

## CAPITOLO 1

# ORIGINE ED EVOLUZIONE DELL'AUTORIZZAZIONE AMMINISTRATIVA NELL'ORDINAMENTO ITALIANO

**Sommario:** 1. Premessa: la centralità dell'istituto autorizzatorio e lo scopo dell'analisi. – 2. L'assenza di studi sistematici sull'autorizzazione amministrativa nello Stato ottocentesco di matrice liberale. – 3. La costruzione di Oreste Ranelletti: la nascita della riflessione teorica sull'autorizzazione amministrativa. – 4. Cenni sull'evoluzione normativa dopo l'entrata in vigore della Carta Costituzionale. – 5. L'evoluzione della dottrina italiana nella seconda metà del ventesimo secolo: Flaminio Franchini, Aldo Mazzini Sandulli, Massimo Severo Giannini e gli altri principali studiosi dell'autorizzazione. – 6. La critica alla costruzione tradizionale dell'istituto: Riccardo Villata e Andrea Orsi Battaglini. – 7. Sintesi degli orientamenti. – 8. L'ultima frontiera degli studi sull'autorizzazione: l'impatto con le categorie del diritto euro-unitario. – 9. Conclusioni e proiezione sul successivo sviluppo dell'indagine.

### 1. Premessa: la centralità dell'istituto autorizzatorio e lo scopo dell'analisi.

L'autorizzazione amministrativa delle attività economiche private<sup>1</sup> è uno degli istituti cardine del diritto pubblico, ma anche della vita economica e

---

<sup>1</sup> Oggetto della presente analisi è l'istituto dell'autorizzazione da parte della Pubblica Amministrazione allo svolgimento di attività economiche di soggetti privati o pubblici che agiscono *iure privatorum* (nell'economia di questo studio, i secondi sono equiparati ai primi anche a livello terminologico). Saranno approfondite, in particolare, le attività imprenditoriali aventi rilievo per l'ambiente e la salute umana. La tematica in oggetto non va sovrapposta con quella – ben differente sul piano sistematico e teorico – dell'autorizzazione allo svolgimento di attività amministrativa rilasciata da una Pubblica Amministrazione ad un'altra. Sulla distinzione e sulla configurazione dell'istituto autorizzatorio nella seconda accezione, cfr. G. VIGNOCCHI, *La natura giuridica dell'autorizzazione amministrativa*, Cedam, Padova, 1944; G. SACCHI MORSIANI, *Autorizzazioni in funzione di controllo*, in *Rass. dir. pubbl.*, 1961, pp. 50 ss. Sull'autorizzazione come atto presupposto all'esercizio di un potere amministrativo, per tutti A.M. SANDULLI, *Il procedimento amministrativo*, Giuffrè, Milano, 1959, pp. 60 ss.

imprenditoriale di molti paesi, e certamente del nostro.

Infatti, essa esprime, a seconda di come si atteggia in un dato periodo storico, il rapporto che intercorre tra autorità e libertà, tra potere pubblico e garanzie riconosciute ai privati cittadini<sup>2</sup>.

Più in particolare, nel settore delle attività economiche, essa rappresenta il punto di incontro e di temperamento fra il potere amministrativo, che tutela e promuove gli interessi pubblici, e l'iniziativa e la progettualità imprenditoriali, che rispondono alle logiche del mercato.

L'assolvimento di tale funzione di incontro e di temperamento non è agevole, né a livello teorico e concettuale, né sul piano della prassi concreta.

Non lo è, in primo luogo, perché dipende da concezioni filosofiche, politiche ed economiche che interpretano con grande varietà di accenti il condizionamento del potere esecutivo e amministrativo rispetto alle attività imprenditoriali, orientando le scelte di politica normativa; basti pensare alla intensa e mutevole dialettica fra il liberismo economico, più o meno accentuato, e le concezioni socialiste, socialdemocratiche e – più in generale – fautrici del cosiddetto “stato sociale”.

Si è dunque assistito nel tempo allo spostamento di confini sempre mutevoli, che traducono in concreto le suddette concezioni.

Il primo confine è quello fra le tipologie di attività che possono essere svolte potenzialmente da qualunque soggetto in regime di iniziativa economica privata e quelle che sono invece riservate in tutto o in parte all'Amministrazione Pubblica, queste ultime assumendo di volta in volta i connotati di funzioni o di servizi pubblici (in questo secondo caso potendo essere espletate direttamente ovvero a mezzo di soggetti privati, appositamente selezionati allo scopo, o, ancora, in regime di partenariato pubblico-privato<sup>3</sup>).

Buoni esempi della mutevolezza di tale confine sono offerti dai settori dei servizi sanitari, della produzione, distribuzione e commercio dell'energia elettrica, dei servizi di igiene urbana, dalla gestione delle infrastrutture di trasporto a rete, interessati tutti da riserva alla mano pubblica prima e, poi, da politiche di privatizzazione più o meno intense nel corso del tempo.

La tutela e la promozione degli interessi pubblici e collettivi assumono ca-

---

<sup>2</sup> Merita ricordare che una delle funzioni fondamentali degli atti amministrativi e la sintesi del loro scopo è quella di “puntualizzare in un caso concreto i rapporti autorità-libertà” (M.S. GIANNINI, *Lezioni di diritto amministrativo*, I, Giuffrè, Milano, 1950, p. 290).

<sup>3</sup> Per la costruzione teorica di tale somma divisione, nell'ambito di una vasta letteratura, A.M. SANDULLI, *Notazioni in tema di provvedimenti autorizzativi*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1958, pp. 787 ss.

rattere necessario e rilievo preminente nelle tipologie di attività riservate all'Amministrazione Pubblica, tanto che, appunto, essa ne assume in tutto o in parte la titolarità diretta.

Detta tutela e promozione sono però tutt'altro che assenti nelle categorie di attività affidate all'iniziativa economica privata, pur assumendo un'intensità molto variabile a seconda degli interessi e dei settori imprenditoriali che vengono di volta in volta coinvolti, nonché delle scelte di politica normativa che si susseguono e mutano nel corso del tempo. Si pensi, ad esempio, a un settore strategico sotto più profili, come quello della produzione di energia elettrica, che risponde a numerosi interessi pubblici e, per tale ragione, è oggetto tanto di regolazione quanto, frequentemente, di incentivazione da parte della mano pubblica.

In questa prospettiva, la Pubblica Amministrazione interviene, dunque, per rendere compatibile l'iniziativa economica privata con gli interessi pubblici e, talvolta, si "serve" di essa per perseguirli, in maniera però eventuale e non necessaria perché, in difetto dell'iniziativa imprenditoriale privata, l'ordinamento non ritiene opportuno – o riconosce di non essere in grado – di assicurare il raggiungimento degli interessi pubblici in questione.

Il privato può dunque avviare l'attività solo con il consenso della Pubblica Amministrazione e se sussistano i presupposti oppure con le limitazioni e le condizioni di carattere spaziale, temporale, modale, individuate dalla Pubblica Amministrazione stessa. Non è tuttavia obbligato a proseguirla, rimanendo libero di interromperla, ritirandosi dal mercato, alla sola condizione di rispettare le prescrizioni eventualmente dettate dall'autorità per la cessazione (ad esempio, il ripristino delle condizioni ambientali originarie)<sup>4</sup>.

Il secondo dei confini dianzi indicati inerisce al rapporto fra il condizionamento amministrativo e l'autonomia dell'attività economica privata.

Emblematico è l'esempio degli interessi pubblici ambientali, che determinano una pluralità di limiti e di condizioni allo svolgimento delle attività imprenditoriali, tanto più stringenti quanto maggiore è il potenziale impatto delle stesse sull'ecosistema o sulla salute umana, potendo giungere al punto di impedirle o di influenzarle in modo decisivo<sup>5</sup>, ma comunque non determinando l'assunzione diretta di tali attività da parte della Pubblica Amministrazione.

È in questo contesto che assume rilievo centrale l'autorizzazione amministrativa.

---

<sup>4</sup>F. FRACCHIA, *Autorizzazione amministrativa e situazioni giuridiche soggettive*, Jovene, Napoli, 1996, pp. 310 ss.

<sup>5</sup>S. GRASSI, *Problemi di diritto costituzionale dell'ambiente*, Giuffrè, Milano, 2012, pp. 194 ss.

Infatti, alcuni dei suddetti limiti e condizioni all'iniziativa economica privata possono derivare direttamente dalle norme; tuttavia, allorché sia necessaria una declinazione concreta, effettuata caso per caso, adattata alle valutazioni tecniche e scientifiche – il che accade nella grande maggioranza per non dire nella generalità dei casi – limiti e condizioni devono, invece, essere posti tramite atti amministrativi specifici e, in radice, a mezzo degli atti che sono necessari per poter avviare e svolgere le attività imprenditoriali medesime.

Tali atti hanno natura provvedimentale e possono essere ricondotti – almeno in via generale e di principio, a questo stadio dell'analisi – alla categoria generale delle «autorizzazioni»<sup>6</sup>.

La rilevanza dell'istituto autorizzatorio in tale ottica è stata focalizzata in modo esemplare da Riccardo Villata in uno studio del 1974, significativamente intitolato “*Autorizzazioni amministrative e iniziativa economica privata*”<sup>7</sup>, che evidenzia come gli atti e i procedimenti di consenso allo svolgimento delle attività economiche siano in effetti il mezzo più frequentemente utilizzato al fine di disciplinare e dirigere le attività stesse e come ormai pressoché tutte le attività imprenditoriali più significative richiedano il preventivo assenso della Pubblica Amministrazione, di talché l'analisi della disciplina pubblicistica dell'iniziativa economica privata sia inevitabilmente coincidente, in larga parte, con lo studio dei provvedimenti e dei procedimenti autorizzatori.

---

<sup>6</sup> Il minimo comun denominatore delle molteplici definizioni e categorie delle autorizzazioni pare essere il carattere di atto provvedimentale precipuamente volto a definire presupposti, limiti e condizioni per l'avvio e per il successivo svolgimento di un'attività privata in maniera rispondente alle esigenze degli interessi pubblici coinvolti: cfr. R. VILLATA, *Autorizzazioni amministrative e iniziativa economica privata*, Giuffrè, Milano, 1974, p. 34, che su questo punto si pone in coerenza con la ricostruzione di Oreste Ranalletti e degli altri grandi studiosi dell'istituto autorizzatorio, di cui si dirà più ampiamente nel prosieguo. Cfr. anche G. ZANOBINI, *Corso di diritto amministrativo*, Giuffrè, Milano, 1958, I, p. 262; A.M. SANDULLI, *Notazioni in tema di provvedimenti autorizzativi*, cit., pp. 784 ss.; ID., *Abilitazioni, autorizzazioni, licenze*, in *Rass. dir. pubbl.*, 1958, pp. 3 ss.; F. FRANCHINI, *Le autorizzazioni amministrative costitutive di rapporti giuridici fra l'amministrazione e i privati*, Giuffrè, Milano, 1957, nonché, più di recente, F. FRACCHIA, *Autorizzazione amministrativa e situazioni giuridiche soggettive*, cit.; ID., *Autorizzazioni amministrative*, in S. CASSESE (Cur.), *Dizionario di diritto pubblico*, Giuffrè, Milano, 2006, I, pp. 598 ss., e gli ampi riferimenti dottrinali e giurisprudenziali ivi contenuti.

<sup>7</sup> R. VILLATA, *Autorizzazioni amministrative e iniziativa economica privata*, cit., *passim*. Per quel che concerne il diritto ambientale, le autorizzazioni rientrano nelle funzioni regolative della Pubblica Amministrazione volte, con carattere preventivo e di precauzione, a far sì che le attività dei soggetti privati siano disciplinate non solo a livello legislativo ma anche in sede provvedimentale in modo tale che nel loro svilupparsi possano essere salvaguardati, in un'ottica complessiva di bilanciamento reciproco, la salute, l'ambiente, l'iniziativa economica privata: in tal senso si veda, ad esempio TAR Lombardia, Milano, Sez. IV, 6 febbraio 2014, n. 386.

Una seconda ragione per la quale si affermava, in apertura di questa premessa, che non è agevole il contemperamento fra pubblici interessi e iniziativa economica privata consiste nel fatto che la consapevolezza dell'incidenza delle attività economiche sulla sfera soggettiva individuale dei terzi si è sviluppata solo gradualmente, e dunque il suddetto contemperamento si è realizzato progressivamente, secondo linee di politica normativa non sempre ordinatamente fluenti.

Il migliore esempio di questo progresso è dato ancora dalle tematiche ambientali, la cui importanza è emersa solo in tempi relativamente recenti, ma con un ritmo esponenziale, tanto che negli ultimi anni la pubblica opinione si chiede addirittura se il nostro modello economico e sociale sia “sostenibile”, ovvero se esso sia compatibile con la salvaguardia delle condizioni ambientali, sanitarie e climatiche che consentono la sopravvivenza della specie umana<sup>8</sup>.

Le politiche normative e amministrative a tutela dell'ambiente si sono dunque sviluppate in modo repentino, frequentemente caratterizzato da forti conflitti politici e di opinione pubblica.

L'istituto autorizzatorio si è pertanto dovuto adattare velocemente all'emersione di nuovi pubblici interessi, o all'acquisizione di nuova e diversa importanza di interessi già enucleati, alla luce dell'evoluzione delle conoscenze tecniche e scientifiche (anche inerenti a scienze o branche scientifiche relativamente nuove, come la climatologia, la medicina ambientale, l'epidemiologia ambientale, etc.).

Si pensi a un impianto industriale (come una raffineria o una centrale termoelettrica) oppure a un'opera infrastrutturale (come un'autostrada) e ai ben limitati profili di impatto ambientale – fra quelli astrattamente possibili – che erano presi in considerazione dalla legislazione ancora nella terz'ultima decade dello scorso secolo: pochissime norme, pochissime autorizzazioni, per lo più settoriali e non coordinate.

Oggi, entrambe le tipologie di opere sono sottoposte a una disciplina vasta e complessa e potrebbero richiedere decine di singole autorizzazioni e di valutazioni ambientali preliminari (valutazione ambientale strategica, valutazione di impatto ambientale, valutazione di incidenza, valutazione di impatto sanitario), perché si sono moltiplicate le declinazioni degli interessi pubblici coinvolti e le forme di valutazione e di tutela dei medesimi, compresa la partecipazione del pubblico interessato e la consultazione degli stakeholders.

---

<sup>8</sup> La letteratura sull'emergere della consapevolezza degli impatti ambientali e sanitari delle attività imprenditoriali (in particolare, ma non solo, industriali) è amplissima, anche se non ancora del tutto esplorata e studiata sistematicamente. Uno sguardo generale è offerto da J.R. MCNEILL, *Something New Under the Sun: An Environmental History of the Twentieth-Century World*, Norton, New York, 2001.

Ovviamente l'esemplificazione relativa agli impianti industriali e alle grandi infrastrutture risulterebbe ancora più significativa se la comparazione fosse effettuata con riguardo agli inizi del secolo scorso o alla fine di quello precedente ancora, quando l'istituto autorizzatorio vide la luce (almeno a livello di riflessione scientifica) e la prima rivoluzione industriale era in pieno, tumultuoso, corso.

Infine, un terzo (ma non meno importante) profilo di complessità del temperamento fra pubblico interesse e iniziativa economica privata discende dal fatto che la sua effettività e la sua utilità dipendono in modo sostanziale dall'efficienza della Pubblica Amministrazione, e ciò tanto per la collettività quanto per i singoli soggetti che svolgono le attività economiche.

Sotto quest'ultimo profilo, gli oneri amministrativi (o burocratici, come spesso si preferisce dire) imposti alle imprese costituiscono uno dei fattori decisivi per lo sviluppo economico<sup>9</sup>, tanto più in quanto, nel nostro ordinamento, pressoché tutte le attività imprenditoriali sono ormai sottoposte ad atti amministrativi aventi natura autorizzatoria o comunque di assenso preventivo, e non di rado a una pluralità di essi, in omaggio al principio della funzionalizzazione dell'iniziativa economica privata (anche) agli interessi collettivi e pubblici<sup>10</sup>.

Tale pluralità di atti di assenso preventivo da parte della Pubblica Amministrazione influisce in modo determinante sia sui contenuti, sia sui tempi delle attività imprenditoriali: in linea astratta e di principio per scopi positivi (la tutela e la cura degli interessi pubblici, appunto) ma – a livello concreto – non di rado con effetti negativi, di complicazione, intralcio e ritardo, dovuti a una pluralità di cause, che vanno dalla inadeguatezza delle tecniche normative all'inefficienza di alcuni settori della Pubblica Amministrazione.

Lo scopo di questo studio è quello di analizzare l'istituto autorizzatorio delle attività economiche private e i meccanismi che hanno contribuito, e ancora

---

<sup>9</sup>Nell'ambito di una vasta letteratura, si veda L. RICOLFI, *L'enigma della crescita. Alla scoperta dell'equazione che governa il nostro futuro (Italiano)*, Mondadori, Milano, 2014, pp. 47 ss., il quale colloca la qualità delle istituzioni economiche, per tali intendendosi le regole e gli istituti pubblici che governano il funzionamento dell'economia, fra le cinque forze fondamentali che possono determinare la crescita economica, ponendole in relazione fra loro nell'«equazione della crescita».

<sup>10</sup>Per un'approfondita trattazione di tale funzionalizzazione e del nesso fra la disciplina costituzionale dell'iniziativa economica privata e l'istituto autorizzatorio cfr. R. VILLATA, *Autorizzazioni amministrative e iniziativa economica privata*, cit., pp. 75 ss.

possono contribuire, a renderlo più semplice ed efficiente, a vantaggio tanto del pubblico quanto del privato interesse.

In tal modo desidero pormi nell'alveo tracciato da Elio Casetta, che aveva messo in luce la «difficoltà di semplificare» come una delle tematiche centrali del diritto amministrativo, essendo al tempo stesso un fondamentale campo di ricerca scientifica e un indispensabile esercizio di politica normativa<sup>11</sup>.

Il tempo ha dato ragione a questa intuizione con un'intensità che supera ogni previsione e la rende di assoluta attualità. Ci troviamo, infatti, in un momento storico in cui l'economia del nostro Paese dipende in misura significativa, anche se certo non esclusiva, dalla capacità di migliorare con incisività e rapidità l'efficienza dei processi di autorizzazione delle attività imprenditoriali.

La diffusa inefficienza e l'eccessiva durata dei procedimenti autorizzativi sta, infatti, svolgendo un evidente ruolo sia di disincentivazione degli investimenti stranieri in Italia, sia di perdita di competitività delle imprese italiane che svolgono attività di produzione nel nostro Paese, mentre – al contrario – potrebbe assolvere a una positiva funzione di ausilio alla ripresa economica e produttiva, specie dopo le gravi crisi che si sono manifestate per numerose ragioni e da ultimo, in maniera drammatica, a causa della pandemia causata dal coronavirus Covid19.

Tale essendo lo scopo dello studio, l'analisi non può che prendere avvio dalla ampia e approfondita riflessione giuridica già formatasi sul tema, la ricostruzione della quale – almeno in sintesi e con riguardo agli snodi essenziali – è utile anche per delineare il mutamento della funzione dell'istituto autorizzatorio in una prospettiva evolutiva, ancora oggi in pieno sviluppo.

## **2. L'assenza di studi sistematici sull'autorizzazione amministrativa nello Stato ottocentesco di matrice liberale.**

La prima elaborazione di una teoria sull'autorizzazione amministrativa si deve agli studi di Oreste Ranelletti pubblicati alla fine del diciannovesimo secolo, sui quali si tornerà più diffusamente nel prosieguo.

Il periodo precedente è caratterizzato da studi importanti ma disomogenei sul sistema amministrativo, la cui prima compiuta trattazione sistematica, dopo l'importantissima opera precorritrice e pre-unitaria di Gian Domenico

---

<sup>11</sup> E. CASETTA, *La difficoltà di «semplificare»*, in *Scritti scelti*, Jovene, Napoli, 2015, pp. 453 ss., anche in *Dir. amm.*, 1998, 3-4, pp. 335 ss.

Romagnosi<sup>12</sup>, fu compiuta da Vittorio Emanuele Orlando<sup>13</sup>.

Entrambi gli autori, tuttavia, non effettuarono un'analisi specifica dell'autorizzazione amministrativa come istituto giuridico autonomo.

In un'elaborazione teorica marcatamente caratterizzata da una concezione formalistica del principio di legalità<sup>14</sup>, gli studi della fine dell'Ottocento e della prima parte del Novecento si concentravano piuttosto su tematiche basilari e fondanti dell'«architettura» del nuovo Stato, quali la separazione dei poteri, l'organizzazione dell'apparato amministrativo statale, le nozioni di Pubblica Amministrazione e di attività amministrativa, il contenzioso amministrativo<sup>15</sup>.

Del resto, la normativa allora vigente nemmeno attribuiva una qualche rilevanza alla distinzione tra autorizzazioni, concessioni, licenze e permessi, concetti che risultavano in concreto pressoché assimilabili e fungibili, la cui radice comune – ma molto generica – era da ravvisarsi nell'ampliamento della sfera giuridica del privato tramite il riconoscimento della possibilità di svolgere

<sup>12</sup> G.D. ROMAGNOSI, *Istituzioni di diritto amministrativo*, Cesare Orena, Milano, 1814, ora in appendice a E. ROTELLI, *Romagnosi 1814 «Istituzioni di diritto amministrativo»*, Il Mulino, Bologna, 2014; ID., *Principj fondamentali di diritto amministrativo onde tesserne le istituzioni*, Stamperia Guasti, Prato, 1835. Fra i numerosi meriti dell'elaborazione teorica di G.D. Romagnosi vi è stato certamente quello di identificare il concetto di atto amministrativo emerso nello Stato napoleonico, ed in particolare nel Regno d'Italia, come un *quid novi* rispetto a qualunque precedente classificazione giuridica, come ricorda puntualmente F. MERUSI, *Gian Domenico Romagnosi fra diritto e processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2011, 4, pp. 1222-1259.

<sup>13</sup> V.E. ORLANDO (Cur.), *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano*, Società Editrice Libreria, Milano, 1897.

<sup>14</sup> Sulla distinzione tra legalità formale e legalità sostanziale dell'azione amministrativa, si rinvia a R. FERRARA, *Introduzione al diritto amministrativo*, Laterza, Bari, 2014, pp. 103 ss. La legalità formale era la via eletta dal sistema postunitario, rimarcata dalla legge abolitrice del contenzioso amministrativo (Allegato E alla l. 20 marzo 1865, n. 2248), per ottenere un equilibrio tra le esigenze di tutela delle libertà dei cittadini, da un lato, e la necessaria sfera di autonomia della Pubblica Amministrazione, dall'altro.

<sup>15</sup> La fase di fondazione del diritto pubblico italiano è ricostruita nel contributo di A. SANDULLI, *Costruire lo Stato. La scienza del diritto amministrativo in Italia (1800-1945)*, Giuffrè, Milano, 2009, in particolare pp. 49 ss. L'Autore nota che nel terzo quarto dell'Ottocento la fondazione della scuola italiana di diritto pubblico vide come protagonista, nell'edificazione del nuovo modello di Stato, la figura del giurista, inteso non come mero esegeta ma come “*costruttore di architetture scientifiche*”, non solo come strumento al servizio della politica, bensì anche impegnato in prima persona nella determinazione delle coordinate del potere e, talvolta, anche nella sua gestione. Tale ruolo poté essere assunto in virtù di una “*neutralità politica dichiarata ed apparente, dal momento che si trattò, in sostanza, di un processo di conservazione da parte della classe élitaria dell'alta borghesia rurale, a fronte dei pericoli rappresentati dalle istanze autonomistiche ed egualitarie di fine Ottocento*”.

determinate attività in settori specifici di particolare rilievo pubblico<sup>16</sup>.

L'ordinamento del tempo non contemplava l'autorizzazione come strumento di carattere generale da impiegare al fine di tutelare interessi pubblici potenzialmente in contrasto con le attività economiche private. A questo scopo erano infatti preferiti due strumenti alternativi: le disposizioni generali e astratte di legge o di regolamento (che risultavano sufficienti in un'epoca in cui l'impatto della tecnica sulla normazione era molto minore rispetto all'attualità) oppure le misure di carattere amministrativo inibitorie dell'avvio o della prosecuzione di attività ritenute contrarie al pubblico interesse, a discrezione delle Autorità.

Anche la ricostruzione sistematica della giurisprudenza dell'epoca, effettuata da attenta dottrina<sup>17</sup>, rivela come l'orientamento prevalente configurasse l'autorizzazione semplicemente come un atto amministrativo di carattere «ampliativo», consistente nell'attribuzione della possibilità di esercitare determinate attività se ritenute conformi alle leggi e ai regolamenti vigenti, facendo così sorgere il relativo diritto<sup>18</sup>.

In tal senso si può richiamare una consistente serie di precedenti. Un esempio riguarda il caso di un soggetto privato che aveva richiesto il permesso di

<sup>16</sup> Si pensi, ad esempio, alle attività private di trasporto del legname che fossero «autorizzate» dall'Amministrazione pubblica nonché alle attività di ricerca di miniere su terreni privati compiute a seguito di «concessione», previste dall'art. 4 della l. 30 ottobre 1859, n. 3708.

<sup>17</sup> F. FRACCHIA, *Autorizzazione amministrativa e situazioni giuridiche soggettive*, cit., pp. 55-71, alla cui ampia disamina si rinvia.

<sup>18</sup> Tale impostazione rispecchia chiaramente la concezione autoritaria dell'epoca, racchiusa nel discorso di P.S. Mancini nel 1864, richiamato da F.G. SCOCA, *Interessi protetti* (voce), in *Enc. giur. Treccani*, Istituto della Enciclopedia Giuridica fondata da Giovanni Treccani, Roma, 1989, XVII, pp. 13 ss. In tale occasione, si è sostenuto che in tutti quei casi nei quali l'Amministrazione Pubblica «abbia, e forse anche senza motivi, rifiutato ad un cittadino una permissione, un vantaggio, un favore che ogni ragione di prudenza e di convenienza consigliasse di accordargli», al cittadino non spetterebbe alcun rimedio. Ancor più incisivamente, viene affermato che, in queste ipotesi, il cittadino avrebbe sofferto «semplicemente una lesione degli interessi», con la conseguenza «ch'ei si rassegni». La giurisprudenza non era tuttavia affatto uniforme in tal senso. Si veda, ad esempio, la pronuncia della Corte di Cassazione di Roma, Sez. Un., 18 giugno 1890, in *La legge*, 1891, p. 368, che stabilì come il rilascio di una licenza fosse atto d'impero a fronte del quale il soggetto privato non poteva vantare diritti, ma comunque riconobbe, nonostante tale premessa, il diritto del privato ad ottenere il risarcimento del danno derivante dall'ingiusto rifiuto dell'Amministrazione al rilascio di detta licenza. L'autorizzazione (sotto forma di licenza, in questo caso) è stata quindi intesa sì come atto d'impero, ma non come atto d'arbitrio: dunque, come atto amministrativo soggetto al sindacato giurisdizionale sul legittimo esercizio del potere. Sul tema si rinvia all'approfondita trattazione di F. FRACCHIA, *Autorizzazione amministrativa e situazioni giuridiche soggettive*, cit., pp. 55 ss.

riaprire un esercizio commerciale già esistente a seguito della chiusura disposta dall'autorità pubblica. All'esito del giudizio, il Giudice sabaudo ha affermato recisamente che *“il fatto di dover chiedere questa licenza esclude l'idea del diritto”*. Altra fattispecie significativa concerne un permesso di ricerca di miniere, in relazione al quale è stata riconosciuta la natura costitutiva di diritti. In quell'occasione, la Corte ha stabilito che se il legislatore *“ha lasciato al libero arbitrio dell'Autorità amministrativa il concedere od il rifiutare permissioni [...], quando però il decreto di permissione sia accordato [...] non ha più voluto lasciare il permissionario in piena balia dell'Autorità amministrativa, ma sibbene ha creati certi diritti nascenti dal decreto di permissione ed alienabili”*<sup>19</sup>.

Altra parte della giurisprudenza, tuttavia, muoveva da una concezione diversa, configurando l'autorizzazione (comunque denominata) come l'istituto deputato a conformare l'esercizio di diritti preesistenti a determinati limiti e modalità necessari alla tutela dell'interesse pubblico. In tale diversa accezione l'autorizzazione veniva delineata come *“un provvedimento ampliativo, ma anche e principalmente selettivo e conformativo delle – in ipotesi – illimitate possibilità di esercizio dei diritti”*<sup>20</sup>.

Naturalmente questo secondo orientamento era più frequente in relazione ad attività private da tempo immemorabile associate all'esercizio di diritti in capo ai soggetti privati, come l'attività edilizia, quella commerciale, quella di produzione agricola, ma è stato più volte affermato anche in relazione alle nascenti attività industriali<sup>21</sup>.

Una casistica peculiare è costituita dalle autorizzazioni governative in materia di accettazione di eredità o lasciti in favore dei corpi morali, che ha anticipato – e forse, ispirato – la nozione di autorizzazione elaborata da Oreste Ranalletti.

Dalle sentenze sul tema emerge, infatti, con particolare nitidezza la distinzione fra la titolarità della situazione giuridica soggettiva – il diritto, che qui appare chiaramente preesistente<sup>22</sup> – e la sua successiva esplicazione, che viene

<sup>19</sup> Ad es. Cons. Stato, Sez. Contenzioso Amministrativo, 20 giugno 1865, in *La legge*, 1865, p. 225.

<sup>20</sup> F. FRACCHIA, *Autorizzazione amministrativa e situazioni giuridiche soggettive*, cit., p. 61.

<sup>21</sup> Quali ad esempio, la fabbricazione di polvere pirica (Deputazione Provinciale di Firenze, 21 febbraio 1868, in *La legge*, 1868, p. 311) o di fertilizzanti artificiali (Cons. Stato, Sez. Interno, 19 settembre 1867, in *La Legge*, 1868, p. 190).

<sup>22</sup> L'ancoraggio normativo in forza del quale si afferma la preesistenza risiede nell'art. 2 del Codice civile del 1865, che riconosceva la capacità di succedere dei corpi morali. Capacità, quindi, che esisteva *ex lege* e non veniva conferita dall'Amministrazione in sede di rilascio dell'autorizzazione.

consentita attraverso l'autorizzazione della Pubblica Amministrazione, la quale si configura come la rimozione di un limite<sup>23</sup>.

In conclusione, il quadro giurisprudenziale era assai frammentato, sia con riguardo alla natura e alla funzione dell'autorizzazione amministrativa, sia relativamente alla sussistenza e alla consistenza delle posizioni giuridiche soggettive ad essa correlabili.

Esso conteneva tuttavia una molteplicità di spunti e di concezioni che delineavano già il cuore della problematica dei rapporti fra l'iniziativa economica privata e il potere amministrativo. La materia attendeva «solo» una riflessione organica e sistematica, la quale è giunta, come già anticipato, grazie all'elaborazione di Oreste Ranelletti.

### 3. La costruzione di Oreste Ranelletti: la nascita della riflessione teorica sull'autorizzazione amministrativa.

La teoria dell'autorizzazione amministrativa di Oreste Ranelletti è la prima che si affaccia su questa tematica negli studi di diritto amministrativo italiano e la sua elaborazione si estende dalla fine del diciannovesimo secolo alla seconda guerra mondiale<sup>24</sup>.

---

<sup>23</sup> F. FRACCHIA, *Autorizzazione amministrativa e situazioni giuridiche soggettive*, cit., pp. 66 ss.

<sup>24</sup> Oreste Ranelletti nacque a Celano (AQ) nel 1868 e morì a Milano nel 1956. Allievo del romanista Vittorio Scialoja, iniziò ad insegnare diritto amministrativo presso l'Università di Camerino nel 1892. Da quel momento, non abbandonò più il settore, sedotto, come diceva di essere, dall'«immenso campo inesplorato» (O. RANELLETTI, *Oreste Ranelletti nell'opera sua*, in *Scritti giuridici scelti*, I, Jovene, Napoli, 1992, p. 605), sebbene tale disciplina, obbligatoria sin dal 1865 nei corsi di laurea delle facoltà giuridiche del Regno, non fosse ancora comparabile, per prestigio accademico e sedimentazione scientifica, alle scienze romanistiche e civilistiche. Si avverò quindi la profezia di Scialoja secondo cui il giovane allievo sarebbe divenuto «presto tra i primi cultori di questa parte del diritto pubblico». La sua teoria sulle autorizzazioni fu concepita inizialmente e organicamente nei seguenti scritti: *Teoria generale delle autorizzazioni e concessioni amministrative. Parte I: Concetto e natura delle autorizzazioni e concessioni amministrative*, in *Giur. it.*, 1894, IV, pp. 7 ss.; *Teoria generale delle autorizzazioni e concessioni amministrative. Parte II: Capacità e volontà nelle autorizzazioni e concessioni amministrative*, in *Riv. it. sc. giur.*, 1894, XVII, pp. 3 ss.; pp. 315 ss.; *Teoria generale delle autorizzazioni e concessioni amministrative. Parte III: Facoltà create dalle autorizzazioni e concessioni amministrative*, in *Riv. it. sc. giur.*, 1895, XIX, pp. 3 ss.; XX, pp. 255 ss.; in *Riv. it. sc. giur.*, 1896, XXI, pp. 77 ss.; pp. 350 ss.; XXII, pp. 177 ss. Tali contributi sono stati ripubblicati in O. RANELLETTI, *Scritti giuridici scelti*, a cura di E. Ferrari, B. Sordi, Jovene, Napoli, 1992, III, pp. 37 ss., pp. 77 ss. e pp. 235 ss., edizione alla quale si farà riferimento nel prosieguo. Naturalmente la tematica venne poi ripresa nei lavori successivi, tra i

È nella fase iniziale di questo cinquantennio che l'Autore mette a punto quello che diverrà per la dottrina giuridica italiana il modello tradizionale dell'autorizzazione amministrativa<sup>25</sup>, necessario parametro di confronto per tutte le elaborazioni successive, sia adesive, sia critiche.

Tale modello, se da un lato affonda le sue radici nel substrato liberale dell'epoca, che implica la figura dello Stato minimo, dall'altro si pone in relazione con le teorie tedesche precedenti, che infatti vengono richiamate espressamente nei primi scritti di Oreste Ranalletti.

Per la verità, tali teorie, riconducibili principalmente a Ernst Von Meier e a Edgar Loening, vengono richiamate dallo studioso italiano per prenderne le distanze<sup>26</sup>.

Alla base del pensiero di Ernst Von Meier<sup>27</sup> c'era il distinguo tra permessi e atti che fondano diritti.

La prima categoria indica gli atti di polizia, per mezzo dei quali viene permesso a qualcuno il compimento di determinate azioni che, per loro natura, non sono consentite a chiunque indiscriminatamente ma soltanto a coloro che ottengono la rimozione di questa limitazione apportata dalla legge alla libertà generale di azione. All'interno della seconda categoria rientrano invece una serie disomogenea di atti, che si distinguono a seconda che si manifestino nel campo del diritto privato o di quello del diritto pubblico.

Tra quelli che rientrano nel settore privatistico, si distingue ulteriormente tra gli atti che creano immediatamente rapporti giuridici tra Pubblica Amministrazione e soggetti privati e atti che esprimono un semplice consenso ad azioni giuridiche di determinati soggetti terzi o attribuiscono loro facoltà esclusive (ad esempio, la concessione esclusiva della coltivazione di una miniera).

La sottocategoria degli atti che determinano il sorgere di diritti nel campo del diritto pubblico comprende invece gli atti amministrativi che creano determinate

---

quali si può citare O. RANELLETTI, *Principii di diritto amministrativo*, Luigi Pierro Editore, Napoli, 1912.

<sup>25</sup> Come giustamente osserva F. FRACCHIA, voce *Autorizzazioni amministrative*, in S. CASSESE (Cur.), *Dizionario di diritto pubblico*, cit., II, p. 598, è "significativo che la riflessione di Ranalletti si fosse svolta subito dopo l'istituzione della IV sezione del Consiglio di Stato, che aveva completato un modello di tutela che faceva da perno, in forza della legge abolitrice del contenzioso amministrativo del 1865, sulla posizione giuridica del cittadino (il diritto soggettivo), mentre la nuova disciplina aveva quale riferimento l'impugnazione dell'atto".

<sup>26</sup> La critica risiede in O. RANELLETTI, *Teoria generale delle autorizzazioni e concessioni amministrative. Parte I: Concetto e natura delle autorizzazioni e concessioni amministrative*, cit., pp. 7 ss., specialmente pp. 14-16.

<sup>27</sup> E. VON MEIER, *Das Verwaltungsrecht*, in F. HOLTZENDORFF (Cur.), *Enzyklopädie der Rechtswissenschaft*, Verlag von Dunder & Humblot, Lipsia, 1870, I, pp. 693 ss.

proprietà o qualità di diritto pubblico, come ad esempio la nomina ad impiegato.

La classificazione di Edgar Loening<sup>28</sup> si accosta a questa appena descritta, con la differenza, però, che appare meno dettagliata. In particolare, tale teoria distingue solamente le dichiarazioni di volontà dagli atti amministrativi che creano una nuova personalità giuridica. Le autorizzazioni, naturalmente, rientrano nella prima categoria, essendo concepite come atti amministrativi per mezzo dei quali è concessa ad un dato soggetto privato la facoltà di compiere determinate azioni.

Più precisamente, il contenuto di un'autorizzazione, secondo la schematica di Edgar Loening può risiedere nel conferimento del potere di esercitare funzioni pubbliche, dando luogo solo ad un dovere o anche a un diritto soggettivo all'esercizio delle funzioni, così come può consistere nella concessione della facoltà di godere delle cose pubbliche in una maniera che non è compresa nell'uso comune. Infine, l'autorizzazione può dare luogo alla creazione di un diritto privato.

Entrambe le teorie sono, quindi, accomunate dall'introdurre classificazioni in base al contenuto degli atti amministrativi ed ai loro effetti giuridici.

Esse sono criticate da Oreste Ranelletti per essere “*molto formali*” e non puntuali, in quanto gli atti autorizzatori “*sono tutti raccolti sotto la formula «creano diritti», ma a tale formula non corrisponde un contenuto eguale*”, mentre “*questi atti hanno caratteri e natura diversi*”<sup>29</sup>.

Ancor più incisivamente, l'Autore italiano giunge a definire tali classificazioni come “*superficiali e dipendenti da una formula troppo astratta*”<sup>30</sup>.

È netto, dunque, il distacco tra la dottrina tedesca di fine Ottocento e l'elaborazione della prima teoria italiana sull'autorizzazione amministrativa.

La novità, nonché il punto di partenza della teoria di Oreste Ranelletti, consiste nel proporre una distinzione degli atti amministrativi basata sulla funzione svolta dai singoli atti.

In questa prospettiva, è significativo il criterio discrezionale tra concessione e autorizzazione.

Nella sistematica ranellettiana entrambi gli istituti sono riconducibili all'interno della categoria degli atti che creano diritti o permettono l'esercizio o l'acquisto di diritti, categoria che si pone in opposizione rispetto a quella degli atti amministrativi di pura esecuzione.

<sup>28</sup> E. LOENING, *Lehrbuch des deutschen Verwaltungsrechts*, Breitkopf und Härtel, Lipsia, 1884, II, pp. 242-244.

<sup>29</sup> O. RANELLETTI, *op. ult. cit.*, pp. 15-16, il quale, nel rimarcare il concetto, evidenzia come “*la legittimazione di un figlio naturale, e la conchiusione di un matrimonio non possono esser posti accanto alla concessione di una miniera*”. Ecco dunque che emerge, sia pure in forma sfumata, l'interesse della dottrina per le attività economiche, le quali sono ritenute di importanza tale da giustificare una trattazione autonoma rispetto alle altre attività private di rilievo pubblico.

<sup>30</sup> *Ibidem*.

Le autorizzazioni si contraddistinguono poiché la loro funzione è quella di rimuovere un limite, che trova fondamento in una legge, all'esercizio di un diritto preesistente, mentre le concessioni assolvono alla diversa funzione di creare un nuovo diritto in capo al soggetto destinatario dell'attività amministrativa.

Più nel dettaglio, nelle autorizzazioni preesiste un diritto soggettivo che però, allo stato, è puramente potenziale, nel senso che potrà essere esercitato solo quando la Pubblica Amministrazione riterrà sussistenti i presupposti fissati dalla legge, in relazione all'interesse pubblico coinvolto.

L'autorizzazione risponde dunque essenzialmente ad una funzione «di tutela» e «conservatrice» dell'interesse pubblico, di talché i limiti posti dalle norme di legge allo svolgimento di determinate attività *“vengono rimossi, perché le condizioni della persona richiedente, e dell'atto od opera che essa vuol compiere, danno sufficiente garanzia che tutte le esigenze giuridiche e sociali, in nome delle quali quei limiti furono posti all'attività individuale, saranno rispettate. Per conseguenza l'autorità, prima di accordare l'autorizzazione, deve apprezzare lo stato delle cose, che si presenta in quel dato momento, per decidere della convenienza o meno di permettere quel dato atto, secondo gli scopi di interesse collettivo, che determinarono il legislatore alla sua disposizione limitatrice.*

*Ciò dà luogo ad un atto singolare e concreto, emanato in esecuzione di norme legislative preesistenti, e questa è funzione propria del potere esecutivo”*<sup>31</sup>.

Le autorizzazioni si distinguono dunque nettamente dalle concessioni, mediante le quali la Pubblica Amministrazione conferisce un diritto all'individuo senza che questo potesse vantare, prima di quel momento, alcuna situazione giuridica soggettiva preesistente.

Le concessioni non rispondono dunque a una funzione di tutela o di conservazione bensì di «perfezionamento» e di «sviluppo» della Pubblica Amministrazione, che persegue i propri fini sociali ed economici tramite l'attività di soggetti privati, cui attribuisce o trasferisce diritti che prima essi non avevano: tipicamente, ma non certo esclusivamente, diritti d'uso o di sfruttamento di beni pubblici, quali le concessioni minerarie ed estrattive in genere, le concessioni di derivazione delle acque, etc.

In tal modo alla distinzione fra le due funzioni (tutela e conservazione, da un lato, e perfezionamento e sviluppo, dall'altro) viene fatta corrispondere quella tra la sfera di diritti e di attività di pertinenza dei soggetti privati e la sfera di diritti e di attività che è, in linea di principio, ad essi preclusa, perché riservata alla Pubblica Amministrazione, la quale può – o meno – costituire o trasferire propri diritti a soggetti privati, se lo ritiene opportuno, alle condizio-

---

<sup>31</sup> O. RANELLETTI, *Teoria generale delle autorizzazioni e concessioni amministrative. Parte II: Capacità e volontà nelle autorizzazioni e concessioni amministrative*, cit., pp. 82 s.

ni reputate maggiormente idonee allo scopo di interesse pubblico e selezionando coloro che rispondono meglio ai requisiti necessari.

Nelle concessioni, dunque, Ranelletti individua un margine maggiore di apprezzamento, poiché quando nuove sfere di azione vengono concesse all'individuo per raggiungere scopi positivi di pubblica utilità la discrezionalità nella scelta dei mezzi è massima.

In tale contesto, l'assunto di base della concezione dell'istituto autorizzatorio è dunque la preesistenza di una situazione di vantaggio, che rimane tale – e non si amplia – in conseguenza dell'ottenimento dell'autorizzazione richiesta<sup>32</sup>. Emblematica, in tal senso, è l'affermazione dell'Autore per cui, a seguito del rilascio dell'autorizzazione, “*come ampiezza del diritto, nulla ha il privato più di quanto aveva prima*”<sup>33</sup>.

Come è agevole notare, la caratteristica fondamentale dell'autorizzazione è ricondotta all'esercizio dei diritti e delle attività che ne costituiscono esplicazione, non all'acquisto dei diritti medesimi<sup>34</sup>.

Ciò determina il sorgere di un quesito fondamentale, e cioè quali siano i “diritti preesistenti”.

La risposta di Oreste Ranelletti si fonda sul carattere assoluto e potenzialmente illimitato del diritto di proprietà, che permette al suo titolare di svolgere ogni attività con i suoi beni e di ricavarne ogni utilità, finché leggi, regolamenti e atti amministrativi adottati sulla base di leggi o regolamenti non pongano limiti.

Già allora questa concezione assoluta del diritto di proprietà, evidentemente comprensivo dell'iniziativa economica, trovava però il limite concettuale più significativo nei profili di carattere ambientale e sanitario, tanto che l'Autore individua in questo argomento il campo di eccellenza per analizzare le facoltà del soggetto autorizzato, constatando che al di fuori delle autorizzazioni per l'impianto di stabilimenti insalubri o pericolosi “*non troveremo materia sufficiente*”.

Questo perché, già allora, questo settore presentava un'interferenza così forte tra il carattere assoluto del diritto di proprietà, da un lato, e, dall'altro,

---

<sup>32</sup> In questo modo si nega quindi la natura ampliativa del provvedimento autorizzatorio, che invece verrà affermata dalla dottrina successiva.

<sup>33</sup> La citazione è tratta da O. RANELLETTI, *Teoria generale delle autorizzazioni e concessioni amministrative. Parte III: Facoltà create dalle autorizzazioni e concessioni amministrative*, cit., p. 367.

<sup>34</sup> Si veda in tal senso R. VILLATA, *Autorizzazioni amministrative e iniziativa economica privata*, cit., p. 35, secondo il quale “*la costruzione del provvedimento autorizzatorio e la differenza dalle concessioni in chiave di rimozione di limiti reggeva solo se riferito al mero esercizio, e non all'acquisto, di un diritto preesistente*”. Dello stesso avviso è F. BASSI, *In tema di autorizzazioni e concessioni amministrative*, in *Il Foro padano*, 1955, col. 881.