

Roberto Giovagnoli

## **Liberalizzazioni, semplificazioni ed effettività della tutela**

*Relazione tenuta al Convegno di studi in occasione dell'assegnazione del Premio Sorrentino 2012. Roma, Palazzo Spada, 12 giugno 2012.*

SOMMARIO: 1. Il diritto amministrativo di fronte agli imperativi economici – 2. Come cambia il diritto amministrativo nell'età delle liberalizzazioni – 3. Attività economiche libere e tutela dei terzi. – 4. La tutela degli interessi costituzionalmente rilevanti come presupposto del potere. Il giudice amministrativo e i diritti fondamentali. 5. La valorizzazione della discrezionalità e la necessità di riscoprire l'eccesso di potere. 6. 6. Le liberalizzazioni economiche. La diffusione della funzione di regolazione dei mercati liberalizzati. 7. Conclusioni.

### **1. Il diritto amministrativo di fronte agli imperativi economici.**

Il diritto amministrativo è oggi posto, più di qualsiasi altro settore dell'ordinamento giuridico, di fronte a nuovi e pressanti imperativi economici. In un contesto caratterizzato da mercati globalizzati e da esigenze di crescita rese improrogabili dalla crisi economica internazionale, l'attenzione di economisti e politici si rivolge proprio verso le regole pubbliche che disciplinano l'accesso al mercato e, più in generale, lo svolgimento delle attività economiche. E' ormai assodato (e trova riscontro negli studi delle principali organizzazioni economiche nazionali ed internazionali) che la crescita economica dipende in maniera significativa anche dal modo in cui sono regolati i mercati.

Si mette in evidenza come una regolazione meno ingombrante e più di qualità sia un fattore in grado di favorire la crescita.

In questo nuovo contesto, il primo interrogativo che dobbiamo porci è se il diritto amministrativo (e, quindi, di riflesso, il giudice amministrativo) sia in grado di dare una risposta adeguata a tali imperativi economici.

La domanda non è retorica. E' ricorrente, e viene ciclicamente riproposta anche nel dibattito culturale e politico, l'idea che vede nel diritto amministrativo (e nei suoi elementi caratterizzanti, quali la particolare forma di tutela riconosciuta all'interesse legittimo tramite un giudice speciale) un fattore di ostacolo allo sviluppo. Il diritto amministrativo – si dice – è caratterizzato da eccessive rigidità, è troppo invasivo nei confronti delle libertà, in particolare economiche. E' un diritto calato dall'alto, dal legislatore e dai provvedimenti delle amministrazioni pubbliche.

Lo si contrappone al *common law*, che al contrario, secondo questa prospettiva, si porrebbe più in sintonia con le necessità degli scambi. Quest'ultimo sarebbe più adatto, perché flessibile, non invasivo delle libertà economiche, perché nasce dal basso, dalla produzione giudiziale basate sulle istanze dei privati.

In realtà, l'esperienza, anche comparata, insegna che le cose non stanno veramente così; che l'alternativa tra diritto amministrativo e *common law* è poco più di una suggestiva illusione.

E' ormai acquisito, infatti, che anche negli ordinamenti di *common law* i mercati siano in realtà regolati tramite il diritto amministrativo. Nei tradizionali Paesi di *common law* tutta la disciplina economica del Novecento è segnata da *statutory law*, cioè dalla legislazione emanata dal Parlamento (basti pensare alle leggi britanniche degli anni '80 in materia di privatizzazione di imprese pubbliche, ovvero al *Sarbanes Oxley Act* statunitense del 2002, emanato per la protezione degli investitori dopo gli scandali Enron e Worldcom)<sup>1</sup>.

Del resto, le stesse norme ultranazionali che condizionano le regolazioni nazionali dell'economia (come le norme comunitarie o quelle dettate da discipline internazionali) si basano ampiamente su elementi propri del diritto amministrativo (e si rivolgono nello stesso modo tanto a sistemi di *common law* quanto a quelli a diritto amministrativo)<sup>2</sup>.

Va ulteriormente considerato che nell'Europa continentale, assume sempre maggiore importanza un diritto amministrativo basato su leggi costruite con clausole normative generali, che lasciano grande spazio all'opera delle Amministrazioni specializzate e dei giudici. La disciplina della concorrenza ne è esempio significativo. Il diritto antitrust, anche nei paesi eurocontinentali, è eminentemente giurisprudenziale.

---

<sup>1</sup> Cfr. sull'argomento D'ALBERTI, *Il diritto amministrativo tra imperativi economici e interessi pubblici*, in *Dir. Amm.*, 2008, 51 e ss.

<sup>22</sup> Lo rileva ancora D'ALBERTI, op. loc. ult. cit.

Non vi è dunque contrapposizione tra diritto amministrativo e *common law* e non è esatto considerare il primo inadeguato ai mercati, mentre il secondo idoneo al loro buon funzionamento<sup>3</sup>. Il diritto amministrativo che regola i rapporti economici è presente in tutti i sistemi giuridici. Ed è proprio al diritto amministrativi che ora tutti i sistemi politici ed economici chiedono risposte a fronte delle nuove esigenze dei mercati.

Del diritto amministrativo, quindi, non si può fare a meno, neanche davanti ai nuovi imperativi economici. E non si può fare neanche di quella che viene – spesso con eccessiva leggerezza – indicata come una anomalia tutta italiana, ovvero l’interesse legittimo.

Viene a volte affermato che nel diritto amministrativo europeo o comunitario è recessivo l'elemento autoritativo dell'esercizio del potere oltre ad essere assente la nozione di interesse legittimo.

Tale asserzione non è corretta: l’ordinamento comunitario, pur non conoscendo l'interesse legittimo, ben conosce le varie forme di esercizio del potere e i connessi aspetti inerenti la tutela giurisdizionale. Il fatto che in sede europea, come del resto in ambito nazionale, il potere pubblico ricerchi a volte il consenso dei destinatari della propria azione in considerazione dei diversi livelli di regolazione e di interessi coinvolti non significa che l’esercizio del potere sia ormai recessivo, ma al più che può essere sostituito o affiancato da diversi e flessibili strumenti, oggi in possesso dell'amministrazione, sia comunitaria che nazionale<sup>4</sup>.

Del resto, la principale area di intervento del diritto comunitario sul diritto amministrativo nazionale è proprio quella dei rapporti tra cittadini e poteri pubblici ed è stato acutamente osservato come l'applicabilità di un regime di diritto pubblico, caratterizzato dalla titolarità di maggiori prerogative rispetto a quelle esistenti in un rapporto di diritto privato, costituisce condizione indispensabile affinché possa essere imposto a un soggetto (anche se formalmente dotato di personalità distinta da quella dello Stato) l'obbligo di procedere alla disapplicazione della legislazione interna configgente con i principi *self-executing* di matrice comunitaria<sup>5</sup>.

---

<sup>3</sup> Nel senso della progressiva convergenza cfr. ancora D’ALBERTI, *op. loc. ult. cit.*, nonché, in termini più generali, CASSESE, *Il diritto amministrativo: storia e prospettive*, Milano, 2010, 328.

<sup>4</sup> Cfr. CHIEPPA, *Le nuove forma di esercizio del potere e l’ordinamento comunitario*. Relazione tenuta in occasione del convegno di Varenna “Nuovi poteri e dialettica degli interessi” 24, 25 e 26 settembre 2009, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2009, 1319.

<sup>5</sup> In questi termini v. ancora CHIEPPA, *op. loc. ult. cit.*

Il che dimostra come nell'ordinamento comunitario la distinzione tra diritto pubblico e diritto privato e tra esercizio autoritativo del potere pubblico e atti di diritto comune non sia affatto secondaria o "tollerata", ma resti di primaria importanza per la stessa costruzione del diritto amministrativo europeo.

## **2. Come cambia il diritto amministrativo nell'età delle liberalizzazioni.**

Appurato che del diritto amministrativo non si può fare a meno, il problema è comprendere allora quale funzione il diritto amministrativo possa assumere di fronte alle grandi sfide che oggi provengono dalla globalizzazione e dalla crisi economica.

A tal riguardo, la risposta che emerge dall'analisi dei recenti provvedimenti legislativi in materia di liberalizzazioni e semplificazioni è quella di un diritto amministrativo *quantitativamente minore*, ma, probabilmente, *qualitativamente migliore*.

E' ormai convinzione ampiamente condivisa che l'idea di regolare con misure amministrative ogni aspetto dell'attività economica privata è certamente perdente, perché si pone contro le esigenze dei mercati.

Il diritto comunitario, ma prima ancora le esigenze dell'economia, richiedono nuove tecniche di intervento, un nuovo modo di intendere il rapporto tra libertà di iniziativa economica e regolazione pubblica.

La recente legislazione nazionale in tema di liberalizzazioni e semplificazioni è, come dicevo, certamente espressione di questa visione. Essa si inquadra nella generale tendenza ad una forte riduzione delle misure pubbliche restrittive per l'accesso ai mercati e all'attenuazione della discrezionalità amministrativa per l'adozione di quelle che permangono.

Il principio di fondo sotteso agli interventi normativi dell'ultimo anno è che la disciplina delle attività economiche è improntata al principio di "*libertà di accesso, di organizzazione e di svolgimento*". Si afferma poi che poteri amministrativi di assenso o di autorizzazione possono permanere solo in presenza di *esigenze imperative di interesse generale, costituzionalmente rilevanti*, e compatibili con l'ordinamento comunitario, nel rispetto del principio di proporzionalità.

Le recenti novità legislative hanno conseguenze importanti sull'assetto dei poteri amministrativi e sulle connesse tecniche di tutela.

Il primo dato è che l'intervento autorizzatorio preventivo diventa eccezionale.

Il principio secondo cui “è permesso tutto tranne ciò che è espressamente vietato” implica che oggi la pretesa del privato a svolgere una certa attività economica assuma una consistenza diversa rispetto al passato. Essa trova la sua fonte direttamente nella legge, e viene considerata espressione di un principio costituzionalmente rilevante, quello che riconosce la libertà di iniziativa economica (art. 41 Cost.), principio al quale, anche alla stregua dei principi comunitari sulla libertà di circolazione dei servizi e sul diritto di stabilimento, si dà un significato nuovo e più pregnante<sup>6</sup>.

Questo determina certamente una trasformazione della situazione giuridica del soggetto che aspira all’esercizio della libertà economica, e, parallelamente, ad una trasformazione delle relative forme di tutela: tale situazione giuridica, che nel previgente e tradizionale regime autorizzatorio aveva la consistenza dell’interesse legittimo pretensivo, diviene ora diritto soggettivo. Il potere dell’amministrazione viene meno e con esso la regolamentazione amministrativa dell’attività.

In questo contesto, il mantenimento di misure di regolazione amministrativa è eccezionale e richiede la tutela di interessi costituzionalmente rilevanti nonché il rispetto del principio di proporzionalità. In assenza di tali interessi di rilievo costituzionale l’attività è libera.

Da sottolineare che questa forma di liberalizzazione di ultima generazione si distingue, per la sua maggiore incisività, da quelle che fino ad oggi il nostro ordinamento già aveva conosciuto.

E’ noto, infatti, che la liberalizzazione dell’attività economica, e la progressiva soppressione del regime autorizzatorio, non è una novità del legislatore degli ultimi anni. Essa risale addirittura alla legge n. 241/1990 il cui art. 19 già conosce la d.i.a., tradizionalmente considerata una forma di liberalizzazione dell’attività economica. E’ altresì noto che la legge n. 80 del 2005 abbia generalizzato l’istituto della d.i.a. prevedendo che essa sostituisse tutte le autorizzazioni, comunque denominate, vincolate e non contingentate, tranne quelle volte alla tutela di interessi “speciali”.

Rispetto a quella prima forma di liberalizzazione, oggi sembra che il legislatore abbia optato per una scelta più radicale, che consiste nella totale eliminazione del potere amministrativo, non sono *ex ante* (come accade nella d.i.a.), ma anche *ex post*. L’attività

---

<sup>6</sup> E’ noto al riguardo il dibattito politico, che è poi sfociato nella presentazione alla Camera di un d.d.l. di iniziativa governativa, in merito all’opportunità di modificare l’art. 41 Cost. sancendo direttamente in Costituzione “il principio secondo cui è permesso tutto tranne ciò che è espressamente vietato”.

diviene libera e il privato non è tenuto neanche a quel preventivo contatto con l'Amministrazione al quale l'istituto della d.i.a. (ora s.c.i.a.) invece lo costringeva.

La dia/scia viene collocata da questi più recenti interventi legislativi nell'ambito delle attività che rimangono sottoposte a regime amministrativo. Emblematico sotto questo profilo è il comma 6 dell'art. 34 del c.d. decreto Salva Italia: dopo che il comma 4 prevede che il regime autorizzatorio è eccezionale, il comma 6 specifica che nel caso in cui ricorrano le condizioni per mantenere il regime autorizzatorio, la regola è la d.i.a.. Parimenti significativo è l'art. 17 d.lgs. n. 59 del 2010 (attuativo della c.d. direttiva *Bolkstein*, in materia di liberalizzazione dei servizi professionali): per le attività che rimangono sottoposte ad autorizzazione, ai fini del rilascio del procedimento autorizzatorio si segue il procedimento di cui all'art. 19, comma 2, legge n. 241 del 1990.

E' evidente, quindi, la tendenza a considerare la d.i.a. un titolo autorizzatorio minore; non, quindi, una forma di liberalizzazione dell'attività economica, ma, sembrerebbe, di semplificazione procedimentale.

E' noto, sotto questo profilo, il dibattito che ha interessato dottrina e giurisprudenza in ordine alla natura giuridica della d.i.a., dibattito culminato nella nota sentenza della Plenaria n. 15 del 2011 (che disconosce chiaramente la natura autorizzatoria o provvedimentale della d.i.a., pur ammettendo una forma di tutela del terzo di tipo impugnatorio, diretta però non contro il titolo autorizzatorio, nella specie assente, ma contro il diniego tacito all'esercizio dei poteri inibitori che si forma per effetto della scadenza del termine che l'Amministrazione ha a disposizione per effettuare il controllo sulla sussistenza dei requisiti legittimanti).

E' noto anche che il legislatore subito dopo la Plenaria n. 15 del 2011 è intervenuto sulla materia con l'art. 6 d.l. n. 138/2011 che ha novellato l'art. 19 l. n. 241 del 1990 con l'inserimento di una disposizione che, pur relegando la tutela del terzo alla contestazione del silenzio-rifiuto (escludendo quindi la proposizione di una diretta azione di annullamento) ribadisce tuttavia il carattere non provvedimentale della d.i.a. o s.c.i.a..

Ora, invece, questi più recenti interventi legislativi in materia di liberalizzazione sembrano ricollocare la d.i.a. o s.c.i.a. nel quadro delle attività sottoposte a previa autorizzazione amministrativa.

Si nota, in questo susseguirsi di interventi legislativi, un certo disordine normativo, che in parte contraddice le esigenze sottese ai nuovi interventi: indiscutibile fattore di

crescita e di competitività è prima di tutto la *certezza del diritto*. Sotto questo profilo la rinnovata incertezza che tali recenti provvedimenti sollevano in ordine alla natura giuridica della d.i.a. o s.c.i.a. non sono certo un segno positivo.

### **3. Attività economiche libere e tutela dei terzi.**

La regola secondo cui l'accesso alle attività economica è libero pone evidentemente delicati problemi di tutela dei terzi.

Sembrerebbe in prima battuta che il terzo non abbia altra tutela che quella proprio del diritto civile, legata spesso non tanto all'inizio dell'attività ma all'eventuale suo svolgimento secondo modalità lesive della concorrenza o dei diritti soggettivi di cui è titolare. Questo del resto sembra essere l'obiettivo del legislatore, che fa salve "le responsabilità per i danni arrecati a terzi nell'esercizio dell'attività stessa" (così, ad esempio, il comma 6 dell'art. 34 del c.d. decreto "Salva Italia").

L'interesse del terzo a che vengano rispettati certi requisiti di accesso, di svolgimento e di organizzazione cessa, quindi, di essere giuridicamente rilevante, e cessa di esserlo proprio perché vengono meno le regole che fissano tali limiti e tali condizioni. Viene così a mancare il presupposto stesso della tutela giurisdizionale: ovvero l'esistenza della situazione giuridica, dell'interesse legittimo a che quell'attività si svolga nel rispetto delle regole amministrative. La situazione è certamente diversa rispetto alla d.i.a. (o s.c.i.a.), in cui la sussistenza di una regolamentazione amministrativa comunque attribuisce rilevanza giuridica alla posizione del terzo e pone, quindi, il problema di rendere effettiva la relativa tutela.

Quella appena descritta è la conseguenza della ritrazione del diritto amministrativo, che, se da un lato, apre nuove prospettive di soddisfazione e di tutela per colui che aspira ad entrare nel mercato, dall'altro comporta, inevitabilmente, la relegazione al rango di meri interessi di fatto di interessi prima giuridicamente rilevanti.

### **4. La tutela degli interessi costituzionalmente rilevanti come presupposto del potere. Il giudice amministrativo e i diritti fondamentali.**

Il legislatore eccettua espressamente dalla liberalizzazione nel senso appena visto le situazioni in cui vengono in considerazione interessi costituzionalmente rilevanti. E' questo un passaggio normativo di estrema importanza.

Ci sono valori costituzionalmente rilevanti che richiedono necessariamente la funzione amministrativa. Il diritto amministrativo diventa, per espressa previsione legislativa, strumento di tutela di interessi di rango costituzionale.

Anche nell'età delle liberalizzazioni, a fronte del dilagare di quello che è stato definito, non senza qualche nota polemica, una forma di “fondamentalismo di mercato”<sup>7</sup>, la regolazione amministrativa rimane comunque necessaria in presenza di interessi di rango costituzionale.

In questo caso il provvedimento mantiene tutta la sua centralità, perché diventa insostituibile strumento di tutela.

Ecco allora che alla riduzione quantitativa del diritto amministrativo, si accompagna la valorizzazione della funzione più nobile che l'Amministrazione può essere chiamata a svolgere: essere strumento di protezione e di contemperamento di interessi costituzionali.

Gli interessi costituzionali che possono venire in rilievo sono di varia natura e in parte già individuati a livello legislativo proprio per sottrarre alcuni procedimenti a interventi di liberalizzazione e di semplificazioni già sperimentati (salute, ambiente, paesaggio, beni culturali, sicurezza pubblica).

In altri termini, quando vi è il rischio che un'attività economica possa incidere su un interesse costituzionalmente rilevante, il legislatore affida all'Amministrazione il compito di valutare, caso per caso, con valutazione connotata da ineliminabili aspetti di discrezionalità amministrativa, se quell'attività possa o meno essere autorizzata.

Ciò che va sottolineato è l'interesse costituzionalmente rilevante non rappresenta un limite invalicabile, come a volte si è ritenuto in passato, all'assenso da parte dell'Amministrazione di determinate attività private. L'interesse costituzionalmente rilevante *non decreta la fine* del potere amministrativo, ma ne è, anzi, il *presupposto*. Il potere amministrativo esiste proprio perché c'è un interesse costituzionalmente rilevante da tutelare, da contemperare, da bilanciare.

E' un dato estremamente rilevante perché tocca uno dei temi più attuali del diritto amministrativo del nuovo secolo. Ovvero quello relativo alla tutela dei diritti fondamentali. E' evidente, infatti, che spesso gli interessi costituzionalmente rilevanti che giustificano la permanenza del regime autorizzatorio si ricollegano ad altrettante “pretese” di soggetti terzi

---

<sup>7</sup> Mattei, *Liberalizzazioni, mercati, legalità*, in *Notariato*, 2012, n. 5

a che quei beni costituzionalmente rilevanti non vengano incisi, perché la loro incisione potrebbe ripercuotersi negativamente sulla loro sfera giuridica.

Oggi, in definitiva, la tutela degli interessi costituzionalmente rilevanti diventa, almeno nel settore delle attività economiche, il compito primario, esclusivo della P.A. e del nuovo diritto amministrativo.

Ecco allora perché il diritto amministrativo, se perde sotto il profilo quantitativo, acquista sotto quello qualitativo. Ecco perché oggi sempre più spesso si sente dire che è proprio il diritto amministrativo (e di riflesso il giudice amministrativo) la sede naturale per la tutela dei diritti fondamentali.

Più in particolare, potremmo dire di quelli che sono stati definiti i diritti fondamentali di “seconda generazione” (per contrapporli a quella di prima generazione, ovvero a quelli innati ed universali affermatasi con il giusnaturalismo come il diritto alla vita o alla libertà personale). Diversamente da questi ultimi, che sono tradizionalmente ritenuti intoccabili dai pubblici poteri e la cui tutela è affidata al giudice ordinario (civile o penale), i diritti fondamentali di seconda generazione sono quelli che pur trovando riconoscimento in norme fondamentali della Costituzione (o delle fonti sovranazionali ad essa equiparabili: CEDU, Carta di Nizza), non sono a soddisfazione necessariamente garantita, perché l’ordinamento ammette la possibilità che in nome di altre esigenze (anch’esse corrispondenti ad altri interessi costituzionalmente rilevanti) sia possibile una incisione da parte del potere pubblico, chiamato appunto ad operare una delicata opera di contemperamento tra opposti valori.

In un recente convegno tali situazioni giuridiche sono state autorevolmente definite in termini di interessi legittimi fondamentali<sup>8</sup>, a sottolineare che essi possono trovare fisiologica protezione proprio attraverso le tecniche di tutela tipiche dell’interesse legittimo. Tecniche di tutela che sono diverse, ma certo non meno efficaci rispetto a quelle del diritto soggettivo e che, anzi, in presenza del potere pubblico, rappresentano probabilmente la migliore forma di tutela che l’ordinamento può apprestare.

Si ripropone, a questo punto, l’eterna questione dei rapporti tra diritti fondamentali e giurisdizione amministrativa.

---

<sup>8</sup> MARUOTTI, *Questioni di giurisdizione ed esigenze di collaborazione tra le giurisdizioni superiori*. Testo scritto della relazione svolta a Lecce il 27 aprile 2012, in occasione del Convegno su “L’Europa del diritto: i giudici e gli ordinamenti”, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it)

E' un tema troppo ampio e complesso per poter essere esaustivamente trattato in questa sede. Mi sembra tuttavia difficilmente negabile l'emersione di un dato di fondo. Le nuove norme consegnano all'interprete una certezza che consiste nella erroneità della tradizionale affermazione – sui cui per anni si è retta la nota teoria dell'indegradabilità – secondo cui se c'è diritto fondamentale costituzionalmente rilevante non può esserci potere amministrativo, sul presupposto che la tutela costituzionale dell'interesse fondamentale sia incompatibile con l'esistenza in capo all'Amministrazione di una possibilità di incisione, di valutazione comparativa, di contemperamento.

Oggi, al contrario, sembra valere un'equazione di segno opposto: c'è un interesse costituzionalmente rilevante e quindi c'è potere, perché il potere amministrativo, soprattutto quello di stampo autorizzatorio, si giustifica proprio per la necessità di tutela, di valutazione e di contemperamento di interessi costituzionalmente rilevanti, cui spesso corrispondono, in capo ai privati, diritti fondamentali, costituzionalmente rilevanti.

Si pensi ad esempio alla tutela della salute, che in tutti gli interventi di liberalizzazione viene costantemente indicata come interesse che giustifica il permanere del regime autorizzatorio. In presenza di possibili rischi per il bene salute, l'attività economica è sottoposta al vaglio dell'Amministrazione e del suo potere. L'esito dell'esercizio del potere non è però scontato, ma dipende da una comparazione e da un bilanciamento tra il diritto fondamentale alla salute ed altri valori, anch'essi costituzionalmente rilevanti, in presenza dei quali si può tollerare una proporzionata incisione di quell'interesse. La valutazione spetta all'Amministrazione e il sindacato sulla scelta spetta al giudice amministrativo, secondo la tecnica appunto del sindacato a tutela di interessi legittimi, di interessi legittimi in questo caso fondamentali.

## **5. La valorizzazione della discrezionalità e la necessità di riscoprire l'eccesso di potere.**

Un ulteriore elemento di interesse che emerge dai provvedimenti di liberalizzazione di cui ci occupiamo è la valorizzazione della discrezionalità amministrativa come forma normale di esercizio del potere pubblico.

Il potere vincolato è certamente recessivo, perché laddove le condizioni di accesso sono rigidamente fissate dalla legge e si tratta solo di verificarne l'esistenza, il legislatore opta chiaramente per forme di liberalizzazione che vanno dalla totale eliminazione del titolo

all'introduzione di titoli "leggeri" quali la d.i.a. o s.c.i.a., in cui il controllo della p.a. è eventuale e successivo.

Laddove, invece, proprio la ricordata presenza di interessi costituzionalmente rilevanti richiede una valutazione comparativa da fare caso per caso, secondo il modello tipico di discrezionalità amministrativa, il ruolo dell'Amministrazione rimane ineliminabile.

L'attività amministrativa quindi diventa sempre meno vincolata e sempre più discrezionale. E questo comporta, sul piano della tutela, la necessità di rimettere al centro la figura dell'eccesso di potere. La storia dell'eccesso di potere ha in parte coinciso con la storia del giudice amministrativo. Ora l'eccesso di potere torna ad essere figura centrale della tutela giurisdizionale nei confronti dei nuovi poteri che residuano all'esito dell'intenso processo di liberalizzazione attuato dal legislatore. E con esso torna al centro l'esigenza di tracciare in maniera chiara quel delicato confine tra discrezionalità e merito insindacabile che da anni impegna l'opera di dottrina e giurisprudenza.

## **6. Le liberalizzazioni economiche. La diffusione della funzione di regolazione dei mercati liberalizzati.**

Accanto alle liberalizzazioni cosiddette giuridiche (che consistono appunto nella riduzione dei vincoli giuridici all'esercizio delle attività private) ci sono poi – seguendo la distinzione elaborata da un'autorevole dottrina<sup>9</sup> – le liberalizzazioni economiche. In questo caso la liberalizzazione consiste nel passaggio da un mercato chiuso ad un mercato più aperto. Consiste in altri termini nell'apertura dei mercati alla concorrenza tra operatori economici.

Come è stato rilevato<sup>10</sup> tra le due figure di liberalizzazione non vi è un rapporto di reciproca esclusione, anzi possono essere considerate differenti solo se si tiene conto della situazione di partenza; che nel caso della liberalizzazione economiche è un mercato più o meno chiuso, condizione che non riguarda invece la liberalizzazione in senso giuridico. Del resto anche la liberalizzazione economica avviene attraverso vicende di modificazione di discipline giuridiche.

---

<sup>9</sup> SCOCA, *Relazione introduttiva*, in STICCHI DAMIANI (a cura di), *Studi in tema di liberalizzazioni. Riflessi giuridici sull'evoluzione della disciplina. Atti del Convegno di Lecce, 30-31 marzo 2007*, Torino, 2008, 6

<sup>10</sup> SCOCA, op. ult. cit.

In merito alla liberalizzazione in senso economico possono individuarsi due percorsi differenti: il primo relativo ai mercati cosiddetti contingentati; il secondo attiene ai mercati chiusi<sup>11</sup>.

Il primo percorso di liberalizzazione consiste nell'attenuare i restringimenti imposti al mercato; ad esempio l'eliminazione dei parametri quantitativi o numerici o la prescrizione di distanze minime tra operatori economici di un determinato settore.

Entrambe le misure ostacolano l'ingresso nel mercato a nuovi operatori incidendo sulla concorrenza che è comunque già presente. In tale direzione una forma di liberalizzazione economica è quella di cui all'art. 34, comma 3, del c.d. decreto Salva Italia.

Il secondo percorso consiste invece nell'apertura di un mercato per l'innanzi posto al riparo dalla concorrenza, quindi monopolistico o oligopolistico. Liberalizzarlo significa aprirlo al gioco concorrenziale.

Ciò comporta l'adozione di discipline che non solo rendano giuridicamente possibile, ma anche economicamente vantaggioso, o comunque non impossibile, l'ingresso sul mercato di nuovi operatori privati. Questo risultato si può ottenere con la creazione di condizioni che rendano sostenibile il rischio imprenditoriale. Molti mercati in passato sono stati aperti sulla carta, ma sono rimasti chiusi nella realtà dei fatti, perché nessun operatore ha ritenuto di poter affrontare i rischi di confronto con l'ex monopolista.

Il processo di liberalizzazione economica richiede, quindi, affinché sia effettivo, l'esistenza di una regolazione pro-competitiva.

Al processo di liberalizzazione corrisponde quindi la nascita e la diffusione di una nuova funzione amministrativa, quella di regolazione dei mercati al fine di promuovere al concorrenza. La delicatezza di tale funzione regolatoria richiede spesso che essa sia affidata soggetti neutrali, sottratti all'arbitrio della maggioranza e della politica in generale.

Ciò ha determinato, come è ben noto, la nascita e lo sviluppo, a partire dagli anni '90, di un nuovo fenomeno di diritto amministrativo, che è quello dell'attribuzione di funzioni di *regulation* (inteso come insieme di poteri normativi, amministrativi e giustiziali) ad Autorità amministrative indipendenti (sul modello delle Agenzie indipendenti di tradizione

---

<sup>11</sup> In questi termini v. ancora SCOCA, *op. ult. cit.*

statunitense), separate dal complesso dell'Amministrazione e incaricate di svolgere le funzioni in un determinato settore<sup>12</sup>.

La funzione regolatoria delle Autorità indipendenti trova legittimazione soprattutto nei principi del diritto comunitario, quali la libertà concorrenza, la libertà di circolazione e di stabilimento e la tutela del consumatore, e trova ispirazione principalmente nelle politiche comunitarie, istituzionalmente volte a promuovere la liberalizzazione economica mediante una strategia, di matrice liberista, che affida il perseguimento dell'equilibrio dei mercati al potere di contrattazione dei privati, fatto salvo l'indispensabile ruolo di regolazione e di controllo delle Autorità di settore.

L'attività di regolazione dei mercati liberalizzati, come è stato evidenziato, non è va tuttavia sovrapposto con funzione di tutela della concorrenza<sup>13</sup>.

Certamente la regolazione dei mercati mira a favorire la concorrenza, ma non assume esclusivamente essa come tratto qualificante della sua azione finalistica. Accanto alla promozione del libero mercato, le autorità che svolgono compiti regolari proteggono altri interessi pubblici: dalla garanzia degli standard qualitativi e quantitativi di servizio pubblico alla vigilanza sui livelli tariffari; dalla cura di interessi tematici (ad esempio, il pluralismo dell'informazione) alla tutela del risparmio e della trasparenza del mercato.

La tutela della concorrenza è invece attività *ex post*, attività contingente e flessibile, attività prevalentemente sanzionatoria che presuppone l'accertamento di un fatto lesivo e mira ad esercitare il controllo sul potere di mercato<sup>14</sup>.

Questo spiega la ragione per la quale le funzioni di regolazione dei mercati sono spesso esercitate da attori istituzionali diversi rispetto all'Autorità garante della concorrenza e del mercato. Così, in alcuni settori sono state create autorità indipendenti ad hoc per la regolazione tematica di alcuni mercati (AGCOM, Consob, Isvap, la neoistituita Autorità dei trasporti); in altri settori i compiti di regolazione sono rimasti affidati a amministrazioni tradizionali o ad enti pubblici cui non compete la qualifica di autorità indipendente. Ad esempio, l'Enac ha funzioni di regolazione del settore aeroportuale, l'autorità portuale ha funzione di regolazione del relativo mercato.

---

<sup>12</sup> CAPONIGRO, *Interessi e regole di tutela negli ambiti nazionale e comunitario*, Relazione predisposta per il Convegno: "L'Europa del diritto: i giudici e gli ordinamenti", svoltosi presso il TAR Lecce il 27 e 28 aprile 2012, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it)

<sup>13</sup> CINTIOLI, *Concorrenza, istituzioni e servizio pubblico*, Milano, 2010, 185 ss.

<sup>14</sup> Sul tema v., per tutti, ancora CINTIOLI, *op. ult. cit.*

La diffusione della funzione di regolazione dei mercati liberalizzati (funzione non perfettamente inquadrabile, per le sue caratteristiche, nella tradizionale attività amministrativa) pone ancora una volta il problema delle forme e dell'intensità che il sindacato giurisdizionale può assumere sugli atti di regolazione.

Le criticità sotto il profilo della tutela giurisdizionale legate alla diffusione degli atti di regolazione sono ben note. Se da un lato, infatti, la “delega” di poteri sostanzialmente normativi ad apparati amministrativi che si collocano al di fuori del circuito di responsabilità delineato dall'art. 95 Cost. risponde a molteplici esigenze (quale la specialità dei settori da regolare che richiedono competenze tecniche specialistiche, un alto tasso di neutralità e una particolare rapidità nell'adeguare le regole all'esigenze del mercato), dall'altro lato, la dottrina ha evidenziato il rischio di rimettere alle Autorità un potere così ampio da svuotare praticamente il contenuto del principio di legalità in senso sostanziale.

La giurisprudenza amministrativa ha affrontato il problema ritenendo di instaurare una correlazione inversa tra legalità sostanziale e legalità procedurale, sotto forma di garanzie del contraddittorio. Quanto meno è garantita la legalità sostanziale per effetto dell'attribuzione delle autorità indipendenti di poteri normativi e amministrativi non compiutamente definiti, tanto maggiore è l'esigenza di potenziare forme di coinvolgimento di tutti i soggetti interessati nel procedimento finalizzato all'assunzione di decisioni che hanno un così rilevante impatto sull'assetto di mercato e degli operatori.

Quindi la partecipazione procedimentale viene ad essere un correttivo sia alla perdita di legalità sostanziale, sia al deficit di legittimazione democratica.

Sotto il profilo sostanziale, si pone invece il problema dei limiti del sindacato sul contenuto degli atti di regolazione, che sono espressione di ampia discrezionalità,

Pur nel rispetto delle valutazioni di opportunità riservate all'Autorità, si avverte da più parti l'esigenza che il sindacato sugli atti di regolazione non sia meramente formale, ma sia anche sostanziale, un sindacato da svolgere utilizzando come parametro principale quello della proporzionalità/ragionevolezza e, quindi, ancora una volta la figura cardine dell'eccesso di potere, che conferma la ritrovata centralità.

Quello sugli atti di regolazione delle Autorità è, però, un tipo di sindacato per molti aspetti differente rispetto a quello tradizionalmente esercitato dal giudice amministrativo. E' un sindacato su regole economiche che spesso sono il frutto di una profonda analisi economica e che presuppone la conoscenza anche di discipline non strettamente giuridiche.

E' piuttosto evidente come l'analisi economica in queste materia condizioni fortemente il diritto amministrativo. L'esperienza americana sotto questo profilo è ancora una volta emblematica. Nelle sentenze della Corte suprema americana gli argomenti economici assumono un ruolo determinante nella ricostruzione della fattispecie e nella *ratio decidendi*<sup>15</sup>. Anche le sentenze della Corte di giustizia dell'unione europea nei casi di concorrenza sono anch'esse largamente basate su analisi economiche, anche se la sua portata non ha la stessa ampiezza che ha oltre oceano. Anche nel nostro Paese, non mancano esempi di sentenze che utilizzano in ampia misura l'analisi economica.

Diventa quindi necessario che i requisiti di professionalità del giudice siano adeguati al bisogno. Come è stato rilevato<sup>16</sup> forse non è tanto la cognizione diretta di discipline non giuridiche ad essere necessaria, quanto la consapevolezza del corretto rapporto che deve instaurarsi tra i principi generali del diritto, da una parte, e regole economiche, dall'altra.

## 7. Conclusioni.

Concludo ritornando a dove eravamo partiti: la globalizzazione e le discipline ultranazionali dei mercati assegnano una importanza sempre più crescente agli imperativi economici, alle iniziative imprenditoriali, alla libertà di scambio. E chiedono un diritto amministrativo che favorisca tutto ciò.

La realizzazione degli imperativi economici non può, tuttavia, significare sacrificio degli interessi collettivi e pubblici, dei valori sociali, dei diritti fondamentali<sup>17</sup>.

La sfida che con la quale il giudice amministrativo si trova a confrontarsi è tanto complessa quanto affascinante: il giudice amministrativo oggi è chiamato a realizzare l'equilibrio tra imperativi economici ed altri valori; ad esso è affidato un ruolo determinante al fine di bilanciare libertà economiche e interessi pubblici. Tramite la delicata valutazione della proporzionalità delle misure amministrative con le quali le autorità pubbliche regolano i mercati. L'auspicio è che sappia raccogliere e vincere questa sfida, in modo da fornire una risposta adeguata ai problemi posti dalla modernità.

---

<sup>15</sup> Lo ricorda D'ALBERTI, op. cit.

<sup>16</sup> CINTIOLI, *Giudice amministrativo, tecnica e mercato*, Milano, 2005, 385 ss.

<sup>17</sup> Sul rapporto tra imperativi economici e interesse pubblico v. ancora D'ALBERTI, op. cit.