

Luiss

Libera Università
Internazionale
degli Studi Sociali

Guido Carli

CERADI

Centro di ricerca per il diritto d'impresa

Le trasformazioni dell'autorizzazione amministrativa: autorizzazioni e concorrenza

Elisabetta Cassese

Febbraio 2004

© Luiss Guido Carli. La riproduzione è autorizzata con indicazione della fonte o come altrimenti specificato. Qualora sia richiesta un'autorizzazione preliminare per la riproduzione o l'impiego di informazioni testuali e multimediali, tale autorizzazione annulla e sostituisce quella generale di cui sopra, indicando esplicitamente ogni altra restrizione

1. Introduzione: gli obiettivi della ricerca

La ricerca si propone di ripercorrere l'evoluzione della nozione di autorizzazione amministrativa per valutarne le trasformazioni, in particolare quelle conseguenti all'affermarsi della disciplina della concorrenza.

Un esame dell'autorizzazione amministrativa e dei procedimenti autorizzatori in generale implica una ricognizione della scienza giuridica; è noto, infatti, che la riflessione sulla autorizzazione ha occupato la scienza giuridica a partire dalla fine del 1800. Dopo averne dato conto, tuttavia, si utilizzano gli strumenti metodologici della "*law and economics*" e si affronta il fenomeno autorizzatorio sotto il profilo della teoria della regolazione. Si tratta, d'altronde, di una scelta comprensibile se si considera che lo strumento autorizzatorio è uno dei più utilizzati per la regolazione di attività economiche, tanto è vero che si può affermare che la storia dell'autorizzazione è la storia del rapporto (variabile a seconda delle epoche) tra iniziativa economica privata e controllo pubblico della stessa¹.

2. L'istituto dell'autorizzazione nella scienza giuridica

In via di prima approssimazione si può definire (atecnicamente) l'autorizzazione come quello strumento con il quale si riconosce l'esercizio di determinate attività a singoli individui; il termine, tuttavia, è stato ed è utilizzato per una tale varietà di ipotesi che è quasi impossibile tentarne una ricostruzione unitaria e, quando ciò è stato fatto, la ricostruzione si è rivelata più fragile del previsto.

Secondo la concezione giuridica tradizionale, l'autorizzazione amministrativa è quel provvedimento mediante il quale la P.A., nell'esercizio di un'attività discrezionale in funzione preventiva (normalmente ad istanza dell'interessato), provvede alla rimozione di un limite legale che si frappone all'esercizio dell'attività. Una tale ricostruzione implica, come è noto, che, con

¹ Come evidenziato da F. Fracchia, *Autorizzazione amministrativa e situazioni giuridiche soggettive*, Napoli, Jovene, 1996, p. 2.

l'autorizzazione, vengano semplicemente riconosciuti dei diritti già previsti - in astratto - dall'ordinamento giuridico, ma non esercitabili in quanto tali, se non dopo avere dimostrato che il loro libero esercizio non lede gli interessi generali della comunità.

Si tratta, inoltre, di un definizione che comporta una differenziazione tra autorizzazione e concessione. La prima, come si è visto, sarebbe l'atto con cui rimuove un limite all'esercizio di un diritto preesistente; la seconda, è il provvedimento col quale vengono conferiti nuovi diritti, privilegi o appalti (e, per estensione, il privilegio o l'appalto stesso): pertanto la facoltà oggetto della concessione non sarebbe preesistente all'atto concessorio stesso. Questa è la teoria tradizionale che si deve a Ranelletti². Alla base della costruzione dogmatica di Ranelletti, che ha una sua rispondenza sul piano della semantica³, vi è la distinzione tra funzione conservatrice (o giuridica) e funzione di perfezionamento (o sociale) dello Stato⁴. La prima, si svolgerebbe in un'area dominata dalla libertà individuale: in questo contesto lo Stato si occupa soltanto di garantire l'ordine pubblico, ponendo limiti allo svolgimento dell'attività individuale (nel caso in cui sia incompatibile con altri interessi), attraverso l'autorizzazione (con la quale si valuta la "capacità a non far male"). Pertanto gli atti autorizzati non devono comportare violazione di quelle esigenze per le quali la pubblica amministrazione spiega le sua attività di tutela, insomma nel caso della autorizzazione la P.A. si fa garante del fatto che l'attività autorizzata non faccia danni⁵.

La seconda, si svolgerebbe invece in un'area propria dello Stato, nella quale quest'ultimo si occupa della cura dei beni e sprona lo sviluppo dell'attività individuale. In quest'area, lo strumento statale è la concessione, con la quale il potere pubblico valuta la "capacità a far bene"⁶. Ne consegue che nelle autorizzazioni il destinatario è sempre individuato a priori (è colui che chiede la rimozione del limite alla propria libertà), mentre nella concessione,

² O. Ranelletti, *Teoria generale delle autorizzazioni e concessioni amministrative*, Roma - Firenze, Fratelli Bocca editori, 1894.

³ L'atto del "concedere" sembra implicare un'autorità maggiore in capo al concedente, rispetto a quello dell'"autorizzare".

⁴ A. Orsi Battaglini, voce *Autorizzazione amministrativa*, in *Dig. Disc. Pubbl.* vol II., p. 60.

⁵ F. Fracchia, *Autorizzazione amministrativa e situazioni giuridiche soggettive*, Napoli, Jovene, 1996, p. 94.

⁶ A. Orsi Battaglini, *Op. cit.*, p. 60.

invece, non vi è un destinatario a priori ma una valutazione comparativa circa l'idoneità a raggiungere i fini pubblici cui è preordinato l'atto. Pertanto il potere della amministrazione concedente sarebbe – in generale - caratterizzato a una maggiore discrezionalità di quello in capo alla amministrazione autorizzante.

Come si vedrà, questa ricostruzione dell'autorizzazione (e, per converso, della concessione), ha subito, nel tempo, molti mutamenti, soprattutto in virtù della diversa considerazione del rapporto tra autorizzazione e attività autorizzata, se considerata "inerente al soggetto" o meno. Inoltre la scienza giuridica successiva distingue le autorizzazioni dalle approvazioni e dai consensi, dando inizio così al processo di erosione della categoria della autorizzazione.

La teoria di Ranelletti ha subito alcune modifiche con Sandulli⁷. Alla base, come per Ranelletti, viene posta la distinzione tra ambito istituzionale pubblico e ambito istituzionale privato di pertinenza dell'attività. Sandulli distingue tre tipi di attività: attività riservate alla P.A. ed esercitate o direttamente o con sostituti; attività esercitate da privati e subordinate ad un interesse pubblico, attività svolte da privati ma rispetto alle quali l'ordinamento pone solo cautele a salvaguardia degli interessi collettivi con cui esse possono entrare in conflitto. Nell'ambito della seconda e della terza tipologia di attività possono esservi procedimenti autorizzatori.

La scienza giuridica si è da allora occupata ancora dell'istituto in oggetto, apportando anche decisivi cambiamenti alla sua ricostruzione.

La revisione critica di Giannini, in primo luogo, sottolinea la funzione della autorizzazione come situazione in cui si subordina la realizzazione degli interessi privati ad interessi pubblici, realizzazione che deve avvenire con il minimo sacrificio del privato⁸

In secondo luogo essa 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 del contenuto del potere oggetto del procedimento. I secondi, sono strumenti per ordinare attività di operatori a piani e programmi.

⁷ A. M. Sandulli, *Notazioni in tema di provvedimenti autorizzativi*, in *Riv. Trim. Dir. Pub.*, 1957, p. 784 e ss.

⁸ M.S. Giannini, *Diritto Amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1993, vol. II, p. 614.

Inoltre, sotto il profilo degli effetti, vengono individuate più categorie di atti autorizzatori (permissivi, ricognitivi e costitutivi⁹); solo questi ultimi creerebbero *ex novo* la situazione soggettiva in capo al destinatario¹⁰. Peraltro, le autorizzazioni “con effetto costitutivo” rendono ancora più incerta la distinzione con le concessioni¹¹.

La teoria di Villata¹², invece, va ancora oltre. Secondo questo autore, l'effetto costitutivo è esplicito sia dalle concessioni che dalle autorizzazioni. Pertanto l'effetto in sé non può essere considerato un elemento discriminante tra i due tipi di atti (e, parallelamente, tra i due tipi di procedimenti e di poteri). Il risultato è che la nozione di autorizzazione si amplia e la nozione di concessione si restringe a dismisura.

Malgrado la non unitarietà della ricostruzione dell'istituto, è possibile comunque classificare le autorizzazioni in più modi¹³, a seconda che si ponga in rilievo l'aspetto oggettivo o soggettivo dell'atto. Per quanto riguarda l'aspetto oggettivo, si possono considerare l'oggetto, il contenuto, la forma o gli effetti dell'autorizzazione.

Sotto il profilo dell'oggetto, si distinguono autorizzazioni all'esercizio di situazioni soggettive (tra le quali vi sono autorizzazioni a svolgere determinate attività), da autorizzazioni al compimento di atti.

Sotto il profilo del contenuto, si distinguono le autorizzazioni “modali” dalle autorizzazioni a contenuto vincolato, a seconda che l'autorità autorizzante possa imporre le prestazioni modali ritenute opportune ovvero che la stessa non abbia altra alternativa che rilasciare o negare l'autorizzazione (il cui contenuto, quindi, è predeterminato dalle norme).

Sotto il profilo della forma, si distinguono le autorizzazioni espresse da quelle implicite, nelle quali, al richiedente, è fatto obbligo solo di dare avviso, entro un certo termine, dell'inizio dell'attività oggetto di autorizzazione (si

⁹ M.S. Giannini, *Diritto Amministrativo, cit.*, p. 621.

¹⁰ Si tratta delle tesi di Giannini esposte da A. Sandulli, *Il procedimento*, in S. Cassese (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2000, parte generale, tomo II, p. 1152.

¹¹ E. Casetta, *Diritto Amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1999, p. 305.

¹² R. Villata, *Autorizzazioni amministrative ed iniziativa economica privata*, Milano, Giuffrè, 1974.

¹³ P. Salvatore, voce *Autorizzazione*, *Op. cit.*, p. 3.

tratta dello schema, ora disciplinato dalla legge sul procedimento amministrativo, della “denuncia di inizio di attività”).

Sotto il profilo degli effetti, si distinguono autorizzazioni aventi effetti diretti da quelle “ad effetti integrati”, integrate, appunto, da altre disposizioni che creano un rapporto continuativo tra autorizzante ed autorizzato (ad es. assoggettamento dell'autorizzato ad un particolare regime giuridico).

Per quanto riguarda, invece, l'aspetto soggettivo, si possono individuare casi in cui il soggetto autorizzante sia un soggetto pubblico e casi in cui sia un organo di un soggetto pubblico. Inoltre, si possono distinguere più soggetti autorizzati: al soggetto pubblico corrisponde come soggetto autorizzato un soggetto privato (persona fisica o persona giuridica), ovvero un ente pubblico; l'organo di un soggetto pubblico, invece, può autorizzare un altro organo dello stesso potere o un organo di un potere diverso.

Secondo altra classificazione, si possono distinguere autorizzazioni con funzione di verifica di presupposti e requisiti legali (in cui la P.A. accerta se esistono i presupposti per svolgere una certa attività), da autorizzazioni con funzioni conformative (quando il richiedente – solitamente un'impresa – deve attenersi a determinate condizioni nello svolgimento della attività autorizzata) o con funzioni ablativo (quando la legge attribuisce alla p.a. il potere discrezionale di decidere se una certa attività possa essere svolta, ovvero sia da vietare).

In sintesi, l'evoluzione della scienza giuridica sul tema si può riassumere come segue¹⁴. In un primo tempo il tentativo di conciliare il riconoscimento della preesistenza di una situazione soggettiva con l'osservazione secondo la quale in assenza di autorizzazione l'attività non può svolgersi. Successivamente, svalutata l'importanza della preesistenza della posizione di vantaggio che serviva solo a legittimare il privato a chiedere il provvedimento la scienza giuridica si concentra sugli effetti della autorizzazione (si distingue tra autorizzazioni con effetti costitutivi e valenza ricognitiva di alcune autorizzazioni). Infine, con la legge sul procedimento amministrativo, meccanismi come quello della denuncia di inizio di attività diminuiscono l'importanza del momento provvedimentale ed accentuano l'importanza dell'attività di controllo successivo, rispetto a quella di previa verifica dei requisiti.

¹⁴ F. Fracchia, *Autorizzazione amministrativa e situazioni giuridiche soggettive*, Napoli, Jovene, 1996, p. 213.

La teoria generale sulle autorizzazioni risulta in buona parte inadeguata a descrivere l'istituto nel contesto attuale. C'è da chiedersi, anzi, se di istituto si tratti o se, invece, non sia un complesso di istituti diversi. Infatti, se l'impostazione dogmatica tradizionale poneva come dato certo il "carattere singolare" dell'atto¹⁵ e la richiesta di parte, oggi è possibile affermare che entrambe queste caratteristiche non sono intrinseche all'istituto, potendo darsi il caso di "autorizzazioni generali" anche "senza richiesta di parte". Da ultimo, come si vedrà, anche la bipartizione tra autorizzazione e concessione è stata "erosa" dal diritto comunitario e da altri fattori di cambiamento. Gioverà pertanto, da un lato, affiancare ai tradizionali strumenti giuridici una metodologia di analisi diversa; dall'altro, circoscrivere l'esame soltanto a determinati tipi di autorizzazione.

3. Premesse metodologiche: i procedimenti autorizzatori sotto il profilo della teoria della regolazione

Utilizzare un approccio di *law and economics* significa studiare l'autorizzazione amministrativa sotto la lente della teoria della regolazione¹⁶. La teoria della regolazione è il riflesso, nel diritto pubblico ed, in particolare, in quello amministrativo, della commistione tra diritto ed economia, dello studio dell'agire del potere pubblico in una prospettiva economica.

Si tratterà, quindi, di considerare l'istituto in questione come uno degli strumenti principali di "controllo all'entrata", controllo, appunto normalmente effettuato per mezzo di un atto di autorizzazione preventiva (*prior approval*)¹⁷.

La regolazione per mezzo di "*prior approval*" condiziona l'esercizio di una determinata attività economica all'ottenimento di una licenza o

¹⁵ G. Della Cananea, *Gli atti amministrativi generali*, Padova, Cedam, 2000, p. 91.

¹⁶ Si tratta di un approccio assai diverso da quello tradizionale, ed, in particolare, opposto a quello "classico" della scuola del diritto pubblico, che aveva elaborato la teoria dell'atto amministrativo (anche di quello autorizzatorio, quindi), muovendo dalla epurazione, dal pensiero giuridico, di quegli spunti economici, sociologici o politici che potevano inquinare il ragionamento.

¹⁷ L'autorizzazione, come la concessione, costituisce, secondo la teoria della regolazione, uno strumento di "controllo all'entrata" perché il regime che ne consegue riguarda anzitutto il momento dell'ingresso nel mercato da parte dell'esercente una attività economica, e solo in alcuni casi e, comunque, successivamente, quello dello svolgimento dell'attività (benché sia i concessionari, sia i soggetti autorizzati siano sottoposti ad un regime specifico).

un'autorizzazione, per la quale occorre essere in possesso di determinati requisiti. Il caso tipico è rappresentato dall'autorizzazione all'esercizio dell'attività bancaria.

Alcuni modi di esplicazione dei controlli all'entrata comportano solo la verifica di alcuni requisiti minimi essenziali; in altri casi, tale verifica, implica anche una selezione, o perché gli standard sono molto alti, o perché vi è un contingentamento dell'attività (es., nel nostro paese, la professione di farmacista, data la presenza di disposizioni che regolano il numero di farmacie per abitanti di una certa zona).

La regolazione per mezzo di *prior approval* ovvero di autorizzazione preventiva, ha quindi le seguenti caratteristiche:

- comporta un alto grado di interventismo del potere pubblico nell'attività dei privati;
- permette di effettuare un vero e proprio "controllo all'entrata". Tale controllo è, quindi, esercitato prima dello svolgimento dell'attività per cui è richiesta l'autorizzazione (eventualmente vi sono controlli anche dopo, anche di tipo continuativo, per cui l'autorizzato viene immesso in un vero e proprio ordinamento sezionale);
- ha l'obiettivo di prevenire un comportamento socialmente indesiderabile (quale lo svolgimento di una data attività da parte di soggetti non in possesso di predeterminati requisiti);
- implica solitamente la fissazione di standard minimi e non massimi (ad esempio, per un'impresa, la fissazione di un livello minimo di capitale sociale);
- implica l'introduzione di sanzioni severe per chi esercita l'attività senza autorizzazione, ossia abusivamente;
- infine, *last but not least*, poiché si tratta di uno strumento regolativo che può avere forti effetti anti – concorrenziali, normalmente i benefici che se ne traggono dovrebbero essere considerati maggiori dei vincoli imposti; in altre parole, secondo l'analisi economica del diritto, l'uso di questo strumento regolativo è giustificato se l'interesse che si persegue appare fortemente degno di tutela.

Nel nostro ordinamento si può dire che la regolazione mediante *prior approval* si espliciti attraverso l'esercizio di un potere autorizzatorio o concessorio, cui appartengono gli strumenti della autorizzazione, della concessione, della licenza, del permesso, della dispensa e dell'approvazione.

4. Delimitazione del tema: le autorizzazioni all'esercizio di attività economiche

La metodologia prescelta comporta un certo restringimento del campo di analisi ai già menzionati casi di "controllo all'entrata". Nell'ambito delle quattro macrotipologie di autorizzazioni¹⁸, quelle che incidono su poteri correlati alla iniziativa economica, quelle che riguardano l'esplicazione della autonomia contrattuale, quelle che concernono modalità di esercizio di diritti (come, ad esempio, il diritto di proprietà), quelle che riguardano la libertà personale e quelle che riguardano le attività di trasporto, ai fini di questa ricerca ci si concentrerà in particolar modo, anche se non esclusivamente, sulle autorizzazioni all'esercizio di attività imprenditoriali. Tale restringimento dell'ambito di indagine è motivato dal fatto che il rilascio di autorizzazioni che incidono, ad esempio, su diritti reali non pregiudica la possibilità di altri titolari di analoghi diritti e pertanto non incide sulla concorrenza¹⁹, mentre nella

¹⁸ F. Fracchia, *Autorizzazione amministrativa e situazioni giuridiche soggettive*, Napoli, Jovene, 1996, p. 218.

¹⁹ E' quanto sostenuto anche da F. Fracchia, *Op. cit.*, p. 339. Si potrebbero considerare certamente, come termine di paragone, altri tipi di attività private (ad esempio quelle relative a diritti fondamentali o quelle edilizie). Infatti fenomeni quali l'osmosi tra autorizzazione e concessione e le tendenze alla attenuazione dei controlli pubblici si hanno anche in altri tipi di attività private (l'esempio più ovvio è quello dell'edilizia: si veda V. Mazzarelli, *Il nuovo testo unico in materia di edilizia: quel che resta dell'urbanistica*, in *Giornale di Diritto Amministrativo*, 2001, VIII, p. ?). Questo paragone con altre attività private può forse spostare il discorso sul piano costituzionale, con riferimento ai diritti fondamentali (ma anche, ad esempio, al diritto di sciopero). La Costituzione pone vari limiti alle possibilità dei pubblici poteri di controllare attività private (si vedano, per esempio, gli artt. 17 e 18, che descrivono varie forme di controllo, graduando diversamente l'intervento pubblicistico consentito).

Per l'iniziativa economica, invece, la Costituzione del 1948 è molto più generica: si può affermare che il diritto comunitario ha modificato il quadro costituzionale, avvicinando le attività imprenditoriali a quelle di cui agli artt. 13 e seguenti della Costituzione?

Inoltre, ci sono limiti, derivanti da principi costituzionali o comunitari, alla possibilità di liberalizzare le attività o allentare i controlli? Ci si riferisce in particolare alla giurisprudenza comunitaria e costituzionale che esclude l'ammissibilità del silenzio – assenso in determinati casi: si veda B. Mattarella, *Il provvedimento*, in S. Cassese (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2000, parte generale, tomo I, p. 800.

presente ricerca si intende proprio analizzare il rapporto tra questa e le autorizzazioni.

*Inoltre il rapporto tra autorizzazioni all'esercizio di attività economiche e concorrenza è importante perché "la normativa Ue valuta l'autorizzazione come un strumento potenzialmente in grado di ostacolare la liberalizzazione di particolari mercati, l'accesso ai quali risulta da essa condizionato soprattutto quando il regime sia ispirato a fini protezionistici"*²⁰.

Questa delimitazione dell'ambito di analisi, peraltro, non risolve del tutto i margini di ambiguità, specialmente per quanto ancora attiene al rapporto tra autorizzazione e concessione, essendo assai sottile la linea di demarcazione, ad esempio, tra autorizzazione all'esercizio di attività economiche e concessione di servizi pubblici²¹. Spesso la stessa attività economica è stata sottoposta prima a regime concessorio e poi autorizzatorio²².

Come è noto, il diritto d'impresa è, per principio, liberamente acquistabile ed esercitabile; in alcuni casi, tuttavia, la norma pubblicistica subordina l'esercizio di attività economiche all'autorizzazione. Ciò avviene nei casi in cui l'attività economica che si intende esercitare è importante per il sistema economico nel suo complesso o comunque nei casi in cui si ritiene che il suo esercizio indiscriminato da parte di operatori non in possesso di certi requisiti minimi possa comportare rischi, costi o svantaggi per l'ordinamento in generale. L'autorizzazione, dunque, è uno strumento di controllo del potere pubblico sull'attività privata e - almeno potenzialmente - si presta a divenire anche uno strumento di contingentamento e di razionamento dell'attività economica. E' proprio sotto questo profilo che diviene interessante l'analisi del suo rapporto con il diritto comunitario, in particolare con il diritto della concorrenza.

²⁰ F. Fracchia, *Op. cit.*, p. 334.

²¹ A. Sandulli, *Il procedimento*, in S. Cassese (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2000, parte generale, tomo II, pp. 1141 - 1143, sottolinea che la gestione dei servizi pubblici è uno dei temi più complessi del diritto amministrativo, adducendo varie spiegazioni: in primo luogo, perché regolato da diverse discipline (disciplina costituzionale della riserva originaria, discipline nazionali per i diversi settori, disciplina comunitaria); in secondo luogo, perché la disciplina comunitaria, ispirata al valore della concorrenza, concepisce la concessione come un limite al libero mercato; in terzo luogo, perché la concessione si confonde sempre più con l'autorizzazione.

²² Come evidenziato da F. Fracchia, *Op. cit.*, p. 4, che porta ad esempio il caso della distribuzione di carburante.

Tra le autorizzazioni allo svolgimento di attività economiche, quelle che hanno subito maggiori trasformazioni per effetto del diritto comunitario sono certamente quelle relative ai già citati servizi “di pubblica utilità”. E’ infatti sui servizi pubblici che più ha inciso il diritto comunitario, stabilendo che possono essere utilizzate solo misure di consenso non discrezionali (da rilasciare in base a criteri oggettivi, trasparenti e non discriminatori), secondo un regime denominato della “autorizzazione conforme al diritto comunitario”²³.

5. Disciplina della concorrenza e procedimenti autorizzatori: le trasformazioni dell’autorizzazione amministrativa

Già da tempo la nozione di autorizzazione attraversa nella scienza giuridica una fase di crisi²⁴ a causa del moltiplicarsi delle ipotesi in cui l’esercizio di una attività è subordinata al rilascio di questo atto di consenso²⁵, alla varietà di tali ipotesi, alle diverse caratteristiche che lo strumento assume nei diversi casi.

Se il moltiplicarsi di situazioni in cui i poteri pubblici devono agire per il rilascio di autorizzazioni non ha contribuito a chiarire ma, semmai, a rendere più evanescenti i confini dell’istituto, c’era da attendersi che, a partire dagli anni ’80 del ’90 il ritrarsi dello Stato (a causa delle privatizzazioni e della liberalizzazione di molti settori²⁶) potessero chiarirne meglio le caratteristiche. Invece, si è verificato il fenomeno contrario.

²³ Si veda N. Rangone, *I servizi pubblici*, Bologna. Il Mulino, 1999, p. 20 e p. 28.

²⁴ P. Salvatore, voce *Autorizzazione*, in *Enc. Giur.* vol. IV, p. 1.

²⁵ “Gli organi pubblici sono investiti di poteri valutativi (...) ben più ampi di quelli relativi allo schema tradizionale delle autorizzazioni di polizia” così P. Salvatore, voce *Autorizzazione*, in *Enc. Giur.* vol. IV, p. 2.

²⁶ Si noti che le privatizzazioni non sempre implicano o hanno implicato una liberalizzazione del mercato. Infatti, le privatizzazioni, pur portando ad una dismissione del patrimonio pubblico, non creano automaticamente concorrenza poiché, pur incidendo sull’assetto proprietario delle imprese, non sono in grado di correggere le carenze di un mercato vissuto a lungo nel monopolio. Si può infatti privatizzare senza liberalizzare (ad esempio trasferendo ai privati il controllo di un’impresa monopolistica) e liberalizzare senza privatizzare (ad esempio, garantendo in un settore la presenza sia di imprese pubbliche che di imprese private in piena parità).

La principale novità della spinta liberalizzatrice degli anni '80 è stata la disciplina della concorrenza²⁷: occorre pertanto chiedersi come questa abbia inciso sull'istituto dell'autorizzazione. Gli effetti sono molteplici.

In primo luogo, si è verificata una tendenza generale all'attenuazione del controllo pubblico di attività economiche private, a fronte di un aumento delle aree liberalizzate (da cui un uso meno frequente delle autorizzazioni). Si tratta di un aumento degli spazi lasciati aperti all'iniziativa economica privata, vuoi attraverso un alleggerimento dei vincoli (passaggio da regimi concessori a regimi autorizzatori), vuoi attraverso una diminuzione dei vincoli (eliminazione del sistema autorizzatorio). Si tratta, quindi, di un mutamento che riguarda la frequenza dei casi in cui vengono utilizzati atti autorizzatori.

In secondo luogo, il valore della concorrenza sta divenendo principio ispiratore anche dell'attività delle pubbliche amministrazioni; in questo contesto si inscrivono i tentativi (non sempre riusciti) di riforma dell'amministrazione e di "semplificazione amministrativa". Si tratta di mutamenti che attengono allo svolgimento dei procedimenti, che non hanno mancato di riguardare anche le autorizzazioni.

In terzo luogo, sta avvenendo un cambiamento della nozione stessa di autorizzazione, per riflesso del diritto comunitario. Questo cambiamento riguarda tre profili: primo, accanto alla nozione tradizionale del diritto interno, già molto sfumata, si affianca quella di autorizzazione "conforme al diritto comunitario" (che poi distingue le autorizzazioni generali dalle licenze individuali); secondo, cambia il rapporto tra questo nuovo tipo di autorizzazione e la concessione, nel senso – come si vedrà – di una maggiore differenziazione tra i due strumenti di controllo dell'economia; terzo, l'effetto del diritto comunitario va ad incidere anche sulla nozione di discrezionalità amministrativa (che va progressivamente attenuandosi). Infatti, all'affermarsi di una cultura e di un diritto della concorrenza, si è accompagnata l'istituzione di un'autorità garante della concorrenza e di altre autorità indipendenti, la cui natura e le cui funzioni, diverse da quelle proprie di altre amministrazioni, hanno inciso sui procedimenti amministrativi da queste posti in essere, compresi quelli autorizzatori. Questa influenza sui procedimenti amministrativi ha comportato, talvolta, una confusione tra amministrazione e normazione,

²⁷ Sull'influenza del diritto comunitario della concorrenza come strumento di convergenza tra sistemi normativi nazionali si veda L. Ammannati, (a cura di), *La concorrenza in Europa. Sistemi organizzativi e autorità di garanzia*, Padova, Cedam, 1998.

dovuta alle diverse funzioni attribuite alle autorità indipendenti, che superano la classica tripartizione dei poteri; altre volte, una limitazione della discrezionalità amministrativa.

Le tre tendenze di fondo appena descritte si possono così sintetizzare: un minor uso di autorizzazioni (per via dell'aumento degli spazi lasciati al libero mercato); adozione di procedure di rilascio semplificate; sviluppo di nuove autorizzazioni, diverse da quelle tradizionali.

6. Trasformazioni apportate dalla liberalizzazione di attività economiche

Le ragioni dell'importanza della elaborazione della scienza giuridica sulle autorizzazioni (e sulla distinzione autorizzazione/concessione) vanno ravvisate, forse, nel tipo di "governo dell'economia" che ha caratterizzato il nostro Paese per tanti anni. L'impostazione tradizionale della normativa italiana, per molti settori di pubblica utilità (*public utilities*) era caratterizzata dalla sottoposizione dei servizi pubblici a riserva originaria (e quest'ultima, a riserva di legge, a norma dell'art. 43 della Costituzione)²⁸. I servizi pubblici (industriali o commerciali) sono stati gestiti "in regime di esclusiva". In Italia, in particolare, sono stati caratterizzati dal sistema della riserva basata sull'articolo⁴³ della Costituzione seguita da concessione. La riserva era giustificata da esigenze di universalità del servizio e di controlli a fini sociali.

Poi vari fattori di mutamento, quali il progresso tecnologico, l'evoluzione della domanda degli utenti, il mercato unico ma soprattutto l'affermazione del principio della concorrenza, hanno portato alla liberalizzazione ed alla conseguente caduta della riserva allo Stato dei diritti di impresa: si è passati infatti dall'art. 43 all'art. 41 della Costituzione e sono cambiati, di conseguenza, anche gli strumenti di regolazione.

Pertanto le concessioni sono mantenute solo in presenza di una riserva riconosciuta da una norma di legge che non sia incompatibile con il diritto comunitario e in tutte le altre ipotesi sono sostituite da autorizzazioni non

²⁸ Così, ad esempio, per il settore, delle telecomunicazioni: l'art. 1 del d.P.R. 29 marzo 1973, n. 156 recante approvazione del Testo unico in materia di poste e telecomunicazioni, cd. Codice Postale, disponeva l'appartenenza in esclusiva allo Stato dei servizi di telecomunicazione. Da ciò derivava il relativo regime concessorio. L'amministrazione per dare in concessione servizi di telecomunicazione, invitava enti, società e ditte specializzate, che avessero i requisiti per potere ottenere la concessione, ad indicare le condizioni alle quali erano disposti ad assumere il servizio.

discrezionali (rilasciate in base ai criteri oggettivi, trasparente e non discriminatori)²⁹.

D'altronde il monopolio pubblico è uno degli strumenti più tradizionali di intervento dello Stato nell'economia, seppure utilizzato, nei vari periodi storici, per finalità diverse³⁰. Il sistema normativo italiano, nell'istituire monopoli pubblici (di attività, reti e servizi) non lasciava spazio al libero mercato. Molto è cambiato per effetto dei processi di liberalizzazione dovuti alla creazione del mercato unico comunitario. Gli effetti dell'affermarsi del principio della concorrenza non sono stati però immediati, ma sono stati recepiti con maggiore o minore rapidità nei vari ordinamenti. In Italia, a regimi basati su una riserva originaria con concessione, si sono andati sostituendo regimi basati su autorizzazioni³¹, secondo uno schema che contrappone queste due distinte modalità di controllo dell'economia (monopolio pubblico, in cui l'attività economica eventualmente esercitata dal privato è svolta per mezzo di una concessione³² versus settore parzialmente liberalizzato in cui l'attività

²⁹ N. Rangone, *I servizi pubblici*, Bologna. Il Mulino, 1999, p. 10.

³⁰ “Se ne possono indicare come principali tre, che rispondono anche ad una progressione storica: 1) il reperimento di entrate a favore dello Stato attraverso il conseguimento di veri e propri profitti monopolistici in settori del consumo di massa (monopoli fiscali); 2) la sottrazione ai privati di settori in cui essi non sono in grado di offrire beni o servizi nella quantità o ai prezzi socialmente desiderabili (servizi pubblici); 3) la sottrazione ai grandi gruppi di interesse privati di settori – chiave dell'industria, la cui gestione condiziona l'intero sviluppo sociale”: M. Libertini, *La regolazione amministrativa del mercato*, in F. Galgano (a cura di), *Trattato di Diritto commerciale e diritto pubblico dell'economia*, vol. III (L'azienda e il mercato), Padova, Cedam, 1979, pp. 481-482.

³¹ Ciò è ben esemplificato dal caso della liberalizzazione dei servizi di distribuzione del carburante. La regolazione precedente riguardava l'ingresso sul mercato degli operatori, i prezzi, i prodotti, l'orario dell'attività commerciale. Sotto il profilo dell'ingresso nel mercato, la nuova disciplina ha anzitutto eliminato il precedente regime concessorio, sostituendolo con un regime autorizzatorio ulteriormente semplificato grazie all'applicazione dell'istituto del silenzio-assenso (si veda il decreto legislativo 11 febbraio 1998, n. 32 - Razionalizzazione del sistema di distribuzione dei carburanti, a norma dell'articolo 4, lettera c), della legge 15 marzo 1997, n. 59 in G.U. 5 marzo 1998, n. 53).

Un altro caso è quello del settore elettrico, nel quale l'articolo 1 del decreto legislativo n. 79/99, pur confermando la riserva allo Stato delle attività di trasmissione dell'energia, “liberalizza” l'attività di produzione, importazione, esportazione, acquisto e vendita di energia elettrica. Sia dal lato dell'offerta (produzione, esportazione e vendita), sia dal lato della domanda (importazione e acquisto) le relative attività possono essere esercitate “in forma libera” (previa autorizzazione), e non con una concessione amministrativa.

³² Si noti che, ovviamente, oltre alle concessioni esclusive, vi possono essere anche più concessionari e quindi una relativa concorrenza, pertanto concorrenza e liberalizzazione non sempre sono necessariamente compresenti.

economica è esercitata dal privato per mezzo di una autorizzazione). Sul piano del diritto interno si passa, così, da un regime ancorato sull'art. 43 ad un regime che si può ben dire richiami l'41, comma 1 della Costituzione (libertà di iniziativa economica, sia pur entro i limiti stabiliti dal comma III dello stesso articolo).

Tuttavia - e questo è uno dei punti di maggiore interesse - almeno teoricamente, la soggezione ad un regime autorizzatorio confligge con l'idea di liberalizzazione, intesa come riconduzione dell'attività all'ambito della libertà dei privati³³.

Secondo la teoria della regolazione, infatti, anche le autorizzazioni, ad interpretare rigidamente il principio della concorrenza, costituiscono un vincolo, seppure minore della concessione (che è il classico caso di un provvedimento che provoca una distorsione del mercato, perché è eccessivamente discrezionale, perché attribuisce l'esercizio di un diritto, normalmente sottratto alla libera disponibilità dei soggetti, perché ha una durata che può prolungarsi nel tempo), al libero esercizio di attività economiche. Ne consegue un ulteriore paradosso: un rovesciamento della percezione della portata dell'atto autorizzatorio che, da atto volto ad ampliare la sfera giuridica del destinatario, diviene strumento di restrizione dell'accesso al mercato. E' evidente che un tale mutamento derivi anche da un cambiamento della cultura giuridica e pertanto delle forme di governo dell'economia. Si tratta di un mutamento iniziato a partire dagli anni '80 del '900 e che riguarda anzitutto il dominio statale sull'economia, che si è rovesciato, divenendo dominio dell'economia sullo Stato³⁴. I confini dell'economia non coincidono più con i confini statali e travalicano talvolta anche i confini dell'ordinamento sovranazionale comunitario³⁵, il quale peraltro resta la principale causa dello smantellamento di posizioni privilegiate non

³³ Anche se si può ravvisare un punto di incontro tra autorizzazione e liberalizzazione nelle "finalità di tutela del consumatore quale primaria esigenza sociale ispiratrice del controllo pubblico", così, in riferimento al settore bancario, afferma N. Marzona, *Struttura giuridica dell'amministrazione nel confronto tra diritto comunitario e diritto interno*, in V. Angiolini e N. Marzona, *Diritto comunitario e diritto interno: effetti costituzionali e amministrativi*, Padova, 1990, p. 93

³⁴ S. Cassese, *I rapporti tra Stato ed economia all'inizio del XXI secolo*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2000, I, p. 96.

³⁵ S. Cassese, *I rapporti tra Stato ed economia all'inizio del XXI secolo*, *Op. cit.*, p. 97.

giustificate da esigenze di interesse generale come servizi di interesse generale e diritti speciali ed esclusivi (si veda l'art. 86 del Trattato ex art. 90).

In questo mutato contesto, il principio regolatore cui si ispira il governo dell'economia è quello del mercato e della libera concorrenza, di un intervento pubblico che stabilisce solo le "regole del gioco".

L'applicazione del principio della concorrenza e la conseguente diminuzione dei vincoli alle attività economiche, per effetto di liberalizzazioni dà luogo ai due processi cui si era accennato in precedenza: in alcuni casi, la diminuzione dei regimi concessori a favore di regimi autorizzatori; in altri, la scomparsa anche il regime autorizzatorio. Nei primi, di gran lunga più numerosi, si ha solo un'attenuazione dei vincoli pubblicistici; nei secondi, assai più rari, una più ampia liberalizzazione.

Un esempio del secondo caso è dato dalla direttiva 2000/31/CE dell'8 giugno 2000 sul commercio elettronico la quale, nel fissare alcuni principi di carattere generale³⁶, contiene il divieto di introdurre nuove autorizzazioni, ponendo quindi un limite alla regolazione dell'attività ed imponendo un tetto minimo di liberalizzazione e di libertà economica.

7. Trasformazioni dovute alle semplificazione delle procedure di rilascio delle autorizzazioni

Vi è un secondo effetto, sia pure indiretto, dell'affermazione del principio della concorrenza sull'istituto dell'autorizzazione e va ravvisato nel fatto che la concorrenza sta divenendo principio ispiratore anche dell'attività delle pubbliche amministrazioni, dando luogo a disegni di riforma della P.A. e dei procedimenti amministrativi, anche nel senso di una "semplificazione amministrativa"³⁷. Infatti, nel corso degli anni '90 del '900, con l'affermarsi, da

³⁶ La direttiva fissa le regole di carattere generale per lo sviluppo di un mercato comunitario, ponendo il principio dell'"*home country control*", in base al quale ciascuno Stato membro è tenuto a vigilare sull'osservanza della disciplina nazionale di settore da parte dei prestatori di servizi stabiliti sul proprio territorio; essa stabilisce inoltre tutta una serie di principi in tema di stabilimento dei prestatori di servizi *on-line*, di comunicazioni commerciali, di contratti conclusi per via elettronica, di responsabilità degli intermediari, di codici di condotta, di composizione extragiudiziarie delle controversie, di ricorsi giurisdizionali e di cooperazione tra gli Stati membri.

³⁷ E non di una liberalizzazione. Gli istituti di semplificazione non sono ascrivibili ad una liberalizzazione di attività economiche private in quanto ciò "presupporrebbe la loro

un lato, di politiche di deregolazione di attività economiche e, dall'altro, della semplificazione amministrativa, si sono introdotti anche nuovi meccanismi per il rilascio di atti autorizzatori.

In particolare, con la legge n. 241 del 1990 sul procedimento amministrativo e con la legge 537 del 1993 sono stati introdotti due meccanismi di semplificazione, rilevanti per il rilascio di autorizzazioni³⁸ ed altri atti di consenso³⁹. Si tratta di due meccanismi o modelli nettamente diversi che però perseguono il medesimo fine di semplificazione della attività amministrativa⁴⁰.

L'uno, previsto dall'art. 19 della legge 241/1990, stabilisce che, in talune ipotesi, l'inizio di un'attività possa essere preceduto da una "denuncia" da parte dell'interessato, anziché dal rilascio dell'autorizzazione da parte dell'amministrazione. Ciò è possibile quando il rilascio degli atti autorizzativi dipenda esclusivamente dall'accertamento dei requisiti di legge (esso, quindi, è possibile quando non vi sia una vera e propria valutazione degli interessi pubblici in gioco, senza necessità di esami, ispezioni o valutazioni tecniche approfondite)⁴¹ e quando non sia previsto un contingentamento per il rilascio dell'atto autorizzatorio (quindi non c'è bisogno di effettuare una comparazione e di effettuare una scelta tra diversi richiedenti, cosa che implicherebbe necessariamente una valutazione comparativa). In altre parole, quando l'attività

sottrazione senz'altro al regime amministrativo (autorizzatorio)": V. Cerulli Irelli, *Modelli procedurali alternativi in tema di autorizzazioni*, in *Dir. Amm.* 1993, I, p. 55.

³⁸ Si veda A. Sandulli, *Il procedimento...*, *Op. cit.*, p. 1155-56, il quale costruisce poi una classificazione dei procedimenti autorizzatori in tre gruppi, a seconda dell'atto cui danno luogo: autorizzazioni espresse, procedimenti a silenzio – assenso e procedimenti a denuncia di inizio di attività.

³⁹ V. Cerulli Irelli, *Modelli...cit.*, pp. 56-57, fa notare che la presenza di queste norme nella legge sul procedimento amministrativo è totalmente casuale: esse, infatti, sarebbero ascrivibili alle norme intese alla semplificazione di attività amministrative.

⁴⁰ Sul tema si vedano: V. Cerulli Irelli, *Modelli...cit.*, M. P. Chiti, *Atti di consenso*, in *Dir. Amm.*, 1996, II, p. 181; L. Ferrara, *Diritti soggettivi ad accertamento amministrativo. Autorizzazione ricognitiva, denuncia sostitutiva e modi di produzione degli effetti*, Padova, Cedam, 1996; E. Boscolo, *I diritti soggettivi a regime amministrativo. L'art. 19 della legge 241/1990 e altri modelli di liberalizzazione*, Padova, Cedam, 2001.

⁴¹ Quindi in questi casi l'attività amministrativa è vincolata e la situazione giuridica del richiedente si può qualificare come diritto soggettivo: questa è la tesi di L. Ferrara, *Diritti soggettivi ed accertamento amministrativo*, Padova, Cedam, 1996; così anche E. Boscolo, *I diritti soggettivi a regime amministrativo. L'art. 19 della legge 241/1990 e altri modelli di liberalizzazione*, Padova, Cedam, 2001, p. 21, il quale afferma che con l'art. 19 "viene meno ogni forma di potere autorizzatorio a carattere costitutivo".

amministrativa è volta esclusivamente all'accertamento dei presupposti e dei requisiti di legge e quindi è una attività vincolata (e quindi la autorizzazione sarebbe – secondo certe classificazioni – di tipo ricognitivo anziché con valenza costitutiva).

Insomma, la denuncia di inizio di attività è esperibile nei casi in cui l'attività autorizzatoria che si va a sostituire non sarebbe comunque caratterizzata da discrezionalità in capo alla amministrazione. Si tratta, quindi, di un ambito predeterminato e necessariamente limitato, sia pure sotto il profilo concettuale (e non necessariamente sotto il profilo quantitativo)⁴². Inoltre, in questo caso, per il procedimento di acclaramento si seguono le regole generali del procedimento amministrativo (termine, responsabile del procedimento, comunicazione agli interessati) mentre, ovviamente, non si applica la disciplina di specie del procedimento autorizzatorio sostituito.

La previsione di casi in cui è possibile esperire la denuncia di inizio di attività invece della autorizzazione sembra essere un valido esempio della concezione tradizionale dell'atto, secondo la quale, come si è visto, l'autorizzazione rimuoverebbe un limite all'esercizio di un diritto preesistente, sebbene sia vero che il modello dell'art. 19 non si applichi a tutte le autorizzazioni, il che rafforza il rilievo secondo il quale vi sono autorizzazioni di molti tipi diversi.

L'altro meccanismo, previsto dall'art. 20 della medesima legge prevede il meccanismo – meno avanzato, rispetto a quello precedente - del silenzio assenso. Questi sono i casi in cui la domanda di rilascio di un atto cui sia subordinato lo svolgimento di una attività privata si considera accolta. I procedimenti che cui si applica il nuovo regime sono determinati da regolamento ma non ne è previsto alcun limite, quindi l'ambito dell'art. 20 è più esteso di quello dell'art 19.

La differenza tra i due meccanismi risiede nel fatto che, in quello previsto dall'art. 20 non viene sostituito il regime autorizzatorio, esso resta ma viene sostituita - in un certo senso - la forma del suo atto finale: la fase decisoria si conclude non con un atto ma con un fatto (il silenzio). In questo caso, quindi, il regime autorizzatorio non viene sostituito con altro regime ma rimane. Si applicano quindi tutte le disposizioni del procedimento autorizzatorio di specie. E' invece la forma dell'atto in cui risulta il

⁴² Si veda V. Cerulli Irelli, *Modelli....cit.*, p. 60.

procedimento a mutare, l'autorizzazione che si fa silenzio. Se vogliamo si tratta di una autorizzazione "implicita". Il silenzio-fatto assume valenza di atto in quanto determinato entro un termine che serve come costitutivo del silenzio stesso. Ovviamente per la produzione del fatto silenzio occorre che la domanda del privato sia completa di tutti gli elementi necessari per l'esistenza della domanda. Come è stato notato, con l'art. 20 è stata introdotta "una vera e propria clausola generale che potrebbe condurre tutti i procedimenti autorizzatori, in via di ipotesi, al regime del silenzio assenso"⁴³.

Persino la *ratio* dei due meccanismi è diversa. Il primo serve a semplificare l'attività amministrativa. Il secondo a rimediare ad una patologia amministrativa quale è l'inerzia⁴⁴.

La legge 241 ha rappresentato una grossa novità anche sotto il profilo terminologico: la nuova denominazione "atti di consenso" è importante perché stabilisce una categoria più ampia di atti della mera autorizzazione ed inoltre sembra essere portatrice di una nuova visione dei rapporti autorità – libertà in cui assume più importanza l'autonomia dei privati "rispetto alla quale l'amministrazione si limita a consentire l'iniziativa o, ancora più riduttivamente, a verificare la sussistenza dei presupposti legali dell'iniziativa stessa"⁴⁵. In questo contesto, risulta più che mai fondata la dottrina della rimozione all'ostacolo all'esercizio di una situazione giuridica soggettiva preesistente, mentre risulta inadatta la teoria (riproposta da Orsi Battaglini) delle autorizzazioni come accrescitive o costitutive di nuovi diritti in capo al richiedente⁴⁶.

Anche la legge 537 del 1993 (il cui art. 2 ha modificato l'art. 19 della legge 241) ha previsto il potere, in capo al Governo, di emanare regolamenti relativi a procedimenti al fine di effettuare una semplificazione di questi atti, anche prevedendo meccanismi di silenzio – assenso (in materie quali

⁴³ V. Cerulli Irelli, *Modelli...cit.*, p. 67, così anche M. P. Chiti, *Atti di consenso...cit.*, p. 195, il quale afferma: "i casi di denuncia sostitutiva di autorizzazione alludono sicuramente ad attività sino ad allora soggette a previ atti di natura vincolata o con bassissimo tasso di discrezionalità amministrativa, meritevoli di 'liberalizzazione' nel senso sopra descritto. Al contrario, i casi da sottoporre al regime semplificato del silenzio assenso rimangono nell'area dell'esercizio del potere amministrativo e quindi soggetti al regime ad atto amministrativo, espressione di discrezionalità amministrativa, ovviabile in caso di inerzia".

⁴⁴ V. Cerulli Irelli, *Modelli...cit.*, p. 71.

⁴⁵ M. P. Chiti, *Atti di consenso...cit.*, p. 182.

⁴⁶ Idem, p. 183 e p. 223.

l'inquinamento dell'aria, dell'acqua, l'inquinamento acustico e lo smaltimento dei rifiuti).

A queste norme vanno aggiunte quelle previste dal decreto legislativo 31 marzo 1998, n.112, che ha disposto l'istituzione dello sportello unico per le imprese presso tutti i comuni, quale strumento di semplificazione degli adempimenti connessi agli impianti produttivi. In attuazione dei principi e criteri direttivi fissati da tale decreto, è stato adottato un successivo regolamento di delegificazione e semplificazione di procedimenti amministrativi per l'insediamento di attività produttive. Il regolamento impone a tutti i comuni l'obbligo di dotarsi, anche in forma associata, di una struttura unica che sia responsabile esclusiva per la gestione e conclusione del procedimento unico di autorizzazione⁴⁷.

8. Trasformazioni dovute al diritto comunitario

E' di particolare interesse esaminare l'autorizzazione in funzione dei cambiamenti apportati dal diritto comunitario. Esso, infatti, da un lato, ispirandosi al valore della concorrenza, considera lo strumento autorizzatorio come un limite al libero mercato⁴⁸; dall'altro, proprio per questo motivo, è andato ridefinendo le caratteristiche dell'atto⁴⁹, sotto tre profili: quello della nozione di autorizzazione, quello del rapporto tra questa e la concessione, quello della discrezionalità dell'amministrazione autorizzante.

⁴⁷ Decreto del Presidente della Repubblica n. 447 del 1998, "Regolamento recante norme di semplificazione dei procedimenti di autorizzazione per la realizzazione, l'ampliamento, la ristrutturazione e la riconversione di impianti produttivi, per l'esecuzione di opere interne ai fabbricati, nonché per la determinazione delle aree destinate agli insediamenti produttivi, a norma dell'articolo 20, comma 8, della legge 15 marzo 1997, n. 59".

⁴⁸ E tuttavia la contraddizione tra liberalizzazione ed autorizzazione è solo apparente: "lo stesso articolo 41 Cost., che sancisce al primo comma la libertà di iniziativa economica privata, contempla, al secondo ed al terzo comma, la possibilità di porre in essere gli opportuni programmi e controlli affinché l'attività dei privati non si svolga in contrasto con l'utilità sociale": A. Marini, *Dal regime concessorio al regime autorizzatorio*, Relazione al convegno su "La liberalizzazione dei servizi pubblici", Roma, 30 novembre 1999, p. 9 del dattiloscritto.

⁴⁹ Si veda F. Fracchia, *Autorizzazione amministrativa e situazioni giuridiche soggettive*, Napoli, Jovene, 1996, p. 8.

8.1 Le autorizzazioni “conformi al diritto comunitario”

Sotto il primo profilo, accanto alla ricostruzione tradizionale della scienza giuridica esiste ora una nozione comunitaria di autorizzazione non discrezionale⁵⁰ ma basata invece su criteri oggettivi, trasparenti e non discriminatori. E' evidente che questo nuovo genere di atto⁵¹, detto “conforme al diritto comunitario”, istituisce un controllo molto meno pregnante del mercato e non può essere per uno strumento di “contingentamento” del numero di operatori⁵².

Il regime dell'autorizzazione comunitaria deriva da una serie di previsioni introdotte, in primo luogo, per il settore delle telecomunicazioni. Ci si riferisce, in particolare, all'introduzione della nozione di “autorizzazioni generali”⁵³ e “licenze individuali” (e della distinzione tra queste) nel settore dei

⁵⁰ Va peraltro ricordato che la Corte Costituzionale ha più volte affermato l'esistenza di una sorta di incompatibilità tra regime autorizzatorio e discrezionalità amministrativa quando quest'ultima superi un certo limite, in quanto in presenza di una quasi illimitata discrezionalità non vi sarebbe posizione di vantaggio preesistente del privato e non esisterebbero diritti soggettivi e dovrebbe essere previsto un regime concessorio: F. Fracchia, *Autorizzazione amministrativa, cit.*, pp. 250-251.

⁵¹ “Non si può escludere che la normativa comunitaria conduca ad un parziale mutamento di alcuni aspetti della disciplina italiana ed il primo di questi aspetti è proprio la riduzione della discrezionalità della amministrazione; inoltre la discrezionalità residua dovrà “essere esercitata avendo come riferimento soprattutto l'interesse della tutela della concorrenza piuttosto che interessi diversi”, così F. Fracchia, *Autorizzazione amministrativa, cit.*, pp. 340-341.

⁵² Per una sintetica disamina del vecchio e del nuovo assetto dei controlli sull'economia, volta, però, alla sola analisi del settore dei servizi pubblici, si veda N. Rangone, *Op. cit.*, p. 167 e ss., ed, ancora, p. 268 e ss.

⁵³ Esse presentano alcune peculiarità rispetto alle autorizzazioni amministrative, anche con il regime delle autorizzazioni generali già previste in passato nell'ordinamento interno dal regime italiano del commercio con l'estero, disposte “in presenza di un sistema di divieti previsti per legge, le autorizzazioni generali al commercio con l'estero sono disposte tramite decreti ministeriali che indicano in apposite tabelle le merci che necessitano di un provvedimento particolare (dunque le merci ammesse al sistema di autorizzazione generale vengono individuate per esclusione), mentre le autorizzazioni generali comunitarie sono provvedimenti permissivi dell'esercizio del diritto di iniziativa economica riconosciuto dal Trattato e la discrezionalità dell'organismo autorizzante è limitata alla verifica del rispetto dei requisiti determinati in via generale”: N. Rangone, *Op. cit.*, p. 286, si veda poi A. Massera, *L'ordinamento sezionale del commercio con l'estero, teoria e norme*, Ancona, Nuove Ricerche, 1979, C. Franchini, *La disciplina giuridica del commercio con l'estero, profili amministrativi e costituzionali*, Padova, Cedam, 1987.

servizi pubblici⁵⁴. Si tratta di strumenti previsti, come accennato, per il settore delle telecomunicazioni e per il settore postale.

Infatti, coerentemente con una impostazione di fondo favorevole alla disciplina della concorrenza, la politica dell'Unione Europea in tema di telecomunicazioni presenta uno dei suoi profili maggiormente problematici nella questione attinente al regime dei provvedimenti amministrativi per mezzo dei quali un soggetto economico (impresa) può essere ammesso, a norma della disciplina di ciascun Paese membro, alla prestazione di servizi ovvero alla realizzazione e fornitura di una rete di telecomunicazioni.

In linea generale, infatti, è stato correttamente osservato che “le regolazioni che limitano l'accesso di imprese ai mercati sono certamente fra le misure più intrusive e distorsive dell'andamento libero e aperto dei meccanismi economici”⁵⁵.

E' proprio per delineare un sistema di *licensing* il meno oneroso possibile, ossia un regime di autorizzazione generale che non esiga una decisione esplicita o un atto amministrativo da parte dell'autorità nazionale di regolamentazione, bensì limiti le procedure autorizzatorie alla sola notifica e subordini la prestazione dei servizi e la fornitura della rete a condizioni obiettive, che è stata emanata la Direttiva 2002/20/CE, relativa alle autorizzazioni per le reti e i servizi di comunicazione elettronica (nota, appunto, come direttiva "autorizzazioni").

La principale innovazione di questo testo risiede infatti nella sostituzione delle licenze individuali con *autorizzazioni generali*. Secondo questo principio, la fornitura di reti o di servizi di comunicazione elettronica può essere assoggettata soltanto ad un'autorizzazione generale. All'impresa interessata può essere imposto l'obbligo di notifica, ma non l'obbligo di ottenere una decisione esplicita o qualunque altro atto amministrativo da parte dell'autorità nazionale di regolamentazione prima di esercitare i diritti che derivano dall'autorizzazione.

L'autorizzazione generale viene quindi ottenuta su semplice denuncia di inizio di attività, ovvero mediante l'applicazione dell'istituto del silenzio assenso, dalla licenza individuale (che è succeduta alle precedenti concessioni),

⁵⁴ Sul tema si veda N. Rangone, *I servizi pubblici*, Bologna, Il Mulino, 1999, p. 265.

⁵⁵ G. Tesaro e M. D'Alberti, *Regolazione e concorrenza*, Bologna, Il Mulino, 2000, p. 181.

che opera nelle sole ipotesi tassativamente individuate dal legislatore (e che viene rilasciata ad una impresa per il conferimento di diritti specifici ovvero per assoggettarla ad obblighi specifici che, se del caso, si aggiungono a quelli dell'autorizzazione generale)⁵⁶.

Con l'autorizzazione generale, le imprese sono autorizzate a fornire reti e servizi di comunicazioni elettroniche e negoziare l'interconnessione con altri fornitori nella Comunità europea. L'autorizzazione generale e i diritti d'uso possono essere assoggettati soltanto ad una serie di condizioni elencate in dettaglio nell'allegato della direttiva.

La "Direttiva autorizzazioni" è quindi molto interessante poiché segna il passaggio a strumenti autorizzatori di natura innovativa; in questo regime, tra le altre cose, finisce per scomparire ogni residuo di discrezionalità in capo alla amministrazione che rilascia l'autorizzazione.

Anche nel settore del servizio postale⁵⁷ sia a livello comunitario, sia a livello nazionale (con i relativi atti di recepimento) si è verificata una riduzione dell'ambito di discrezionalità dell'amministrazione in merito alle autorizzazioni, e l'introduzione di autorizzazioni generali⁵⁸.

L'esame - del tutto sommario - dell'autorizzazione - effettuato per settori evidenzia che la regolazione comunitaria è di tipo "funzionale"⁵⁹ nel senso che si occupa dell'effetto e non del disegno complessivo (forse perché difficilmente potrebbe essere diversamente, considerando che incide su

⁵⁶ Sulle autorizzazioni nel settore delle telecomunicazioni si veda R. Perez, *Telecomunicazioni e concorrenza*, Milano, Giuffrè, 2002, p. 169, che afferma: "la qualifica di organismo di telecomunicazioni si acquista per effetto di una abilitazione che può assumere le due diverse configurazioni di autorizzazione generale o licenza individuale. Le licenze individuali oggi, però, sono rilasciate esclusivamente allorché si tratta di risorse scarse, quindi, come si è detto, sono utilizzate per la telefonia mobile, non più per quella fissa. Come è noto, l'attribuzione della qualifica una volta spettava all'Agcom, oggi, viceversa, compete al Ministero delle comunicazioni. L'autorizzazione generale cui si fa riferimento, nella maggior parte dei casi non appartiene ai provvedimenti amministrativi discrezionali ed essa potrebbe meglio essere definita come un accertamento o, meglio una verifica del possesso di determinati requisiti nell'impresa richiedente".

⁵⁷ Si veda il d. lgs. 22 luglio 1999, n. 261 di "Attuazione della direttiva 97/67/CE concernente regole comuni per lo sviluppo del mercato interno dei servizi postali comunitari e per il miglioramento della qualità del servizio".

⁵⁸ Si veda l'art. 1, comma 2, lettera q1 del d. lgs. 22 luglio 1999, n. 261.

⁵⁹ A. Marini, *Dal regime concessorio al regime autorizzatorio*, Relazione al convegno su "La liberalizzazione dei servizi pubblici", Roma, 30 novembre 1999, p. 8 del dattiloscritto e F. Fracchia, *Autorizzazione amministrativa e situazioni giuridiche soggettive*, Napoli, Jovene, 1996, p. 267.

ordinamenti diversissimi). Questo fenomeno è accentuato dal fatto che la regolazione comunitaria ha inciso diversamente – ossia, in misura ora maggiore ora minore - sui vari settori (o mercati). Pertanto coesistono tante diverse regolazioni settoriali⁶⁰.

Inoltre, come accade spesso i settori nei quali l'effetto del diritto comunitario è arrivato più tardi sono quelli in cui l'effetto trasformativo del diritto comunitario è stato più dirompente. Tale è, per esempio, il settore delle telecomunicazioni; meno marcata è invece l'influenza del diritto comunitario sul settore bancario, dove questo è arrivato prima.

La mancanza di un disegno sistematico complessivo ed il ravvisarsi – invece – di una regolazione settoriale ha portato a negare l'esistenza di una "autorizzazione comunitaria" preferendo piuttosto riferirsi a un insieme di regole comuni che "contribuiscono ad integrare la fattispecie normativa che disciplina l'atto amministrativo"⁶¹. Tanto che è stato affermato che il diritto comunitario sembra tendere non tanto a creare un nuovo modello autorizzatorio ma a disfarsi di quello preesistente⁶².

8.2. La nozione di concessione nel diritto comunitario

Il secondo profilo di influenza del diritto comunitario è costituito dai cambiamenti da esso apportati alla nozione di concessione, dapprima attraverso la giurisprudenza, in seguito con la "Comunicazione interpretativa della Commissione sulle concessioni nel diritto comunitario"⁶³, alterando, di conseguenza, il rapporto tra atti autorizzatori e concessori.

La Comunicazione ha due principali obiettivi. Il primo è quello di delimitare le nozioni di concessioni e di mercati pubblici. Il secondo è di precisare quali principi del Trattato dell'Unione Europea siano applicabili alle

⁶⁰ I settori che hanno subito maggiormente le trasformazioni attuate per mezzo del diritto comunitario sono quello delle telecomunicazioni, delle poste, della energia elettrica e del gas, del trasporto aereo e ferroviario ed il settore bancario.

⁶¹ G. Greco, *Fonti comunitarie e atti amministrativi italiani*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Com.*, 1992, p. 39 ss.

⁶² A. Marini, *Dal regime concessorio al regime autorizzatorio*, *Cit.*, p. 9 del dattiloscritto.

⁶³ Comunicazione del 12 aprile 2000, pubblicata su G.U.C.E. del 29 aprile 2000, n. C 121; si veda C. Guccione, commento a *La comunicazione interpretativa della commissione sulle concessioni nel diritto comunitario*, in *Giornale di Diritto Amministrativo*, 2000, XII, p. 1253.

concessioni (principalmente si tratta dei principi dell'uguaglianza di trattamento e di trasparenza). Nella Comunicazione, la Commissione europea, dopo aver tracciato una distinzione tra concessioni di lavori e concessioni di servizi, basata sul criterio dell'accessorietà della realizzazione delle infrastrutture rispetto alla gestione del servizio⁶⁴, ha stabilito che le concessioni non possono considerarsi sottratte dall'applicazione dei principi stabiliti agli artt. 28 – 30 e 43 – 55 del Trattato e dai principi sanciti dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia europea ed, in particolare, al principio di non discriminazione e di parità di trattamento, ai principi di trasparenza, di mutuo riconoscimento e di proporzionalità. La Comunicazione definisce la concessione nel diritto comunitario come ogni atto per mezzo del quale un'autorità pubblica affida ad un soggetto (con atto contrattuale o unilaterale) la gestione totale o parziale di servizi che, di norma, ricadono nell'ambito di prerogative dello Stato, e per i quali il soggetto in questione assume il rischio di gestione⁶⁵.

La Comunicazione va letta come un tentativo di restringere il ventaglio dei casi in cui si può utilizzare una concessione come strumento di regolazione di un settore economico⁶⁶.

Ridefinita così anche la nozione di concessione, viene a mutare il rapporto tra quest'ultima e l'autorizzazione. Solo l'autorizzazione (ed, anche questa, solo in alcuni casi), si presta ad una trasformazione da strumento vincolistico a strumento di controllo non discrezionale (nella "autorizzazione conforme al diritto comunitario"). Pertanto le differenze tra i due atti tendono ad accentuarsi.

⁶⁴ I due istituti vanno ulteriormente distinti dall'appalto di lavori pubblici nel quale l'appaltatore è obbligato ad una prestazione nei confronti della p.a., ma, a differenza del concessionario non si sostituisce ad essa, cfr. A. Sandulli, *Il procedimento*, in S. Cassese (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2000, parte generale, tomo II, p. 1135.

⁶⁵ Si veda la p. 12 della Comunicazione.

⁶⁶ G. Lombardo, *Concessioni ingiustificabili ed ingiustificate*, in *Giornale di Diritto amministrativo*, 2000.

8.3. L'influenza del diritto comunitario sulle organizzazioni: l'erosione dei confini tra attività normativa ed attività amministrativa e la limitazione della discrezionalità amministrativa

Il terzo profilo di influenza del diritto comunitario riguarda l'organizzazione delle pubbliche amministrazioni, ed il modo in cui essa si riverbera sulle funzioni dalle stesse esercitate. Infatti, ai processi di liberalizzazione già descritti si è andata accompagnando l'istituzione di amministrazioni indipendenti, prima tra tutte l'Autorità garante della concorrenza e del mercato. Il rapporto tra autorità indipendenti e atti autorizzatori può essere esaminato sotto due profili. Da un lato, l'istituzione di autorità indipendenti costituisce la risposta, sotto il profilo organizzatorio, ai cambiamenti nel governo dell'economia⁶⁷. D'altro canto, le autorità indipendenti hanno influito, per i compiti loro attribuiti, sulla regolazione delle attività economiche, determinando trasformazioni nello strumento autorizzatorio⁶⁸. In altre parole, il diverso ruolo del potere pubblico ed, in particolare, delle autorità indipendenti, rispetto alle amministrazioni "tradizionali", comporta anche un diverso modo di azione e di utilizzo di strumenti giuridici, tra i quali l'autorizzazione.

L'istituzione, specie nei settori liberalizzati, di autorità indipendenti ha dato luogo, a sua volta, a due diversi fenomeni: l'erosione dei confini tra attività normativa ed attività amministrativa⁶⁹ ed, in taluni casi, una limitazione della discrezionalità amministrativa.

Il primo fenomeno, quello della confusione tra amministrazione e normazione è determinato dal fatto che i procedimenti autorizzatori vanno spesso perdendo il carattere di individualità per assumere una portata generale ed un carattere quasi – normativo. Ad esempio, il Garante della privacy, nell'autorizzare il trattamento dei dati personali, può "prescrivere misure e

⁶⁷ A. Sandulli, *Il procedimento...*, *Op. cit.*, p. 1154.

⁶⁸ Il profilo funzionale delle autorità indipendenti è quello sul quale la scienza giuridica si è soffermata di meno, se non per rilevarne il superamento della classica tripartizione dei poteri. Maggiore attenzione è stata invece dedicata alla natura giuridica ed, in generale, all'organizzazione delle autorità, così S. Cassese, *I rapporti tra Stato ed economia all'inizio del XXI secolo*, *Op. cit.*, p. 98.

⁶⁹ Cui fa riferimento anche G. della Cananea, *Gli atti amministrativi generali*, Padova, Cedam, 2000, p. 42.

accorgimenti a garanzia dell'interessato"⁷⁰. Di fronte ad un numero prevedibilmente elevato di richieste di autorizzazione, il decreto legislativo 9 maggio 1997, n. 123 ha attribuito al Garante il potere di emanare autorizzazioni generali riferite a categorie di dati e di destinatari⁷¹. Le autorizzazioni generali emanate dal Garante hanno avuto le seguenti caratteristiche: sono rilasciate "anche senza richiesta di parte" ai soggetti individuati nell'atto autorizzativo; pongono una disciplina "materiale" riferita alle modalità di trattamento, di conservazione, di comunicazione e diffusione dei dati; chiariscono che le eventuali richieste di autorizzazione presentate al Garante si intendono accolte automaticamente ove risultino conformi all'autorizzazione generale⁷².

Come è stato giustamente rilevato⁷³, questo meccanismo comporta un superamento dello schema procedimentale classico (istanza – dovere di provvedere), residuando dello strumento autorizzatorio tradizionale (almeno nel caso della "autorizzazioni generali") soltanto la funzione conformativa – prescrittiva, ossia para-normativa.

E' evidente che, in situazioni come questa, la distinzione tra atto amministrativo e atto normativo, tra amministrazione e normazione diviene assai sfumata⁷⁴.

D'altro canto, negli ordinamenti sezionali retti da autorità indipendenti, si assiste anche al fenomeno inverso, quello dell'attività normativa che "tende" verso e si confonde con l'attività amministrativa. Nei grandi servizi pubblici a rete, gli operatori che possono agire sul mercato sono necessariamente pochi. In questi casi, le norme emanate dal regolatore, in realtà, finiscono per perdere

⁷⁰ Si veda l'art. 22 della legge 31 dicembre 1996, n. 675, da ultimo modificata dal d. lgs. 467 del 2001. Si veda il relativo *Commentario* a cura di C.M. Bianca e F. Busnelli, in *Nuove leggi Civili Commentate*, 1999, II –III.

⁷¹ Anche il T.U. della finanza approvato con d. lgs. 24 febbraio 1998, n. 58 prevede l'emanazione di vari atti amministrativi generali, si veda G. della Cananea, *Gli atti amministrativi generali*, *Op. cit.*, p. 26.

⁷² Le sei autorizzazioni generali al trattamento dei dati sensibili sono state rinnovate con altrettanti Provvedimenti del Garante della Privacy del 20 settembre 2000 nn. 1-6, in G.U: n. 229 del 30 settembre 2000.

⁷³ M. Clarich, relazione su *I procedimenti di regolazione*, al seminario di studio su *Il procedimento amministrativo davanti alle autorità indipendenti*, Roma 25 gennaio 1999.

⁷⁴ Esiste una formale separazione tra gli atti normativi (a contenuto regolamentare) e il provvedimento, separazione che è contenuta anche nella legge 400 del 1988 ma che stenta a trovare applicazione a tutti i settori.

il carattere della generalità e dell'astrattezza, dato il numero ridotto dei destinatari e l'estrema specializzazione tecnologica dei servizi offerti; in questi casi le regole del settore finiscono per acquistare una natura per così dire provvedimentale, in quanto producono effetti su operatori individuabili ex ante.

Il secondo fenomeno, quello della limitazione della discrezionalità amministrativa, va ravvisato nel fatto che la disciplina della concorrenza ha influito anche sui poteri dell'amministrazione autorizzante. In alcuni casi, infatti, l'uso di autorizzazioni non viene abbandonato ma, semmai, regolato in modo da garantire un certo margine di concorrenza nell'ambito dello strumento autorizzatorio (ad es. fissando parametri oggettivi su proporzionalità, parità di trattamento e altro)⁷⁵.

Pertanto, uno degli effetti della concorrenza sulle autorizzazioni amministrative è stato quello, nel perseguire la tutela del richiedente, di ridurre l'ambito di discrezionalità del potere pubblico autorizzante⁷⁶.

Un esempio evidente di questa tendenza si può osservare nel settore creditizio. Per le imprese bancarie il soggetto autorizzante (la Banca d'Italia), con l'autorizzazione, fornisce all'impresa la qualità di soggetto di un ordinamento sezionale⁷⁷, sottoposto agli atti di direzione e di controllo della

⁷⁵ A. Sandulli, *Il procedimento...*, Op. cit., p. 1152; F. Fracchia, *Autorizzazione amministrativa e situazioni giuridiche soggettive*, Napoli, Jovene, 1996, pp. 333 ss.

⁷⁶ Questa diminuzione di discrezionalità ha fatto tornare attuale la teoria del Ranelletti, perché il soggetto pubblico (che rilascia l'autorizzazione) incide solo sull'accesso e l'esercizio dell'attività, ma non tanto sulla titolarità del diritto ad esercitare l'attività: A. Marini, *Dal regime concessorio al regime autorizzatorio*, Relazione al convegno su "La liberalizzazione dei servizi pubblici", Roma, 30 novembre 1999, p. 7 del dattiloscritto e F. Fracchia, *Autorizzazione amministrativa e situazioni giuridiche soggettive*, Napoli, Jovene, 1996, pp. 101-102 e nuovamente a p. 324. Anche se non bisogna dimenticare che non esiste solo la contrapposizione tra attività amministrativa discrezionale e attività amministrativa vincolata (di mera esecuzione della legge, in cui la legge non conferisce alla amministrazione il potere di scegliere il comportamento da tenere in relazione all'assunzione di un provvedimento), ma esiste anche il caso intermedio della valutazione tecnica, sulla quale si veda D. De Pretis, *Valutazione amministrativa e discrezionalità tecnica*, Padova, Cedam, 1995.

⁷⁷ "Cosa sia un ordinamento giuridico settoriale (o sezionale) è ancora discusso in sede dogmatica; sul piano empirico esso è un raggruppamento disposto dalla legge (gruppo legale) di operatori di un medesimo ramo, sottoposti a direzione di un potere pubblico, il quale può inoltre dettare norme interne che gli appartenenti al gruppo sono tenuti ad osservare. L'ordinamento settoriale è uno strumento ancor più penetrante della concessione, in cui, alla potestà di direzione, si aggiunge la normazione interna, nel senso che gli appartenenti al gruppo legale sono assoggettati ad osservare le proposizioni normative, in cui essa si esprime, prioritariamente rispetto alla normazione esterna, cioè quella generale dell'ordinamento dello

Banca stessa. L'esercizio del potere autorizzatorio nel settore bancario costituisce l'esempio forse più rilevante della situazione in cui l'autorizzazione instaura, oltre ad un "controllo all'entrata", una relazione tra soggetto pubblico a soggetto privato, esercitando, il primo, poteri conformativi sull'attività svolta dal secondo. I modi in cui si esercita tale autorizzazione sono però profondamente mutati nel tempo. La legge bancaria del 1936⁷⁸ ed il d. lgs. 1 settembre 1993, n. 385, Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia⁷⁹ sono caratterizzati da due sistemi di regolazione fondati sull'autorizzazione, ma nei quali questo istituto differisce enormemente: autorizzazione discrezionale, nel primo caso; autorizzazione a contenuto vincolato, nel secondo.

Con la legge bancaria del 1936, infatti, l'autorizzazione all'esercizio dell'attività bancaria era rimessa al criterio discrezionale della Banca d'Italia, la quale valutava non solo l'idoneità dei mezzi finanziari ma anche la corrispondenza di essi al pubblico interesse⁸⁰. Il procedimento autorizzatorio prevedeva due distinti interventi della Banca d'Italia: il rilascio dell'autorizzazione alla costituzione della banca (atto necessario ai fini dell'omologazione e dell'iscrizione nel registro delle imprese) cui seguiva quello dell'autorizzazione all'esercizio dell'attività bancaria. In questo regime, si dubitava da più parti che l'intervento della Banca d'Italia avesse le caratteristiche tradizionalmente attribuite dalla scienza giuridica all'autorizzazione (come rimozione di un limite all'esercizio di un diritto, esistente di per sé in capo al richiedente).

In altre parole, con la legge del 1936 l'attività bancaria era regolata quasi in base ad una concessione, nel senso che, con l'autorizzazione all'esercizio

Stato. Nel nostro ordinamento positivo, lo strumento dell'ordinamento sezionale non ha molte applicazioni una è però fondamentale, ed è il credito", si veda M.S. Giannini, *Diritto pubblico dell'economia*, p. 200 – 204.

⁷⁸ RD n. 375 del 12 maggio 36 convertito con modificazioni in l. 141 del 7 marzo 1938 e RD 1400 del 17 luglio 1937 convertito in legge n. 636 del 7 aprile 1938.

⁷⁹ Preceduto dal D.P.R. del 27 giugno 1985, n. 350 che dava attuazione alla prima direttiva CEE in materia creditizia, Direttiva del 12 dicembre 1977, n. 780.

⁸⁰ Anche la scienza giuridica riconosceva in alcuni casi di autorizzazione ad attività imprenditoriali un forte connotato di discrezionalità in capo alla amministrazione autorizzante: basti pensare ad esempio alla nozione di autorizzazione con "analisi del bisogno", autorizzazioni per il rilascio delle quali non si valutano tanto le capacità soggettive del richiedente ma l'oggettiva convenienza della attività economica, sulle quali si veda V. Spagnuolo Vigorita, *L'iniziativa economica privata nel diritto pubblico*, Napoli, 1959, e, dello stesso Autore, *Note sull'autorizzazione all'apertura di istituti di credito*, in *Banca, borsa e titoli di credito*, 1962, I, 16.

dell'attività, si attribuiva un diritto *ex novo*⁸¹ (non si faceva riferimento al diritto già esistente in astratto in capo al privato ex art. 41, I della Costituzione). L'amministrazione autorizzante, in altre parole, svolgeva, in questo caso, quello che una parte della dottrina ha chiamato un preventivo "esame del bisogno": le c.d. autorizzazioni con "esame del bisogno"⁸² si avevano dunque in quei casi in cui sussisteva un potere discrezionale della P.A. in ordine all'apprezzamento della convenienza dell'accesso al mercato del nuovo operatore, in rapporto alla situazione di mercato preesistente.

Si trattava di funzioni di protezione di tipo corporativo, già ritenute da parte della scienza giuridica come in contrasto con l'art. 41 della Costituzione⁸³. Si può dire che nel nostro ordinamento si sia dato rilievo soprattutto alla funzione di indirizzo dell'economia, piuttosto che alla libertà di iniziativa economica e che solo grazie all'influenza del diritto comunitario il diritto interno è andato cambiando (per esempio, per le autorizzazioni – ed in particolare per quelle all'esercizio, dell'attività bancaria - abolendo il criterio della valutazione del bisogno economico e quindi comportando una diminuzione della discrezionalità amministrativa).

Questo assetto ha retto sino agli anni '80 del '900, quando è intervenuta la trasformazione del sistema bancario da ordinamento fortemente protetto a sistema aperto ed impostato sul valore della concorrenza. Con il nuovo ordinamento, il "controllo all'entrata" esercitato con l'autorizzazione è limitato al perseguimento - che informa tutta la materia della vigilanza sul settore bancario - della stabilità e dell'efficienza dell'ente e non all'adeguamento alle decisioni di politica economica e monetaria (peraltro ormai "denazionalizzata").

⁸¹ Pertanto l'atto di autorizzazione non era caratterizzato solo da un controllo tecnico ma da un vero e proprio controllo discrezionale da parte della P.A. in ordine all'apprezzamento della convenienza dell'accesso al mercato del nuovo operatore, in rapporto alla situazione di mercato, come per la concessione.

⁸² Si veda V. Spagnuolo Vigorita, *L'iniziativa economica privata nel diritto pubblico*, Napoli, 1959.

⁸³ M. Libertini, *La regolazione amministrativa del mercato*, in F. Galgano (a cura di), *Trattato di Diritto commerciale e diritto pubblico dell'economia*, vol. III (L'azienda e il mercato), Padova, Cedam, 1979, pp. 508 – 509.

I requisiti di autorizzazione per esercitare l'attività bancaria sono ora stabiliti dalla seconda direttiva di coordinamento bancario⁸⁴. La direttiva ha affermato il principio del mutuo riconoscimento degli enti creditizi tra i paesi comunitari ed ha fornito le condizioni minime per l'accesso all'attività bancaria.

Il rilascio dell'autorizzazione è ora subordinato alla verifica di alcune condizioni oggettive⁸⁵; pertanto, pur permanendo il regime autorizzatorio, si può dire che l'ordinamento si sia trasformato da chiuso ad aperto e che all'attività di valutazione si sia sostituita un'attività di accertamento. Le caratteristiche della autorizzazione sono quindi mutate completamente⁸⁶. Ci si trova, dunque, davanti ad una autorizzazione compatibile con la concorrenza perché basata sul requisito (oggettivo) dell'adeguatezza del patrimonio iniziale piuttosto che sulla discrezionalità dell'autorizzante. Tuttavia, l'atto è rimasto il medesimo, almeno nella denominazione. Stesso discorso vale per il settore postale o quello delle telecomunicazioni che, come si è osservato, costituisce il modello di regolazione per tutti i servizi a rete, regolazione compatibile con una piena liberalizzazione, caratterizzata, tra l'altro, dalla presenza di autorizzazioni non discrezionali rilasciate in base a criteri "oggettivi, trasparenti e non discriminatori"⁸⁷.

⁸⁴ L'ordinamento italiano ha dovuto recepire tali indicazioni con il d.lgs. 481 del 1988, che come tutte le altre norme, è poi stato abrogato e ricompreso nel T.U. bancario.

⁸⁵ Esse sono: l'adozione della forma di società per azioni o di società cooperative per azioni a responsabilità limitata; il possesso di un capitale, sottoscritto a versato, per un ammontare non inferiore a quello previamente stabilito dalla stessa Banca d'Italia; la presentazione, assieme all'atto costitutivo ed allo statuto, di un programma illustrativo dell'attività che si intende svolgere nella fase iniziale di operatività; il possesso, da parte degli amministratori, dei sindaci e del direttore generale, dei requisiti di professionalità e di onorabilità preventivamente fissati da un apposito regolamento ministeriale; il possesso, da parte dei soci con quote maggiori, di particolari requisiti di onorabilità, anch'essi stabiliti per via regolamentare.

⁸⁶ Tanto mutate che vi è chi parla della possibilità, prospettata da alcuni economisti, di un abbandono della autorizzazione bancaria, cfr. T. Padoa - Schioppa, *L'autorizzazione bancaria è ancora necessaria?*, in *Banca Impresa Società*, n. 1/2000, p. 3, in cui, dando conto di questo dibattito, si afferma la necessità di mantenere la regolamentazione alla vigilanza pubbliche, sia pur affiancate da sistemi di autoregolamentazione.

⁸⁷ N. Rangone, *Op. cit.*, p. 75.

9. L'influsso del diritto comunitario e i suoi riflessi sull'attività amministrativa: deregolazione o ri-regolazione del mercato?

Si è detto sinora che uno degli effetti del diritto comunitario sul diritto interno è stato quello dell'affermazione del principio della concorrenza e del libero mercato, ciò, a sua volta, ha comportato un cambiamento dei modi di ingerenza del potere pubblico nell'economia e radicali mutamenti nella frequenza, nell'uso e persino nelle caratteristiche di provvedimenti quali l'autorizzazione amministrativa.

Occorre ora chiarire, tuttavia, che anche laddove si assiste ad un arretramento dello Stato, non per forza si assiste ad una diminuzione della regolazione pubblica – statale o comunitaria. Anzi, spesso accade che ad una diminuzione della attività di gestione da parte dei pubblici poteri si accompagni un aumento della attività di regolazione. Ne è prova il fatto che nel settore in cui si è verificata la massima estensione del mercato e della concorrenza – quello delle telecomunicazioni – vi è stata anche la più intensa attività di regolazione da parte del pubblico potere.

Pertanto, l'ingerenza del settore pubblico nell'iniziativa economica privata permane – seppure sotto forme nuove - e la liberalizzazione, in senso pieno, non c'è. Per indicare questo fenomeno, per il quale ad una deregolazione si accompagna una riregolazione, si è parlato di “bulimia regolativa”⁸⁸ o di “fenice regolatoria”⁸⁹.

In particolare l'autorizzazione “comunitaria” (*rectius* “conforme al diritto comunitario”) rende l'autorizzazione stessa un atto quasi meccanico, spostando l'importanza sulla definizione di requisiti e criteri per il rilascio (e, quindi, sul momento normativo o regolativo piuttosto che su quello autorizzatorio/amministrativo). In questo modo essa crea nuovi poteri normativi (o amministrativi generali). La nuova disciplina sulle autorizzazioni, quindi, imponendo la fissazione dei criteri in base ai quali i singoli provvedimenti vengono emanati comporta una sempre maggiore scomposizione o bipartizione tra i poteri amministrativi, nei due momenti logici dai quali essi risultano (normazione/amministrazione).

⁸⁸ E. Cheli, *Regolazione e Concorrenza*, Convegno organizzato dall'AGCM, Roma 22-23 novembre 1999).

⁸⁹ J. Chen, *The legal process and political economy of telecommunications reform*, in *Columbia Law Review*, 1997, 4, p. 835.

Tutto ciò conferma che la liberalizzazione comporta spesso non un arretramento dei pubblici poteri, ma una riorganizzazione degli stessi nel senso di una evoluzione delle loro funzioni. Ossia, come si accennava, la liberalizzazione non si traduce in meno regolazione ma in una ri - regolazione, diversa dalla precedente.

Tale ri - regolazione risulta ancora basata su strumenti amministrativi, alcuni dei quali portano la denominazione di vari atti di consenso (autorizzazione, licenza, ecc...). Malgrado tale denominazione vi è da chiedersi: quando non vi è più discrezionalità si può ancora affermare che vi sia autorizzazione? In altre parole, le autorizzazioni conformi al diritto comunitario sono o non sono vere autorizzazioni? Sembra infatti che le autorizzazioni generali abbiano perso i caratteri loro propri e seguano regole che non sono quelle del diritto amministrativo⁹⁰. Così, le nuove autorizzazioni generali del settore delle telecomunicazioni sono atti nei quali dove la discrezionalità è assente - ed è assente, quindi, anche il provvedimento amministrativo che dispone in ordine a interessi privati in rapporto a quelli pubblici - con i quali l'autorità pubblica non autorizza nulla, ma accerta in via preliminare, o ratifica, in via successiva, la presenza, nel richiedente, di determinati requisiti, indicati dalle norme⁹¹.

⁹⁰ Esistono, dunque, istituti che, sulla base di disposizioni comunitarie, hanno mutato la loro natura giuridica e ciò rappresenta una delle conseguenze dell'incontro del diritto europeo con il diritto nazionale in materia di telecomunicazioni. S. Cassese, *Le Basi del Diritto Amministrativo*, Cit. p. 410.

⁹¹ Così R. Perez, *Telecomunicazioni e concorrenza*, Milano, Giuffrè, 2002, p.

Bibliografia essenziale

1. La bibliografia in materia di autorizzazioni è vastissima. Si può prendere le mosse da:

F. Fracchia, *Autorizzazione amministrativa e situazioni giuridiche soggettive*, Napoli, Jovene, 1996;

A. Sandulli, *Il procedimento*, in S. Cassese (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2000, parte generale, tomo II, pp. 1151-1165.

2. La scienza giuridica si è a lungo occupata del tema, a partire da Ranelletti:

O. Ranelletti: *Teoria generale delle autorizzazioni e concessioni*, Torino, 1894; *Concetto e natura delle autorizzazioni e concessioni amministrative*, *Giur. It.*, 1894, IV, 7; *Capacità e volontà nelle autorizzazioni e concessioni amministrative*, in *Riv. It. Sc. Giur.*, 1894, XXVI, p. 315; *Facoltà create dalle autorizzazioni e concessioni amministrative*, in *Riv. It. Sc. Giur.*, 1895, (XIX), 3; 1895 (XX), 255; 1896 (XXI), 77; 1896 (22°), 177;

Si vedano, poi:

D. Donati, *Atto complesso, autorizzazione, approvazione*, in *Arch. Giur.*, 1903, 42;

G. Ortolani, *Autorizzazione e approvazione*, in *Studi Romani*, Padova, Cedam, 1940, vol. II, p. 266;

G. Vignocchi, *La natura giuridica dell'autorizzazione amministrative costitutive di rapporti giuridici fra l'amministrazione e i privati*, Milano 1957;

A. M. Sandulli, *Notazioni in tema di provvedimenti autorizzativi*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1957, p. 784; A. M. Sandulli, *Abilitazioni, autorizzazioni, licenze*, in *Rass. Dir. Pubbl.*, 1958;

P. Gasparri, voce *Autorizzazione (dir amm.)* in *Enc. Dir.*, IV, 1959, p. 509; P. Gasparri, *Considerazioni in tema di autorizzazione*, in *Giur. cass. civ.*, XXVI, 1947, p. 1121;

U. Forti, *Natura giuridica delle concessioni amministrative*, Torino, 1900; U. Forti, voce *Autorizzazione (Diritto amministrativo)* in *Nov. Dig. It.* Vol. I, p. 1580. U. Forti, *I controlli dell'amministrazione comunale*, in *Trattato Orlando*, II, (1915), 775;

A. Orsi Battaglini, voce *Autorizzazione amministrativa*, in *Dig. Disc. Pubbl.* vol II., Torino, 1987, p. 59;

P. Salvatore, voce *Autorizzazione* in *Enciclopedia giuridica*, vol IV, p. 3.;

F. Franchini, *Le autorizzazioni amministrative costitutive di rapporti giuridici fra l'amministrazione e i privati*, Milano, Giuffrè, 1957.

3. Sull'autorizzazione come atto amministrativo e sull'attività amministrativa in generale si vedano:

F. Benvenuti *Funzione Amministrativa, Procedimento, Processo*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 1952, p. 118 ss.;

F. Mastragostino, *Le autorizzazioni amministrative all'esercizio del commercio*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, Padova, 1979, vol. III;

G. Corso, voce *Autorizzazione di polizia*, in *Digesto IV* (disc. pubbl.), Torino, 1987, vol. II; G. Corso, *L'attività Amministrativa*, Torino, Giappichelli, 1999;

M.S. Giannini, *Attività Amministrativa*, In *Enc. Dir.*, III, Milano, Giuffrè, 1958, p. 988 ss.; M.S. Giannini, *Atto Amministrativo*, In *Enc. Dir.*, IV, Milano, Giuffrè, 1959, p. 157;

M.S. Giannini, *Diritto Amministrativo*, II, Milano, Giuffrè, 1993, pp. 609 e ss.;

E. Casetta, voce *Provvedimento e atto amministrativo*, in *Dig IV disc. Pubbl.*, Torino 1996, vol. XI.

4. Sulla semplificazione del rilascio della autorizzazione e sul rapporto tra autorizzazione e denuncia di inizio di attività:

V. Cerulli Irelli, *Modelli procedurali alternativi in tema di autorizzazioni*, in *Dir. Amm.*, 1993, I, p. 55;

L. Ferrara, *Diritti soggettivi ad accertamento amministrativo. Autorizzazione ricognitiva, denuncia sostitutiva e modi di produzione degli effetti*, Padova, Cedam, 1996;

E. Boscolo, *I diritti soggettivi a regime amministrativo. L'art. 19 della legge 241/1990 e altri modelli di liberalizzazione*, Padova, Cedam, 2001.

5. Sul rapporto tra autorizzazione e discrezionalità amministrativa si veda

A. Piras, voce *Discrezionalità amministrativa*, in *Enc. Dir.*, Milano, Giuffrè, 1963, XIII, p.3; D. De Pretis, *Valutazione amministrativa e discrezionalità tecnica*, Padova, Cedam, 1995;

L. Benvenuti, *La discrezionalità amministrativa*, Padova, 1986.

6. Sull'uso di autorizzazioni e concessioni nel governo dell'economia si veda:

V. Spagnuolo Vigorita, *L'iniziativa economica privata nel diritto pubblico*, Napoli, 1959;

R. Villata, *Autorizzazioni amministrative ed iniziativa economica privata*, Milano, Giuffrè, 1974;

U. Pototschnig, *I Pubblici Servizi*, Padova, Cedam, 1964;

F. Trimarchi, *Profili organizzativi della concessione di pubblici servizi*, Milano, Giuffrè, 1967;

M. Ramajoli, *Concessioni di pubblico servizio e diritto comunitario*, in *Dir. Amm.*, 1993;

G. Pericu, A. Romano, V. Spagnuolo – Vigorita (a cura di), *La concessione di pubblico servizio*, Milano, 1995;

D. Sorace, *Servizi pubblici e servizi (economici) di pubblica utilità*, in *Dir. Pubbl.*, 1999, p. 371 ss.;

N. Rangone, *I servizi pubblici*, Bologna, Il Mulino, 1999;

M. D'Alberti, *Le concessioni amministrative (aspetti della contrattualità delle pubbliche amministrazioni)*, Napoli, 1981; M. D'Alberti, voce *Concessioni amministrative*, in *Enc. Giur Treccani*, Roma, 1988, vol. VII; M. D'Alberti (a cura di), *Concessioni e concorrenza*, serie *Temi e problemi* n. 8, giugno 1998, Roma, Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, 1998, p. 186;

V. Caianiello, *Concessioni (diritto amministrativo)* in *Noviss. Dig. It. App.*, Torino, 1980, vol. II.

7. Sugli altri “atti di consenso”, si vedano, inoltre:

D. Sorace, C. Marzuoli, *Concessioni amministrative*, in *D. Disc. Pubbl.*, III, Torino, Utet, 1989, p. 281 ss.

G. Landi, voce *Licenza (dir. Amm.)*, in *Enc. Dir.*, Milano, 1974, vol. XXIV;

D. Sorace – C. Marzuoli, voce *Concessioni amministrative*, in *Dig. IV (disc. pubbl.)*, Torino, 1989, vol. III;

M. P. Chiti, *Atti di consenso*, in *Dir. Amm.*, 1996, II, p. 181;

C. Guccione, commento a *La comunicazione interpretativa della commissione sulle concessioni nel diritto comunitario*, in *Giornale di Diritto Amministrativo*, 2000, XII, p. 1253;

8. Sulle autorità indipendenti si vedano;

G., Amato, *Autorità semi-indipendenti e autorità di garanzia*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 1997, p. 645 ss.;

S. Cassese – C. Franchini (a cura di), *I garanti delle regole*, Bologna, Il Mulino, 1996.

G. Tesauro, M., D'Alberti, *Regolazione e concorrenza*, Bologna, Il Mulino, 2000

9. Sulle autorizzazioni preventive come strumenti di regolazione si veda:

A. Ogus, *Regulations, legal form and economic theory*, Oxford, Clarendon press, 1994, pp. 214 e ss.;

nonchè la vasta letteratura di “*law and economics*” che sovente tocca la questione delle diverse forme di regolazione:

G. Alpa, P. Chiassoni, A. Pericu, F. Pulletti, S. Rodotà, F. Romani (a cura di), *Analisi economica del diritto privato*, Milano, Giuffrè, 1999;

G. Alpa, voce *Interpretazione economica del diritto*, in *Novissimo Digesto Italiano – Appendice*, IV, Torino, Utet, 1980, p. 315;

J.G. Backhaus (a cura di), *The Elgar Companion to Law and Economics*, Elgar, Cheltenham/UK-Northampton, Mass., Usa, 1999;

R. Baldwin, C. Scott, C. Hood, *A reader on regulation*, Oxford, Oxford University Press, 1998;

R. Baldwin, M. Cave, *Understanding Regulation*, Oxford, Oxford University Press, 1999;

S. Breyer, *Regulation and its reform*, Cambridge, Mass., Harvard university press, 1982;

P. Chiassoni, *Economic Analysis of Law. L'analisi economica del diritto negli Stati Uniti*, Giappichelli, Torino, 1992;

R. Cooter, U. Mattei, P.G. Monateri, R. Pardolesi, T. Ulen, *Il mercato delle regole-analisi economica del diritto civile*, Il Mulino, Bologna, 1999;

T. E. Keeler & S. E. Foreman, *Regulation and Deregulation* in P. Newman (edited by), *The New Palgrave dictionary of Economics and the Law*, vol. III, London, Macmillan, 1998, p. 213;

A. La Spina, G. Majone, *Lo Stato regolatore*, Bologna, Il Mulino, 2000;

C. McRudden, *Regulation and public law*, London, Weidenfeld and Nicolson, 1987;

R. Pardolesi, *Analisi economica del diritto*, in *Digesto IV*, I, Torino, Utet, 1987, p. 309;

F. Parisi (edited by), *The Economics of Public Law. The collected economic essays of R. A. Posner*, vol. III, Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2001

10. Sui singoli settori in cui opera l'autorizzazione – ed, in particolare, sul settore creditizio, si veda:

M. Nigro, *Profili pubblicitici del credito*, Milano, 1969;

V. Santoro, *Le "banche" non autorizzate*, in *Le società*, 1994;

V. Spagnuolo Vigorita, *Note sull'autorizzazione all'apertura di istituti di credito*, in *Banca, borsa e titoli di credito*, 1962, I, 16.