in materia si è consolidato proprio sulle argomentazioni utilizzate nel caso di specie, di cui si riportano ulteriori passaggi. Il Consiglio di Stato precisa che le qualifiche autorizzatorie non possono circolare separatamente dalla struttura cui accedono, sottolineando che: le autorizzazioni sanitarie regionali all'apertura ed esercizio di case di cura private, «per l'importanza degli interessi pubblici coinvolti (presidiati dall'art. 32 Cost.), sono rilasciate *ob rem ac personam*, nel senso che il rilascio è subordinato alla contestuale presenza di requisiti soggettivi (legati alla professionalità e moralità del titolare) ed oggettivi (ancorati all'idoneità della struttura). In

Anche in ambito sanitario - e con ancor più pregnanza argomentativa stante il riferimento all'importanza degli interessi pubblici coinvolti, presidiati dall'art. 32 Cost. - viene quindi ripreso quanto già emerso altrove: sulla base di principi generali dell'ordinamento giuridico (la cui rispondenza alla conformazione dell'attuale ordinamento non viene messa in discussione), essendo necessario tutelare interessi ritenuti prevalenti quali la salute dei singoli, non sono consentiti automatismi nella successione di posizioni riconosciute dalla P.A. nell'esercizio del suo potere autoritativo in favore di privati.

Da ciò consegue l'impossibilità di cessione automatica di quei rapporti fondati (anche) su qualità personali del soggetto titolare, e questo a prescindere che si tratti di autorizzazione ad esercitare un'attività privata a carattere economico o di accreditamento (concessione) all'erogazione di un servizio pubblico da svolgersi imprenditorialmente, in quanto il rapporto che si instaura tra privato ed amministrazione ha natura fiduciaria, richiedendosi un nuovo apprezzamento preventivo su tutti i requisiti, tanto oggettivi quanto soggettivi, richiesti per il primo originario rilascio, a prescindere che si opti per una lettura del fenomeno quale rilascio di un nuovo provvedimento o come trasferimento subordinato a preventiva autorizzazione a seguito di richiesta di voltura.

Inoltre, in materia di accreditamento, si esclude qualsivoglia automatismo successorio nel rapporto in considerazione, altresì, dell'intima connessione esistente tra il rilascio dell'accreditamento e la programmazione regionale (legata ad esigenze di contenimento della spesa pubblica). E di fatti, qualora la struttura richiedente riuscisse a dimostrare di possedere tutti i requisiti di legge, non potrebbe comunque ritenersi titolare *ex se* di un diritto al rilascio dell'accreditamento in suo favore, risultando recessivo l'interesse del privato rispetto all'esigenza della P.A. sanitaria di programmare le prestazioni erogabili dal Servizio Sanitario Nazionale sulla base di una valutazione aggiornata degli interessi della collettività.⁷⁶

A fronte di tale consolidato orientamento si possono tuttavia individuare, nel panorama giurisprudenziale, alcune pronunce che, pur senza essere particolarmente dirimenti nelle loro conclusioni, giungono invece ad ammettere la trasmissibilità sviluppando argomentazioni parzialmente differenti.

considerazione del carattere fiduciario dell'autorizzazione, il titolare deve coincidere con la persona del gestore, con la conseguenza che la stessa autorizzazione non è trasmissibile, non potendo costituire oggetto di negozi privatistici». Il principio della necessaria coincidenza fra il gestore della casa di cura e la titolarità dell'autorizzazione all'esercizio dell'attività sanitaria, comporta, quali immediati corollari: «a) il divieto della cessione dell'autorizzazione a qualunque titolo e sotto qualsiasi forma, ancorché si tratti di singole attività; b) il divieto della cessione a qualunque titolo (vendita, locazione, comodato, affitto d'azienda, usufrutto e simili) dei locali compresi nella planimetria depositata all'atto della richiesta di autorizzazione [...]».

⁷⁶ Così sempre CONS. ST., sent. n. 2940 del 2002.

Si rileva infatti un orientamento giurisprudenziale che, a fronte dell'inapplicabilità ai provvedimenti in questione dell'art. 2258 c.c., ritiene per contro applicabile, tanto all'autorizzazione quanto all'accreditamento, il meccanismo della cessione del contratto di cui all'art. 1406 c.c., che ammette la sostituzione di un terzo in un rapporto a prestazioni corrispettive non ancora eseguite a condizione che l'altra parte, nella specie la P.A., vi consenta, affermando quindi una forma di trasferibilità, per usare i termini di Dal Piaz, relativa, ossia che prevede comunque la necessità di un intervento preventivo dell'amministrazione competente - così come per altro richiesto nella maggior parte dei settori analizzati - a prescindere dalla sussistenza o meno di una espressa previsione regionale che contempra tale trasferibilità.⁷⁷

⁷⁷ Sul punto si veda la pronuncia del T.A.R. Puglia (Bari), sez. II, 17 dicembre 2009, n. 3246, avente ad oggetto la questione della trasmissibilità o meno dell'accreditamento istituzionale sanitario in ipotesi di modificazioni soggettive del soggetto societario accreditato con contestuale cessione del ramo d'azienda. La vicenda oggetto di giudizio era in breve la seguente: la società titolare di autorizzazione e accreditamento veniva incorporata a seguito di fusione da parte della società ricorrente, con contestuale cessione del ramo d'azienda relativo all'attività sanitaria. La ricorrente, dopo aver ottenuto dal Sindaco del Comune competente la voltura dell'autorizzazione sanitaria, inoltrava istanza alla Regione per il trasferimento dell'accreditamento istituzionale, ricevendo un diniego motivato dal fatto che la legge regionale di riferimento non contemplava tale fattispecie. La società proponeva ricorso deducendo eccesso di potere per travisamento dei fatti nonché violazione e falsa applicazione della legge regionale di riferimento. La regione Puglia si costituiva in giudizio chiedendo il rigetto del ricorso sulla scorta dell'intrasmissibilità dell'accreditamento sanitario istituzionale.

Nel caso di specie il T.a.r. ritiene il ricorso manifestamente fondato e lo accoglie partendo dal presupposto che, poiché l'accreditamento istituzionale, così come disciplinato all'art. 8 *quater* del d.lgs. n. 229/99, indipendentemente dalla natura concessoria traslativa di servizio pubblico, sposta le valutazioni più propriamente discrezionali dell'amministrazione sanitaria alla successiva sede del perfezionamento degli accordi contrattuali, vincolando per contro l'accreditamento con i soggetti in possesso dei prescritti requisiti oggettivi e soggettivi di qualificazione, la mancata previsione nelle legge regionale dell'ipotesi di trasferimento dell'accreditamento stesso, non costituisce di per sé motivo ostativo alla cessione, sempre che il cessionario sia in possesso dei prescritti requisiti a tutela della qualità dei servizi prestati. Pertanto, a giudizio del Collegio, l'accreditamento istituzionale sanitario rilasciato dalla Regione in favore di una società è trasmissibile in ipotesi di modificazioni soggettive del soggetto societario accreditato con contestuale cessione del ramo d'azienda. Se il soggetto risultante dalla cessione societaria è in possesso degli stessi requisiti soggettivi ed oggettivi di qualificazione prescritti non si può infatti escludere il trasferimento dell'accreditamento a priori, posto che, in ogni caso, esso non opera automaticamente ma solo previo accertamento regionale del possesso dei requisiti tecnici e morali in capo al cessionario. L'inapplicabilità del criterio del trasferimento automatico dei contratti aziendali di cui all'art. 2558 c.c. in caso di cessione di azienda, non osta dunque all'applicazione del più generale principio privatistico della cessione del contratto di cui all'art. 1406 c.c., integrato dal necessario e doveroso controllo dell'amministrazione competente sul possesso dei requisiti richiesti a tutela degli interessi pubblici coinvolti.

In senso conforme anche T.A.R. Veneto (Venezia), sez. III, 16 ottobre 2013, n. 1183, per cui «i rapporti di autorizzazione e di accreditamento hanno carattere personale e non sono pertanto suscettibili di essere trasferiti ex se mediante negozi privatistici, in applicazione dell'art. 2558 c.c. (cfr. Consiglio di Stato, Sez. IV, 28 maggio 2002, n. 2940; Tar Campania, Napoli, Sez. I, 27 ottobre 200, n. 9180). Possono essere oggetto di cessione, ai sensi dell'art. 1406 c.c., solo a condizione che l'altra parte vi consenta (cfr. Tar Puglia, (Bari), 17 febbraio 2009, n. 3246). [...] Una volta ammesso un iniziale regime autorizzatorio e di accreditamento (quest'ultimo riconducibile alle concessioni di un servizio pubblico), va riconosciuta, evidenziandosi un identico interesse pubblico, la configurabilità

Si segnala inoltre una recente sentenza del Consiglio di Stato che reputa ragionevole la decisione della Regione di volturare la cessione di una RSA nel perseguimento del principio di continuità delle attività aziendali, ritenendo sensato, laddove possibile, adottare misure conservative delle strutture già avviate, tramite una procedura tendenzialmente più celere rispetto al rilascio di un provvedimento *ex novo*. Interessante è dunque il riferimento alla salvaguardia di un generale principio di continuità delle prestazioni sanitarie. Ciò premesso, il Consiglio di Stato, nel caso di specie, dispone comunque l'annullamento dell'atto di voltura a causa del mancato esercizio preventivo dei necessari controlli, che avrebbero fatto emergere le carenze strutturali della residenza sanitaria precisando, tuttavia, che il *punctum dolens* si sarebbe potuto evitare anche solo prevedendo nell'atto di voltura un termine per procedere alle verifiche definitive o per consentire al cessionario di ovviare alle carenze.⁷⁸

di un analogo potere in caso di modifiche idonee a far venir meno le caratteristiche soggettive accertate come sussistenti».

Senza riferimento all'art. 1406 c.c. ma comunque temperando il principio di assoluta intrasmissibilità per mezzo del preventivo controllo dell'amministrazione competente anche T.A.R. Sicilia, (Palermo), sez. III, 4 febbraio 2015, n. 339, in *Foro amm.*, 2015, 2, 661, che sottolinea come: «in ragione del carattere fiduciario che caratterizza gli accreditamenti sanitari, rilasciati dalla Regione, ai sensi dell'art. 8-quater d.lgs. n. 502 del 1992, è inammissibile il verificarsi, nell'ipotesi di mutamento del soggetto originariamente accreditato, di un automatico subentro dell'avente causa nel rapporto con la p.a., conformemente al principio di cui all'art. 2558 c.c. che impedisce, in caso di cessione dell'azienda, al cessionario di subentrare nei rapporti di carattere personale. Il divieto di subentro automatico a seguito di negozio privatistico non si traduce tuttavia nell'impossibilità di trasferire l'atto di accreditamento bensì nel subordinare tale trasferimento alla verifica del possesso dei medesimi requisiti soggettivi ed oggettivi di qualificazione previsti in fase di accreditamento»; similmente anche T.A.R. Sicilia (Palermo), sez. III, 12 aprile 2016, n. 953, in *Foro amm.*, 2016, 4, 1095. Vd. anche CONS. ST, sez. V, 17 settembre 2010, n. 6938; T.A.R. Campania (Napoli), sez. I, 27 ottobre 2006, n. 9180, tutti in *De Jure*.

⁷⁸ CONS. ST., Sez. III, 13 febbraio 2020, n. 1156, per il quale, se nelle more del procedimento di revoca dell'autorizzazione all'esercizio per carenza dei requisiti, «la Regione ha intravisto la possibilità di una cessione che avrebbe consentito di preservare la continuità delle attività aziendali in tempi presumibilmente più rapidi rispetto a quelli imposti dal rilascio di una nuova autorizzazione», l'atto di archiviazione della revoca, assume lo scopo «di non compromettere la possibile devoluzione dell'autorizzazione ad un soggetto potenzialmente in grado di garantire la continuità del servizio. L'amministrazione ha quindi operato secondo un criterio di prudenza, senz'altro ragionevole, che consigliava (secondo un principio evincibile dall'art. 19, comma 3, secondo periodo, della legge n. 241 del 1990) l'adozione di misure conservative, onde ovviare ad una revoca dell'autorizzazione che avrebbe determinato l'impossibilità di riattivare l'esercizio della RSA [...]. Il successivo atto di voltura ha invece prodotto un effetto ulteriore, in quanto ha consolidato la conservazione del titolo, disponendone il definitivo trasferimento in capo ad un terzo operatore [...]. Detto trasferimento è avvenuto, tuttavia, qui il *punctum dolens*, prima che la Regione accertasse la sussistenza dei necessari requisiti strutturali, impiantistici, organizzativi e tecnologici [...]» che, nel caso di specie, non vi erano in quanto la struttura risultava inagibile al momento del rilascio della voltura nella quale, peraltro, la Regione non fissava alcun termine per procedere alla verifica definitiva dei requisiti o per consentire al cessionario di ovviare, in un arco di tempo predefinito, alle mancanze esistenti, con assunzione di un impegno formale dal parte del cessionario in tal senso. La valutazione di opportunità operata dalla Regione, volta a salvaguardare, mediante voltura, «la continuità dell'attività sanitaria erogata all'interno della struttura, consentendo così di reimpiegare i mezzi e gli arredi attualmente presenti in una struttura già esistente e adibita a RSA; di preservare i livelli occupazionali; di rispettare il vincolo di destinazione a RSA impresso all'immobile medesimo, realizzato investendo risorse pubbliche e

Quanto detto traccia lo stato dell'arte sulla trasferibilità dei provvedimenti in ambito sanitario, restituendo agli studiosi e agli operatori del settore un quadro caratterizzato da una notevole scarsità di "risorse" normative e giurisprudenziali cui far riferimento e cui eventualmente attingere per costruire argomentazioni che vadano in una direzione differente rispetto alle più tradizionali affermazioni teoriche circa l'assoluta indisponibilità del provvedimento, ponendo serie e più ampie questioni.

Si ritiene infatti che occorra garantire un trattamento paritario tra le strutture sanitarie che, autorizzate o accreditate che siano, comunque erogano prestazioni in favore dei cittadini, risultando inaccettabile che sullo stesso territorio nazionale vi possano essere rilevanti differenze (sostanziali e non procedurali) nel regime della trasferibilità del provvedimento, laddove in una Regione la trasferibilità è, se non regolata, quantomeno espressamente ammessa e in un'altra viene invece lasciato ai privati il compito di "sfidare la sorte", per cui, all'esito di lunghe e complesse operazioni negoziali di cessione del complesso aziendale o di ristrutturazione societaria, si deve richiedere la voltura di provvedimenti fondamentali per esercitare l'attività rischiando di incorrere in un diniego sulla sola base di un generale principio di intrasmissibilità dei provvedimenti stessi, così vanificando le operazioni negoziali in attesa delle più lunghe tempistiche per il rilascio (incerto) di un nuovo provvedimento ed eventualmente avvallando un contenzioso che, in assenza di disciplina, non è raro si ancori a principi anacronistici rispetto alle mutazioni che nel frattempo sono intervenute sugli istituti in questione, accrescendo un insano distacco dalle necessarie evoluzioni di sistema.

In definitiva, anche in relazione al settore sanitario, occorre ribadire che se un fenomeno esiste, esso non va ignorato ma al più regolato nei limiti del ragionevole,

vincolato all'attività di RSA; e di rispondere altresì con maggiore celerità ed efficacia alle necessità dell'utenza di poter fruire quanto prima della RSA», viene quindi ritenuta ragionevole. Il Collegio, tuttavia, obietta al fatto che tutte queste esigenze, pur apprezzabili, avrebbero dovuto, nella fase propedeutica alla voltura, «essere soddisfatte mediante l'adozione di cautele procedurali idonee a consentire la preliminare verifica della sussistenza dei requisiti di idoneità in capo al soggetto subentrante. Posporre a questo accertamento il rilascio del parere di compatibilità – mediante l'apposizione di un termine o attraverso una diversa forma di contingentamento dei tempi del procedimento – avrebbe consentito di garantire l'avvio in tempi rapidi dell'attività del subentrante e, al contempo, di rendere possibile la preliminare valutazione della sua idoneità alla gestione della RSA; il tutto, senza compromettere il buon esito delle operazioni di cessione del ramo d'azienda, in precedenza realizzate. In assenza di tali cautele, perde rilevanza o addirittura appare contraddittoria la stessa giustificazione addotta dalla Regione, secondo la quale i tempi di ri-avvio dell'attività [...] sarebbero stati comunque più brevi rispetto a quelli imposti dalla realizzazione di una struttura sanitaria *ex novo*: si tratta infatti di argomento paradossalmente coerente con la soluzione (che la Regione ha mancato di percorrere) di regolamentare i tempi del procedimento, ed il rilascio definitivo del titolo, in modo tale da garantire la consequenzialità al preliminare accertamento dei necessari presupposti». Il Collegio, pertanto, annulla l'atto di voltura per violazione dell'art. 8 *ter* d.lgs. n.502/92, in specie per non aver garantito una *preliminare* verifica di tutti i requisiti richiesti al fine di esercitare l'attività sanitaria, ferma restando la facoltà dell'amministrazione di riesercitare i suoi poteri conformandosi alle indicazioni riportate nella pronuncia.

ossia di quanto strettamente necessario ad evitare speculazioni o effettivi danni alla tutela della salute nelle sue varie sfaccettature.

5. *Le autorizzazioni sanitarie nell'ordinamento francese e il loro regime di trasferibilità*

In relazione allo specifico tema oggetto di indagine sembra utile soffermarsi brevemente, prima di avviarsi alla conclusione della presente ricerca, sul regime giuridico delle autorizzazioni sanitarie nell'ordinamento francese, laddove invece è prevista un'espressa disciplina unitaria in ordine alla loro trasferibilità, rendendo interessante il confronto comparativo.⁷⁹

La dottrina francese riconosce che la teoria classica dell'autorizzazione amministrativa, costruita tra la fine del XIX e l'inizio del XX secolo, è stata elaborata essenzialmente all'estero e, in particolare, da Otto Mayer in Germania e da Oreste Ranelletti in Italia, nonostante si possano citare autori come Jean Guillouard e Gaston Jèze che "importarono" e svilupparono la concezione comune di tali autori, sino ad arrivare, qualche anno più tardi, a François Promsy, che elaborò la sua «*théorie générale des autorisations administratives*»⁸⁰. Questa teoria classica concepiva il meccanismo dell'autorizzazione come uno strumento finalizzato a prevenire problemi di ordine pubblico, non interdicensi l'attività del tutto ma portando attenzione alle attitudini di chi la esercita e alle condizioni di esercizio, controllando e conformando l'attività in questione. L'atto autorizzativo, di conseguenza, si configurava come un *acte de police*, caratterizzato da unilateralità, gratuità, precarietà e incedibilità. Nei suoi tratti essenziali il parallelismo con le teorizzazioni dell'ordinamento italiano è più che evidente.

Tuttavia, anche per l'ordinamento francese, si può sottolineare come questa concezione tradizionale non riesca più a ricomprendere in toto l'attuale complessità del diritto positivo. In non tutti, ma comunque in numerosi casi, i quattro caratteri sopra elencati, tipici dell'autorizzazione amministrativa, si trovano ad essere smentiti: l'espressione maggiormente indicativa del fenomeno è quella di "patrimonializzazione" del provvedimento, cui si è già accennato.

In primo luogo, l'unilateralità è attenuata dal fenomeno della contrattualizzazione, in relazione al quale numerose autorizzazioni devono per forza essere accompagnate da un atto variamente denominato (*convention* o *contrat*), come avviene proprio nel caso, per esempio, dell'*autorisation sanitaire*, alla quale deve seguire la stipula di un *contrat pluriannuel d'objectifs et de moyens*. In secondo luogo, la gratuità viene contraddetta dalla "venalità" di alcune autorizzazioni amministrative, attribuite a titolo oneroso dalla Pubblica Amministrazione stessa, come nel caso delle quote di emissione dei gas serra.

⁷⁹ Fonte principale della ricostruzione è il recente Dossier "Les autorisations sanitaires", pubblicato in *Revue de droit sanitaire et social*, n. 3, 2020, 421, di cui alcuni contributi verranno di seguito singolarmente citati.

⁸⁰ Fr. PROMSY, *Essai d'une théorie générale des autorisations administratives*, Jouve, 1923.

Terzo, l'intrasmissibilità è smentita da numerose ipotesi nelle quali, per contro, l'autorizzazione può essere oggetto di cessione ad un terzo, come nel caso delle autorizzazioni necessarie à *l'exploitation de services de communications électroniques*. Alcuni testi legislativi consacrano poi una cedibilità più "discreta", assoggettandola a determinate condizioni, con formulazioni del tipo: l'autorizzazione non può essere ceduta "se non" o "a meno che". È questo il caso dell'autorizzazione all'apertura di un *complexe cinématographique*, della *licence de pharmacie* o dell'autorizzazione necessaria à *l'ouverture et à l'exploitation d'un établissement sociale ou médico-social* che, a norma del *Code de l'action sociale et des familles*, art. L. 313-1, al. 3, «*ne peut être cédée qu'avec l'accord de l'autorité compétente pour la délivrer*». Quarto, la precarietà è attenuata dalla concessione, che spesso avviene, di un *droit au maintien* (diritto al mantenimento) che si sostanzia nel fatto che l'autorizzazione possa essere revocata solo a certe condizioni tassativamente indicate nel provvedimento stesso, nonché nella previsione di un indennizzo in caso di *abrogation* anticipata.

Certo questa evoluzione della concezione tradizionale di autorizzazione non riguarda tutti i regimi autorizzatori, il che rende solo parzialmente obsoleta la concezione classica. È quindi ad oggi possibile individuare tre funzioni dell'autorizzazione che corrispondono a tre diverse categorie.

Quella delle autorizzazioni di polizia, come ad esempio il *permis de conduire* (patente di guida), che corrispondono alla concezione più tradizionale e che restano incredibili a meno che non presentino un carattere reale, ciò in considerazione del fatto che dovendo essere rilasciate a chiunque le domandi ed abbia i requisiti necessari, non accordano alcun vantaggio o diritto speciale al titolare, non acquisendo di per sé alcun valore. Segue la categoria (forse più numerosa) delle autorizzazioni che hanno come funzione quella di organizzare e pianificare l'esercizio di un'attività di interesse generale, definibili come *autorisations-habilitations*, quali, ad esempio, *licences de pharmacie*, *licences de taxi*, *autorisations en matière audiovisuelle*, *autorisations médico-sociales*, *autorisations sanitaires* che, in ragione del loro oggetto, sono rilasciate gratuitamente previo confronto concorrenziale, hanno una durata determinata al fine di permettere ai titolari di ammortizzare i costi sostenuti e di ottenere guadagni sufficienti, nonché di garantire un periodico ricambio degli operatori e sono cedibili solo previo controllo dell'amministrazione. La terza ed ultima categoria di autorizzazioni contempla quei regimi che hanno la funzione di organizzare l'accesso, all'interno di un mercato concorrenziale, a risorse rare o a diritti di produzione di risorse quantitativamente determinate, come nel caso delle tratte aeree o ferroviarie, delle quote-latte o di

emissione dei gas serra; quest'ultime sono definibili *autorisations-allocations* e sono liberamente cedibili in ragione del loro originario rilascio a titolo oneroso.⁸¹

In questo breve tracciato generale l'autorizzazione sanitaria, inquadrabile nella categoria delle *autorisations-habilitations*, ha genericamente la funzione di abilitare una persona fisica o giuridica ad esercitare un'attività sanitaria secondo criteri predeterminati. In specie, ai sensi dell'art. L. 6122-4 *Code de la Santé Publique* (CSP), l'autorizzazione sanitaria vale come autorizzazione a rendere operativa una struttura sanitaria, ad esercitare attività sanitaria o ad utilizzare particolari attrezzature di diagnostica o di trattamento medico e, salvo diciture contrarie, a dispensare i conseguenti servizi sanitari con rimborso da parte del sistema assicurativo sociale (ai sensi dell'art. L. 162-21 del *Code de la Sécurité Sociale*).

In materia sono intervenute, di recente, alcune riforme di ampia portata, sebbene di non totale rottura con le disposizioni antecedenti: l'*ordonnance* n. 2018-4 del 3 gennaio 2018, relativa alla semplificazione e alla modernizzazione del regime *d'autorisation des activités de soins et d'équipements matériels lourds*, l'*ordonnance* n. 2018-21 del 17 gennaio 2018, di riordino dei testi normativi in materia, alla luce delle disposizioni della legge n. 2016-41 del 26 gennaio 2016 sulla modernizzazione del sistema sanitario e, infine, il decreto n. 2018-117 del 19 febbraio 2018, relativo alla semplificazione e alla modernizzazione dei regimi d'autorizzazione sanitaria.

L'art. L. 6122-2 CSP rende la soddisfazione del fabbisogno di assistenza sanitaria da parte della popolazione il principale criterio cui subordinare il rilascio dell'autorizzazione sanitaria, oltre al rispetto delle previste condizioni strutturali e tecniche. Il fabbisogno è identificato dal cosiddetto *schéma régional de santé*, redatto dall'*Agence régionale de santé* (ARS) che individua quali sono i bisogni di assistenza sanitaria e socio-assistenziale presenti sul territorio, indicando dove si localizzano le carenze di strutture e fissando, per un periodo di cinque anni, gli obiettivi quantitativi e qualitativi dell'offerta (art. L. 1434-3 CSP).

La rispondenza del progetto presentato dal richiedente al fabbisogno territoriale, sia in termini quantitativi sia qualitativi, è dunque una condizione fondamentale per il rilascio del provvedimento in questione, al fine di migliorare l'accessibilità e l'efficienza dell'organizzazione del servizio, indicando priorità ed orientamenti opponibili ai titolari di strutture che presentano domanda d'autorizzazione. Il potere d'apprezzamento dell'amministrazione sulla compatibilità del progetto al fabbisogno e, dunque, sul rilascio o meno dell'autorizzazione, è ampio e fa sì che il sindacato del giudice *de l'excès de pouvoir* sia "ristretto" in ordine a tale apprezzamento.

⁸¹ Nei termini di cui sopra L. SEUROT, *Autorisations sanitaires et théorie générale des autorisations administratives*, in *RDSS*, n. 3, 2020, 468 ss., che, sul tema, rinvia più diffusamente alla sua tesi *L'autorisation administrative*, thèse Univ. Lorraine, 2013.

Con il citato decreto di riforma n. 2018-117 del 19 febbraio 2018, si è poi valorizzato l'elemento qualitativo nel procedimento di rilascio del titolo abilitativo. Se l'art. R. 6122-34, 1 e 2 al., già prevedeva che l'autorizzazione potesse essere rifiutata se il progetto presentava dei *deficit* in ordine alla qualità o alla sicurezza, il nuovo articolo L. 6122-2 CSP ha disposto inoltre che «*l'autorisation est accordée, en tenant compte des éléments des rapports de certification émis par la Haute Autorité de santé qui concernent le projet pour lequel elle est sollicitée et qui sont pertinents à la date de la décision*».

Tale certificazione, originariamente denominata *accréditation*, introdotta con l'*ordonnance* n. 96-346 del 24 aprile 1996 di riforma dell'ospedalizzazione pubblica e privata e modificata dalla legge n. 2004-810 del 13 agosto 2004 relativa all'assicurazione sanitaria, è rilasciata all'esito di una procedura obbligatoria di valutazione esterna delle strutture, che permette un apprezzamento indipendente sulla qualità del servizio, in relazione a predeterminati criteri e indici la cui valutazione può condurre a cinque tipi diversi di decisione: rilascio della certificazione, certificare con raccomandazioni, certificare con riserve, decisione di sospendere la certificazione se vi sono riserve di particolare importanza, rifiuto della certificazione. Tuttavia, in che modo la procedura di valutazione della qualità condotta nel quadro della suddetta certificazione rilasciata dall'HAS debba essere inserita tra i criteri che regolano la scelta dell'ARS e, in specie, in che termini il riferimento alla certificazione possa fondare un eventuale rifiuto dell'autorizzazione, sono questioni che presentano ancora non poche criticità pratiche e che necessiterebbero di una revisione delle procedure per il rilascio della certificazione stessa, al fine di armonizzarle con le nuove previsioni del CSP, nonché di un monitoraggio della futura giurisprudenza sul coordinamento tra la valenza della certificazione e i poteri discrezionali dell'ARS in materia di autorizzazione.⁸²

In ogni caso, aspetto interessante del sistema francese in materia (perché diverso da quello italiano) è che, con la legge 31 luglio 1991, si è stabilito che il rilascio di tali autorizzazioni sanitarie debba essere subordinato ad un preventivo confronto concorrenziale: le domande d'autorizzazione vengono perciò raccolte nel corso di un periodo predeterminato per via regolamentare, in modo tale da vagliare e raffrontare più richieste. E infatti, nel caso in cui vengano presentate più domande rispetto al fabbisogno, l'ARS non sceglie, come originariamente previsto, in base all'ordine di deposito delle domande, ma deve entrare nel merito di ogni singola "offerta", al fine di individuare i candidati migliori e non si esclude che, per operare tale scelta, la predetta certificazione di qualità possa costituire un valido elemento di cui tener conto.

⁸² Nei termini di cui sopra Y. FRANCIA, *L'évolution des conditions d'octroi des autorisations sanitaires*, in *RDSS*, n. 3, 2020, 451 ss.

L'autorizzazione, una volta rilasciata, può poi imporre condizioni particolari di esercizio nell'interesse della sanità pubblica e deve certamente essere seguita dalla stipula di un contratto, di valenza pluriennale, in cui vengono precisati gli obiettivi e le obbligazioni del suo titolare (*contrat pluriannuale d'objectifs et de moyens*).

Ovviamente, l'autorizzazione in questione non costituisce solo uno strumento di pianificazione ed organizzazione dell'offerta sanitaria ma anche di controllo sugli operatori del settore, pubblici e privati. La regola è che chi rilascia l'autorizzazione ne controlla anche il rispetto. La legge *Bachelot* del 2009, in particolare, ha conferito il potere di controllo al direttore generale dell'ARS; quest'ultimo si è visto attribuire, in applicazione dell'art. L. 1432-1 CSP, il potere d'autorizzare la creazione di strutture sanitarie e il loro esercizio, di controllarne il funzionamento, allocare risorse, vegliare sulla qualità e sicurezza delle prestazioni mediche e della somministrazione di prodotti sanitari e di procedere ai relativi controlli.

L'esercizio di tale controllo amministrativo si esercita principalmente tramite: (i) la cosiddetta *visite de conformité*, controllo preventivo in vista del rilascio o del rinnovo dell'autorizzazione, avente ad oggetto il rispetto dei requisiti strutturali e tecnici necessari per far funzionare la struttura ed erogare prestazioni rimborsabili dalle assicurazioni sociali; (ii) successive ispezioni di polizia sanitaria esercitate da parte delle *Agences nationales de sécurité sanitaire*, all'esito delle quali il direttore generale dell'ARS può procedere con ingiunzioni, sospensioni totali o parziali dell'autorizzazione e financo un suo ritiro.⁸³ L'autorizzazione in questione, comunque, non può essere abrogata se non nei casi e nelle condizioni tassativamente indicate dal *Code de la santé publique*, ossia ragioni di protezione della salute pubblica, continuità dei servizi sanitari e sicurezza dei pazienti e del personale (art. L. 6122-13 CSP).

L'art. L. 6122-31, al. 1, CSP, elenca i soggetti, pubblici o privati, che possono divenire titolari di autorizzazione: uno o più medici, eventualmente associati, le strutture sanitarie di diritto pubblico e le persone giuridiche di diritto pubblico o privato (come *association, fondation mutuelle, confrégation, société commerciale, groupement de coopération sanitaire*). Sulla natura del diritto conferito al titolare dell'autorizzazione sanitaria (che, come detto, consiste nel diritto a rendere operativa una struttura sanitaria, ad esercitare un'attività sanitaria o ad utilizzare complesse strumentazioni mediche) la dottrina fa comunemente riferimento al parere del *Conseil d'État* del 17 giugno 1975, secondo il quale «*l'autorisation ne fait naître au profit de son titulaire aucun droit cessible ou transmissible autre que celui de poursuivre l'exploitation de l'établissement dans la mesure où les conditions légales de l'autorisation continuent à être remplies; aucun élément de ce droit n'est*

⁸³ Sul punto si rinvia a C. BARLET, *Autorisations, inspection et contrôle des établissements de santé*, in *RDSS*, n. 3, 2020, 442 ss., che mette in luce come i controlli sulle strutture sanitarie siano diventati marginali in ordine alla verifica del rispetto formale delle norme ma si siano rafforzati nel perseguimento di una tendenza alla ricerca della qualità e sicurezza delle prestazioni nonché di risultati nella gestione economico-finanziaria delle risorse.

dissociable de l'ensemble de l'établissement exploité et ne peut faire l'objet d'une transmission ou cession séparée». Questo parere riconosce la trasferibilità del diritto a l'*exploitation de l'établissement* affermando, tuttavia, un legame indissolubile tra titolarità dell'autorizzazione e diritto di esercizio.

Per la verità, ad oggi, l'ordinamento giuridico francese prevede sia forme di dissociazione tra titolarità e gestione della struttura, sia una trasmissibilità in generale delle autorizzazioni sanitarie, quand'anche non via sia nel caso di specie un *établissement* (ossia una struttura fisica) da cedere.

Tra le forme di dissociazione si può citare, su tutte, la *délégation d'exploitation* (anche detta *mandat de gestions*). Il CSP, eccetto nel caso di *Groupement de coopération sanitaire*⁸⁴, non contiene alcuna disposizione che preveda una facoltà, per il titolare di un'autorizzazione sanitaria, di delegare la gestione o comunque l'esercizio dell'attività ad un terzo ma, per il vero, nemmeno lo vieta espressamente. E in effetti si tratta di una prassi molto diffusa, con la precisazione che la separazione tra autorizzazione e gestione non fa comunque venir meno tutte le responsabilità organizzative e di sicurezza legate all'esercizio dell'attività, che restano in capo al titolare dell'autorizzazione, quale che sia la forma di gestione scelta (art. L. 6122-3 CSP), nonché la responsabilità di fatturare all'assicurazione sanitaria le prestazioni erogate (art. L. 162-21), in quanto l'attività viene comunque esercitata in suo nome e per suo conto, in ciò differenziandosi la *délégation* dalla *cession de l'exploitation*.

Oltre alla tendenziale associazione tra titolarità dell'autorizzazione e gestione della struttura (pur con le citate eccezioni), il citato parere del *Conseil d'État* afferma altresì che l'autorizzazione crea un *droit d'exploiter* cedibile. Sicché, come tutti i diritti trasmissibili, anche questo "diritto d'esercitare" deve avere natura patrimoniale; ciò sembra avvalorato dal fatto che non vi è altra ragione di pianificare e contingentare il

⁸⁴ Forma di cooperazione tra strutture finalizzata a permettere agli operatori che fanno parte del raggruppamento di raggiungere le soglie di attività cui è condizionato l'avvio di una struttura sanitaria e la cui disciplina prevede un uso in comune delle autorizzazioni sanitarie di cui sono titolari i singoli membri all'interno del GCS stesso. Sulle forme di cooperazione tra strutture pubbliche e private si veda B. APOLLIS, *Autorisations, coopération et concurrence dans le secteur hospitalier*, in *RDSS*, n. 3, 2020, 433, che sottolinea come le autorizzazioni sanitarie siano tradizionalmente poste al centro della concorrenza tra operatori; e infatti, poiché quest'ultime definiscono il campo di prestazioni erogabili e poiché i prezzi sono strettamente regolamentati, la concorrenza nel settore si è sempre giocata non sui prezzi ma sull'accaparramento di pazienti, cercando di sviluppare strutture che siano in grado di accoglierli al meglio per ottenere un titolo autorizzatorio che abiliti (e indirettamente finanzia tramite il sistema assicurativo) l'erogazione di varie categorie di servizi secondo alti standard qualitativi e quantitativi. Ad oggi, tuttavia, l'autorizzazione è altresì posta al centro di un quadro giuridico che, sebbene con differenze sul territorio, incentiva forme di cooperazione tra strutture, laddove non è raro che, alla base delle differenti forme di partenariato, vi sia proprio l'obiettivo di ottenere una nuova autorizzazione sanitaria o il suo rinnovo; è altresì diffusa la tendenza, da parte dell'amministrazione stessa, a porre la cooperazione come vera e propria condizione per il rilascio di un titolo autorizzatorio.

numero di strutture sanitarie operanti in ciascuna regione se non quello di conferire un valore di mercato alle autorizzazioni che creano tale diritto.⁸⁵

Per quanto attiene alla sua cessione, unitamente alla struttura cui si riferisce, occorre precisare che, sebbene il parere del *Conseil d'État* del 1975 faccia espresso riferimento ad un diritto all'*exploitation de l'établissement*, le autorizzazioni sanitarie non hanno ad oggetto necessariamente una struttura in senso fisico (come un ospedale o una casa di cura, o comunque dei posti letto) ma posso avere ad oggetto anche il mero esercizio di attività sanitarie.

Perciò, se da una lato le ipotesi più comuni e maggiormente trattate in giurisprudenza riguardano proprio la cessione dell'autorizzazione unitamente a quella della struttura sanitaria, all'esito di una vendita, di una fusione o di una liquidazione giudiziaria (a seguito della quale, solitamente, una clinica privata cede la propria autorizzazione ad una struttura sanitaria pubblica), l'affermazione del *Conseil d'État* sul fatto che l'autorizzazione non possa essere ceduta separatamente dalla struttura cui accede deve oggi essere intesa in termini di cessione unitamente all'insieme patrimoniale servente l'esercizio dell'attività, comprensivo dei diritti incorporali (tra cui il *droit d'exploiter*) e di tutti i beni materiali che eventualmente ne facciano parte.

In tal senso il *Conseil d'État* ha infatti precisato, in una successiva decisione del 1985⁸⁶, che il rilascio di un'autorizzazione sanitaria non fa nascere in capo al suo titolare alcun diritto patrimoniale suscettibile di essere ceduto da solo: l'autorizzazione non ha valore patrimoniale *ex se* e non può essere venduta indipendentemente dal diritto di proseguire l'esercizio della specifica attività in questione e dal patrimonio che permette tale prosecuzione. Ovviamente, il fatto che la cessione dell'autorizzazione all'esercizio di attività sanitaria possa anche non accompagnarsi al trasferimento di una struttura destinata a tale attività complica il discorso, ma resta fermo il fatto che è ad una più ampia e complessa idea di patrimonio giuridico che occorre far riferimento e in esso rientrano i beni, tanto materiali quanto immateriali, necessari alla prosecuzione dell'attività, tra cui si inserisce il *diritto all'esercizio dell'attività* per come cristallizzato nell'autorizzazione sanitaria.

Tutto quanto sopra è confermato dal fatto che, nell'ordinamento francese, le autorizzazioni sanitarie sono cedibili *ex lege*. Oggi, la possibilità di trasmissione della titolarità da un beneficiario ad un altro è codificata all'art. L. 6122-3 CSP, ma già figurava nell'*ordonnance* del 23 settembre 1967, poi ripresa nell'art. 35 della legge n. 70-1318 del 31 dicembre 1970 sulla riforma ospedaliera.

La formulazione attuale è rimasta, nei suoi tratti essenziali, fedele all'originale. La cedibilità è condizionata quanto meno all'avvio dei lavori nella struttura, all'installazione dei macchinari medico-sanitari o all'operatività dell'attività,

⁸⁵ M. CORMIER, *Titularité et exploitation des autorisations sanitaires*, in *RDSS*, n. 3, 2020, 484 ss.

⁸⁶ CE, 26 luglio 1985, *SCI Paul Valéry*, n. 54864, Lebon T. 614.

disponendosi testualmente che l'autorizzazione «*ne peut être cédée avant le début des travaux, l'installation de l'équipement matériel lourd et la mise en œuvre de l'activité de soins ou de la structure de soins alternative à l'hospitalisation*» (art. L. 6122-3 CSP): il che dovrebbe evitare che si realizzi un traffico speculativo di autorizzazioni senza la presenza di un effettivo “supporto materiale” (c.d. circolazione di “*lits-papier*”, ossia di “letti di carta”).

Il regime, in origine applicato alle sole autorizzazioni rilasciate a persone, fisiche o giuridiche (*personnes morales*), di diritto privato, è stato poi esteso, con l'*ordonnance* n. 2003-850 del 4 settembre 2003 sulla semplificazione del sistema sanitario, anche ai soggetti pubblici. Il perseguire o meno lo scopo lucrativo non rileva.

Inoltre, come in origine si richiedeva il controllo amministrativo in termini di accordo dato dal Ministro della salute in carica o dal Prefetto regionale (art. 11, decreto n. 72-923 del 28 settembre 1972), oggi è similmente richiesto il controllo del direttore generale dell'ARS (art. L. 6122-3, al. 3, CSP).

Si precisa altresì che le modificazioni che attengono al solo capitale del titolare, e non alla sua personalità giuridica, non rientrano tra le operazioni di cessione.

Nonostante la presenza di un principio normativo di trasferibilità delle autorizzazioni sanitarie espressamente previsto *ex lege* da tempi antecedenti alla stessa codificazione delle norme in materia, anche nell'ordinamento francese emergono forme di reticenza da parte della dottrina nell'affrontare apertamente il tema della trasferibilità dell'atto amministrativo, per quanto sia pacifico da un lato ammettere la cedibilità delle autorizzazioni reali e di quelle di servizio pubblico e dall'altro adottare un atteggiamento più circospetto per quelle personali e di polizia.⁸⁷

L'autorizzazione sanitaria presenta un carattere misto, personale e reale, di polizia ma anche di servizio pubblico che sfugge alle più rigide classificazioni dottrinali, il che rende “originale” la cessione dell'autorizzazione in questione non tanto per la procedura seguita quanto per le ambivalenti finalità cui risponde. Come già accennato, infatti, le autorizzazioni sanitarie sono beni “rari” (perciò dotati di un incontestabile valore economico) divenendo tanto strumenti di concorrenza tra operatori quanto, viste le più recenti tendenze del settore ospedaliero, di cooperazione, di cui si cerca di beneficiare in un contesto comunque di competizione qualitativa in cui la cedibilità dell'autorizzazione rappresenta certamente un notevole vantaggio per gli operatori entranti rispetto a quelli che chiedono di entrarvi proponendo una domanda *ex novo*.

Ciò detto la cessione dell'autorizzazione presenta un carattere paradossale (riscontrato anche nell'ordinamento italiano): l'operazione dà luogo alla conferma dell'autorizzazione esistente⁸⁸ ma le regole che si applicano al trasferimento sono

⁸⁷ Sul punto si vedano E. BAUDEL, *La patrimonialité des autorisations administratives*, thèse, Paris X, 1999, 218 ss. e, più di recente, J.-V. MAUBLANC, *Le marché des autorisations administratives à objet économique*, in *LGDJ*, 2019, 47 ss.

⁸⁸ Si veda già la pronuncia del CE, 16 novembre 1984, *Hoarau*, Lebon 379, in *RDSS*, 1985, 151.

essenzialmente le stesse che si impongono al momento del rilascio di un'autorizzazione *ex novo*.

In tal senso, che via sia la necessità di un controllo amministrativo che autorizzi il cambio di titolarità è una regola generale e comune in materia di cessione delle autorizzazioni amministrative poiché si dice che *l'intuitus personae* che le presiede, per quanto possa non essere un ostacolo alla loro cessione in assoluto, lo è alla loro libera cessione. La particolarità del procedimento di cessione delle autorizzazioni sanitarie rispetto alle altre comunemente riconosciute come trasmissibili è però quella del consenso espresso a posteriori; il controllo dell'autorità competente, infatti, come lascia presagire il termine *confirmation*, avviene dopo l'operazione di cessione. Ecco perché, nella pratica, la convenzione di cessione conclusa tra cedente e cessionario deve prevedere una clausola sospensiva che condizioni la conclusione del contratto all'accordo dell'ARS e, alla domanda di subentro, deve essere allegata copia del contratto di cessione.

Questo accordo, tuttavia, per quanto espresso a posteriori rispetto alle operazioni negoziali tra cedente e cessionario, non rende comunque automatica la conferma dell'autorizzazione a favore del subentrante. La legge, infatti, nulla aggiunge alla previsione che ammette la trasferibilità su accordo dell'ARS, lasciando ai poteri regolamentari il compito di definire la procedura per la conferma del subentro che, generalmente, implica un controllo completo su tutte le condizioni richieste per il rilascio. Sicché, per quanto ai sensi dell'art. R. 6122-35 del Codice l'ARS possa rifiutare la conferma dell'autorizzazione solo nei casi di modifiche che legittimerebbero un rifiuto in generale (art. R. 6122-34 CSP) o nel caso di incompatibilità con le condizioni e gli impegni cui era soggetta l'autorizzazione trasferita, l'intervento pubblicistico non si risolve in una mera registrazione che prende atto dell'avvenuta cessione ma, nei fatti, assume il carattere di una completa rivalutazione, non solo di tutti i requisiti prescritti ma anche della stessa rispondenza al fabbisogno della popolazione, potendosi, nel caso, rifiutare il subentro o, con soluzione meno drastica, rivalutare la restante durata dell'autorizzazione.

In definitiva, l'unica differenza che si riscontra rispetto alla procedura di primo rilascio è il fatto che, dall'emanazione del decreto n. 2018-117 del 19 febbraio 2018, adottato in attuazione dell'*ordonnance* del 3 gennaio 2018, la domanda di subentro possa essere presentata anche in finestre temporali diverse da quelle previste per il deposito della domanda di autorizzazione *ex novo* o di rinnovo (art. R. 6122-35, al. 1), il che sembra risolvere il tema della trasferibilità del titolo in un mero diritto a presentare all'amministrazione un successore.⁸⁹

⁸⁹ Per quanto sopra si veda J.-V. MAUBLANC, *La cession des autorisations sanitaires*, in *RDSS*, n. 3, 2020, 494 ss.

Anche la dottrina d'oltralpe sottolinea che porre la questione della cedibilità delle autorizzazioni sanitarie significa riconoscere loro un carattere patrimoniale, nonostante tali atti, come più volte ribadito, siano tradizionalmente considerati espressione del potere pubblico unilaterale, esercitato al fine di tutelare l'interesse generale, conseguendone che niente di tutto questo può essere "venduto", a maggior ragione se l'oggetto dell'autorizzazione è un servizio pubblico.

Tuttavia, nonostante le posizioni dottrinali avverse alla patrimonialità dell'atto amministrativo, il mercato e, laddove legislativamente previsto (come nel caso delle autorizzazioni sanitarie), il diritto, hanno deciso diversamente. Ciò che è raro, è caro e per ottenere un'autorizzazione che permette di esercitare una determinata attività assoggettata a forme di contingentamento occorre pagare un prezzo, principio ammesso dalla giurisprudenza amministrativa e "ordinaria" (*judiciaire*) in numerosi casi, dalle *licence de pharmacie* o di *bureaux de tabac*, alle *autorisations de taxi* o ai *permis de recherche miniers*.

È inevitabile quindi che il discorso verta sul considerare l'autorizzazione come un bene⁹⁰ e, in specie, come un elemento dell'attivo patrimoniale dell'impresa che, come tale, deve essere trattato anche da un punto di vista fiscale. E infatti, nel sistema francese, sebbene l'autorizzazione sia originariamente rilasciata a titolo gratuito, in caso di cessione, occorre pagare alcune tasse locali e i cosiddetti *droits d'enregistrement* a tariffa progressiva, solitamente molto consistenti perché parametrati agli elevati prezzi di vendita generalmente applicati ai contratti di cessione (che tengono conto anche dei beni incorporali, come un'autorizzazione o la "clientela") di cui, salva convenzione contraria, è debitore il cessionario.

Di per sé gli atti amministrativi dell'ARS relativi al trasferimento non menzionano una trasferibilità onerosa del titolo: la questione viene lasciata alla negoziazione tra cedente e cessionario relativa al conferimento dell'autorizzazione e, poiché questa deve essere ceduta unitamente ad una struttura o comunque ad un patrimonio giuridico che permetta l'esercizio dell'attività, il prezzo di vendita complessivo, verosimilmente (quanto meno in caso di cessione tra strutture private), terrà conto anche del valore dell'autorizzazione, per quanto, ufficialmente, essa non abbia un prezzo prestabilito. Si precisa comunque che l'amministrazione fiscale ha la possibilità teorica di verificare se il prezzo stipulato nel contratto di cessione sia o meno in linea con il valore venale di quanto ceduto, potendo, nel caso, procedere ad una reintegrazione tramite meccanismi di compensazione fiscale, intervenendo, a seconda, o sul valore patrimoniale dell'impresa cedente o su quello della cessionaria.

⁹⁰ In tal senso si veda quanto statuito già tempo orsono dalla Corte europea dei diritti dell'uomo nella decisione del 28 giugno 1975, che, ai sensi dell'art. 1, co. 1, del Protocollo addizionale n. 1 relativo al diritto di proprietà, ha qualificato come "bene" proprio l'autorizzazione all'esercizio di un'attività sanitaria.

Per quegli organismi non assoggettati al pagamento dell'imposta sulle società (come nel caso di un organismo senza scopo di lucro o di una *collectivité territoriale*), la cessione a titolo oneroso è esonerata da imposizioni.

In favore del cessionario poi, sempre da un punto di vista fiscale, si tiene conto dell'ammortizzamento dei beni già "utilizzati", tra cui può essere ricompresa l'autorizzazione sanitaria, in modo da "economizzare" le imposte sul capitale, operazione tuttavia non semplice in quanto l'autorizzazione, se pur di durata determinata, può essere oggetto di rinnovo, rendendo tanto difficile e aleatorio il calcolo che la prudenza spesso conduce gli operatori a non richiedere l'ammortizzazione in relazione alle autorizzazioni sanitarie.⁹¹

In definitiva, l'ordinamento francese presenta una codificazione del principio di cedibilità delle autorizzazioni sanitarie che rappresenta un passo in avanti nel riconoscimento del fenomeno, trovandosi una disciplina normativa unitaria alla quale far riferimento; una chiarezza di sistema dalla quale l'ordinamento italiano, sul punto, è ancora lontano.

Tuttavia, nella sostanza, si riscontrano poche differenze rispetto a quello che, anche solo nella prassi, si verifica nel nostro sistema giuridico. L'operazione privatistica deve infatti avvenire prima della domanda di subentro (con conseguente necessità di condizionare tale operazione alla conferma dell'amministrazione) e l'intervento pubblicistico che ne segue verte sulle stesse verifiche previste in fase di primo rilascio, ossia su tutti i requisiti soggettivi ed oggettivi richiesti, con un grado di discrezionalità in capo all'autorità competente che potrebbe financo spingersi a rivalutare l'attuale opportunità del provvedimento in relazione al fabbisogno territoriale di assistenza sanitaria, fabbisogno che è primo criterio di rilascio delle *autorisations sanitaires* in Francia e sul quale è parametrato il rilascio dell'autorizzazione alla realizzazione (pur con le significative attenuazioni di cui si è detto) e dell'accreditamento in Italia. Il che si traduce, complessivamente, nell'assenza di un'effettiva regolazione del fenomeno calibrata sulle peculiarità del singolo settore.

6. *Il definitivo superamento dell'assunto sull'intrasferibilità dei provvedimenti amministrativi: l'attualità dei "vecchi" principi per fondare nuove prospettive*

L'indagine sul tema della trasferibilità del provvedimento in un settore così delicato come quello delle prestazioni sanitarie erogate da soggetti privati conferma il quadro più sopra tracciato per mezzo delle ricostruzioni, normative e giurisprudenziali, riconnesse a singole fattispecie provvedimentali, dalla concessione demaniale marittima all'autorizzazione all'esercizio di attività commerciale, dall'autorizzazione integrata ambientale al permesso di costruire, mettendo in luce le non poche difficoltà

⁹¹ Nei termini di cui sopra X. BADIN, *La fiscalité des autorisations sanitaires*, in *RDSS*, n. 3, 2020, 502 ss.

teoriche a ricercare criteri uniformi su cui far leva per affrontare il tema in chiave unitaria nonché ad inquadrare l'intervento della Pubblica Amministrazione competente nella delicata fase di subentro.

Si sono altresì affrontate le discipline di settori contingentati caratterizzati, contestualmente, da forti logiche imprenditoriali e da importanti fini pubblici da salvaguardare: è il caso del trasporto pubblico non di linea e del servizio di assistenza farmaceutica privata, settori che, per tale ragione, presentano delle affinità con l'erogazione di prestazioni sanitarie e dalla cui analisi sono emersi i possibili problemi pratici riconducibili al fenomeno di una cessione onerosa del provvedimento non regolata o comunque lasciata alla totale autonomia delle parti.

Lo stato dell'arte sul tema della cessione del provvedimento ha posto in luce la perdurante attualità della questione giuridica, che si pone nella prassi con più frequenza di quanto la scarsa considerazione teorica del tema possa far immaginare: la realtà richiama l'attenzione del mondo giuridico sul fenomeno, che non può più essere ignorato.

Si possono dunque riprendere alcune considerazioni già effettuate in generale e ricondurle all'ambito sanitario, scelto quale "caso limite" per vagliare la tenuta logico-giuridica della trasferibilità del provvedimento, stante l'evidente temperamento tra tutela della salute ed esercizio della libera iniziativa economica necessario in un settore in cui l'apporto dei privati all'erogazione di prestazioni sanitarie è tutt'altro che marginale, così tirando le fila delle argomentazioni poste alla base di una tesi che guardi alla trasferibilità del provvedimento come un'opportunità di sistema, giuridicamente sostenibile e logicamente inquadrabile nell'ambito di un più ampio studio sull'evoluzione del ruolo del provvedimento amministrativo.

Come già sottolineato sin dall'*incipit* della presente ricerca si può osservare che, in ordine al non reputare "beni aziendali" i provvedimenti amministrativi che costituiscono il fondamento dell'attività erogata, se il venir meno dell'imprenditore, per esempio per morte o fallimento, non determina di per sé la fine dell'azienda, il mancato subentro di un altro imprenditore, con la sua attività di coordinamento ed organizzazione, determina, in verità, un'effettiva impossibilità di sopravvivenza dell'azienda stessa che così perde, metaforicamente, il suo soffio vitale. La considerazione sorge naturalmente, in considerazione del fatto che, a ben vedere, l'azienda viene essenzialmente presa in considerazione dalla legge solo in vista della sua circolazione.

Sembra pertanto lineare rilevare che taluni rapporti, nella specie quelli giuspubblicistici, fondati su un provvedimento ampliativo, se esclusi dalla circolazione dell'azienda, possono anche non far venir meno l'azienda stessa - non considerandosi il provvedimento un elemento essenziale tra quelli (beni materiali e persone) che la compongono, bensì "solo" strumentale al concreto esercizio dell'attività, ossia alla sua componente vitale - ma certamente la loro esclusione fa venir meno le ragioni sottese

al trasferimento dell'azienda, che non sono legate al solo fine di lucro del cedente ma anche, dal punto di vista del cessionario, al fine di poter concretamente esercitare una determinata attività di impresa e, in una più generale ottica di sistema, di garantire continuità ad una attività già avviata, in quanto la stessa definizione di azienda è quella di complesso di beni organizzati *per l'esercizio* dell'impresa (art. 2555 c.c.).

In definitiva, sul punto, l'intrasferibilità dei provvedimenti che permettono in concreto l'esercizio di un'attività esercitata in forma imprenditoriale (quand'anche riconducibile ad un servizio pubblico) fa venir meno quel fine cui la stessa lettera del codice civile lega la definizione di azienda, il che pone in dubbio che possa davvero qualificarsi come trasferimento d'azienda la cessione, per esempio, di una struttura sanitaria senza il contestuale trasferimento del relativo provvedimento autorizzatorio o concessorio, con subentro nel rapporto giuspubblicistico da esso nascente.⁹²

In ogni caso, lungi dallo sfociare in considerazioni proprie della dottrina civilistica e stante il tenore letterale dell'art. 810 c.c. per cui sono "beni le cose che possono *formare oggetto di diritti*", ritenendosi che il provvedimento non possa, tendenzialmente, essere oggetto di diritti, occorre riferirsi ad argomentazioni riconducibili alla sistematica del diritto amministrativo, pur con le proficue forme di dialogo con il diritto privato che certamente possono esservi.

Le considerazioni appena svolte si risolvono allora in una presa d'atto dell'innegabile fatto che provvedimenti come l'autorizzazione all'esercizio di prestazioni sanitarie o l'accreditamento (e conseguenti accordi o contratti, la cui assenza, come detto, porta ad una sospensione dell'accreditamento), in quanto funzionali all'esercizio dell'attività sanitaria nei termini e modi in cui è stata avviata, sono elementi intimamente connessi alle sorti della *struttura* stessa alla quale si riferiscono, poiché imprescindibili per l'esercizio funzionale dell'impresa in questione, che si tratti di attività economica o di servizio pubblico.

Non è dunque possibile ipotizzare una cessione *ex se* del provvedimento non solo per generali ragioni di tenuta logica del sistema, che rendono i casi in cui questa cessione è legislativamente prevista delle eccezioni finalizzate al perseguimento di precisi obiettivi di politica pubblica (come nel caso delle citate quote di emissione dei gas serra) ma, come pacificamente sostenuto, perché il provvedimento è strettamente connesso a quella complessa situazione legittimante che originariamente ha fatto sorgere l'interesse legittimo pretensivo, poi soddisfatto tramite il rilascio del provvedimento ampliativo che a tale situazione di riferisce.

In relazione allo specifico caso dell'autorizzazione e dell'accreditamento in ambito sanitario la stretta connessione che siffatti provvedimenti hanno con gli elementi

⁹² Per le considerazioni di cui sopra si veda F. FIMMANÒ, *Gli effetti del trasferimento dell'azienda sull'autorizzazione sanitaria regionale e sul c.d. accreditamento istituzionale*, Nota a Cons. St., 27 maggio 2002, n. 2940, sez. IV, in *Riv. notariato*, 1, 2003, 133 ss.

strutturali ed organizzativi, che costituiscono condizione primaria del rilascio, fa dunque sì che sia illogico teorizzare una circolazione di tali provvedimenti disgiunta dagli elementi cui si riferiscono; ciò conduce anche a riflettere sulla marginalità dei requisiti personali di professionalità e moralità del titolare, rispetto alla centralità della struttura e all'idoneità del suo complesso funzionamento, tali da poter escludere con certezza che i provvedimenti in questione siano idonei ad instaurare un rapporto caratterizzato dall'*intuitus personae*.⁹³

Richiedere la rispondenza a *standards* uniformi, per assicurare una non contraddittorietà dell'attività privata agli interessi pubblici o richiedere garanzie di qualità, risultato e professionalità per l'esercizio di un servizio pubblico, infatti, sono ormai questioni che, alla luce della più generale evoluzione del potere amministrativo, si legano prevalentemente alla rispondenza a predeterminati e stringenti requisiti oggettivi, perchè relativi ad un complesso patrimonio giuridico organizzato che, nello specifico settore sanitario, ricomprende locali, attrezzature, impianti e personale.

Tali requisiti, obbiettivi e fruibili, denotano essi stessi, in quanto tali, l'instaurazione di un rapporto che non si fonda su una valutazione delle qualità e attitudini personali del titolare del provvedimento ma sul rispetto, appunto, di prescritti *standards* quantitativi e qualitativi in relazione ai quali, anche a fronte dell'erogazione di un servizio pubblico a mezzo di provvedimento concessorio, l'elemento fiduciario, se ancora si dovesse ritenere utile farvi riferimento, sopravvive solo per le garanzie di rispetto degli obblighi di risultato che il privato è tenuto a fornire, pena l'esercizio, da parte dell'amministrazione competente, dei significativi poteri autoritativi di intervento in corso di rapporto di cui dispone.

Quanto detto lo si ritiene valido per l'autorizzazione all'esercizio e l'accreditamento di tutte le *strutture sanitarie* variamente qualificate, quali, a titolo esemplificativo, ambulatori (medici, chirurgici, di endoscopia, odontoiatrici), poliambulatori, laboratori di analisi, punti prelievo a fini diagnostici, centri dialisi, presidi o centri ambulatoriali di medicina fisica e riabilitativa, pronto soccorso, terapie intensive, *day hospital*, punti nascita, blocchi operatori, residenze sanitarie psichiatriche, centri di osservazione e diagnosi per persone dipendenti da sostanze d'abuso.

Per contro, la questione della trasferibilità, come prospettata, non sembra potersi estendere all'autorizzazione all'esercizio dell'attività in regime libero-professionale o

⁹³ In materia di accreditamento si veda CONS. ST., sez. IV, 9 dicembre 2002, n. 6693, per il quale «a differenza del previgente regime di convenzionamento, l'accreditamento non riguarda [...] la persona e/o le qualità personali (e/o tecnico professionali) del titolare o del gestore della struttura, ma si riferisce esclusivamente a quest'ultima in quanto sia dotata (o meno) degli standards necessari per assicurare, per un verso, effettivamente al cittadino l'esercizio del diritto di libera scelta della struttura a cui rivolgersi e, per altro verso, quel regime di concorrenzialità tra strutture pubbliche e private in modo da garantire nel miglior modo possibile la qualità dei servizi sanitari effettivamente prestati».

all'accreditamento del singolo professionista. In questo caso, ai fini del rilascio del provvedimento di autorizzazione all'esercizio (facendo generico riferimento a quanto statuito dalle singole Regioni per mezzo di leggi, delibere della Giunta o linee guida), si contemplanò requisiti che fanno riferimento allo studio professionale quale sede di espletamento dell'attività, legati, per esempio, alle attrezzature impiegate e all'ambiente di erogazione delle prestazioni e, dunque, requisiti strutturali, impiantistici e tecnologici parzialmente sovrapponibili a quelli indicati per le strutture sanitarie; ma si richiedono altresì, a titolo esemplificativo, attività di formazione in materia di sicurezza ed igiene, il rispetto di procedure o protocolli di disinfezione, sterilizzazione dei dispositivi, prevenzione dei rischi, conservazione dei farmaci e, in caso di accreditamento, adozione di adeguati sistemi informatici per la gestione dei dati e della documentazione, predisposizione di modalità e strumenti di informazione e ascolto degli utenti, di procedure per garantire la continuità assistenziale all'utente in caso di emergenza clinica o ancora l'allegazione delle precedenti attività formative e lavorative che, con tutta evidenza, si qualificano, in questo caso, come requisiti riferiti esclusivamente al titolare.

Il professionista, infatti, esercita l'attività sanitaria personalmente e in regime di autonomia (anche in caso di studio associato o nel caso in cui si avvalga, sotto la propria direzione e responsabilità, di collaboratori o sostituti): lo studio non ha rilevanza autonoma in quanto la sua funzione è strumentale all'attività del professionista; è dunque naturale che il provvedimento, rilasciato a nome di quest'ultimo, cessa di avere efficacia al cessare dell'attività del professionista stesso, a differenza di quanto, invece, si ritiene dovrebbe accadere in caso di cessione della struttura, *inter vivos*, *mortis causa* o per ristrutturazioni societarie che determinano sì una modifica soggettiva nella titolarità ma che, di per sé, lasciano immutati i presupposti oggettivi cui i provvedimenti si riferiscono.

Che il provvedimento, autorizzazione o accreditamento, non sia logicamente cedibile *ex se*, non esclude dunque che possa circolare unitamente agli elementi strutturali ed organizzativi che compongono l'azienda cui accede, abbandonando il discorso sulla qualificazione del provvedimento come bene essenziale (e non solo strumentale) dell'azienda e avvalorando piuttosto la tesi di una trasferibilità ammessa proprio alla luce di uno studio sui requisiti richiesti per l'autorizzazione e per l'accreditamento, che non sembrano idonei a rendere il rapporto tra privato e amministrazione a carattere personale o prevalentemente personale.

Certo l'organizzazione di una così complessa realtà giuridica come quella di un'azienda finalizzata all'erogazione di prestazioni sanitarie dipenderà anche dalle capacità imprenditoriali del titolare, persona fisica o giuridica, ma questa non può essere una valida argomentazione addotta per giustificare, alla luce delle sempre più frequenti esigenze di ristrutturazione aziendale, una surreale staticità della platea dei soggetti autorizzati e accreditati.

Lo stesso può dirsi per il contingentamento dei provvedimenti in relazione alla determinazione del fabbisogno regionale che, come visto, è un parametro ormai sostanzialmente associato, nonostante la disciplina nazionale sia rimasta invariata, al rilascio del solo accreditamento e non più all'autorizzazione alla realizzazione. Vero è che la funzionalità dell'accREDITAMENTO rispetto agli obiettivi programmatori fa sì che l'accesso di nuovi operatori accreditati sia subordinato alla determinazione regionale del fabbisogno di assistenza che non sia assicurato dagli erogatori già attivi nel settore, così creando un mercato chiuso in cui l'ingresso di nuovi operatori è condizionato dall'uscita dei soggetti preesistenti sul mercato⁹⁴, il che potrebbe condurre ad affermare che permettere l'accesso al settore per mezzo di trasferimenti (non regolati) del provvedimento violerebbe le logiche e finalità del contingentamento stesso.

Tuttavia, sul punto, si è detto che la logica del contingentamento dell'iniziativa economica è quella di rendere "appetibile" un settore nel quale, evidentemente, l'intervento dei privati è ritenuto necessario ma in relazione al quale occorre imporre degli obblighi che conducano alla realizzazione di quelle finalità pubbliche non direttamente perseguite dal contingentamento in sé.

Se si guarda all'accREDITAMENTO infatti, il suo rilascio, pur condizionato al fabbisogno, non solo è limitato nella sua portata discrezionale per via della predeterminazione del parametro stesso cui si riferisce ma il suo oggetto, per come attualmente concepito nel nostro ordinamento, è il diritto (e non la mera possibilità) di stipulare i successivi contratti (stante il fatto che a norma di legge la sua operatività, in assenza di quest'ultimi, viene sospesa); il che rende evidente che la principale finalità del contingentamento dell'accREDITAMENTO è: (i) limitare la spesa pubblica e (ii) far acquisire un valore patrimoniale al provvedimento che, per mezzo dei necessari contratti, attribuisce un'*utilitas* di tipo economico al privato, consentendo l'accesso ad una "fetta di mercato" riservata al settore pubblico con adeguata remunerazione, ovviamente in cambio del rispetto di garanzie pubblicistiche di risultato e conseguente sottoposizione ai relativi controlli di appropriatezza e qualità ed eventuale revoca del provvedimento in caso di mancata verifica positiva dell'attività svolta e dei risultati raggiunti.⁹⁵ Finalità quindi solo indirettamente riconducibili alla tutela della salute ma, al più, ad un'efficiente organizzazione del servizio pubblico mediante l'apporto dei privati.

Per tali ragioni non si ritiene che inserire un meccanismo di trasferibilità dei provvedimenti in ambito sanitario, anche in relazione all'accREDITAMENTO, e dunque ad una "concessione-contratto" contingentata, possa effettivamente costituire una minaccia per la tutela della salute, stante il fatto che il contingentamento opera su un

⁹⁴ R. BALMA – G. CLERICO, *L'accREDITAMENTO in sanità*, in G. FIORENTINI (a cura di), *I sistemi sanitari in Italia*, Bologna, 2000, 229 ss.

⁹⁵ Cfr. in termini G. BOCALE, *Sulla "natura" giuridica dell'accREDITAMENTO sanitario*, in *federalismi.it*, Osservatorio di diritto sanitario, 25 luglio 2018.

piano diverso, strettamente connesso alla necessità di regolazione dell'iniziativa e non dell'attività in sé, laddove in questo settore non si pongono nemmeno i problemi più sopra evidenziati per le licenze taxi o le autorizzazioni all'esercizio del servizio farmaceutico da parte di privati, in quanto il rilascio avviene all'esito di una valutazione della rispondenza o meno ad ulteriori requisiti altrettanto predeterminati e, tendenzialmente, non a seguito di un confronto comparativo che permetta di individuare i migliori candidati, cosa che invece parzialmente avviene nell'ordinamento francese, non tramite un meccanismo concorsuale ma concedendo ai potenziali operatori entranti un lasso di tempo determinato per presentare la propria domanda di autorizzazione, laddove in caso (e solo in caso) di offerta superiore alla domanda programmata, ossia al fabbisogno, si opera una scelta in base ai "meriti" dell'offerta stessa. Non si presentano dunque in questo settore quelle criticità, comunque non insuperabili, che un meccanismo di selezione concorsuale potrebbe comportare.

Inoltre, se si guarda alle redazioni comunemente adottate dalle ASL dei contratti di concessione con cui si affidano ai privati la gestione di strutture sanitarie di proprietà pubblica - e con gestione si intende in *primis* occuparsi della voltura dei provvedimenti necessari qualora si tratti di strutture già avviate - si può osservare come non sia infrequente rintracciare clausole a norma delle quali si stabilisce che il contratto di concessione possa essere ceduto, previa autorizzazione dell'ASL, a soggetti in possesso dei requisiti richiesti dai documenti della procedura ad evidenza pubblica, purché sia rispettato il limite di durata temporale della concessione e, alla scadenza, gli immobili siano restituiti all'ASL liberi da vincoli e liti di qualsiasi natura, precisando che l'aggiudicatario dovrà inserire negli atti di trasferimento il vincolo all'utilizzo dell'immobile per la destinazione prevista nonché l'imputazione di tutte le responsabilità ed obbligazioni discendenti dal contratto di concessione. Talvolta si può trovare invece un meno articolato rinvio all'art. 175 del Codice dei contratti pubblici in ordine alle eventuali modificazioni soggettive che dovessero intervenire in corso di esecuzione del contratto.

È evidente quindi la necessità pratica di individuare delle precise modalità di regolazione dei mutamenti giuridici ed organizzativi dei soggetti titolari di autorizzazione e accreditamento, al fine di consentire il subentro nei medesimi rapporti autorizzatori e concessori, ancorché nel rispetto dei principi generali. Se infatti da un lato va garantito il controllo sulla qualità e quantità degli erogatori del servizio, dall'altro lato si rende opportuno garantire una certa flessibilità del sistema dell'offerta di prestazioni sanitarie, in un'ottica anche di continuità assistenziale.⁹⁶

⁹⁶ P. DE POLLI – D. GANGEMI, *Una recente "occasione" giurisprudenziale per discutere di accreditamento della sanità*, in *Astrid online*, n. 15, 2013, 9 ss.

In tal senso occorre superare le remore legate ad una qualificazione formale del rapporto giuspubblicistico e guardare al suo contenuto che, in tutti i casi esaminati, è determinato e cristallizzato in un provvedimento la cui trasferibilità, se adeguatamente regolata e armonizzata rispetto alle specifiche esigenze di ciascun settore, diventa l'elemento sul quale far leva per garantire anche al rapporto tra Pubblica Amministrazione e privato di vivere i suoi naturali e necessari mutamenti soggettivi, senza che per tale ragione venga minata la primazia degli interessi pubblici da tutelare e senza che questo determini un arretramento della sfera pubblica rispetto a quella privata, la cui "autorità" dovrebbe al più essere seriamente rafforzata in termini di competenze a disposizione delle amministrazioni che, laddove presenti - pur nella difficoltà di districarsi tra disposizione normative che, anche quando minimali e apparentemente semplificatrici, hanno spesso il "dono" di rendere oscura ed opinabile la disciplina da applicare - permettono di predisporre atti programmatici, provvedimenti, accordi o contratti il cui contenuto, con tutta evidenza, non rispecchia delle mere formalità ma risponde a sostanziali attività di tutela e perseguimento dell'interesse pubblico; il che richiederebbe una più attenta riflessione sulla cultura dell'amministrazione propria di un moderno ordinamento giuridico.

In ogni caso, la scelta che appare più idonea a regolare le conseguenze di mutamenti nei soggetti titolari di autorizzazione e accreditamento non sembra mutare rispetto a quanto già espresso in via generale, per cui occorrerebbe, anche in relazione all'erogazione di prestazioni sanitarie tanto in regime di autorizzazione quanto in regime di accreditamento, temperare il divieto di cessione, sia tramite chiare scelte legislative in materia, sia, anche in assenza di cornici normative cui attenersi, per mezzo di un "cambio di passo" della giurisprudenza, che si affidi ad argomentazioni giuridiche più convincenti del mero richiamo ad una generale "personalità" dei provvedimenti o alla necessità di tutelare superiori esigenze di interesse pubblico, che possono essere concretamente minate non tanto dall'ammissibilità dei subentri ma, al più, dalle lacune presenti nel sistema dei controlli che, se solo formali, pongono un problema di credibilità e affidabilità di quella stessa Pubblica Amministrazione che dovrebbe tutelare l'interesse della collettività, in ciò non differenziandosi il momento del subentro da quello del primo rilascio.

Dall'evidente difficoltà di elaborazione organica della questione si evince la necessità di adottare soluzioni che siano ragionevoli e utili in relazione alle specificità di ciascun settore. Tuttavia, non si rinuncia a ribadire una serie di presupposti generali ed univoci dai quali dovrebbe partire qualunque regolazione più specifica del fenomeno.

Il dato dogmatico di fondo non è variato nel tempo.⁹⁷ Il sostrato teorico sul quale viene elaborata qualunque soluzione concreta, anche di maggior apertura alla

⁹⁷ Si veda quanto rilevato già a suo tempo da C. DAL PIAZ, *op. cit.*, 84 ss.

trasferibilità dell'interesse legittimo, infatti, resta l'affermazione per cui le situazioni giuridiche di diritto pubblico e i rapporti che sulla base di questa si instaurano non sono suscettibili di modificazioni soggettive per il loro carattere "personale" e "dinamico" e la trasmissibilità si ammette, al di là dei casi in cui è normativamente prescritta, solo allorché vengano in rilievo situazioni o rapporti a carattere esclusivamente patrimoniale e dunque quando difetti la "personalità" dell'oggetto su cui la posizione giuridica soggettiva ricade.

Ciò «evoca le modificazioni del rapporto obbligatorio e, in particolare, la disciplina della cessione del credito che dà vita, di regola, ad un fenomeno circolatorio e non novativo, a condizione che il credito non abbia carattere strettamente personale o il trasferimento non sia vietato dalla legge (cfr. comb. disp. artt. 1260, 1261 e 1264 c.c.)». Nell'istituto della cessione del credito, infatti, la personalità dell'oggetto del trasferimento cui si riferisce la posizione giuridica soggettiva dell'obbligato, «costituisce un fattore ostativo alla sua circolazione (es. credito alimentare), benché più di recente sia stato affermato un orientamento giurisprudenziale meno rigoroso che consente la cessione del diritto al risarcimento del danno non patrimoniale», ritenendo di dover tener distinta la natura personale dell'interesse leso, dal diritto di credito al relativo ristoro, di natura non strettamente personale e per ciò cedibile sia *mortis causa* sia *inter vivos*.⁹⁸

Ciò detto non si possono condividere le conseguenze che si traggono sul piano dell'intrasmissibilità a terzi della posizione giuridica soggettiva di diritto pubblico data dal cosiddetto carattere personale dell'interesse legittimo e, conseguentemente, del provvedimento, che si cristallizzerebbe in capo al titolare: la personalità non è una caratteristica intrinseca dell'interesse legittimo che vale a distinguerlo dal diritto soggettivo, che pure è personale, cioè proprio del titolare, caratteristica che comunque non ne impedisce la trasferibilità.⁹⁹

A fronte di un carattere intrinsecamente disponibile dell'interesse legittimo, la sua circolazione può essere vietata o limitata per legge solo in quanto l'intrasmissibilità

⁹⁸ Così M. C. D'ARIENZO, *Trasferibilità dell'interesse legittimo*, *op. cit.*, cit., 130 ss. sull'istituto della cessione del credito e con riferimento a quanto espresso da Cass. civ., sez. III, 3 ottobre 2013, n. 22601 sul diritto di credito al risarcimento del danno non patrimoniale, recependo peraltro orientamenti già espressi dalla stessa Corte e dalle Corti di merito.

⁹⁹ ID., *op. ult. cit.*, 149 e, cit., 248 ss., laddove l'autrice sottolinea altresì come non sia corretto «strumentalizzare la relazione tra l'interesse legittimo ed il pubblico potere per sancirne l'indisponibilità o l'intrasmissibilità, considerandolo alla stessa stregua di un diritto della personalità. Ciò nonostante la tesi negativa ha preso il sopravvento traendo argomenti dalla specialità del diritto amministrativo, dalla prevalenza del fine pubblico, dalle asimmetrie tra diritto soggettivo ed interesse legittimo sul piano della tutela giurisdizionale e anche quando ne ha riconosciuto l'identità strutturale, ha continuato a tenerli distinti, negando o svilendo la dimensione sostanziale dell'interesse legittimo». Cfr. anche F. G. SCOCA, *L'interesse legittimo. Storia e teoria*, *op. cit.*, 470, per il quale l'interesse legittimo è sì personale ma come ogni altra situazione giuridica soggettiva, in quanto collegata ad un soggetto che ne è titolare; se così si intende la personalità dell'interesse legittimo allora la tesi che nega la sua trasferibilità non risulterebbe affatto convincentemente dimostrata.

può rappresentare «un aspetto meramente funzionale di esso, che non coinvolge la struttura costitutiva della situazione giuridica soggettiva», del resto, «se la lesione dell'interesse legittimo può comportare danni patrimoniali, non si vede come si possa ancora sostenere che il medesimo non possa essere oggetto di atti di disposizione nei rapporti interprivati».¹⁰⁰

La trasmissibilità dell'interesse legittimo come posizione sostanziale (termine che si reputa più corretto rispetto a quello di disposizione) è valido punto di partenza per sostenere la trasferibilità del provvedimento favorevole e ampliativo, atto formale nel quale l'interesse legittimo sopravvive e che, ai fini della sua cessione unitamente ai presupposti che lo legittimano, deve essere primariamente vagliato in riferimento ai requisiti richiesti per il suo rilascio, ritenendo ancora valido, in tal senso, il tradizionale criterio dell'*intuitus rei - intuitus personae*.

Se già una parte della dottrina tradizionale vi faceva riferimento a suo tempo, ancor di più oggi, alla luce delle richiamate evoluzioni che i provvedimenti autorizzatori e concessori hanno vissuto, non si può più ritenere sufficiente il richiamo ad un generico principio di fiduciarità del rapporto né tanto meno di personalità del provvedimento.

La “fiducia” nel rapporto giuspubblicistico si fonda oggi su criteri e requisiti (quantomeno prevalentemente) oggettivi e predeterminati in cui scarso è il margine di apprezzamento discrezionale della Pubblica Amministrazione (in fase di rilascio, rinnovo o subentro) e la personalità del provvedimento non si risolve in null'altro che nell'essere sinonimo di titolarità, ossia di necessità che vi sia una soggettività cui ricondurre il provvedimento e, a monte, l'interesse legittimo che quest'ultimo, una volta emanato, ricomprende, diventando fondamento di un rapporto, generalmente duraturo, in cui o si riepande una situazione giuridica propria del titolare, originariamente limitata, o si concede *ex novo* una situazione riservata alla “signoria” o alla “funzione di coordinamento”¹⁰¹ della Pubblica Amministrazione. In ciò il provvedimento si assimila al contratto, pur conservando la sua specificità nel regolare un rapporto che non è sinallagmatico o paritario.

Il fatto che un nuovo soggetto, se munito delle caratteristiche richieste dalla legge, possa proseguire l'esercizio di un'attività già precedentemente oggetto di esercizio di potere amministrativo, più o meno discrezionale a seconda delle specifiche tipologie di provvedimento, in chiave di continuità del rapporto e di rispetto delle condizioni originariamente poste nel provvedimento stesso, non sembra di per sé minare la logica pubblicistica di tutela dell'interesse collettivo che di volta in volta si pone alla base di forme di controllo preventivo, di regolazione o di contingentamento.

¹⁰⁰ M. D'ARIENZO, *op. ult. cit.*, cit., 244.

¹⁰¹ Per usare i termini di A. M. SANDULLI, *Notazioni in tema di provvedimenti autorizzatori*, *op. cit.*, 787.

Al di là dei pochi e particolari settori in cui, per mezzo della costituzione di appositi mercati regolamentati, si è legislativamente ammesso un commercio degli atti amministrativi, in tutti gli altri casi il provvedimento è messo al riparo da una sua mera commercializzazione innanzitutto perché non oggetto di cessione autonoma, ma solo di circolazione unitamente al patrimonio giuridico cui accede e di cui, anche solo strumentalmente, fa parte.

La circolazione del provvedimento unitamente al patrimonio giuridico, per esempio alla struttura sanitaria cui accede, è dato da non sottovalutare in quanto, come messo in luce dal *Conseil d'État* francese nel citato parere del 1975, è proprio ciò che permette di non rendere *appropriabile* il provvedimento in sé. In questo modo, infatti, ciò che viene trasmesso è il diritto all'esercizio dell'attività o, meglio, l'interesse legittimo all'esercizio dell'attività, interesse che nel provvedimento e grazie ad esso sopravvive, fondando quella continuità di rapporto che non giova solo al privato ma anche all'interesse pubblico, specie in settori come quello della sanità in cui è centrale, per una tutela effettiva, salvaguardare proprio la continuità di erogazione del servizio all'utenza.

In secondo luogo, il trasferimento, come visto, è sempre assoggettato ad un preventivo accordo della Pubblica Amministrazione che affonda la sua ragion d'essere proprio in una lettura del provvedimento quale fondamento di un duraturo rapporto giuspubblicistico. Tale consenso, quand'anche lo si voglia inquadrare come vera e propria autorizzazione, dovrebbe rispecchiare la logica del subentro in un rapporto fondato su un provvedimento già esistente, il cui contenuto è frutto di una preventiva valutazione e ponderazione pubblica.

L'atto di consenso al subingresso – comunque necessario, in quanto l'amministrazione è parte attiva di un rapporto dalla quale non può essere estromessa – dovrebbe allora limitarsi ad un vaglio dei soli requisiti soggettivi di idoneità personale eventualmente richiesti e solo in relazione alla loro mancanza potrebbe esservi un diniego della voltura, fermi restando tutti gli ordinari e periodici controlli che la Pubblica Amministrazione è successivamente in potere di disporre, anche per quanto attiene i profili oggettivi, con conseguente adozione degli opportuni provvedimenti. Contrariamente, l'intervento della Pubblica Amministrazione si tramuterebbe, nella sostanza, in un vero e proprio rilascio *ex novo* che fa venir meno la logica della trasferibilità del provvedimento intesa come sola mutazione soggettiva.

Tuttavia, se non si dovesse ritenere adeguata al settore una soluzione di tal genere, ritenendosi necessaria una verifica preventiva su tutti i requisiti, la regola dovrebbe comunque essere quella di una limitazione rigorosa del potere discrezionale dell'amministrazione competente, potere che, in fase di subentro, non può paragonarsi a quello esercitato in sede di primo rilascio; il subentro non può essere fortuita occasione (se non nei limiti dell'ordinaria revocabilità) per rimettere in discussione i precedenti apprezzamenti in ordine alla sussistenza di presupposti

oggettivi e reali rimasti invariati e che si legano all'originario titolare solo per mezzo di quel patrimonio giuridico di cui, a titolo universale o particolare, è cessionario o *de cuius*.¹⁰²

In questi casi, nei quali potrebbe essere ricompresa la cessione delle autorizzazioni all'esercizio e dell'accreditamento di strutture sanitarie, in cui, come visto, la cosiddetta voltura del provvedimento in favore di un soggetto terzo si tramuta in una richiesta di dichiarare la permanenza di tutti i requisiti, anche oggettivi, e nell'allegazione di tutti i documenti che comprovino quanto dichiarato, proprio come in sede di primo rilascio, si rende ancor più evidente la necessità di regolare la materia con adeguate previsioni che prevedano, per esempio, le tempistiche entro le quali il procedimento di verifica deve essere ultimato, così come si è rilevato in alcune leggi regionali citate, oltre alla possibilità, per esempio, di rilasciare provvedimenti di voltura in cui si conferisca un termine al soggetto per adeguarsi a quanto previsto.

Infine, non si crede che la patrimonialità del provvedimento, ossia il riconoscergli un valore economico, lo privi del suo valore giuridico.

Certo nel momento in cui il privato manifesta la propria volontà di cedere la titolarità dell'esercizio di un'attività o si verifica l'oggettiva esigenza di una successione nella titolarità, il fatto che l'attività in questione, sino a quel momento, abbia consentito al titolare di conseguire delle specifiche opportunità economiche, rende inevitabile il verificarsi (anche solo nei fatti, senza che se ne faccia espressa menzione) di una cessione a titolo oneroso del provvedimento, che sembra "stonare" con il suo originario rilasciato a titolo gratuito.

Nel caso di provvedimenti contingentati e legati ad un rilascio a titolo gratuito su base concorsuale (come nel caso delle licenze taxi e dell'autorizzazione alla vendita di farmaci da parte di privati), come già sottolineato, non si crede che la trasferibilità onerosa sia la causa di una «decostruzione della funzione valoriale del provvedimento»¹⁰³, perché non si ravvisa una radicale incompatibilità tra l'ammissibilità della prima e la tutela dell'interesse pubblico tramite forme di contingentamento e di selezione dei migliori candidati. Pur rafforzando la dimensione imprenditoriale del privato, il maggior grado di concorrenzialità introdotta con la trasferibilità trova infatti forme di temperamento nei già evidenziati meccanismi di disciplina del fenomeno che sono in grado di correggere eventuali "storture" e garantire una fluidità in ingresso degli operatori senza minare le funzioni del provvedimento.

¹⁰² C. DAL PIAZ, *Il trasferimento*, *op. cit.*, 158 ss.; V. SPAGNUOLO VIGORITA, *Attività economica privata e potere amministrativo*, *op. cit.*, 182 ss., che ritiene illegittimo ogni diniego opposto al trasferimento per motivi diversi dall'idoneità personale.

¹⁰³ In merito si vedano, oltre a quanto già più sopra citato, le considerazioni conclusive di V. GIOMI, *Mercati in attesa del mercato*, *op. cit.*, 391 ss.

Se in questi settori, stante la loro particolarità, si potrebbe rendere necessario introdurre forme di regolazione del valore economico dei provvedimenti, convenendo sui parametri per la relativa quantificazione, negli altri casi si dovrebbe al più ammettere l'esistenza di un valore economico correlato al provvedimento e conferire a tale valore il giusto inquadramento a fini fiscali nell'ambito del valore di esercizio (avviamento) che l'azienda, o comunque il patrimonio giuridico che si trasmette, ha acquisito nel tempo (soluzione che sembra preferibile per l'ambito sanitario).

In conclusione, le speculazioni che potrebbero generarsi dal fenomeno circolatorio del provvedimento, a titolo più o meno chiaramente oneroso, con ricadute elusive delle stesse logiche poste alla base dell'intermediazione del potere amministrativo, si crede possa proliferare solo in assenza di una regolazione chiara.

Prima di raggiungere tale obiettivo, però, occorre riconoscere principi comuni alla materia che sradichino il non ben definito concetto di personalità del provvedimento per sostituirlo con quello di una sua naturale trasferibilità che, al più, può essere limitata con forme di regolazione *ad hoc* in ragione delle peculiarità del settore di riferimento. Il che richiede di leggere il provvedimento non solo come atto formale adottato all'esito della progressiva formazione (partecipata) della volontà dell'amministrazione, ma altresì quale fondamento giuridico di quel rapporto giuspubblicistico che, nelle sue maglie, si crea e che, in caso di provvedimenti aventi ad oggetto l'esercizio di attività imprenditoriali, economiche o di servizio pubblico, in esso perdura.

La fondamentale presenza e centralità del provvedimento nella vicenda modificativa soggettiva del rapporto giuspubblicistico è a ben vedere ciò che salvaguarda il principio di indisponibilità del potere pubblico, dei beni pubblici e delle attività di pubblico servizio, il che rende il termine trasferibilità il più adatto ad esprimere il complesso fenomeno in oggetto, il cui studio è in grado di rafforzare il ruolo del provvedimento stesso nella sua capacità di tutelare l'interesse pubblico all'interno del rapporto tra Pubblica Amministrazione e privato, in quella che potrebbe essere una nuova e diversa forma di equilibrio tra autorità e libertà.

BIBLIOGRAFIA

- AA. VV., *Colloquio sull'interesse legittimo: atti del Convegno in memoria di Umberto Pototschnig*, Milano, 19 aprile 2013, Napoli, 2014.
- AA. VV., *Constitution et santé*, in *Revue de droit sanitaire et social*, numero special, 2013.
- AA. VV., *Service public: unité et diversité*, in *AJDA*, numéro spécial, 1997.
- AA.VV., *La concession de service public face au droit communautaire*, Paris, 1992.
- AA.VV., *La concessione di pubblico servizio*, in G. PERICU – A. ROMANO – V. SPAGNUOLO VIGORITA (a cura di), *Atti del convegno di Santa Margherita Ligure (26-27 marzo 1993)*, Milano, 1995.
- AA.VV., *Terzo settore e servizi socio-sanitari: tra gare pubbliche e accreditamento*, (a cura di C. BOTTARI), Torino, 2013.
- ABBATE G., *La nullità dei trasferimenti di concessioni minerarie non preventivamente autorizzate e la funzione dell'autorizzazione*, in *Rivista italiana di diritto minerario*, n. 1, 1954, 1.
- AICARDI N., *La disciplina generale e i principi degli accordi amministrativi: fondamento e caratteri*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1997, 1.
- AICARDI N., *La sanità*, in S. CASSESE (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, Milano, I, 2000, 377 e 2003, 625.
- ALESSI R., *In tema di concessioni di esercizio di pubblici servizi*, in *Giur. compl. Cass. civ.*, 1948, II, 147.
- ALESSI R., *Le prestazioni amministrative rese ai privati*, Milano, 1956.
- ALESSI R., *Sistema istituzionale del diritto amministrativo italiano*, Milano, 1958.
- ALIBERT T., *“L'intuitus personae” dans la concession de service public: un principe en mutation?*, in *La Revue administrative*, 43^e Année, n. 258, 1990, 507.
- AMATO G., *Corte Costituzionale e Concorrenza*, in *Mercato Concorrenza Regole*, 3, 2017, 425.
- AMATO G., *Il mercato nella Costituzione*, in *Quad. cost.*, 1, 1992, 1.
- AMATO G., voce *Libertà (dir. cost.)*, in *Enc. dir.*, vol. XXIV, Milano, 1974, 272.
- AMILHAT M. M., *Le régime de la modification des contrats de concession et des marchés publics: la mutabilité des contrats et la logique concurrentielle*, in *JDA*, 2017, dossier 5, *La réforme de la commande publique, un an après: un bilan positif?*, art. 220.
- AMMANNATI L., *Le privatizzazioni delle imprese pubbliche in Italia*, Milano, 1995.
- AMOROSINO S., *Achille e la tartaruga. Semplificazione e competitività del sistema Italia*, Milano, 2006.
- AMORTH A. – RANELLETTI O., voce *Atti amministrativi* in *Nuovo dig. It*, vol. I, Torino, 1937, 1091 ss.
- AMORTH A., *Sulla costituzionalità di attività economiche dello Stato*, in *Dir. ec.*, 1958, 1123.
- ANDREANI A., *Gli interessi preensivi dinamici nel procedimento amministrativo*, in *Dir. amm.*, 1993, 327.
- ANTOINE A., *L'intuitus personae dans le contrats de la commande publique*, in *RFDA*, 2011, 879.
- APOLLIS B., *Autorisations, coopération et concurrence dans le secteur hospitalier*, in *RDSS*, n. 3, 2020, 433.
- ARGENTATI A., *Autorità antitrust e Corte Costituzionale: il dialogo al tempo della crisi*, in *Mercato Concorrenza, Regole*, 1, 2015, 41.
- ARGENTATI A., *La storia infinita delle liberalizzazioni dei servizi in Italia*, in *Mercato, Concorrenza e Regole*, 2, 2012, 337.
- ASTIMA J., *Notion de service public et competence*, in *La semaine juridique*, 1958, 1415.
- AUBY J. M., *Remarques sur quelques difficultés du droit administratif français*, in *Annales de la Faculté de droit de l'Université de Bordeaux*, 1951, 7.
- AZZARITI G., *La prolusione orlandiana e la scienza del diritto amministrativo anteriore al 1889*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1989, 968 ss.
- BACHELET V., *Criteri programmatici e fini sociali nelle leggi che limitano l'iniziativa privata*, in *Giur. cost.*, 1962.
- BACHELET V., *L'attività di coordinamento nell'amministrazione pubblica dell'economia*, Milano, 1957.
- BACHELET V., *Legge e attività amministrativa nella programmazione economica*, Milano, 1975, 436 ss.
- BADIN X., *La fiscalité des autorisations sanitaires*, in *RDSS*, n. 3, 2020, 502 ss.
- BALBONI E., *I livelli essenziali e i procedimenti per la loro determinazione*, in *Regioni*, 2003, 1177.

- BALDASSARRE A., *Iniziativa economica privata*, in *Enc. dir.*, XXI, Milano, 1971, 582.
- BALDASSARRE A., voce *Diritti sociali*, in *Enc. giur. Treccani*, XI, Roma, 1989, *ad vocem*.
- BALDASSARRE A., voce *Iniziativa economica privata*, in *Enc. dir.*, vol. XXI, Milano, 1971, 582.
- BALDASSARRE A., voce *Libertà (problemi generali)*, in *Enc. giur. Treccani*, XIX, Roma, 1990, *ad vocem*.
- BALDUZZI R. - CARPANI G., *Manuale di diritto sanitario*, Bologna, 2013.
- BALDUZZI R. (a cura di), *Diritto alla salute e servizi sanitari tra consolidamento e indebolimento*, Bologna, 2017.
- BALDUZZI R. (a cura di), *Sistemi costituzionali, diritto alla salute e organizzazione sanitaria*, Bologna, 2009.
- BALDUZZI R. (a cura di), *Trent'anni di servizio sanitario nazionale*, Bologna, 2009.
- BALDUZZI R., *Corte costituzionale e consenso informato tra diritti fondamentali e ripartizione delle competenze legislative*, in *Giur. cost.*, 6, 2008, 4953.
- BALDUZZI R., *Salute (diritto alla)*, in S. CASSESE (a cura di), *Dizionario di diritto pubblico*, 5393.
- BALMA R. – CLERICO G., *L'accreditamento in sanità*, in G. Fiorentini (a cura di), *I sistemi sanitari in Italia*, Bologna, 2000, 229.
- BARCELLONA P., *Intervento statale e autonomia privata nella disciplina dei rapporti economici*, Milano, 1969.
- BARCELLONA P., *L'evoluzione dell'assetto organizzativo per l'erogazione delle prestazioni assistenziali sanitarie: dal sistema della convenzione a quello dell'accreditamento*, in *Sanità pubbl.*, 1998, 2,113.
- BARLET C., *Autorisations, inspection et contrôle des établissements de santé*, in *RDSS*, n. 3, 2020, 442.
- BARTOLINI A., *Il decreto-legge semplificazioni. Semplificazioni in materia di autorizzazioni per l'esercizio di attività economiche*, in *Urb. app.*, 2012, 623.
- BASINI G., *Innovazione disruptive e limiti dell'azione di concorrenza sleale per violazione di norme pubblicitarie, dopo il caso Uber*, in *Resp. civ. prev.*, 2018, parte I, 3, 1028, parte II, 4, 1316, parte III, 5, 1656.
- BATTINI S., *Profili di tutela dell'utente nel settore sanitario – La carta dei servizi nel settore sanitario: la disciplina generale*, in *Sanità pubbl.*, 1997, 637.
- BEN ATTAR O., *Entrée en vigueur du nouveau principe «silence vaut acceptation»*, in *Civitas europa*, 2014/2, n. 33, 247.
- BENVENUTI F., *Appunti di diritto amministrativo*, Padova, 1959.
- BENVENUTI F., *I limiti allo «Jus aedificandi» e la natura giuridica della licenza edilizia*, in *Atti del convegno di diritto amministrativo in materia di licenze edilizie*, San Remo, 14-16 dicembre 1956, Città di Castello-Roma, 1957, 25.
- BERETTA S., *La «costituzione economica»: genesi e principi*, in *Il Politico*, vol. 53, n. 3, luglio-settembre 1988, 379.
- BERNINI A. M., *Intervento statale e privatizzazioni*, Padova, 1996.
- BERTARINI B., *Tutela della salute, principio di precauzione e mercato del medicinale*, Torino, 2016.
- BIANCO G., *Costituzione ed economia*, Torino, 1999.
- BIANCO M. – SESTITO P., *I servizi pubblici locali. Liberalizzazione, regolazione e sviluppo industriale*, Bologna, Il Mulino, 2010.
- BILANCIA P., *Modello economico e quadro costituzionale*, Torino, 1996.
- BIN R., *I diritti di chi non consuma*, in *www.forumcostituzionale.it*, 2007.
- BLAEVOET C., *Influence relative de la notion de service public sur le champ du droit administratif et de la compétence administrative*, in *Dalloz*, 1957, 37.
- BOCALE G., *Sulla “natura” giuridica dell'accreditamento sanitario*, in *federalismi.it*, Osservatorio di diritto sanitario, 25 luglio 2018.
- BODDA P., *Lezioni di diritto amministrativo*, Torino, 1954.
- BODDA P., *Opinioni sulla causa dell'atto amministrativo*, in ID., *Studi sull'atto amministrativo*, Torino, 1973, 89 ss.
- BOGNETTI G., *L'assemblea costituente e le libertà economiche*, in S. LABRIOLA (a cura di), *Valori e principi del regime repubblicano*, Bari, 2006, II, 177.

- BOGNETTI G., *La Costituzione economica italiana*, Milano, 1955.
- BOITANI A.– COLOMBO S., *Taxi, Ncc, Uber: scontro finale o alba di coesistenza?*, in *Mercato concorrenza regole*, 1, 2017, 61.
- BOLDONI E., *Il concetto di livelli essenziali e uniformi come garanzia in materia di diritti sociali*, in *Le istituzioni del federalismo*, n. 6, 2001.
- BOMBARDELLI M., *Semplificazione normativa e complessità del diritto amministrativo*, in *Dir. pubbl.*, 2015, 987.
- BONELLI M., *La privatizzazione delle imprese pubbliche*, Milano, 1996.
- BONETTI T., *Semplificazione amministrativa e competitività del sistema paese*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2008, 173 ss.
- BONNARD R., *Précis de droit administratif*, Paris, 1935.
- BONVENTO B., *La misurazione dell'impatto delle procedure di autorizzazione e di accreditamento: un modello da valutare*, *Sanità pubbl. e priv.*, 2006, 1, 32.
- BOSCOLO E., *Il decreto-legge liberalizzazioni*, in *Urb. e app.*, 2012, 501.
- BOSCOLO E., *La liberalizzazione delle attività economiche e la riduzione dei compliance cost: la difficile strada verso la giusta misura delle procedure di controllo*, in *Urb. e app.*, 2012, 506 ss.
- BOTTARI C. (a cura di), *Terzo settore e servizi socio-sanitari: tra gare pubbliche e accreditamento*, Torino, 2013.
- BOTTARI C., *Il diritto alla salute oggi: verso la decadenza di un diritto "assoluto"?*, in *Dir. e proc. amm.*, 2013, 2-3, 489.
- BOTTARI C., *Il diritto alla salute: i principi costituzionali*, in S. RODOTÀ – P. ZATTI (a cura di), *Trattato di Biodiritto*, vol. *Salute e sanità*, Milano, 2010, 3.
- BOTTARI C., *Il diritto alla tutela della salute*, in R. NANIA – P. RIDOLA (a cura di), *I diritti costituzionali*, Torino, 2006, 761.
- BOTTARI C., *L'ordinamento della sanità*, Torino, 2007.
- BOTTARI C., *Principi costituzionali e assistenza sanitaria*, Milano, 1991.
- BOTTARI C., *Tutela della salute e organizzazione sanitaria*, Torino, 2011.
- BOTTO A. – IANNOTTA L., *La concessione di lavori pubblici nella sua oscillazione pendolare: dal privato al pubblico e ritorno*, in M. CAFAGNO – A. BOTTO – G. FIDONE – G. BOTTINO (a cura di), *Negoziazioni pubbliche. Scritti su concessioni e partenariati pubblico-privati*, Milano, 2013, 53.
- BOUAL J. C., *Europe et service public*, in *La Découverte, Regards croisés sur l'économie*, 2007, n. 2, 66.
- BRACONNIER S., *Droit des services publics*, Parigi, 2003.
- BRACONNIER S., *L'integrazione delle nozioni di servizio di interesse economico generale e di servizio universale nel diritto francese dei servizi pubblici*, in E. FERRARI, *Attività economiche ed attività sociali nei servizi di interesse generale*, Torino, 2007, 24 ss.
- BRACONNIER S., *La distinzione tra i servizi pubblici amministrativi, industriali e commerciali*, in E. FERRARI (a cura di), *Attività economiche ed attività sociali nei servizi di interesse generale*, Torino, 2007, 5 ss.
- BROYELLE C., *Le silence de l'administration en droit administratif français*, in V. PARISIO (a cura di), *Silenzi e procedimenti amministrativo in Europa: una comparazione tra diverse esperienze*, Milano, 2006, 3 ss.
- BRUNET P., *Doctrines "jurisdictionnelles" et doctrines "méta-conceptuelles" du service public*, in *AFDA, Le service public*, Dalloz, coll. *Thèmes et commentaires*, 2014, 23.
- BRUTI LIBERATI E. - DONATI F. (a cura di), *La regolazione dei servizi di interesse economico generale*, Torino, 2010.
- BRUTI LIBERATI E., *Accordi pubblici*, in *Enc. del dir.*, Aggiornamento, V, Milano, 2001.
- BRUTI LIBERATI E., *La regolazione pro-concorrenziale dei servizi pubblici a rete*, Milano, 2006.
- BRUTI LIBERATI E., *Le vicende del rapporto di concessione di pubblico servizio*, in G. PERICU – A. ROMANO – V. SPAGUOLO VIGORITA (a cura di), *La concessione di pubblico servizio*, Milano, 1995, 155.

- BUFFONI L., *Tutela della concorrenza dopo la riforma del titolo V: il fondamento costituzionale e il riparto delle competenze legislative*, in *Le istituzioni del federalismo*, 2003, II, 354.
- CAFAGNO M. – BOTTO A. – FIDONE G. – BOTTINO G. – PICOZZA E., *Le concessioni nel diritto dell'Unione Europea. Profili e prospettive*, Milano, 2013.
- CAFARI PANICO R., *La liberalizzazione dei servizi tra regime vigente e direttiva Bolkestein*, in *Dir. pubbl. comparato ed europeo*, 2006, 1880.
- CAIA G., *I servizi pubblici*, in L. MAZZAROLLI – G. PERICU – A. ROMANO – F. A. ROVERSI MONACO (a cura di), *Diritto amministrativo*, II, Bologna, 2005, 146.
- CAIANIELLO V., *Concessioni (dir. amm.)*, in *Nss. Dig. it.*, Appendice, II, 1980, 234.
- CALABRÒ M., *Linee evolutive del servizio di assistenza farmaceutica. Ipotesi di valorizzazione dell'art. 32 Cost. in senso pro-concorrenziale*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2015, 1250.
- CALANDRA G., *Farmacie e farmacisti*, in *Nss. Dig. it.*, VII, Torino, 1961, 88.
- CAMARDI C., *Cose, beni e nuovi beni, tra diritto europeo e diritto interno*, in *Europa e diritto privato*, 3, 2018, 955.
- CAMMELLI M., *Amministrazione e mondo nuovo: medici, cure, riforme*, in *Dir. amm.*, 1-2, 2016, 9.
- CAMMELLI M., *La semplificazione tra riforme istituzionali e reingegnerizzazione delle istituzioni*, in G. SCIULLO (a cura di), *La semplificazione nelle leggi e nell'amministrazione. Una nuova stagione*, Bologna, 2008, 200.
- CAMMEO F. – VITTA C., *Sanità pubblica*, in V. E. ORLANDO (a cura di), *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano*, IV, Milano, 1905, 213.
- CAMMEO F., *Commentario delle leggi sulla giustizia amministrativa*, Milano, 1911.
- CAMMEO F., *Corso di diritto amministrativo*, Padova, 1960.
- CAMMEO F., *I monopoli comunali*, in *Archivio giuridico Serafini*, LV, 1985, 94.
- CANNADA BARTOLI E., *Intorno alla genesi del diritto affievolito nel pensiero di Oreste Ranalletti*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1959, 267.
- CARANTA R. – DRAGOS D. C., *I principi "dettagliati" e le concessioni di servizi*, in *Giur. it.*, 2013, 2369.
- CARANTA R., (voce) *Intervento pubblico nell'economia*, in *Dig. disc. pubbl.*, *Aggiornamento*, I, Torino, 2000, 371.
- CARANTA R., *Concessione di opere e di servizi*, in *Enc. del dir.*, *Aggiornamento*, V, Milano, 2001, 239.
- CARANTA R., *I contratti pubblici*, Torino, 2004.
- CARANTA R., *La Corte di Giustizia ridimensiona la rilevanza del rischio di gestione*, in *Urb. e appalti*, 2012, 287.
- CARANTA R., *La tutela della concorrenza, le competenze legislative e la difficile applicazione del titolo V della Costituzione*, in *Le Regioni*, 4, 2004, 990.
- CARAVITA B., *Il fondamento costituzionale della concorrenza*, in *federalismi.it*, 8, 2017.
- CARAVITA B., *La disciplina costituzionale del diritto alla salute*, in *Dir. soc.*, 1984, 21.
- CARINGELLA F. – PROTTO M., *Il codice dei contratti pubblici dopo il correttivo*, Roma, 2017.
- CAROLI CASAVOLA H., *Le nuove direttive sugli appalti pubblici e le concessioni – Le regole e gli obiettivi strategici per le politiche UE 2020*, in *Giorn. dir. amm.*, 2014, 12, 1136.
- CAROTTI B., *La semplificazione per le imprese*, in *Giorn. dir. amm.*, 2012, 8, 702.
- CARPANI G., *Accordi e intese tra Governo e regioni nella più recente evoluzione del Sistema sanitario nazionale: spunti ricostruttivi*, in R. BALDUZZI (a cura di), *Trent'anni di Servizio sanitario nazionale. Un confronto interdisciplinare*, Bologna, 2009, 35.
- CARPANI G., *Cogestire la sanità. Accordi e intese tra Governo e regioni nell'ultimo decennio*, in F. ROVERSI MONACO – C. BOTTARI, *La tutela della salute tra garanzie degli utenti ed esigenze di bilancio*, Rimini, 2000, 97.
- CARPANI G., *I principi fondamentali della tutela della salute nelle indicazioni del giudice delle leggi*, in M. RICCA – L. CHIEFFI (a cura di), *Il governo della salute – Regionalismi e diritti di cittadinanza*, collana Quaderni Formez, n. 41, Roma, 2005, 37.
- CARPANI G., *Il servizio sanitario tra vecchi problemi e alcune prospettive di riforma*, in *Sanità pubblica e privata*, 2003, 1, 9.

- CARTABIA M., *Semplificazione amministrativa, riordino normativo e delegificazione nella "legge annuale di semplificazione"*, in *Dir. pubbl.*, 2000, 392.
- CARTEI G., *Servizi sociali e regole di concorrenza*, in *Riv. trim. dir. pubbl. comun.*, 3-4, 2007, 627.
- CARUSO E., *Regolazione del trasporto pubblico non di linea e innovazione tecnologica. Il caso Uber*, in *Dir. ec.*, 1, 2018, 255.
- CASETTA E., (voce) *Provvedimento e atto amministrativo*, in *Dig. (disc. pubbl.)*, XII, Torino, 1997, 243.
- CASETTA E., *Brevi considerazioni sul c. d. diritto amministrativo dell'economia*, in *Il dir. dell'economia*, 1955, 339.
- CASETTA E., *Considerazioni generali sulla legge istitutiva del servizio sanitario nazionale*, in *Tar*, 1979, II, 405.
- CASETTA E., *L'interesse legittimo: una situazione giuridica a "progressivo rafforzamento"*, in *Diritto dell'economia*, 2008, 1, 7.
- CASETTA E., *Manuale di diritto amministrativo*, a cura di F. FRACCHIA, Torino, 2016.
- CASETTA E., *Profili della evoluzione dei rapporti tra cittadini e pubblica amministrazione*, in *Dir. amm.*, 1993, 1, 3.
- CASETTA E., *Vigilanza e tutela dello Stato sulle società concessionarie di pubblici servizi*, in *Riv. dir. comm.*, 1950, II, 297.
- CASETTA E., voce *Diritti pubblici subbiettivi*, in *Enc. dir.*, XII, Milano, 1964, 802.
- CASETTA E., voce *Provvedimento e atto amministrativo*, in *Dig. disc. pubbl.*, XII, Torino, 1997, 243.
- CASSESE S. – PARDOLESI R. – CARAVITA DI TORITTO B., *La disciplina del prezzo dei farmaci*, in *Foro amm. Tar*, 2003, 3177.
- CASSESE S., *La costituzione economica europea*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2001, 6, 911.
- CASSESE S., *La nuova costituzione economica*, Bari-Roma, 2015.
- CASSESE S., *La semplificazione amministrativa e l'orologio di Taylor*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1998, 699.
- CASSESE S., *La trasformazione dei servizi pubblici in Italia*, in *Econ. pubbl.*, 1996, 5, 5.
- CASSESE S., *Le privatizzazioni: arretramento o riorganizzazione dello Stato?*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1996, 579.
- CASSESE S., *Legge di riserva e art. 43 della Costituzione*, in *Giur. cost.*, 1960, 1345.
- CASSESE S., *Stato e mercato, dopo privatizzazioni e deregulation*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1991, 2, 378.
- CASSESE S., *Stato ed economia. Il problema storico*, in P. LANGE - M. REGINI (a cura di), *Stato e regolazione sociale. Nuove prospettive sul caso italiano*, Bologna, 1987, 45.
- CASSESE S., *Verso un diritto europeo italiano*, in *Riv. it. dir. pubbl. comun.*, 2017, 303.
- CASSETTI L., *La distribuzione del farmaco tra tutela della salute e (contrastate) aperture alla concorrenza*, in *Giur. cost.*, 2014, 3457.
- CASSETTI L., *Libertà di impresa, libertà di stabilimento e tutela della salute*, 14 dicembre 2011, in www.federalismi.it, n. 24, 2011.
- CATALDI G., *Il conferimento delle farmacie*, Roma, 1947.
- CATELANI A. – CERRINA FERONI G. – GRISOLIA M. C. (a cura di), *Diritto alla salute tra uniformità e differenziazione. Modelli di organizzazione sanitaria a confronto*, Torino, 2011.
- CATELANI A., *La sanità pubblica*, in G. SANTANIELLO (diretto da), *Trattato di diritto amministrativo*, vol. XL, Padova, 2010.
- CATTANEO S., voce *Servizi pubblici*, in *Enc. dir.*, XLII, Milano, 1990, 355.
- CAVALIERI E. – TORCHIA L., *Processi di semplificazione normativa*, Report annuale 2012, in www.ius-publicum.com.
- CAVALIERI P., *Iniziativa economica privata e Costituzione "vivente". Contributo allo studio della giurisprudenza sull'art. 41 Cost.*, Padova, 1978.
- CAVALLO PERIN R. - GAGLIARDI B., *Doveri, obbligazioni e obbligazioni sanitarie e di servizio sociale*, in R. CAVALLO PERIN - L. LENTI - G. M. RACCA - A. ROSSI (a cura di), *I diritti sociali come diritti della personalità*, Napoli, 2010.
- CAVALLO PERIN R. – RACCA G. M., *La concorrenza nell'esecuzione dei contratti pubblici*, in *Dir. amm.*, 2010, 325.

- CAVALLO PERIN R., *Comuni e province nella gestione dei servizi pubblici*, Napoli, 1993.
- CAVALLO PERIN R., *Concessioni di pubblici servizi e pluralità di produttori*, in G. CAIA (a cura di), *I servizi pubblici locali. Evoluzioni e prospettive*, Rimini, 1995, 135.
- CAVALLO PERIN R., *I principi come disciplina giuridica del pubblico servizio tra ordinamento interno e ordinamento europeo*, in *Dir. amm.*, 2000, 51 e anche in *Scritti in onore di Elio Casetta*, II, Napoli, 2001, 963.
- CAVALLO PERIN R., *L'elaborazione dell'atto d'autorità in Francia*, in *L'atto d'autorità. Convergenze e divergenze tra ordinamenti*, Atti del convegno annuale AIPDA, Bari 30 settembre – 1 ottobre 2011, *Annuario* 2011, 265.
- CAVALLO PERIN R., *La struttura della concessione di servizio pubblico locale*, Torino, 1998.
- CAVALLO PERIN R., *Riflessioni sull'oggetto e sugli effetti giuridici della concessione di servizio pubblico*, in *Dir. amm.*, 1994, 1, 113.
- CAVASINO E.–TULUMELLO G., *La salute come diritto: l'effettività della tutela fra potere di organizzazione e logica di concorrenza*, in *Giur. it.*, 2005, 2000.
- CAVAZZUTI F., *Privatizzazioni imprenditori e mercati*, Bologna, 1996.
- CERRINA FERONI V., *La circolazione dei beni pubblici: un "nuovo" istituto giuridico?*, in *www.giustamm.it*, 2011, 3.
- CERULLI IRELLI V. – LUCIANI F., *La semplificazione dell'azione amministrativa*, in *Dir. amm.*, 2000, 627.
- CERULLI IRELLI V., *Corso di diritto amministrativo*, Torino, 2001.
- CERULLI IRELLI V., *Modelli procedimentali alternativi in tema di autorizzazioni*, in *Dir. amm.*, 1993, 55.
- CERUTI M., *Le concessioni riscoprono le proprie origini nel rischio operativo: riflessioni su presente, passato e futuro dell'istituto*, in *Appalti e contratti*, 11, 2016.
- CHAMBAT P., *Service public et néoliberalisme*, in *Annales. Economies, sociétés, civilisations*, 45^e année, n. 3, 1990, 615.
- CHARLIER R. E., *Le service public*, in *Encyclopédie juridique Dalloz, Droit administratif*, II, Paris, 1959, 869.
- CHELI E., *Libertà e limiti all'iniziativa economica privata nella giurisprudenza della Corte Costituzionale*, in *Rass. dir. pubbl.*, 1960, I, 275.
- CHENOT B., *La notion de service public dans la jurisprudence économique du Conseil d'État*, in *Conseil d'État. Études et documents*, 1950, 4, 77.
- CHEVALLIER J., *Essai sur la notion juridique de service public*, in *Publications de la faculté de droit d'Amiens*, 1976, n. 7, 136.
- CHIEPPA R. – V. LOPILATO, *Studi di diritto amministrativo*, Milano, 2007.
- CHIRULLI P. M., *Farmacia*, in *Dig. disc. pubbl.*, Agg., VII, Torino, 2017, 312.
- CHITI M. P., *Semplificazione delle regole e semplificazione dei procedimenti: alleati o avversari?*, in *Foro amm. CdS*, 2006, 1057.
- CIANFEROTTI C., *Il pensiero di V. E. Orlando e la giuspubblicistica italiana tra ottocento e novecento*, Milano, 1981.
- CILIONE G., *Diritto sanitario*, Rimini, 2012.
- CILIONE G., *Pubblico e privato nel nuovo sistema di erogazione delle prestazioni sanitarie assistenziali (in particolare specialistiche ospedaliere)*, in *Sanità pubbl.*, 2000, 1, 19.
- CINQUETTI O., *La circolazione delle quote latte in Italia*, in *Riv. dir. agr.*, 1994, 390.
- CINTIOLI F., *Concorrenza, istituzioni e servizio pubblico*, Milano, 2010.
- CIRIELLO P., (voce) *Servizi pubblici*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1991.
- CIRILLO G. P., *I contratti e gli accordi delle amministrazioni pubbliche*, in *www.giustizia-amministrativa.it*.
- CIRILLO G. P., *La premialità edilizia, la compensazione urbanistica e il trasferimento dei diritti edificatori*, 30 ottobre 2019, in *www.federalismi.it*, n. 20, 2019.
- CIRILLO G. P., *La valenza patrimoniale dell'interesse legittimo. Il bene nei rapporti amministrativi e l'oggetto del provvedimento favorevole*, in *Dir. proc. amm.*, 2018, 3, 1157.

- CIVITARESE MATTEUCCI S., *Contributo allo studio del principio contrattuale nell'attività amministrativa*, Torino, 1997.
- CIVITARESE MATTEUCCI S., *Servizi sanitari, mercato e "modello sociale europeo"*, in *Mercato Concorrenza Regole*, 1, 2009, 189 ss. e in AA. VV., *Oltre l'aziendalizzazione del Servizio Sanitario Nazionale. Un primo bilancio*, Milano, 2008, 361.
- CLARICH M. – PISANESCHI A., *Privatizzazioni*, in *Dig. disc. pubbl. Aggiornamento*, Torino, 2000, 432.
- CLARICH M., *Autorizzazioni e concessioni: presidi dell'interesse pubblico o barriere di accesso al mercato?*, in *Il diritto dell'economia*, 2015, 9.
- CLARICH M., *Concorrenza e modalità di affidamento delle concessioni*, in M. CAFAGNO – A. BOTTO - G. FIDONE – G. BOTTINO (a cura di), *Negoziazioni pubbliche. Scritti su concessioni e partenariati pubblico-privati*, Milano, 2013, 42.
- CLARICH M., *Considerazioni sui rapporti tra appalti pubblici e concorrenza nel diritto europeo e nazionale*, in *Dir. amm.*, 1-2, 2016, 71.
- CLARICH M., *Contratti pubblici e concorrenza*, in *www.astrid-online.it*.
- CLARICH M., *Giustizia amministrativa e processi economici*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1, 2020, 19.
- CLARICH M., *Il decreto «Semplifica Italia»*, in *Giorn. dir. amm.*, 2012, 7, 691.
- CLARICH M., *La tutela dell'ambiente attraverso il mercato*, in *Dir. pubbl.*, 1, 2007, 219.
- CLARICH M., *Le nuove aziende sanitarie tra ente pubblico e impresa*, in *Ragiusan*, 1993, 6, 109.
- CLARICH M., *Servizi pubblici e diritto europeo della concorrenza: l'esperienza italiana e tedesca a confronto*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2003, 1, 91.
- COLANGELO M., *Creating property rights: law and regulation of secondary trading in the European Union*, Leiden-Boston, 2012.
- COLANGELO M., *Il mercato secondario dei diritti di creazione amministrativa nell'Unione europea: il caso degli slot aeroportuali e dello spettro radio*, in *Europa e diritto privato*, 2009, 119.
- COMPORI G. D., *La nuova sfida delle direttive europee in materia di appalti e concessioni*, in *www.federalismi.it*, 25 marzo 2015.
- CONTICELLI M., *Liberalizzazioni e attività economiche private*, in F. MANGANARO - A. ROMANO TASSONE - F. SAITTA (a cura di), *Liberalizzare o regolamentare: il diritto amministrativo di fronte alla crisi*, Atti del XVII convegno di Copanello, 29-30 giugno 2012, Milano, 2013, 121.
- CONTICELLI M., *Pubblico e privato nel servizio sanitario*, Milano, 2012.
- CORAPI D., *Liberalizzazione e privatizzazione del settore elettrico*, in *Rass. giur. en. elettr.*, 1995, 293.
- CORBETTA C., (voce), *Sanità*, in S. CASSESE (diretto da), *Dizionario di diritto pubblico*, VI, Milano, 2006, 5412.
- CORBETTA C., *I rapporti tra la sanità privata e l'organizzazione pubblica: il sistema dell'accreditamento nell'attuale disciplina*, in *Sanità pubbl. e priv.*, 2005, 1, 7.
- CORBETTA C., *La sanità privata nell'organizzazione amministrativa dei servizi sanitari. Contributo alla nozione di servizio pubblico*, Rimini, 2004.
- CORMIER M., *Titularité et exploitation des autorisations sanitaires*, in *RDSS*, n. 3, 2020, 484.
- CORSO G. – MAGISTRELLI P. (a cura di), *Il diritto alla salute tra istituzioni e società civile*, Torino, 2009.
- CORSO G., *Attività economica privata e deregulation*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1998, 629.
- CORSO G., *I diritti sociali nella Costituzione italiana*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1981, 755.
- CORSO G., *L'attività amministrativa*, Torino, 1999.
- CORSO G., *La gestione dei servizi locali fra pubblico e privato*, in *Nuove autonome*, 1995, 742.
- CORSO G., *La tutela della concorrenza come limite della potestà legislativa (delle Regioni e dello Stato)*, in *Dir. pubbl.*, 2002, 3, 981.
- CORSO G., *Liberalizzazione amministrativa ed economica*, in S. CASSESE (diretto da), *Dizionario di diritto pubblico*, IV, Milano, 2006, 2491.
- CORSO G., *Mercati amministrati e liberalizzazione. Una prospettiva di diritto europeo*, Milano, 2000.

- CORSO G., *Procedimenti di programmazione e comparazione di interessi*, in *La ponderazione degli interessi nell'esercizio dei controlli: atti del 34 Convegno di studi di scienza dell'amministrazione. Varenna 22-24 settembre 1988*, Milano, 1991, 207.
- CORSO G., *Riflessioni su amministrazione e mercato*, in *Dir. amm.*, 1-2, 2016, 1.
- CORTESE F., *Social Welfare: la difficoltà di liberalizzare e di semplificare*, in *Dir. econ.*, 2014, 457.
- COSTAMAGNA F., *I servizi socio-sanitari nel mercato interno europeo*, Napoli, 2011.
- COURIVAUD H., *La concession de service public «à la française» confrontée au droit européen*, in *Revue internationale de droit économique*, n. 4, 2004, 395.
- CREPALDI G., *Dai LEA ai livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali (art. 117, II co., lett. m) Cost.*, in M. ANDREIS (a cura di), *La tutela della salute tra tecnica e potere amministrativo*, Milano, 2006, 49.
- CROSETTI A., *Il Servizio sanitario. Profili organizzativi*, in S. RODOTÀ – P. ZATTI (diretto da), *Trattato di Biodiritto*, vol. *Salute e Sanità*, Milano, 2010, 153.
- CUOCOLO L., (voce) *Salute*, in *Il diritto, Enc. Giur. Sole24ore*, Milano, 2007, 14, 23.
- D'ALBERTI M. (a cura di), *Concessioni e concorrenza*, Autorità garante della concorrenza e del mercato, Roma, 1998.
- D'ALBERTI M., *Il diritto amministrativo tra imperativi economici e interessi pubblici*, in *Dir. amm.*, 1, 2008, 51.
- D'ALBERTI M., *Le concessioni amministrative: aspetti della contrattualità delle pubbliche amministrazioni*, Napoli, 1981.
- D'ALBERTI M., *Lezioni di diritto amministrativo*, Torino, 2012.
- D'ALBERTI M., *Poteri pubblici, mercati e globalizzazioni*, Bologna, 2008.
- D'ALBERTI M., voce *Concessioni amministrative*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1988, VII.
- D'ANGELO F., *Considerazioni in tema di liberalizzazioni delle attività produttive e potere amministrativo*, in *Dir. amm.*, 2014, 807.
- D'ARIENZO M. C., *Trasferibilità dell'interesse legittimo*, Quaderni di Diritto e processo amministrativo, 26, Napoli, 2017.
- D'ORSOGNA D. – OCCHIENA M., *I servizi pubblici a rilevanza economica e sociale: un bilancio*, in *Munus*, 2013, 2, 321.
- D'ORSOGNA D., *Conferenza di servizi e amministrazione della complessità*, Torino, 2002.
- DAL PIAZ C., *La trasferibilità delle autorizzazioni e concessioni amministrative*, Torino, 1971.
- DE ANGELIS P., *L'affidamento dei servizi sanitari e socio sanitari: tra specifiche esigenze di un particolare servizio pubblico e vincoli comunitari*, in *Sanità pubblica e privata*, 2012, 4, 20.
- DE BENEDETTO M. - DI LASCIO F., *La regolazione del demanio marittimo in Italia e Spagna: problemi, riforme e prospettive*, in *Riv. giur. edil.*, 2014, 1, 28.
- DE BENEDETTO M., *Beni pubblici e concorrenza*, in *Riv. dir. proc. amm.*, 2017, 1547.
- DE BENEDETTO M., *Diritto amministrativo e crescita economica*, in *Dir. ec.*, vol. 27, n. 83, 1-2014, 189.
- DE CARIA R., *Preclusa alle Regioni l'introduzione di un divieto generalizzato all'esercizio di un'attività economica (ovvero: la tutela della concorrenza "salva" Uberpop)*, in *Il Piemonte delle autonomie*, 2017.
- DE CARLI P., *Costituzione e attività economiche*, Padova, 1978.
- DE CARLI P., *Gli affidamenti dei servizi sociali tra concorrenza e localismo*, in *Amministrare*, n. 3, dicembre 2008, 395.
- DE CARLI P., *Privatizzazioni e pubblici poteri*, in *Dir. e soc.*, 1996, 345.
- DE CAROLIS D., *Potere di scelta e tutela dell'utente del settore sanitario*, in *Sanità pubblica*, 1999, 783.
- DE CESARE G., (voce) *Sanità (dir. amm.)*, in *Enc. dir.*, XLI, Milano, 1989, 245.
- DE CHIARA A., *Dai "servizi pubblici" ai "servizi di pubblica utilità": evoluzione della morfologia giuridica dell'interesse pubblico e riflessi sulle situazioni soggettive*, in AA.VV., *L'interesse pubblico tra politica e amministrazione*, vol. II, Napoli, 2010, 769.
- DE CORAIL J. L. – BRAIBANT G., *Une question fondamentale: la doctrine du service public, de la définition et de la nature du droit administratif et de la compétence du juge administratif*, in *La Revue administrative*, 50e Année, 1997, 24.

- DE CORAIL J. L., *La crise de la notion juridique de service public en droit administratif français*, Paris, 1954.
- DE FALCO V., *Il silenzio assenso in Francia. Questioni applicative a confronto con l'esperienza italiana*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2016, 151.
- DE GRAZIA D. – MENICHETTI E., *Il servizio farmaceutico e le forme di gestione delle farmacie comunali*, in *San. pubbl. e priv.*, 2003, 793.
- DE LAUBADERE A., *Cours de droit des services publics*, Paris, 1957.
- DE LAUBADERE A., *Manuel de droit administratif*, Paris, 1976.
- DE LAUBADÈRE A., *Reflexions sur la crise du droit administratif français*, in *Dalloz*, 1952, 5.
- DE LAUBADÈRE A., *Traité élémentaire de droit administratif*, Paris, 1957.
- DE LUCIA L., *La conferenza di servizi nel decreto legislativo 30 giugno 2016, n. 127*, in *Riv. giur. urb.*, 2016, 12.
- DE LUCIA L., *La regolazione amministrativa dei servizi di pubblica utilità*, Torino, 2002.
- DE LUCIA L., *Procedimento amministrativo e interessi materiali*, in *Dir. amm.*, 1, 2005, 87.
- DE MICHELE A., *Profili problematici in tema di accreditamento istituzionale delle case di cura private*, in *Sanità pubbl. e priv.*, 1, 2004, 15.
- DE POLLI P. – GANGEMI D., *Una recente "occasione" giurisprudenziale per discutere di accreditamento della sanità*, in *Astrid online*, n. 15, 2013.
- DE PRETIS D. (a cura di), *La gestione delle farmacie comunali: modelli e problemi giuridici*, Quaderni del Dipartimento di Scienze giuridiche, Università di Trento, 2006.
- DE VALLES A., *Elementi di diritto amministrativo*, Padova, 1936.
- DE VALLES A., *I servizi pubblici*, in V. E. ORLANDO (a cura di), *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano*, VI, parte I, Milano, 1930, 397.
- DE VALLES A., *Posizione di problemi sulla costituzionalità di attività economiche dello Stato*, in *Il dir. dell'ec.*, 1958, 796.
- DE VALLES A., voce *Concessioni*, in *Nuovo Dig. it.*, Torino, III, 1938, XVI, 578.
- DEGUERGUE M., *Le silence de l'Administration en droit administratif français*, in *Les Chaiers de droit*, vol. 56, n. 3-4, 2015, 389.
- DEL SIGNORE M., *I servizi sociali nella crisi economica*, in *Dir. amm.*, 3, 2018, 587.
- DEL SIGNORE M., *Il contingentamento dell'iniziativa economica privata. Il caso non unico delle farmacie aperte al pubblico*, Milano, 2011.
- DEL SIGNORE M., *La proclamata liberalizzazione e le nuove questioni in tema di farmacie*, in *Dir. ec.*, 1, 2012, 305.
- DELLA CANANEA G. - NAPOLITANO G. (a cura di), *Per una nuova Costituzione economica*, Bologna, 1998.
- DELLA CANANEA G., (voce) *Servizi pubblici*, in *Il diritto, Enc. giur. Sole24ore*, 14, Milano, 2007, 456.
- DELLA CANANEA G., *Gli atti amministrativi generali*, Padova, 2000.
- DELLI PRISCOLI L., *Il limite dell'utilità sociale nelle liberalizzazioni*, in *Giur. comm.*, 2014, 352.
- DELSIGNORE M., *Il contingentamento dell'iniziativa economica privata. Il caso non unico delle farmacie*, Milano, 2011.
- DELSIGNORE M., *La proclamata liberalizzazione e le nuove questioni in tema di farmacie*, in *Il dir. dell'econ.*, 2012, 2, 310.
- DETTORI S., *Esercizio legittimo del potere di revoca e doveri di comportamento della pubblica amministrazione*, in *Dir. amm.*, 4, 2017, 861.
- DI GASPARE G., *Costituzionalizzazione simbolica e deconstituzionalizzazione di fatto dell'art. 41 della costituzione*, in *Amministrazione in cammino*, 2011.
- DI GASPARE G., *Diritto dell'economia e dinamiche istituzionali*, Padova, 2015.
- DI GASPARE G., *Il potere nel diritto pubblico*, Padova, 1992.
- DI GASPARE G., *Privatizzazioni, privatizzazione delle imprese pubbliche*, in *Enc. giur.*, XXIV, 1995.
- MARCHETTI P., *Le privatizzazioni in Italia*, Milano, 1995.
- DI GASPARE G., *Tra Stato e mercato: l'insostenibile leggerezza della concessione amministrativa*, in *Politica del diritto*, 1998.

- DI GIANDOMENICO G., *Demianialità marittima e subingresso nella concessione dei porti turistici*, in *Foro amm. CDS*, 7-8, 2004, 2354.
- DI GIOVANNI A., *I servizi di interesse generale tra poteri di autorganizzazione e concessione di servizi*, Torino, 2018.
- DI GIOVANNI L., *Le trasformazioni concettuali del diritto alla salute*, in *Il dir. san. mod.*, 2017, 36.
- DI LASCIO F., *Concessioni di demanio marittimo e tutela della concorrenza*, nota a Tar Lazio, Latina, sez. I, 9 gennaio 2009, n. 12, in *Foro amm. T.A.R.*, 2009, 3, 787.
- DI LASCIO F., *La semplificazione amministrativa e le misure di riduzione degli oneri*, in *Giorn. dir. amm.*, 3, 2012, 242.
- DIPACE R., *L'attività di programmazione come presupposto delle decisioni amministrative*, in AA. VV., *Decisioni amministrative e processi deliberativi*, Atti convegno AIPDA 2017, Napoli, 2018, 377.
- DONATI D., *Atto complesso, autorizzazione, approvazione*, in *Arch. Giur.*, 1903, 42.
- DUGUIT L., *De la situation juridique du particulier faisant usage d'un service public*, in *Mélanges Hauriou*, 1929, 254.
- DUGUIT L., *Traité de droit constitutionnel*, II, Paris, 1928.
- DURANO G., *Poteri autoritativi tra interessi pubblici e regole del mercato. Alla continua ricerca degli equilibri comunitari*, Torino, 2018.
- DURANTE V., *Dimensioni della salute: dalla definizione dell'OMS al diritto attuale*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2001, II, 132.
- DURANTE V., *La salute come diritto della persona*, in S. RODOTÀ – P. ZATTI (diretto da), *Trattato di Biodiritto. Il governo del corpo*, Milano, 2011, 586.
- EINSENMANN C., *Service public et compétence jurisdictionelle*, in *Dalloz*, 1956, 58.
- ESPOSITO C., *Gli artt. 3, 41 e 43 della Cost. e le misure legislative e amministrative in materia economica*, in *Giur. cost.*, 1962, 55.
- FALCON G. D., *Le convenzioni pubblicistiche: ammissibilità e caratteri*, Milano, 1984.
- FALCON G., *Convenzioni e accordi amministrativi: I) Profili generali*, in *Enc. giur.*, IX, 1988.
- FALZEA G., *La figura del farmacista*, Milano, 1983.
- FALZONE G., *Le farmacie (natura giuridica e trasferimento)*, Palermo, 1948.
- FARES G., *Problemi attuali dell'ordinamento sanitario*, Napoli, 2013.
- FERRARA R. – P. M. VIPIANA, *Principi di diritto sanitario*, Torino, 1999.
- FERRARA R., (voce) *Farmacia e farmacisti*, in *Enc. giur. Treccani*, XIV, Roma, 1989.
- FERRARA R., (voce) *Salute (diritto alla)*, in *Dig. disc. pubbl.*, vol. 13, Torino, 1997, 513.
- FERRARA R., (voce), *Farmacia*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. 46, Roma, 1991.
- FERRARA R., *I principi comunitari della tutela dell'ambiente*, in *Dir. amm.*, 3, 2005, 509.
- FERRARA R., *Il diritto alla salute oggi: verso la decadenza di un diritto "assoluto"?*, in *Dir. e proc. amm.*, 2013, 2-3, 489.
- FERRARA R., *Il diritto alla salute: i principi costituzionali*, in S. RODOTÀ - P. ZATTI (diretto da), *Trattato di Biodiritto*, vol. *Salute e sanità*, Milano, 2010, 3.
- FERRARA R., *Introduzione al diritto amministrativo*, Roma-Bari, 2014.
- FERRARA R., *L'incertezza delle regole tra atti di indirizzo politico e "funzione definitoria"*, in *Dir. amm.* 2014, 653.
- FERRARA R., *L'ordinamento della sanità*, Torino, 2007.
- FERRARA R., *La partecipazione al procedimento amministrativo: un profilo critico*, in *Dir. amm.*, 2, 2017, 209.
- FERRARA R., *La protezione dell'ambiente e il procedimento amministrativo nella «società del rischio»*, in *Dir. e soc.*, 2006, 507.
- FERRARA R., *La segnalazione certificata di inizio attività e la tutela del terzo: il punto di vista del giudice amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, 193.
- FERRARA R., *Procedimento amministrativo, semplificazione e realizzazione del risultato: dalla «libertà dall'amministrazione» alla libertà dell'amministrazione?*, in *Dir. soc.*, 2000, 101.
- FERRARA R., *Salute e sanità*, in ID. (a cura di), *Trattato di biodiritto*, Milano, 2010.

- FERRARA R., *Tutela della salute: prestazioni amministrative e posizioni soggettive*, in M. ANDREIS (a cura di), *La tutela della salute tra tecnica e potere amministrativo*, Milano, 2006, 43.
- FERRARI E. (a cura di), *Attività economiche ed attività sociali nei servizi di interesse generale*, Torino, 2007.
- FERRARI E., *Il diritto alla salute è diritto a qualunque prestazione ritenuta indispensabile*, in *Le Regioni*, 1989, 1923.
- FERRARI E., *Lo Stato sussidiario: il caso dei servizi sociali*, in *Dir. pubbl.*, 2002, n. 1, 99.
- FERRARI G. F. – MASSIMINO F., *Diritto del farmaco. Medicinali, diritto alla salute, politiche sanitarie*, Bari, 2015.
- FERRARO V., *La disciplina della concessione nel diritto europeo: i principi giurisprudenziali e la sistemazione realizzata con la direttiva 2014/23/UE*, in *Riv. it. dir. pubbl. comun.*, 2014, 835.
- FIDONE G., *Le concessioni di lavori e servizi alla vigilia del recepimento della direttiva 2014/23/UE*, in *Riv. it. dir. pubbl. comun.*, 2015, 101.
- FIGORILLI F., *L'autorizzazione integrata ambientale quale ulteriore strumento di semplificazione*, in *Nuove autonomie*, 3-4, 2008, 683.
- FIMMANÒ F., *Gli effetti del trasferimento dell'azienda sull'autorizzazione sanitaria regionale e sul c.d. accreditamento istituzionale*, Nota a Cons. St., 27 maggio 2002, n. 2940, sez. IV, in *Riv. notariato*, 1, 2003, 133.
- FOÀ S., *Semplificazione degli oneri formali nelle procedure di affidamento di contratti pubblici*, in *Urb. e app.*, 2014, 1147.
- FONDERICO G., *Il manuale della Commissione per l'attuazione della direttiva servizi*, in *Giorn. dir. amm.*, 2008, 8, 921.
- FONDERICO G., *Libertà economica e controlli amministrativi*, in *Giorn. dir. amm.*, 2012, 1, 18.
- FORTI U., *In tema di servizi pubblici «obbligatoria»*, in *Studi di diritto pubblico*, Roma, 1937, II, 365.
- FORTI U., *Natura giuridica delle concessioni amministrative*, in *Giur. it.*, 1900, IV, 369, anche in ID., *Studi di diritto pubblico*, Roma, 1937, I, 360.
- FORTI U., voce *Autorizzazioni amministrative*, in *Nuovo Dig. it.*, XVI, Torino, 1937, 1178.
- FRACCHIA F. – GILI L., *Ordinamento dell'Unione europea, mercato, risorse pubbliche e contratti della pubblica amministrazione*, Napoli, 2013.
- FRACCHIA F., *Autorizzazione amministrativa e situazioni giuridiche soggettive*, Napoli, 1996.
- FRACCHIA F., *Autorizzazioni amministrative*, in S. CASSESE (diretto da), *Dizionario di diritto pubblico*, I, Milano, 2006.
- FRACCHIA F., *L'accordo sostitutivo*, Padova, 1998.
- FRACCHIA F., *Servizi pubblici e scelta del concessionario*, in *Dir. amm.*, 1993, 367.
- FRACCHIA F., voce *Concessioni amministrative*, in *Enc. del dir., Annali*, I, Milano, 2007, 250.
- FRANCARIO F., *Riesercizio del potere amministrativo e stabilità degli effetti giuridici*, in *federalismi.it*, n. 8, 19 aprile 2017.
- FRANCESCHELLI R., voce *Concorrenza*, in *Enc. giur.*, Roma, 1988, vol. VII, 7.
- FRANCESCHINI G., (voce), *Farmacia*, in *Dig. it.*, XI, Torino, 1892-1898, 459.
- FRANCHINI F., *Le autorizzazioni amministrative costitutive di rapporti giuridici fra l'Amministrazione e i privati*, Milano, 1957.
- FRANCIA Y., *L'évolution des conditions d'octroi des autorisations sanitaires*, in *RDSS*, n. 3, 2020, 451.
- FRÈ F., *Delle forme di collaborazione tra pubblico e privato nel s.s.n.*, in *Ragiusan*, 2002, 223-224, 122.
- FREDIANI E., *Autorizzazione integrata ambientale e tutela "sistemica" nella vicenda dell'Iva di Taranto*, in *federalismi.it*, n. 15, 17 luglio 2013.
- FREDIANI E., *Decisione condizionale e tutela integrata di interessi sensibili*, in *Dir. amm.*, 3, 2017, 447.
- FRENI E., *Le privatizzazioni*, in S. CASSESE, *Trattato di diritto amministrativo. Diritto amministrativo speciale*, Milano, 2000, III, 3021.
- GABRIOTTI M., *L'autorizzazione integrata ambientale*, in *Ambiente*, 5, 2000, 530.
- GALATERIA G., *Il negozio di concessione amministrativa*, Milano, 1942.

- GALGANO F., *Commento all'art. 41, Rapporti economici*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, II, Bologna, 1982.
- GALGANO F., *La Costituzione economica*, in ID. (diretto da), *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, I, Padova, 1977.
- GALLO C. E. – PEZZINI B. (a cura di), *Profili attuali del diritto alla salute*, Milano, 1998.
- GALLO C. E. (a cura di), *Autorità e consenso nei contratti pubblici alla luce delle direttive 2014*, Torino, 2014.
- GALLO C. E., (voce) *Soggetti e posizioni soggettive nei confronti della Pubblica Amministrazione*, in *Dig. disc. pubbl.*, XIV, Torino, 1999, 284.
- GALLO C. E., *Gli utenti del Servizio sanitario nazionale e le loro situazioni giuridiche soggettive*, in F. A. ROVERSI MONACO (a cura di), *Riordinamento del Servizio sanitario nazionale*, Rimini, 1991.
- GALLO C. E., *La concorrenza nell'erogazione dei servizi sanitari e la posizione delle imprese private*, in *Sanità pubbl. e priv.*, 2003, 3, 249.
- GALLO C. E., *La configurazione delle situazioni giuridiche soggettive degli utenti*, in S. RODOTÀ – P. ZATTI (diretto da), *Trattato di Biodiritto*, vol. *Salute e sanità*, Milano, 2010, 381.
- GALLO C. E., *Leggi di liberalizzazione e potere della pubblica amministrazione*, in *giustamm.it*, 2012.
- GALLO C. E., *Pubblico e privato nel Servizio Sanitario Nazionale: i presidi sanitari privati*, in *Sanità pubbl. e priv.*, 1997, 4, 373.
- GALLO D., *I servizi di interesse economico generale. Stato, mercato e Welfare nel diritto dell'Unione europea*, Milano, 2010.
- GALLO M., *Funzione pubblica e servizio pubblico*, in *Scritti giuridici in onore di Santi Romano*, Milano, 1940, II, 772.
- GALLO M., *I rapporti contrattuali nel diritto amministrativo*, Padova, 1936.
- GAMBINO A., *Dal monopolio alla liberalizzazione: regolamentazione normativa delle asimmetrie nel mercato delle telecomunicazioni*, in *Giur. comm.*, 1996, I, 5.
- GARCERIES S., *Service public et droit communautaire: une nouvelle "crise" de la notion de service public en droit administratif français*, in *Sociétés contemporaines*, 1998, n. 32, 37.
- GAROFOLI R., *Le privatizzazioni degli enti dell'economia*, Milano, 1997.
- GASPARRI P., voce *Autorizzazione (dir. amm.)*, in *Enciclopedia del diritto*, IV, Milano, 1959, 509.
- GHELARDUCCI F., *Privatizzazioni e servizi pubblici locali*, in *Foro amm.*, 1996, 174.
- GIACCHETTI S., *La rivoluzione silenziosa del codice di procedura amministrativa recita un requiem per l'interesse legittimo*, in *Dir. proc. amm.*, 2011, 335.
- GIAMPIERETTI M., *Art. 41*, in S. BARTOLE - R. BIN (diretto da), *Commentario breve alla Costituzione*, Padova, 2008, 403.
- GIAMPIERETTI M., *Il principio costituzionale di libera concorrenza: fondamento, interpretazioni, applicazione*, in *Diritto e società*, 2003, 4, 439.
- GIANNINI M. S. – PIRAS A., voce *Giurisdizione amministrativa*, in *Enc. Dir.*, XIX, Milano, 1970, 253.
- GIANNINI M. S., (voce) *Atto amministrativo*, in *Enc. dir.*, IV, Milano, 1959, 157.
- GIANNINI M. S., *Corso di diritto amministrativo*, Roma, 1967.
- GIANNINI M. S., *Diritto amministrativo*, Milano, I-II, 1970, 1988 e 1993.
- GIANNINI M. S., *Diritto pubblico dell'Economia*, Bologna, 1977 e 1985.
- GIANNINI M. S., *Il potere discrezionale della Pubblica Amministrazione*, Milano, 1939.
- GIANNINI M. S., *Il pubblico potere*, Bologna, 1986.
- GIANNINI M. S., *L'attività amministrativa*, Roma, 1962.
- GIANNINI M. S., *Le farmacie (problemi generali)*, in *Rass. amm. sanità*, 1963, 171.
- GIANNINI M. S., *Lezioni di diritto amministrativo*, I, Milano, 1950.
- GIANNITI L., *Note sul dibattito alla Costituente sulla "costituzione economica"*, in *Dir. pubbl.*, 2000, 917.
- GIGLIONI F., *L'accesso al mercato nei servizi di interesse generale: una prospettiva per riconsiderare liberalizzazioni e servizi pubblici*, Milano, 2008.

- GILIBERTI B., *Contributo alla riflessione sulla natura giuridica delle concessioni di pubblico servizio*, in P.A. Persona e Amministrazione, n. 1, 2018, in www.ojs.uniurb.it, 111.
- GILIBERTI B., *La concessione di pubblico servizio tra sistematiche nazionali e diritto comunitario*, in Dir. amm., 1, 2011, 183.
- GIOMI V., *Mercati in attesa del mercato. La trasferibilità del provvedimento amministrativo tra ragioni pubbliche e dinamiche private*, Torino, 2019.
- GIORDANI L., *La concessione amministrativa per l'esercizio del servizio farmaceutico non può essere liberalizzata, ma semmai razionalizzata*, in www.giustamm.it, n. 11, 2011.
- GIUSTI A., *La disciplina dell'inquinamento atmosferico da attività industriali nel Codice dell'ambiente*, in Riv. quadr. dir. dell'ambiente, 2, 2011, 57.
- GOISIS F., *Il rischio economico quale proprium del concetto di concessione nella direttiva 2014/23/UE: approccio economico versus versioni tradizionali*, in Dir. amm., 4, 2015, 743.
- GOISIS F., *La nozione di servizio pubblico come criterio di riparto delle giurisdizioni*, in Dir. proc. amm., 2001, 238.
- GOISIS F., *Rischio economico, trilateralità e traslatività nel concetto europeo di concessioni di servizi e di lavori*, in Dir. amm., 4, 2011, 705.
- GOLA M. (voce) *Farmacia e farmacisti*, in Dig. disc. pubbl., VI, Torino, 1991, 231.
- GRASSO G., *Procedimento e danno tra interesse legittimo e fondata pretesa: spigolature sullo scrutinio di spettanza a margine di un libro recente*, in lexitalia.it, 2018.
- GRECO G., *Accordi amministrativi tra provvedimento e contratto*, in F. G. SCOCA – ROVERSI MONACO – G. MORBIDELLI (diretto da), *Sistema del diritto amministrativo italiano*, Torino, 2003, 36.
- GRECO G., *Accordi integrativi e sostitutivi del provvedimento*, in V. ITALIA (a cura di), *L'azione amministrativa*, Milano, 2005, 433.
- GRECO G., *Dal dilemma diritto soggettivo – interesse legittimo alla differenziazione interesse strumentale – interesse finale*, in Dir. amm., 3, 2014, 479.
- GRECO G., *Il rapporto amministrativo e le vicende della posizione del cittadino*, in Dir. amm., 4, 2014, 585.
- GRECO G., *Incidenza del diritto comunitario sugli atti amministrativi italiani*, in M. P. CHITTI – G. GRECO (diretto da), *Trattato di diritto amministrativo europeo*, Milano, 1997, 555.
- GRECO G., *L'accertamento autonomo del rapporto nel giudizio amministrativo*, Milano, 1980.
- GRECO G., *La direttiva in materia di "concessioni"*, Relazione al Convegno "La nuova disciplina dei contratti pubblici tra esigenze di semplificazione, rilancio dell'economia e contrasto alla corruzione", Varenna, 17-18-19 settembre 2015, in Riv. it. dir. pubbl. comun., 5, 2015, 1095.
- GRECO G., *Le concessioni di lavori e di servizi nel quadro dei contratti di diritto pubblico*, in Riv. trim. dir. pubbl. comun., 2000, 5, 993.
- GRECO G., *Le concessioni di pubblici servizi tra provvedimento e contratto*, in Dir. amm., 1999, 381.
- GRECO G., *Provvedimenti amministrativi costitutivi di rapporti giuridici tra privati*, Milano, 1977.
- GUARINO G., *Pubblico e privato nella economia. La sovranità tra Costituzione ed istituzioni comunitarie*, in Quad. cost., 1992, 21.
- GUARNIER T., *Libertà di iniziativa economica privata e libera concorrenza. Alcuni spunti di riflessione*, in www.associazionedeicostituzionalisti.it, n. 1, 2016.
- GUINARD D., *Réflexions actuelles sur la notion de service public*, in La Découverte. Regards croisés sur l'économie, n. 2, 2007, 36.
- GULLO F., *Provvedimento e contratto nelle concessioni amministrative*, Padova, 1965.
- GULLO N., *Autorizzazioni amministrative e liberalizzazione dei mercati tra diritto europeo e diritto interno*, Napoli, II ed., 2018.
- HAGUENAU-MOIZARD C., *Servizi di interesse generale e servizio pubblico «alla francese»: dal confronto al ravvicinamento*, in E. FERRARI (a cura di), *Attività economiche ed attività sociali nei servizi di interesse generale*, Torino, 2007, 27.
- HAURIOU M., *Précis de droit administratif et de droit public*, Paris, 1933.
- HENNION S., *Service d'intérêt général, santé et droit de l'Union européenne*, in RDSS, n. 6, 2010, 993.

- HOEPFFNER H., *L'encadrement de la modification d'une concession par les principes généraux de la commande publique*, in *L'Actualité juridique. Droit administratif*, 4 juin 2018, Issue 19, 1104.
- HOSTIOU R., *La patrimonialité des actes administratifs et la Convention européenne des droits de l'homme*, in *RFDA*, n.1, 2009, 17.
- HUGLO C. – GRENET C. – JEANNEL R., *Autorisation environnementale*, in *JurisClasseur Environnement et Développement durable*, 31 Décembre 2019, fasc. 2590.
- IANNELLO C., *Poteri pubblici e servizi privatizzati: l'idea di servizio pubblico nella nuova disciplina interna e comunitaria*, Torino, 2005.
- IANNOTTA R., (voce) *Sanità pubblica e privata*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1991.
- IMMORDINO M. – CAVALLARO M., *Revoca del provvedimento amministrativo*, in S. CASSESE (a cura di), *Dizionario di diritto pubblico*, V, Milano, 2006, 5202.
- IRTI N., *Economia di mercato e interesse pubblico*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2000, 435.
- JACOMETTI V., *Lo scambio di quote di emissione. Analisi di un nuovo strumento di tutela ambientale in prospettiva comparatistica*, Milano, 2010.
- JÈZE G., *Principes généraux de droit administrative*, 1914.
- JORIO E., *Diritto sanitario*, Milano, 2006.
- JORIO E., *Il quorum nazionale delle farmacie è costituzionalmente corretto?*, in *www.astrid.eu*, 6, 2012.
- JORIO E., *L'accreditamento istituzionale e il ruolo del privato nell'organizzazione della salute*, in *Sanità pubbl. e priv.*, 2004, 2, 151.
- JORIO E., *La liberalizzazione delle farmacie è molto al di là delle pretese dell'Unione europea*, in *www.astrid.eu*, 2, 2012.
- JUSO R., *Profili e problemi di diritto sanitario*, Roma, 2005.
- L'HUILLIER J., *A propos de la «crise» de la notion de service public*, in *Dalloz*, 1955, 120.
- L'HUILLIER J., *Novelles réflexions sur le service public*, in *Dalloz*, 1957, 91.
- LABRANCA A., (voce) *Farmacia*, in *Nuovo Dig. it.*, V, Torino, 1938, 911.
- LAMBERTI C., *La Scia fra semplificazione e liberalizzazione*, in *Urb. e app.*, 2013, 11.
- LANDI G., (voce) *Farmacia*, in *Enc. dir.*, 1966, 840.
- LATOURNERIE M., *La portée juridique du silence de l'administration en droit français*, in *comitasgentium.com*, 2015.
- LATOURNERIE R., *Sur un Lazare juridique, Bulletin de santé de la notion de service public: agonie? convalescence? ou jouvence?*, in *Conseil d'État. Études et documents*, n. 14, 1960, 61.
- LAZZARA P., *La regolazione amministrativa: contenuto e regime*, in *Dir. amm.*, 2, 2018, 337.
- LE PORS A., *Le service public dans l'histoire: une notion simple devenue complexe*, in *Raison présente*, 2010, n. 173, 9.
- LEDDA F., *Dell'autorità e del consenso nel diritto dell'amministrazione pubblica*, in *Foro amm.*, 1997, 1561.
- LENTINI L., *Limiti del potere della regione di fissare i tetti di spesa cd. retroattivi*, in *Urb. e app.*, 2012, 10, 1080.
- LESSONA S., *Il farmacista e l'esercizio della farmacia*, Firenze, 1912.
- LESSONA S., *La tutela della salute pubblica*, in P. CALAMANDREI – A. LEVI (diretto da), *Commentario sistematico alla Costituzione italiana*, Firenze, 1950, 330.
- LEVI F., *Aspetti pubblicistici dell'apertura e gestione delle farmacie*, in *Atti del XVIII Convegno di Studi di Scienza dell'amministrazione*, Milano, 1975, 141.
- LEVI G. A., *La pianta organica delle farmacie*, in P. BODDA (a cura di), *L'ordinamento sanitario*, II, *Gli ospedali e le farmacie*, Atti del congresso celebrativo del centenario delle leggi amministrative di unificazione, Vicenza, 1967, 119.
- LIBERTINI M., *Concorrenza*, in *Enc. dir.*, Annali III, Milano, 2010, 191.
- LIBERTINI M., *Diritto della concorrenza dell'Unione europea*, Milano, 2014.
- LIBERTINI M., *I fini sociali come limite eccezionale alla tutela della concorrenza: il caso del Decreto Alitalia*, in *Giur. cost.*, 2010, 474.
- LIBERTINI M., *La prospettiva giuridica: caratteristiche della normativa antitrust e sistema giuridico italiano*, in AA. AV., *Concorrenza e Autorità antitrust: un bilancio a dieci anni dalla legge*, Roma, 2001, 69.

- LIBERTINI M., *La tutela della concorrenza nell'ordinamento italiano: dal codice civile del 1942 alla riforma costituzionale del 2001*, in *Moneta e credito*, vol. 68, n. 272, 2015, 365.
- LIBERTINI M., *La tutela della concorrenza nella Costituzione italiana*, in *Giur. cost.*, 2005, 1428.
- LIBERTINI M., *La tutela della concorrenza nella Costituzione. Una rassegna critica della giurisprudenza costituzionale italiana dell'ultimo decennio*, in *Mercato, concorrenza, regole*, n. 3, 2014, 503.
- LIBERTINI M., *Le riforme del diritto dell'economia: regolazione e concorrenza*, in *Giorn. dir. amm.*, 2002, 7, 807.
- LIGUORI F. – ZOPPOLI A. (a cura di), *La sanità flessibile* Napoli, 2012.
- LOBIANCO R., *Servizi di mobilità a contenuto tecnologico nel settore del trasporto di persone con conducente: brevi riflessioni sulla natura giuridica del fenomeno Uber*, in *Dir. ec.*, 2018, 3, 1046.
- LOGROSCINO P. – SALERNO M., *La distribuzione dei farmaci tra libertà economiche e tutela della salute*, 3 aprile 2019, in *federalismi.it*, 7, 2019, 12.
- LOLLI A., *L'atto amministrativo nell'ordinamento democratico: studio sulla qualificazione giuridica*, Milano, 2000.
- LOMBARD M., *Service public et services universel, ou la double incohérence*, in *Les mutations contemporaines du droit public. Mélanges en l'honneur de Benoît Jeanneau*, Parigi, 2002, 496.
- LOMBARDI R., *La disciplina delle farmacie tra servizio pubblico e libera concorrenza*, *www.giustamm.it*, n. 6, 2009.
- LONGOBARDI N., *Attività economiche e semplificazione amministrativa. La direttiva Bolkestein modello di semplificazione*, in *Dir. proc. amm.*, 2009, 695.
- LONGOBARDI N., *Liberalizzazioni e libertà d'impresa*, in *Riv. trim. dir. comun.*, 2013, 603.
- LORENZI J., *La difficile qualificazione giuridica, a fini fiscali, della fattispecie "cessione licenza taxi"*, in *Iltributario.it*, 2, 2018.
- LUCCHINI GUASTALLA E., *Il trasferimento delle quote di emissione di gas serra*, in *Le nuove leggi civ. comm.*, 2005, 298.
- LUCIANI M. – ROBERTI G. M., *Il ruolo sociale e sanitario della farmacia nelle sentenze della Corte Costituzionale e della Corte di Giustizia Europea. Un sistema di regole a tutela della salute*, 13 maggio 2014, in *federfarma.it*
- LUCIANI M., (voce) *Diritto alla salute (diritto costituzionale)*, in *Enc. giur. Treccani*, XXVII, Roma, 1991.
- LUCIANI M., *Economia (nel diritto costituzionale)*, in *Dig. disc. pubbl.*, V, Torino, 1991, 373.
- LUCIANI M., *Il diritto costituzionale alla salute*, in *Dir. soc.*, 1980, 769.
- LUCIANI M., *La produzione economica privata nel sistema costituzionale*, Padova, 1983.
- MACCHIA M., *I contratti di concessione*, in *Giorn. dir. amm.*, 2016, 476.
- MACCHIA M., *La regolamentazione degli affidamenti da parte dei concessionari*, in *Riv. trim. dir. pubbl. comun.*, 1, 2018, 153.
- MAMELI B., *Concessioni amministrative*, in S. CASSESE (a cura di), *Dizionario di diritto pubblico*, II, Milano, 2006, 1111.
- MAMELI B., *Servizio pubblico e concessione. L'influenza del mercato unico sui regimi protezionistici e regolamentari*, Milano, 1998.
- MANCINI PALAMONI G., *Il principio di prevenzione*, in *ambientediritto.it*, 2014.
- MANFREDI G., *Accordi e azione amministrativa*, Torino, 2001.
- MANNORI L. – SORDI B., *Storia del diritto amministrativo*, Roma-Bari, 2001.
- MARIANO M., *La cessione di cubatura*, in *www.altalex.com*, 7 gennaio 2011.
- MARINO I. M., *Servizi pubblici e sistema autonomistico*, Milano, 1986.
- MARONGIU G., *Interesse pubblico e attività economica*, in *Jus*, 1991, 91.
- MARZUOLI C., *Mercato e valore dell'intervento pubblico*, in *Le Regioni*, 1993, 1593.
- MASERA S. R., *Concessioni idroelettriche. Evoluzione e prospettive*, Pisa, 2018.
- MASINI S., *Sulla definizione di quota lattiera: bene immateriale o licenza amministrativa?*, in *Dir. giur. agr. ambientale*, 1994, 112.

- MATHIEU B., *La protection du droit à la santé par le juge constitutionnel. A propos et à partir de la décision de la Cour constitutionnelle italienne n. 185 du 20 mai 1998*, in *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n. 6, 1999.
- MATTALIA M., *Gli operatori economici nella disciplina sugli appalti e concessioni tra concorrenza e solidarietà*, in *Dir. amm.*, 3, 2016, 465.
- MATTARELLA B. G., *Fortuna e decadenza dell'imperatività del provvedimento amministrativo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2012, 1.
- MATTARELLA B. G., *La Scia, ovvero dell'ostinazione del legislatore pigro*, in *Giorn. dir. amm.*, 2010, 1328.
- MATTARELLA B. G., *Le leggi di semplificazione e la qualità della regolazione*, in G. SCIULLO (a cura di), *La semplificazione nelle leggi e nell'amministrazione. Una nuova stagione*, Bologna, 2008, 21.
- MATTARELLA B., *Il provvedimento*, in S. CASSESE (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, Milano, 2000, I, 800.
- MATTIONI A., *Le quattro riforme della sanità. Una lettura sintomatica di snodi istituzionali fondamentali*, in R. BALDUZZI, *Trent'anni di Servizio sanitario nazionale*, Bologna, 2009, 263.
- MAUBLANC J. - V., *La cession des autorisations sanitaires*, in *RDS*, n. 3, 2020, 494.
- MAUBLANC J.-V., *Le marché des autorisations administratives à objet économique*, in *LGDJ*, 2019, 47.
- MAZZAMUTO M., *A cosa serve l'interesse legittimo?*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, 46.
- MAZZAMUTO M., *L'interesse legittimo: profili di teoria generale (a proposito di una recente monografia di Franco Gaetano Scoca)*, in *Dir. e proc. amm.*, 2017, 1639.
- MAZZAMUTO S., *Libertà contrattuale e utilità sociale*, in *Eur. e dir. priv.*, 2011, 365.
- MAZZAROLLI L., *Ancora qualche riflessione in tema di interesse legittimo dopo l'emanazione del codice del processo amministrativo (a margine di un pluridecennale, ma non esaurito, proficuo dialogo con Alberto Romano)*, in *Dir. proc. amm.*, 2011, 1207.
- MAZZIOTTI M., voce *Diritti sociali*, in *Enc. dir.*, XLIII, Milano, 1990, 806.
- MENICHETTI E., *Le sperimentazioni gestionali*, in R. BALDUZZI – G. CARPANI, *Manuale di diritto sanitario*, Bologna, 2013, 286.
- MERCURIO B., *La rilevanza dei requisiti oggettivi e l'indifferenza di quelli soggettivi in materia di Autorizzazione integrata ambientale: ricadute processuali e procedurali*, Nota a Consiglio di Stato, 20 gennaio 2015, n. 163, sez. V, in *Riv. giur. edilizia*, 1-2, 2016, 77.
- MERLIN A., voce *Acte administratif*, in *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence*, I, 1812, 65.
- MERLO N., *Sulla distinzione tra autorizzazioni e concessioni amministrative*, Milano, 1952.
- MERUSI F., (voce) *Servizio pubblico*, in *Noviss. Dig. it.*, XVII, Torino, 1970, 215.
- MERUSI F., *Il diritto privato della pubblica amministrazione alla luce degli studi di Salvatore Romano*, in *Dir. amm.*, 2004, 649.
- MERUSI F., *La nuova disciplina dei servizi pubblici*, in AIPDA, *Annuario*, 2001, Milano, 2002, 63.
- MERUSI F., *La semplificazione: problema legislativo o amministrativo?*, in *Nuove autonomie*, 2008, 335.
- MERUSI F., *Le leggi del mercato. Innovazione comunitaria e autarchia nazionale*, Bologna, 2002.
- MERUSI F., *Metamorfosi nell'intervento pubblico in economia. Dall'autorizzazione alla riserva di provvedimento inibitorio*, in *Dir. amm.*, 2015, 2-3, 579.
- MERUSI F., *Servizi pubblici instabili*, Milano, 1990.
- MESCHERIAKOFF A. S., *L'arrêt Bac d'Eloka: légende et réalité d'une gestion privée de la puissance publique*, in *RDP*, 1988, 1059.
- MIDIRI M., *Nuove tecnologie e regolazione: il «caso Uber»*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2018, 3, 1017.
- MIELE G., *Ente pubblico e concessione di pubblici servizi*, in *Foro amm.*, 1942, I, 2, 235, anche in *Scritti giuridici*, I, Milano, 1987, 359.
- MIELE G., *La manifestazione di volontà del privato nel diritto amministrativo*, Roma, 1931.
- MIELE G., *Principi di diritto amministrativo*, Padova, 1953.
- MIELE G., *Pubblica funzione e servizio pubblico*, in *Arch. giur. A. Serafini*, 1933, XXVI, 172.
- MOLASCHI V., *Autorizzazione, accreditamento e accordi contrattuali tra esigenze di contenimento della spesa pubblica e tutela della concorrenza*, in *Giur. it.*, 2014, III, 674.

- MOLASCHI V., *Giurisdizione esclusiva e tutela delle situazioni giuridiche soggettive degli utenti nel Servizio sanitario nazionale*, in *Sanità pubblica*, 2000, 5, 619.
- MOLASCHI V., *I livelli essenziali delle prestazioni in sanità*, in S. RODOTÀ – P. ZATTI (diretto da), *Trattato di Biodiritto*, vol. *Salute e sanità*, Milano, 2010, 445.
- MOLASCHI V., *Sanità*, in *Il diritto*, *Enc. giur. Sole24ore*, Milano, 2007, vol. 14, 30.
- MOLASCHI V., *Tutela della concorrenza, vincoli di spesa e rapporti tra Servizio sanitario nazionale e soggetti privati: una riflessione alla luce della riforma del Titolo V della Costituzione*, in *Foro amm.*, 5, 2004, 1271.
- MOLITERI A., *Il regime giuridico delle concessioni di pubblico servizio tra specialità e diritto comune*, in *Dir. amm.*, 4, 2012, 567.
- MOLITERNI A., *Semplificazione amministrativa e conflitto di interessi*, in *Dir. amm.*, 4, 2017, 699.
- MOQUET M. – ANGER L., *La continuité et l'accès aux services de santé*, in *Revue de droit sanitaire et social*, 2013, 21.
- MOR G., *Il riordino della sanità nelle crisi dello Stato sociale e della costituzione materiale*, in *Le Regioni*, 1994, 957.
- MORANA D., *Dal 1948 al 1978: l'interpretazione (riduttiva) dell'art. 32 Cost. nel primo "trienni sanitario"*, in R. BALDUZZI (a cura di), *Trent'anni di servizio sanitario nazionale*, Bologna, 2009, 322.
- MORANA D., *La salute come diritto costituzionale*, Torino, 2015.
- MORANA D., *La salute nella Costituzione italiana. Profili sistematici*, Milano, 2002.
- MORANA D., *La tutela della salute, fra libertà e prestazioni, dopo la riforma del titolo V. A proposito della sentenza n. 282 del 2002 della Corte Costituzionale*, in *Giur. cost.*, 3, 2002, 2034.
- MORANGE G., *Le declin de la notion juridique de service public*, in *Dalloz*, 1947, 49.
- MORBIDELLI G., (voce) *Iniziativa economica privata*, in *Enc. giur.*, XVIII, Roma, 1989.
- NANIA R., *Il diritto alla salute tra attuazione e sostenibilità*, in M. Sesta (a cura di), *L'erogazione della prestazione medica tra diritto alla salute, principio di autodeterminazione e gestione ottimale delle risorse sanitarie*, Rimini, 2014, 30.
- NAPOLITANO G., (voce) *Servizi pubblici*, in S. CASSESE (a cura di), *Dizionario di diritto pubblico*, Milano, 2006, 5517.
- NAPOLITANO G., *Liberalizzazioni e buona amministrazione*, in *Giorn. dir. amm.*, 3, 2015, 293.
- NAPOLITANO G., *Regole e mercato nei servizi pubblici*, Bologna, 2005.
- NAPOLITANO G., *Servizi pubblici e rapporti di utenza*, Padova, 2001.
- NATALINI A., *I limiti della semplificazione*, in *Le Istituzioni del federalismo*, 1, 2003, 69.
- NATALINI A., *Le semplificazioni amministrative*, Bologna, 2002.
- NEVEU, B., *Le nouveau régime des modifications des contrats de concession*, in *CSP*, 2016, numéro special, 45.
- NICOLOSO B. R., *L'evoluzione del sistema farmacia ed i principi che lo regolano nel contesto della normativa comunitaria e del federalismo regionale*, in *Sanità pubbl. e priv.*, 2004, 2, 179.
- NIGRO M., *Giustizia amministrativa*, (a cura di) E. CARDI – A. NIGRO – F. TRIMARCHI, Bologna, 1996.
- NIGRO M., *L'edilizia popolare come servizio pubblico*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1957, 183.
- NINATTI S., *Iniziativa economica privata (libertà di)*, in S. CASSESE (diretto da), *Dizionario di diritto pubblico*, Milano, 2006, 3145.
- ONETO A., *Problemi transitori riguardanti la normativa in materia di autorizzazione ed accreditamento delle strutture sanitarie*, in *Sanità pubbl. e priv.*, 2003, 829;
- ONETO A., *Problemi transitori riguardanti la normativa in materia di autorizzazione ed accreditamento delle strutture sanitarie*, in *Sanità pubbl. e priv.*, 2003, 7-8, 829.
- ONIDA V., *La Costituzione*, Bologna, 2007.
- ORSI BATTAGLINI A., *Attività vincolata e situazioni giuridiche soggettive*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1988, 3.
- ORSI BATTAGLINI A., voce *Autorizzazione amministrativa*, in *Dig. (disc. pubbl.)*, Torino, 1987, II, 58.

- ORTOLANI G., *Autorizzazione e approvazione*, in *Scritti giuridici in onore di Santi Romano*, II, Padova, 1940, 251.
- ORUSA L., *Cessione delle licenze commerciali e delle autorizzazioni di polizia*, in *Dir. dell'economia*, Torino, 1957, n. 4, 475.
- OTTAVIANO V., *La regolazione del mercato. I principi costituzionali*, in F. GALGANO (diretto da), *Trattato dir. comm. e dir. pubbl. ec.*, III, Padova, 1979, 452.
- PACE A., *Iniziativa privata e governo pubblico dell'economia. Considerazioni preliminari*, in *Libertà e autonomie nella Costituzione*, Scritti in onore di Egidio Tosato, II, Milano, 1982, 531.
- PACE A., *Libertà «del» mercato e «nel» mercato*, in *Pol. Dir.*, 1993, 327.
- PACE A., *Problematica delle libertà costituzionali, Parte generale*, III ed., Padova, 2003.
- PADOA SCHIOPPA T., *Il governo dell'economia*, in *Lo Stato delle istituzioni italiane. Problemi e prospettive*, Milano, 1994, 294.
- PAJNO A., *Gli artt. 19 e 20 della legge 241 prima e dopo la legge 24 dicembre 1993, n. 537, intrapresa dell'attività privata e silenzio dell'amministrazione*, in *Dir. proc. amm.*, 1994, 22.
- PAJNO A., *La nuova disciplina dei contratti pubblici tra esigenze di semplificazione, rilancio dell'economia e contrasto alla corruzione*, in *Riv. it. dir. pubbl. comun.*, 2015, 1127 e in *giustizia-amministrativa.it*.
- PAOLANTONIO N. – GIULIETTI W., *La segnalazione certificata di inizio attività*, in M. A. SANDULLI (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, Milano, 2011, 752.
- PAOLANTONIO N., *Esistenza dell'interesse legittimo? (Rileggendo Franco Ledda)*, in *Dir. amm.*, 1, 2015, 1.
- PAPA A., *La tutela multilivello della salute nello spazio europeo: opportunità o illusione?*, in *Federalismi.it*, 14 settembre 2018.
- PARIS D., *Il ruolo delle Regioni nell'organizzazione dei servizi sanitari e sociali a sei anni dalla riforma del Titolo V: ripartizione delle competenze e attuazione del principio di sussidiarietà*, in *Le Regioni*, 2007, 983.
- PARISIO V., (voce) *Servizi Pubblici e monopoli*, in E. PICOZZA (a cura di), *Dizionario di diritto pubblico dell'economia*, Rimini, 1988, 687.
- PASQUINI M. – PASQUINI PERUZZI D., *Il servizio sanitario nazionale. Profili funzionali e strutturali*, Napoli, 1979.
- PASTORI G., *L'amministrazione per accordi nella recente progettazione legislativa*, in F. TRIMARCHI (a cura di), *Il procedimento amministrativo fra riforme legislative e trasformazioni dell'amministrazione*, Atti del Convegno di Messina-Taormina, 25-26 febbraio 1988, Milano, 1990, 77.
- PASTORI G., *Pubblico e privato nella sanità e nell'assistenza*, in *Sanità pubbl.*, 2002, 11-12, 1281.
- PASTORI G., *Sussidiarietà e diritto alla salute*, in *Dir. pubbl.*, 1, 2002, 93.
- PELLIZZARI S., *Make it better and simpler. Semplificazione amministrativa e principio di semplicità dell'azione dei pubblici poteri nell'ambito dell'ordinamento dell'Unione Europea*, in *Dir. pubbl.*, 2012, 265.
- PELLIZZER F., *Interessi pubblici e situazioni soggettive nella disciplina della concorrenza e del mercato*, Bologna, 1992.
- PERFETTI L. R., *Contributo ad una teoria dei pubblici servizi*, Padova, 2001.
- PERFETTI L. R., *Miti e realtà nella disciplina dei servizi pubblici locali*, in *Dir. amm.*, 2006, 2, 387.
- PERFETTI L. R., *Servizi di interesse economico generale e pubblici servizi (sulla Comunicazione della Commissione Europea relativa ai servizi di interesse generale del 20 settembre 2000)*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2001, 3-4, 479.
- PERIC G., *Le concessioni tra pubblico e privato*, in M. CAFAGNO – A. BOTTO - G. FIDONE – G. BOTTINO (a cura di), *Negoziazioni pubbliche. Scritti su concessioni e partenariati pubblico-privati*, Milano, 2013, 5.
- PERINI A., *Le trasformazioni in atto nel settore dei servizi di pubblica utilità: privatizzazione, concorrenza, regolazione*, in *Dir. e soc.*, 1997, 235.
- PERONGINI S. (a cura di), *Al di là del nesso autorità/libertà: tra legge e amministrazione*, Atti del convegno Salerno 14-15 novembre 2014, Torino, 2017.

- PERONGINI S., *Teoria e dogmatica del provvedimento amministrativo*, Torino, 2016.
- PEZZINI B., *Diritto alla salute e diritto all'assistenza tra tensione all'uniformità e logiche della differenziazione*, in R. BALDUZZI – G. DI GASPARE (a cura di), *Sanità e assistenza dopo la riforma del titolo V*, Milano, 2002.
- PEZZINI B., *Principi costituzionali e politica della sanità*, in C. E. GALLO – B. PEZZINI (a cura di), *Profili attuali del diritto alla salute*, Milano, 1998.
- PIASCO S., *Servizio farmaceutico*, in *Noviss. Dig. it.*, App., 1987, 166.
- PIAZZA I., *La disciplina dell'attività amministrativa di soggetti privati tra autonomia organizzativa e garanzie degli amministrati*, in *Dir. amm.* 2-3, 2015, 541.
- PICCIOLI C., *Contributo all'individuazione del fondamento costituzionale della normativa a tutela della concorrenza*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1996, I, 60.
- PICOZZA E., *Le concessioni nel diritto dell'Unione europea. Profili e prospettive*, in M. CAFAGNO – A. BOTTO -G. FIDONE – G. BOTTINO (a cura di), *Negoziazioni pubbliche. Scritti su concessioni e partenariati pubblico-privati*, Milano, 2013, 18.
- PINELLI C., *Attualità dell'art. 41 Cost., con particolare riferimento alla "utilità sociale"*, in *centroinformastato.it*, 2011.
- PINELLI C., *La tutela della concorrenza come principio e come materia. La giurisprudenza costituzionale 2004-2013*, in *www.rivistaaic.it*, 2014.
- PINELLI C., *Liberalizzazione delle attività produttive e semplificazione amministrativa. Possibilità e limiti di un approccio giuridico*, in *Dir. amm.*, 2014, 355.
- PINI O., *Il principio di continuità nel diritto amministrativo. Profili ricostruttivi generali e possibili prospettive ermeneutiche*, Milano, 2016.
- PINI O., *Nuove frontiere del servizio pubblico locale: Uber tra regolazione, giurisprudenza e ruolo delle autonomie*, in *Nuove autonomie*, 2015, 401.
- PIOGGIA A. – DUGATO M. – RACCA G. M. - CIVITARESE MATTEUCCI S., *Oltre l'aziendalizzazione del servizio sanitario. Un primo bilancio*, Milano, 2008.
- PIOGGIA A., *Di cosa parliamo quando parliamo di diritto alla salute?*, in *Istituzioni del federalismo*, 2, 2017, 293.
- PIOGGIA A., *Diritto sanitario e dei servizi sociali*, Torino, 2017.
- PIOGGIA A., *L'amministrazione pubblica in forma privata. Un confronto con la Francia e una domanda: che fine ha fatto il "pubblico servizio" in Italia?*, in *Dir. amm.*, 3, 2013, 481.
- PIOGGIA A., *La concessione di pubblico servizio come provvedimento a contenuto convenzionalmente determinato. Un nuovo modello per uno strumento antico*, in *Dir. pubbl.*, 1995, 567.
- PIOGGIA A., *La differenziazione regionale in sanità: l'organizzazione*, in *Giorn. dir. amm.*, 2019, 3, 292.
- PIPERATA G., *Farmacie*, in S. CASSESE (a cura di), *Dizionario di diritto pubblico*, Milano, 2006, 2447.
- PISSALOUX J. – FRANGI M., *La simplification normative et administrative. État des lieux, enjeux et perspectives*, Fondation Varenne, Institut francophone pour la justice et la démocratie, 2020.
- POLICE A., *La predeterminazione delle decisioni amministrative*, Napoli, 1997.
- POLLICINO O. – LUBELLO V., *Un monito complesso ed una apertura al dibattito europeo rilevante: Uber tra giudici e legislatori*, in *Giur. cost.*, 6, 2016, 2479.
- PORTALURI P. L., *Potere amministrativo e procedimenti consensuali*, Milano, 1998.
- POTOTSCHNIG U., *I pubblici servizi*, Padova, 1964.
- POTOTSCHNIG U., *Poteri pubblici e attività produttive*, in *Dir. economia*, 1990, 33.
- POTOTSCHNIG U., *Scritti scelti*, Padova, 1999.
- PREDIERI A., *Economia sociale di mercato nell'Europa di Maastricht*, in *Dir. comm. internaz.*, 1995, 53.
- PROMSY FR., *Essai d'une théorie générale des autorisations administratives*, Jouve, 1923.
- PROSPERETTI L., *I rapporti tra regolazione e tutela della concorrenza. Teoria economica ed esperienze recenti*, in *Mercato Concorrenza Regole*, 2, 2020, 277.
- QUAGLIA M. A., *La conferenza di servizi come strumento di semplificazione e di coordinamento degli interessi nel procedimento amministrativo*, in *Quad. reg.*, 2006, 39.
- QUARANTA A., *Il sistema di assistenza sanitaria*, Milano, 1985.

- QUARANTA A., *L'accreditamento come atto di abilitazione nel Servizio sanitario nazionale*, in *Ragiusan*, 2003, 15.
- RACCA G. M., *I servizi pubblici nell'ordinamento comunitario*, in *Dir. amm.*, 1994, 2, 201.
- RAGGI L., *L'atto amministrativo e la sua revocabilità*, Città di Castello, 1904.
- RAGGI L., *Sull'atto amministrativo*, in *Rivista di diritto pubblico*, 1917, I, 145.
- RAGONESI V., *Farmacia*, in G. GUARINO (a cura di), *Dizionario amministrativo*, I, Milano, 1983, 906.
- RAMAJOLI M., *Liberalizzazione: una lettura giuridica*, in F. MANGANARO, A. ROMANO TASSONE, F. SAITTA (a cura di), *Liberalizzare o regolamentare: il diritto amministrativo di fronte alla crisi*, Atti del XVII convegno di Copanello, 29-30 giugno 2012, Milano, 2013.
- RAMAJOLI M., *Concessioni di servizio pubblico e diritto comunitario*, in *Dir. amm.*, 1993, 563.
- RAMAJOLI M., *Gli accordi tra amministrazione e privati ovvero della costruzione di una disciplina tipizzata*, in *Dir. amm.*, 4, 2019, 675.
- RAMAJOLI M., *La regolazione amministrativa dell'economia e la pianificazione economica nell'interpretazione dell'art. 41 della Costituzione*, in *Dir. amm.*, 2008, 1, 121.
- RAMEL A. – HUMBERT E., *L'application du principe du silence de l'administration valant accord*, in *Le Courrier des maires*, n. 298, 2016, 33.
- RANELLETTI O. – AMORTH A., *Atti amministrativi*, in *Nuovo Dig. it.*, I, 1937, XVI, Torino, 1091.
- RANELLETTI O., *Per la distinzione degli atti d'impero e di gestione*, in *Studi di diritto romano, di diritto moderno e di storia del diritto in onore di V. Scialoja*, I, Milano, 1905, 703 e in *Scritti giuridici scelti* (a cura di E. FERRARI – B. SORDI), III, Napoli, 1992, 655.
- RANELLETTI O., *Principi di diritto amministrativo*, Napoli, 1912.
- RANELLETTI O., *Teoria generale delle autorizzazioni e concessioni amministrative, Parte I, Concetto e natura delle autorizzazioni e concessioni amministrative*, in *Giur. it.*, 1894, IV, 7.
- RANELLETTI O., *Teoria generale delle autorizzazioni e concessioni amministrative, Parte II, Capacità e volontà nelle autorizzazioni e concessioni amministrative*, in *Riv. it. sc. giur.*, XVII, 1894, 3-100, 315-372.
- RANELLETTI O., *Teoria generale delle autorizzazioni e concessioni amministrative, Parte III, Facoltà create dalle autorizzazioni e concessioni amministrative*, in *Riv. it. sc. giur.*, vol. XIX, 1895, 3, vol. XX, 255, XXI, 1896, 77-172, 350-379, XXII, 177.
- RANGONE N., *I servizi pubblici*, Bologna, 1999.
- RANGONE N., *I trasporti pubblici di linea*, in S. CASSESE (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, II, Milano, 2003, 2266.
- RANGONE N., *La semplificazione delle regole e delle procedure amministrative*, in *www.treccani.it*, 13 maggio 2010.
- RANGONE N., *Le programmazioni economiche. L'intervento pubblico tra piani e regole*, Bologna, 2009.
- RANGONE N., *Regolazione*, in S. CASSESE (diretto da), *Dizionario di diritto pubblico*, Milano, 2006, 5057.
- RANGONE N., *Semplificazione amministrativa*, in *Enc. giur.*, Roma, 2014.
- RANGONE N., *Servizi pubblici e servizi (economici) di pubblica utilità*, in *Dir. pubbl.*, 1999, 371.
- REALFONZO U., *Le concessioni nel nuovo Codice dei contratti pubblici*, in *giustamm.it*, 4, 2016.
- REBUFFA G., *La formazione del diritto amministrativo in Italia. Profili di amministrativisti preorlandiani*, Bologna, 1981.
- RENNA M., *Le semplificazioni amministrative (nel decreto legislativo n. 152 del 2006)*, in *Riv. giur. ambiente*, 2009, 661.
- RESTA G., *Uber di fronte alle corti europee*, Nota a Tribunale Torino, 22 marzo 2017, in *Il Diritto dell'Informazione e dell'Informatica*, 2, 2017, 330.
- RICCHI M., *La nuova Direttiva comunitaria sulle concessioni e l'impatto sul Codice dei contratti pubblici*, in *Urb. e app.*, 7, 2014, 741.
- RIDOLA P., *Diritti di libertà e mercato nella "costituzione europea"*, in *Quaderni costituzionali*, 1, 2000, 15.

- RIVERO J., *Droit administratif*, Paris, 1962.
- RIVERO J., *Hauriou et l'avènement de la notion de service public*, in *L'évolution du droit public. Études en l'honneur d'Achille Mestre*, Paris, 1956, 461.
- ROMANO A., *I soggetti e le situazioni soggettive nel diritto amministrativo*, in L. MAZZAROLLI - G. PERICU - A. ROMANO - F. ROVERSI MONACO - F. G. SCOCA (a cura di), *Diritto amministrativo*, I, *Parte generale*, Bologna, 2005, 145.
- ROMANO A., *In tema di concessioni-contratto*, in *Foro amm.*, 1958, I, 2, 333.
- ROMANO A., *La concessione di un pubblico servizio*, in G. PERICU - A. ROMANO - V. SPAGNUOLO VIGORITA (a cura di), *La concessione di pubblico servizio*, Milano, 1995, 32.
- ROMANO A., *La situazione legittimante al processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 1989, 511.
- ROMANO A., *Potere amministrativo e situazioni giuridiche soggettive*, in *L'interesse pubblico tra politica e amministrazione*, vol. II, Napoli, 2010, 405.
- ROMANO A., *Profili della concessione di pubblici servizi*, in *Dir. amm.*, 1994, 459.
- ROMANO A., *Riflessioni dal Convegno: autorità, consenso e ordinamento generale*, in AIPDA, *Annuario 2011. L'atto autoritativo*, Napoli, 2012, 363.
- ROMANO C., *Nuove tecnologie per il mitridatismo regolamentare: il caso Uber Pop*, in *Mercato concorrenza regole*, 2015, 133.
- ROMANO San., *Corso di diritto amministrativo*, Padova, 1937.
- ROMANO San., *Diritto amministrativo*, Milano, 1928.
- ROMANO San., *L'ordinamento giuridico*, Pisa, 1918 – II ed. Firenze, 1946 - rist. 1951 e 1962.
- ROMANO San., *La teoria dei diritti pubblici subbiettivi*, in V. E. ORLANDO (a cura di), *Primo trattato completo di Diritto amministrativo italiano*, vol. I., Milano, 1900.
- ROMANO San., *Principi di diritto amministrativo italiano*, II ed., Milano, 1906.
- ROMANO TASSONE A., *L'azienda sanitaria tra democrazia e tecnocrazia*, in *Sanità pubbl. e priv.*, 1997, 387.
- ROMANO TASSONE A., *Situazioni giuridiche soggettive (dir. amm.)*, in *App. enc. dir.*, Milano, 1998, II, 966.
- ROMBAUT J., *Le régime juridique des services publics industriels et commerciaux*, in *Revue de droit international et de droit comparé*, 1954, numéro spécial, 269.
- ROPPO V., *Privatizzazioni e ruolo del «pubblico»: lo Stato regolatore*, in *Pol. dir.*, 1997, 627.
- ROSSI L. S. – BOTTARI C., *Sanità e diritti fondamentali in ambito europeo e italiano*, Rimini, 2013.
- ROVERSI MONACO F. – BOTTARI C. (a cura di), *La tutela della salute tra garanzie degli utenti ed esigenze di bilancio*, Rimini, 2012.
- ROVERSI MONACO F. (a cura di), *Il nuovo servizio sanitario nazionale*, Rimini, 2000.
- ROVERSI MONACO F. (a cura di), *Le concessioni di servizi pubblici*, Atti della giornata di studio organizzata dall'Università di Bologna, Scuola di Specializzazione in Diritto Amministrativo e Scienza dell'Amministrazione in collaborazione con ANIG – Associazione nazionale industriali gas, Roma, 3 dicembre 1987, Rimini, 1988.
- ROVERSI MONACO F. (a cura di), *Riordinamento del Servizio Sanitario nazionale*, Rimini, 1991.
- ROVERSI MONACO F. (coordinato da), *Il servizio sanitario nazionale. Commento alla l. 23 dicembre 1978, n. 833*, Milano, 1979.
- ROVERSI MONACO F. (coordinato da), *La nuova sanità*, Rimini, 1995.
- RUSSO C., *Trasmisibilità a terzi del risarcimento del danno*, in *treccani.it.*, 2014.
- RUSSO VALENTINI R., *Commento agli artt. 8 bis, 8 ter, 8 quater, 8 quinquies, 8 sexies, 8 septies, 8 octies*, in F. A. ROVERSI MONACO (a cura di), *Il nuovo servizio sanitario nazionale*, Rimini, 2000, 305.
- SAITTA F., *Strutture e strumenti privatistici dell'azione amministrativa*, in *Dir. amm.*, 2016, 549.
- SAITTO F., *La Corte costituzionale, la tutela della concorrenza e il "principio generale della liberalizzazione" tra Stato e Regioni*, in *www.associazionedeicostituzionalisti.it*, n. 4, 2012, 6.
- SALERNO G. C., *Servizi di interesse generale e sussidiarietà orizzontale fra ordinamento costituzionale e ordinamento dell'Unione europea*, Torino, 2010.
- SANDULLI A. M., *Abilitazioni, autorizzazioni, licenze*, in *Rass. dir. pubbl.*, XIII, 1958, 9.

- SANDULLI A. M., *Il procedimento amministrativo*, Milano, 1940, rist., 1959.
- SANDULLI A. M., *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, 1960 e 1966.
- SANDULLI A. M., *Notazioni in tema di provvedimenti amministrativi*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, VII, 1957, 4, 784.
- SANDULLI A., *Procedimento amministrativo*, in S. CASSESE (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo, Diritto amministrativo generale*, II, Milano, 2003, 1249.
- SANDULLI M. A. (a cura di), *Codificazione, semplificazione e qualità delle regole*, Milano, 2005.
- SANDULLI M. A., *Il partenariato pubblico – privato e il diritto degli appalti e delle concessioni: profili di tutela*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2005, 167.
- SANDULLI M. A., *Il procedimento amministrativo e la semplificazione*, Report annuale 2013, in *www.ius-publicum.com*.
- SANDULLI M. A., *La semplificazione dell'azione amministrativa: considerazioni generali*, in *Nuove autonomie*, 2008, 3-4, 405.
- SANTANGELI M., *Concorrenza e programmazione nel sistema delle autorizzazioni sanitarie: brevi riflessioni sull'adeguatezza del sistema vigente tra regole nazionali ed assetti regionali*, in *amministrazioneincammino.luiss.it*, 2015.
- SANTINELLO P., (voce) *Sanità pubblica*, in *Dig. disc. pubbl.*, vol. 13, Torino, 1997, 547.
- SANTINI M., *La conferenza di servizi*, Roma, 2008.
- SANTURI A., *Il servizio farmaceutico: dal contesto UE al recente "pacchetto liberalizzazioni"*, in *www.giustamm.it*, 1, 2012.
- SARPI F., *La crociata contro gli oneri amministrativi. Attori, processi, tecniche e risultati della misurazione degli oneri amministrativi in alcuni Paesi europei: un'analisi comparata*, in A. NATALINI – G. TIBERI (a cura di), *La tela di Penelope. Primo Rapporto Astrid sulla semplificazione legislativa burocratica*, Bologna, 2010, 333.
- SATTA F., *Liberalizzazione e semplificare*, in *Dir. amm.*, 2012, 177.
- SAUL M., *Il trasferimento al privato del rischio economico di gestione quale tratto distintivo della concessione rispetto all'appalto di servizi e le conseguenze in tema di normativa applicabile*, Nota a Cons. St., sez. VI, 4 settembre 2012, n. 4682, in *Foro amm. CdS*, 1, 2013, 243.
- SCHINAIA M., *Notazioni sulla nuova legge sul procedimento amministrativo con riferimento alla deregulation delle attività soggette a provvedimenti autorizzatori ed all'inerzia dell'amministrazione*, in *Dir. proc. amm.*, 1991, 184.
- SCOCA F. G. - D'ORSOGNA M., *Silenziò, clamori di novità*, in *Dir. proc. amm.*, 1995, 393.
- SCOCA F. G. (a cura di), *Giustizia amministrativa*, Torino, V ed., 2013.
- SCOCA F. G., *Analisi giuridica della conferenza di servizi*, in *Dir. amm.*, 1999, II, 255.
- SCOCA F. G., *Attività amministrativa*, in *Enc. Dir.*, agg. VI, Milano, 2002.
- SCOCA F. G., *Attualità dell'interesse legittimo?*, in *Dir. proc. amm.*, 2011, 379.
- SCOCA F. G., *Contributo sulla figura dell'interesse legittimo*, Milano, 1990.
- SCOCA F. G., *Diritto amministrativo*, Torino, 2017.
- SCOCA F. G., *Interesse legittimo e giudice amministrativo: variazioni in chiave colloquiale*, in *Dir. proc. amm.*, 2010, 15.
- SCOCA F. G., *L'interesse legittimo. Storia e teoria*, Torino, 2017.
- SCOCA F. G., *La teoria del provvedimento dalla sua formulazione alla legge sul procedimento*, in *Dir. amm.*, 1995, 1.
- SCOCA F. G., *Le situazioni giuridiche soggettive nel pensiero di Antonio Romano Tassone*, in *Dir. amm.*, 3, 2014, 454.
- SCOCA F. G., voce *Interessi protetti (dir. amm.)*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. XVII, Roma, 1989.
- SCOTTI E., *Silenziò-assenso e discrezionalità tra legalità e autonomia: la lezione istituzionale*, in *Studi in onore di Alberto Romano*, II, Napoli, 2011, 943.
- SERGES GIU., *Il diritto alla salute nell'ordinamento costituzionale francese. Una rassegna della giurisprudenza del Conseil constitutionnel*, in *federalismi.it – Osservatorio di diritto sanitario*, 25 luglio 2018.

- SEUROT L., *Autorisations sanitaires et théorie générale des autorisations administratives*, in *RDSS*, n. 3, 2020, 468.
- SILVESTRI E., *Il riscatto delle concessioni amministrative*, Milano, 1956.
- SILVESTRI E., voce *Concessione amministrativa*, in *Enc. dir.*, VIII, Milano, 1961, 370.
- SORACE D.–MARZUOLI C., voce *Concessioni amministrative*, in *Dig. disc. pubbl.*, III, Torino, 1989, 280.
- SORACE D., *La riflessione giuridica di Umberto Pototschnig: i “servizi pubblici”*, in *Dir. pubbl.*, 2, 2002, 592.
- SORACE D., *Note sui «servizi pubblici locali» dalla prospettiva della libertà di iniziativa, economica e non dei privati*, in *Studi in onore di V. Ottaviano*, vol. II, Milano, 1993, 1142.
- SORACE D., *Servizi pubblici e servizi (economici) di pubblica utilità*, in *Dir. pubbl.*, 1999, 371.
- SPAGNUOLO VIGORITA V., (voce) *Economia (intervento della p. a. nell’)*, in *Nov. Dig. it.*, VI, Torino, 1960.
- SPAGNUOLO VIGORITA V., *Aspetti giuridici della disciplina dell’iniziativa privata*, in *Dir. dell’ec.*, 1955, 889.
- SPAGNUOLO VIGORITA V., *Attività economica privata e potere amministrativo*, Napoli, 1962.
- SPAGNUOLO VIGORITA V., *L’iniziativa economica privata nel diritto pubblico*, Napoli, 1959.
- SPAMPINATO B., *Interesse legittimo e dintorni*, in *Dir. amm.*, 2, 2019, 275.
- SPANDONARO F., *Analisi e prospettive del mercato della distribuzione al pubblico di farmaci*, Roma, 2012.
- SPANICCIATI F., *Pubblico e privato nell’accreditamento sanitario*, in *Giorn. dir. amm.*, 5, 2016, 673.
- STELLA RICHTER P., *Atti e poteri amministrativi (tipologia)*, in G. GUARINO (a cura di), *Dizionario di diritto amministrativo*, Milano, 1983, 357.
- STICCHI DAMIANI E. (a cura di), *Studi in tema di liberalizzazioni. Riflessi giuridici dell’evoluzione della disciplina*, Torino, 2008.
- TARONI F., *La non nascita del SSN: occasione perduta o strada non presa? Continuità e cesure nelle politiche sanitarie e nella legislazione sociale del secondo dopoguerra in Italia*, in R. BALDUZZI (a cura di), *Trent’anni di servizio sanitario nazionale*, Bologna, 2009, 377.
- TARONI F., *Le 3A: autorizzazione, accreditamento, accordi contrattuali*, in R. BALDUZZI–G. CARPANI, *Manuale di Diritto Sanitario*, Bologna, 2013, 427.
- TEGA D., *La Corte di giustizia qualifica i servizi offerti da Uber*, in *federalismi.it*, 2018.
- TIBERI G., *L’Unione europea e la liberalizzazione dei servizi: la sfida della creazione di un «mercato interno dei servizi»*, in B. G. MATTARELLA – A. NATALINI (a cura di), *La regolazione intelligente. Un bilancio critico delle liberalizzazioni italiane*, Firenze, 2013, 87.
- TONOLETTI B., *Fuga dal regolamento e confini della normatività del diritto amministrativo*, in *Dir. amm.*, 2015, 389.
- TONOLETTI B., *Le situazioni giuridiche soggettive nel diritto amministrativo*, in *Quaderni del seminario di Studi e Ricerche Parlamentari S. Tosi*, n. 20, 2009, in www.centrostudiparlamentari.it.
- TORCHIA L., *La conferenza di servizi e l’accordo di programma ovvero della difficile semplificazione*, in *Giorn. dir. amm.*, 1997, 675.
- TORCHIA L., *La nuova direttiva europea in materia di appalti servizi e forniture nei settori ordinari*, Relazione per il LXI Convegno di Studi Amministrativi, *La nuova disciplina dei contratti pubblici fra esigenze di semplificazione, rilancio dell’economia e contrasto alla corruzione*, Varenna 17-19 settembre 2015, in *Dir. amm.*, 2-3, 2015.
- TORCHIA L., *Tendenze recenti sulla semplificazione amministrativa*, in *Dir. amm.*, 1998, 404.
- TORCHIA L., *Teoria e prassi delle decisioni amministrative*, in *Dir. amm.*, 1, 2017, 1.
- TORRICELLI S., *Libertà economiche europee e regime del provvedimento amministrativo nazionale*, Rimini, 2013.
- TRAVI A. (a cura di), *Colloquio sull’interesse legittimo*. Atti del Convegno in memoria di Umberto Pototschnig, Milano, 19 aprile 2013, Napoli, 2014.
- TRAVI A., *Introduzione ad un colloquio sull’interesse legittimo*, in *Dir. amm.*, 2013, 1.

- TRAVI A., *La (diretta o indiretta) regolazione dei prezzi: presupposti e limiti di ammissibilità nei mercati liberalizzati. Stimoli all'efficienza e principio di aderenza ai costi*, in E. BRUTI LIBERATI – F. DONATI (a cura di), *La regolazione dei servizi di interesse economico generale*, Torino, 2010, 177.
- TRAVI A., *La liberalizzazione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1998, 3, 645.
- TRAVI A., *La semplificazione amministrativa come strumento per far fronte alla crisi economica*, in *Giustamm.it*, 5, 2016.
- TRENTIN S., *L'atto amministrativo*, Roma, 1915.
- TREVOUX F., *Du service public de droit public au service public économique*, in *Recueil d'études en l'honneur de Lambert*, II, Paris, 1938, 405.
- TRIMARCHI BANFI F., *Considerazioni sui "nuovi" servizi pubblici*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2002, 945.
- TRIMARCHI BANFI F., *Il diritto privato dell'amministrazione pubblica*, in *Dir. amm.*, 2004, 661.
- TRIMARCHI BANFI F., *Il principio di concorrenza: proprietà e fondamento*, in *Dir. amm.*, 1-2, 2013, 15.
- TRIMARCHI BANFI F., *Il principio di legalità e l'impiego del diritto privato per compiti dell'amministrazione pubblica*, in *Amministrare*, 1-2, 2008.
- TRIMARCHI BANFI F., *Interesse legittimo: teoria e prassi*, in *Dir. proc. amm.*, 2013, 1005.
- TRIMARCHI BANFI F., *L'accordo come forma dell'azione amministrativa*, in *Politica del diritto*, 1993, 237.
- TRIMARCHI BANFI F., *L'interesse legittimo: teoria e prassi*, in *Dir. proc. amm.*, 2013, 1017.
- TRIMARCHI BANFI F., *Organizzazione economica ad iniziativa privata e organizzazione economica ad iniziativa riservata negli articoli 41 e 43 della Costituzione*, in *Politica del diritto*, 1992, 3.
- TRIMARCHI BANFI F., *Profili organizzativi della concessione di pubblici servizi*, Milano, 1967.
- TRIMARCHI BANFI F., *Pubblico e privato nella sanità*, Milano, 1990.
- TRIMARCHI BANFI F., *Ragionevolezza e bilanciamento nell'attuazione dei principi costituzionali. Il principio di concorrenza nei giudizi in via principale*, in *Dir. amm.*, 4, 2015, 623.
- TRIMARCHI M., *Stabilità del provvedimento e certezze dei mercati*, in *Dir. amm.*, 3, 2016, 321.
- TROPEA G., *La discrezionalità amministrativa tra semplificazioni e liberalizzazioni, anche alla luce della legge n. 124/2015*, in *Dir. amm.*, 1-2, 2016, 121.
- TUBERTINI C., *La garanzia dei livelli essenziali delle prestazioni nell'organizzazione sanitaria*, in A. PIOGGIA – M. DUGATO – G. M. RACCA – S. CIVITARESE MATTEUCCI (a cura di), *Oltre l'aziendalizzazione del servizio sanitario. Un primo bilancio*, Roma-Milano, 2008, 433.
- TUBERTINI C., *Pubblica amministrazione e garanzia dei livelli essenziali delle prestazioni. Il caso della tutela della salute*, Bologna, 2008.
- VANDELLI L., *Tendenze e difficoltà della semplificazione amministrativa*, in *Nuove autonome*, 2008, 417.
- VENCHI M. A., *Trasporti pubblici in concessione*, in *Enc. giur.*, XLIV, 1992, 1101.
- VERDECCHIA G., *La carta dei servizi: strumento di comunicazione e di pianificazione*, in *Sanità pubbl. e priv.*, 1988, 5, 537.
- VESPERINI G., *La semplificazione dei procedimenti amministrativi*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1998, 655.
- VESPERINI G., *Semplificazione amministrativa*, in S. CASSESE (a cura di), *Dir. dir. pubbl.*, VI, Milano, 2006, 5479.
- VICARELLI G., *Dal 1948 al 1979: perché così tardi?*, in R. BALDUZZI (a cura di), *Trent'anni di servizio sanitario nazionale*, Bologna, 2009, 439.
- VIDETTA C. (a cura di), *Tutela della salute e semplificazione*, Napoli, 2015.
- VIDETTA C., *La semplificazione alla prova. Il problema della tutela della salute nella l. n. 241/1990*, in ID. (a cura di), *Tutela della salute e semplificazione. Una riflessione a più voci*, Napoli, 2015.
- VIGNOCCHI G., *La natura giuridica dell'autorizzazione amministrativa*, Padova, 1944.
- VILLATA R. – RAMAJOLI M., *Il provvedimento amministrativo*, Torino, 2017.
- VILLATA R., *Autorizzazioni amministrative e iniziativa economica privata. Profili generali*, Milano, 1974.
- VILLATA R., *L'atto amministrativo*, in L. MAZZAROLLI, G. PERICU, A. ROMANO, F. A. ROVERSI MONACO, F. G. SCOCA (a cura di), *Diritto amministrativo*, I, Bologna, 2005, 842.
- VILLATA R., *Pubblici servizi: discussioni e problemi*, Milano, V ed., 2008.
- VIPIANA P. M., *L'attività amministrativa ed i regimi amministrativi delle attività private*, Padova, 2017.
- VIRGA P., *Eccesso di potere*, in *Scritti in onore di M. S. Giannini*, Milano, 2012, 2.

- VISCO COMANDINI V. – GIORI S. – VIOLATI F., *Le licenze dei taxi: abolizione, regolazione o libero scambio di diritti?*, in *Mercato concorrenza regole*, 3, 2004, 515.
- VITTA C., (voce) *Concessioni (Diritto amministrativo)*, in *Noviss. Dig. it.*, Torino, 1959, III, 919.
- VITTA C., *Diritto amministrativo*, vol. I, V ed., a cura di E. CASSETTA, 1962.
- VIVANI C., *Alla ricerca della semplificazione nei processi autorizzati: brevi spunti sulle autorizzazioni "uniche" e sulle conferenze di servizi decisorie*, in *Il dir. dell'ec.*, vol. 26, n. 81, 2-2013, 573.
- WALIN M., *Droit administratif*, Paris, 1959.
- WALINE M., *L'oeuvre de Gaston Jèze en droit public*, in *Revue du droit public et de la science politique*, 1953, 879.
- WALINE M., *Manuel elementaire de droit administratif*, Paris, 1946.
- ZANOBINI G., *Corso di diritto amministrativo*, Milano, 1954 e 1958.
- ZANOBINI G., *L'esercizio privato delle funzioni e dei servizi pubblici*, in *Scritti vari di diritto pubblico*, Milano, 1955 e in V. E ORLANDO (diretto da), *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano*, II, parte III, Milano, 1935, 235.
- ZITO A., *Giustizia amministrativa*, a cura di F. G. COCCA, V ed., Torino, 2013.