

PARTE PRIMA

DALLA DISCREZIONALITÀ  
AL MARGINE DI APPREZZAMENTO:  
LA PROPORZIONALITÀ COME LIMITE  
ALL'INTERVENTO PUBBLICO NELL'ECONOMIA



## PREMESSA DI METODO

Al fine di circoscrivere la rilevanza delle scienze economiche nell'applicazione delle regole giuridiche, è necessario premettere un inquadramento della discrezionalità amministrativa per dimostrarne la progressiva riduzione nel campo dell'intervento pubblico nell'economia, in virtù dell'incidenza dell'ordinamento dell'Unione europea e, in particolare, delle norme sul mercato interno (art. 56 ss. TFUE) e sulla concorrenza applicabili agli Stati (art. 106 e art. 107 TFUE).

Queste ultime, infatti, individuano uno standard di applicazione che si sintetizza nel c.d. principio di proporzionalità che prevede una valutazione tecnica scissa in due momenti: la verifica dell'idoneità dell'intervento rispetto al perseguimento dell'interesse pubblico prescelto e il controllo della necessità di tale intervento, ossia dell'assenza di misure meno lesive delle libertà economiche.

A valle della verifica di proporzionalità, la discrezionalità incontra un limite invalicabile nelle valutazioni tecniche che lo Stato deve necessariamente effettuare (idoneità e necessità) prima di decidere se e in quale modo (diretto o come committente) può intervenire nell'economia. Verrà perciò dimostrato che l'interazione tra discrezionalità e proporzionalità ha aperto la strada all'affermazione della c.d. discrezionalità tecnica e, successivamente, all'applicazione delle regole della scienza finanziaria che entrano a pieno titolo tra i criteri di attuazione delle norme sul mercato interno e sulla concorrenza.

Al fine di individuare il valore giuridico delle valutazioni tecniche e dei relativi risultati, occorre partire dai due principali orientamenti in dottrina che conducono la valutazione tecnica rispettivamente all'accertamento del fatto e all'integrazione del precetto normativo. Entrambe le posizioni incontrano un limite, non risolto in dottrina, consistente nell'esistenza di un residuo margine di discrezionalità nella comparazione del risultato con l'interesse pubblico. Tuttavia, tale impostazione non pare compatibile con la regola della proporzionalità che presuppone l'individuazione preventiva dell'interesse pubblico da perseguire mentre la regola economica (come descritta nelle parti II e III del lavoro) è individuata a valle proprio dalle norme applicabili, ossia dagli artt. 56 ss. TFUE e 106 e 107 TFUE. Al rafforzamento di tale conclusione sono intervenute massicciamente le pronunce del Consiglio di Stato e, soprattutto, della Corte di giustizia.

Infine, per risolvere il tema della previa necessità di individuazione dell'interesse pubblico rispetto alle valutazioni tecniche, si propone di fare ricorso al concetto di margine di apprezzamento che, basandosi sulla regola della proporzionalità (e delle conseguenti valutazioni tecniche), limita l'attività dello Stato nel mercato interno a prescindere dal fatto che il potere esercitato sia legislativo o amministrativo.

Di conseguenza, includendo anche l'attività legislativa tra quelle soggette al limite delle valutazioni tecniche non può che concludersi che persino l'attività parlamentare, attraverso i suoi organi, nell'effettuare la ponderazione degli interessi (e nel decidere se adottare un atto legislativo che incide nei rapporti economici), è soggetta al suddetto limite della proporzionalità e che l'individuazione dell'interesse pubblico non può che precedere la valutazione di idoneità e necessità. Un'eventuale valutazione successiva dell'interesse pubblico avrebbe la conseguenza di portare lo Stato oltre il margine di apprezzamento consentito dall'ordinamento dell'Unione.

Tale ragionamento conduce, quindi, a lasciare alle amministrazioni pubbliche una completa libertà nella scelta degli interessi pubblici, nei limiti delle competenze attribuite dalla legge, ma rimangono vincolate alle modalità tecniche per il relativo perseguimento soprattutto con riferimento al rendimento economico conseguente a tali modalità.

## Capitolo Primo

# L'INTERVENTO PUBBLICO NELL'ECONOMIA: DALLA DISCREZIONALITÀ ALLA PROPORZIONALITÀ

SOMMARIO: 1. La progressiva riduzione del margine di discrezionalità delle amministrazioni. – 2. La regola della proporzionalità come limite alla discrezionalità. – 3. La rilevanza della scienza economica nel test di proporzionalità.

### 1. *La progressiva riduzione del margine di discrezionalità delle amministrazioni*

La discrezionalità<sup>1</sup> nasce nell'ordinamento giuridico francese<sup>2</sup> con lo scopo di individuare i provvedimenti amministrativi da sottrarre al sindacato giurisdizionale in virtù del principio di separazione dei poteri<sup>3</sup>. Da tale concezione della discrezionalità come garanzia dell'esercizio della *puissance publique* si è arrivati al diritto pubblico nazionale<sup>4</sup> che vede la discrezionalità in senso opposto ossia come garanzia del rispetto del principio di legalità nell'azione

---

<sup>1</sup>Definita come “vero assillo della cultura giuridica” da S. CASSESE, *Le basi del diritto amministrativo*, Milano, 2000, p. 444 ss.

<sup>2</sup>Si rinvia a R. LAUN, *Pouvoir discrétionnaire*, in *A.l.i.d.*, 1935, p. 26: “*La caractéristiques du pouvoir lie par la loi (gebundenes Ermessen), c'est, par suite, que de tous les ordres qui, au premier abord peuvent être contenus dans le texte de la loi, un seul de lege lata, peut en droit être conforme à la loi, à savoir celui qui répond le mieux au but ou au rapport des buts de l'ordre catégorique de la loi*”.

<sup>3</sup>Per una limpida sintesi v., comunque, B.G. MATTARELLA, *Discrezionalità amministrativa*, in S. CASSESE (diretto da), *Dizionario di diritto pubblico*, III, Milano, 2006, p. 1993 ss.; A. TRAVI, *Giurisdizione ed amministrazione*, in F. MANGANARO, A. ROMANO TASSONE e F. SAITTA (a cura di), *Sindacato giurisdizionale e “sostituzione” della pubblica amministrazione*, *Atti del Convegno di Copanello, 1-2 luglio 2011*, Milano, 2013, p. 3 ss.

<sup>4</sup>Secondo la definizione di M.S. GIANNINI, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione*, Milano, 1939, p. 52, la discrezionalità è “il potere di apprezzare in un margine determinato l'opportunità di soluzioni possibili rispetto alla norma amministrativa da attuare”.

amministrativa a tutela delle pretese legittime del cittadino nei confronti dell'amministrazione<sup>5</sup>.

Si sono così generate due concezioni della discrezionalità ascrivibili rispettivamente al normativismo e all'istituzionalismo. La prima corrente individua la discrezionalità come "ponte tra legittimità e merito"<sup>6</sup> ossia come garanzia della delimitazione del potere pubblico rispetto alla tutela giurisdizionale garantita al cittadino sulla base del principio di legalità. L'istituzionalismo, invece, incentra la nozione di discrezionalità sulla funzione pubblica e, appunto, sulle istituzioni che sono titolate ad esercitarla: in questo senso la limitazione del potere pubblico avviene più sotto il profilo soggettivo, ossia dell'individuazione dell'ente che è competente ad esercitarlo e della funzione da esso svolta<sup>7</sup>.

In entrambe le concezioni, comunque, la dottrina determina la discrezionalità come strumento per garantire la legalità dell'azione amministrativa: si tratta di "un potere che spazia in un margine libero limitato positivamente; dà luogo per certi aspetti a una determinazione di categorie non precise disposte dalla legge; per certi altri aspetti è una scelta (potere di volere); contiene un apprezzamento di opportunità, indirettamente attraverso l'atto e l'attività; contempla il pubblico interesse, ove si riferisca al soggetto"<sup>8</sup>.

Tuttavia, nella materia del diritto dell'economia, il processo di integrazione europea ha comportato un ampliamento della sfera dei diritti dei privati fino a riformare implicitamente la nozione di discrezionalità, ormai unica e ibrida tra le due correnti<sup>9</sup>, che sfocia, in sostanza, nel potere, insindacabile, di ponderazione e scelta tra diversi interessi pubblici in gioco<sup>10</sup>.

<sup>5</sup> Cfr. A. PIRAS, *Discrezionalità*, in *Enc. dir.*, XIII, Milano, 1964, p. 65 ss.

<sup>6</sup> Cfr. S. ROMANO, *Principii del diritto amministrativo italiano*, Milano, 1901, p. 2 ss.; M.S. GIANNINI, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione*, cit., p. 51 ss.; F.G. COCA, *La discrezionalità nel pensiero di Giannini e nella dottrina successiva*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2000, p. 1046 ss.

<sup>7</sup> Cfr. G. BERTI, *La pubblica amministrazione come organizzazione*, Padova, 1968, F. BENVENUTI, *Eccesso di potere amministrativo per vizio della funzione*, in *Rass. dir. pubbl.*, 1950, p. 1 ss.; F. BASSI, *La norma interna*, Milano, 1963. E più recentemente L.R. PERFETTI, *Discrezionalità amministrativa, clausole generali e ordine giuridico della società*, in *Dir. amm.*, 2013, p. 309 ss.

<sup>7</sup> Cfr. S. CIVITARESE MATTEUCCI, *Funzione, potere amministrativo e discrezionalità in un ordinamento liberal-democratico*, in *Dir. pubbl.*, 2009, p. 745 ss.

<sup>8</sup> Cfr. M.S. GIANNINI, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione*, Milano, cit., p. 51.

<sup>9</sup> Cfr. F.G. COCA, *Attività amministrativa*, in *Enc. dir.*, VI, Agg., Milano, 2002, D. D'ORSOGNA, *Contributo allo studio dell'operazione amministrativa*, Napoli, 2005.

<sup>10</sup> Come precisa S. COGNETTI, *Principio di proporzionalità*, Torino, 2011, p. 330, afferma

È, infatti, con il rafforzamento dei diritti fondamentali e con l'affermazione della *primauté* del diritto dell'Unione europea che la discrezionalità si è progressivamente ridotta, in ragione del passaggio dalla legalità formale a quella sostanziale<sup>11</sup>. Proprio in virtù di tale cambiamento, spinto anche dall'approccio economico desumibile dai Trattati europei<sup>12</sup> e dal diritto internazionale, si può sostenere che il perno dell'azione del potere pubblico in materia di mercato ed economia<sup>13</sup> si sia spostato dalla regolarità formale degli atti verso il conseguimento dell'efficienza e del risultato<sup>14</sup>.

Di conseguenza la discrezionalità cessa di avere la funzione di limitare e controllare l'esercizio del potere pubblico per dirigersi verso la garanzia dell'accesso al mercato e della concorrenza<sup>15</sup> all'interno delle regole economiche condivise<sup>16</sup> a livello sovranazionale<sup>17</sup>.

---

che “se si può pacificamente affermare che la discrezionalità amministrativa viene sempre esercitata con una ponderazione di interessi e di valori, non è d'altro canto possibile affermare il contrario, ossia che la ponderazione, in quanto manifestazione di un bilanciamento, sarebbe sempre discrezionale. Non lo è infatti quando è plasmata e dominata da regole giuridiche che riducono in parte o eliminano del tutto l'originaria flessibilità del suo esercizio, vincolandone parzialmente o totalmente l'esito”.

<sup>11</sup> Il passaggio dal diritto della forma al diritto della sostanza è ben argomentato in F. MERUSI, *Il principio di legalità nel diritto amministrativo che cambia*, in *Dir. pubbl.*, 2007, p. 427 ss.

<sup>12</sup> Infatti, come precisato da L. AMMANNATI, *Governance e regolazione attraverso reti*, in L. AMMANNATI e P. BILANCIA (a cura di), *Governance multilivello regolazione e reti*, Milano, 2008, p. 181 ss., “la necessità di mettere in atto strategie comuni dirette a organizzare e far funzionare concretamente il mercato interno nei suoi diversi settori ha in qualche modo imposto di ripensare l'intero contesto organizzativo di governo e il quadro regolatorio”.

<sup>13</sup> Va, peraltro, segnalato che una maggiore effettività dei diritti economici avrebbe potuto essere conseguita se, oltre alle competenze in materia di libertà di accesso al mercato e concorrenza, si fossero devolute maggiori materie alle istituzioni europee per garantire un'armonizzazione non solo economica ma anche pubblicistica, come rilevato da F. CAPRIGLIONE, *Regolazione europea post-crisi e prospettive di ricerca del diritto dell'economia: il difficile equilibrio tra politica e finanza*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2016, p. 537 ss., “le forme di mera ‘convergenza’ economica e giuridica attuate tra gli Stati membri – per quanto indicative di un favor per la libertà di circolazione e stabilimento di persone ed attività produttive – di certo appaiono inadeguate ai fini della realizzazione del ‘sogno europeo’”.

<sup>14</sup> Cfr. A. ROMANO TASSONE, *Sulla formula “amministrazione per risultati”*, in *Scritti in onore di E. Casetta*, II, Napoli, 2001, p. 813 ss.; M.R. SPASIANO, *Funzione amministrativa e legalità di risultato*, Torino, 2003; L. IANNOTTA, *Previsione e realizzazione del risultato nella pubblica amministrazione: dagli interessi ai beni*, in *Dir. amm.*, 1999, p. 57 ss.

<sup>15</sup> Cfr. F. TRIMARCHI BANFI, *Il “principio di concorrenza”: proprietà e fondamento*, in *Dir. amm.*, 2013, p. 15 ss.

<sup>16</sup> Cfr. L.R. PERFETTI, *Discrezionalità amministrativa, clausole generali e ordine giuridico della società*, cit., p. 341 ss. e P. LAZZARA, *Principio di semplificazione e situazioni giuridico-soggettive*, in *Dir. amm.*, 2011, p. 679 ss.

## 2. La regola della proporzionalità come limite alla discrezionalità

L'evoluzione del sistema giuridico dell'Unione europea in senso ordolibera-<sup>18</sup> ha portato inevitabilmente verso un mutamento del rapporto tra amministrazione pubblica e privato<sup>19</sup> con la conseguenza che l'attuale sistema giuridico "pone al centro della scena le scelte del nostro legislatore, nei limiti entro cui esse possano tuttora dirsi libere"<sup>20</sup>, individuando un confine intrinseco al potere pubblico di legiferare e di eseguire le norme.

Tali limiti sono stati individuati dal diritto dell'Unione europea, in materia di mercato interno e in materia di concorrenza, attraverso l'art. 106 TFUE e l'art. 107 TFUE, entro la c.d. proporzionalità. Secondo tale principio, detto anche "la legge del minimo mezzo"<sup>21</sup>, una misura pubblica deve essere idonea e necessaria, anche rispetto ai mezzi impiegati, per perseguire l'obbiettivo pubblico individuato nella legge attributiva del potere<sup>22</sup>; in altre parole, "*the prin-*

---

<sup>17</sup> Cfr. M. CAFAGNO e M. MANGANARO, *Unificazione amministrativa e intervento pubblico nell'economia*, in M. CAFAGNO e M. MANGANARO, *L'intervento pubblico nell'economia*, Firenze, 2016, p. 11 ss., "la meta della creazione di un mercato sovranazionale aperto e competitivo sollecita la ricerca di un punto di equilibrio tra istanze di omogeneità di regime giuridico, propedeutiche all'abbattimento di barriere alla libera circolazione, e contrapposte esigenze di varietà istituzionale, rese insopprimibili vuoi dal dinamismo del fenomeno economico bisogno di intervento pubblico".

<sup>18</sup> Ossia, secondo L. AMMANNATI, *Diritto e mercato. Una rilettura delle loro attuali relazioni alla luce della nozione di "transaction" di commons*, in *Dir. pubbl.*, 2003, p. 115 ss., "l'idea, invece, del mercato come dimensione organizzata sulla base di un principio, cioè la concorrenza, che è costruito e può funzionare grazie ad un sistema di regole fatte valere come limite all'agire dei singoli operatori".

<sup>19</sup> Cfr. L. AMMANNATI, *Diritto e mercato. Una rilettura delle loro attuali relazioni alla luce della nozione di "transaction" di commons*, cit., p. 113 ss., secondo cui "il mercato e la concorrenza come criterio privilegiato di funzionamento conquistano progressivamente uno spazio di un qualche rilievo nell'ordinamento interno a seguito del rafforzamento dei vincoli comunitari".

<sup>20</sup> Cfr. G. NAPOLITANO e M. ABRESCIA, *Analisi economica del diritto pubblico*, Bologna, 2009, p. 229 ss. In questo senso, si può vedere che vi sono alcuni tentativi in dottrina di mettere in relazione la discrezionalità con il potere legislativo come, invece, verrà fatto in modo esplicito nel paragrafo relativo al margine di apprezzamento.

<sup>21</sup> Cfr. F. CAMMEO, *Corso di diritto amministrativo*, Padova, 1914, p. 337, ossia "raggiungere il massimo utile dell'amministrazione col minimo sacrificio dei cittadini".

<sup>22</sup> Cfr. A. SANDULLI, *La proporzionalità dell'azione amministrativa*, Padova, 1998; S. COGNETTI, *Principio di Proporzionalità*, cit., p. 224 ss., D.U. GALETTA, *Principio di proporzionalità e sindacato giurisdizionale nel diritto amministrativo*, Milano, 1998, p. 15 ss.; come precisa M. GIAVAZZI, *Il principio di proporzionalità rovesciata: alla ricerca del sinallagma perduto; un problema di buona fede*, cit., p. 59 ss., "il principio di proporzionalità si definisce attraverso tre diversi costituenti: l'idoneità (Geeignetheit), la necessità (Erforderlichkeit) e la proporzionalità in senso stretto (Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne)".



*principle of proportionality prohibits the use of a steam hammer to crack a nut if a nutcracker would do it*<sup>23</sup>.

Rispetto alla tradizionale tripartizione del suddetto principio (idoneità, necessità e proporzionalità in senso stretto rispetto all'obiettivo), come elaborato dalla tradizionale dottrina tedesca<sup>24</sup>, e in virtù della costante applicazione della proporzionalità nell'ambito delle libertà economiche europee<sup>25</sup> e della concorrenza, la relativa regola può dirsi oggi ridotta al doppio binario di verifica di idoneità e necessità rispetto al fine pubblicistico (o missione, secondo l'art. 106 TFUE)<sup>26</sup>. Sotto questo profilo si ritiene di condividere quanto sostenuto da autorevole dottrina secondo cui "i giudici preferiscono, pertanto, accogliere una formula bipolare o ridotta di proporzionalità, ampiamente utilizzata dalla Corte di giustizia"<sup>27</sup>.

Sulla base dell'evoluzione di tale principio sono emersi, pertanto, tre approcci<sup>28</sup> al tema dell'equilibrio dei rapporti tra Stato e impresa con riferimento alla libertà di scelta dell'amministrazione.

---

<sup>23</sup> LORD DIPLOCK, in *R. v. Goldstein*, 1983, WLR, 151, par. 155.

<sup>24</sup> Cfr. Ricostruita da A. SANDULLI, *La proporzionalità dell'azione amministrativa*, Padova, 1998, p. 58 ss., da cui si evince che la proporzionalità è tradizionalmente costituita da tre momenti valutativi: la valutazione dell'idoneità della misura a raggiungere il fine pubblico, la necessità, ossia l'assenza di misure meno invasive della sfera del privato e la proporzionalità in senso stretto, ossia la convenienza dei mezzi conseguenti alla misura rispetto al perseguimento dell'interesse pubblico.

<sup>25</sup> Come acquisito ormai anche dalla giurisprudenza interna del Cons. Stato, sez. VI, 17 aprile 2007, n. 1736, secondo cui proporzionalità "la proporzionalità assume nell'ordinamento interno lo stesso significato che ha nell'ordinamento comunitario". Si vedano, in dottrina, N. EMLIOU, *The Principle of Proportionality in European Law: a Comparative Study*, London, 1996 nonché, anche in chiave comparatistica, S. VILLAMENA, *Contributo in tema di proporzionalità amministrativa. Ordinamento comunitario, italiano e inglese*, Milano, 2008. Per un profilo critico su tale equivalenza si rinvia a F. SPAGNUOLO, *Il principio di proporzionalità tra vecchi e nuovi schemi interpretativi*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2008, p. 1011 ss.

<sup>26</sup> Con tale impostazione de e ritenersi parimenti superato, quantomeno con riferimento alle libertà economiche europee, l'orientamento di coloro secondo cui l'idoneità e la necessaria età coinvolgerebbero tendenzialmente l'esercizio della discrezionalità tecnica, mentre la proporzionalità in senso stretto inciderebbe sulla discrezionalità pura, perché comporterebbe una ponderazione tra interessi, Cfr. S. COGNETTI, *Principio di proporzionalità*, cit., p. 225.

<sup>27</sup> Cfr. S. DE NITTO, *A proposito della proporzionalità come criterio giuridico*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2017, p. 1035 ss. Anche se secondo l'A. "un'analisi che si interrompe con i criteri di idoneità e necessità – ossia al livello della relazione bilaterale tra l'atto posto in essere con l'esercizio del potere e funzione attribuita dalla legge e tra atto e diretti destinatari dello stesso – può non cogliere quella eterogeneità di interessi, valori, diritti o beni che costituisce, invece, l'elemento peculiare della società e del sistema giuridico complesso".

<sup>28</sup> Ben sintetizzati in G. TROPEA, *la discrezionalità amministrativa tra semplificazioni e liberalizzazioni, anche alla luce della legge n. 124/2015*, in *Dir. amm.*, 2016, p. 107 ss.

Secondo un primo orientamento si deve ritenere ormai preponderante l'elemento della bilateralità nel rapporto tra amministrazione e privato con la conseguenza che anche il potere di intervento dello Stato viene limitato dal funzionamento del rapporto che diventa sempre più paritario<sup>29</sup> in quanto soggetto anche alle regole del diritto dell'Unione europea, *in primis* l'art. 5 del TUE<sup>30</sup>, gli artt. 56 e 106 TFUE, e del diritto privato<sup>31</sup>.

Secondo altra parte della dottrina, la dimensione economica del rapporto tra amministrazione e privati va separata dalla dimensione pubblicistica con la conseguenza che, una volta scelto l'interesse pubblico da perseguire a monte<sup>32</sup>, il rapporto si sviluppa sul solco della liberalizzazione delle attività economiche e della relativa semplificazione<sup>33</sup>, con conseguente applicazione diretta del diritto dell'Unione europea e del diritto privato solo a valle delle scelte pubblicistiche<sup>34</sup>.

Infine, va segnalata la posizione di coloro che tendono a conservare la visione tradizionale di contemperamento dell'interesse pubblico prescelto rispetto agli altri interessi, connotando il rapporto come "multipolare" in cui l'am-

---

<sup>29</sup> Cfr. M.S. GIANNINI, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione*, cit., p. 106 "a differenza che nella discrezionalità amministrativa, non vi è qui un interesse essenziale da valutare al lume di interessi secondari: il legislatore non cura interessi, ma ne disciplina preventivamente il possibile urto ... onde di fronte a lui tutti gli interessi stanno in una posizione paritaria".

<sup>30</sup> Che attiene, in verità, alle istituzioni dell'Unione europea ma che, attraverso l'applicazione giurisprudenziale di cui si darà atto, viene esteso alle libertà economiche di circolazione in materia di mercato interno.

<sup>31</sup> Cfr. A. TRAVI, *La tutela nei confronti della d.i.a. tra modelli positivi e modelli culturali*, in *Dir. pubbl.*, 2014, p. 15 ss. e soprattutto G. TESAURO, *Intervento pubblico nell'economia e art. 90 n. 2, del Trattato CE*, in *Dir. Un. Eur.*, 1996, p. 729 ss.

<sup>32</sup> Individuato dalla legge o dalla programmazione economica, cfr. E. PICOZZA, *Vicende e procedure della programmazione economica*, in AA.VV., *La costituzione economica*, Padova, 1977, vol. I del *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, a cura di F. Galgano.

<sup>33</sup> Cfr. S. AMOROSINO, *La semplificazione amministrativa e le recenti modifiche normative alla disciplina generale del procedimento*, in *Foro Amm. TAR*, 2005, p. 2635 ss., secondo cui la semplificazione "può essere sia il risultato della deregolamentazione, sia il risultato di una parallela, e correlata, riduzione dei procedimenti alle sole fasi essenziali". Ad esempio, nel caso dello "Stato Committente", il procedimento volto alla scelta del concessionario deve essere ridotto a quanto necessario, ad esempio quando non vi sia una reale pluralità di offerta: "in tutti i casi in cui non vi sia 'concorrenza' tra le posizioni, od offerte, o proposte, di più soggetti – e dunque non sia necessaria l'evidenza pubblica per la scelta dell'affidatario di un servizio, o di un lavoro, o del venditore di un bene, o di un concessionario di beni pubblici – potrà esser eliminato tutto il procedimento amministrativo formalizzato, che si conclude con la scelta del contraente".

<sup>34</sup> G. TROPEA e A. ORSI BATTAGLINI, *Alla ricerca dello Stato di diritto. Per una giustizia "non amministrativa"*, Milano, 2005.

ministrazione ha contemporaneamente il ruolo di parte in senso contrattuale e di ente che deve perseguire l'interesse pubblico<sup>35</sup>.

Gli orientamenti sembrano, comunque, tutti convergenti verso un modello di intervento pubblico nell'economia che porta il privato sullo stesso piano dell'ente, quantomeno nelle implicazioni economiche del rapporto tra essi<sup>36</sup>. Tale cambiamento è indubbiamente dovuto all'affermazione delle libertà economiche, oggi nel Trattato sul Funzionamento dell'Unione europea, ossia alla diretta applicabilità delle libertà di circolazione delle merci, dei servizi, dei capitali e dei lavoratori.

Proprio la libera circolazione dei servizi, sulla base dell'art. 56 TFUE, con il suo sviluppo di diritto derivato<sup>37</sup> e con gli interventi della Corte di giustizia, appare come il "faro" che, compatibilmente con le norme in materia di concorrenza applicabili agli Stati, orienta l'intervento pubblico nell'economia; come si vedrà, infatti, entrambe le figure, ossia lo Stato imprenditore e lo Stato committente, sono sostanzialmente disciplinate dal principio di parità tra i concorrenti nonché dal principio di parità tra impresa pubblica e impresa privata (direttamente discendente proprio dalla libertà di circolazione), temperati dalla regola della proporzionalità<sup>38</sup>.

Sulla scorta di tale esperienza, i tradizionali istituti che regolavano il rapporto tra amministrazioni e imprese sono ormai profondamente cambiati. Al modello autorizzativo è sostituita la liberalizzazione, il modello concessorio è stato, di fatto, limitato ai lavori e servizi di interesse generale<sup>39</sup> e l'intervento diretto è consentito solo quando il mercato non è in grado di soddisfare la domanda<sup>40</sup>.

---

<sup>35</sup> Cfr. F. TRIMARCHI BANFI, *Il "terzo" nel diritto amministrativo: a proposito di semplificazioni*, in *Dir. proc. amm.*, 2014, p. 25 ss.

<sup>36</sup> Cfr. E. BUOSO, *Proporzionalità, efficienza e accordi nell'attività amministrativa*, Padova, 2013.

<sup>37</sup> Direttiva Servizi, *in primis*, oltre alle recenti direttive nn. 23, 24 e 25 del 2014 in materia di appalti e concessioni.

<sup>38</sup> Cfr. G. TESAURO, *Il Diritto dell'Unione europea*, Padova, 2011, p. 104 ss. Nonché specificamente sul ruolo della proporzionalità come vincolo rispetto all'intervento pubblico nell'economia, E. CERVONE, *Vincoli Pubblicistici e proporzionalità delle deroghe*, in ID., *La governance delle società partecipate tra Stato e mercato*, in L. AMMANNATI e R. CAFARI, *I servizi pubblici vecchi problemi e nuove regole*, cit., p. 36 ss., secondo cui "Si è affermato il principio di proporzionalità, in modo tale che la deroga sia la minima possibile rispetto alla missione. Deviazioni, per le società partecipate, dalle regole di diritto comune in materia di *governance*, richiedono dunque una giustificazione in termini di proporzionalità strettamente funzionale al perseguimento dell'interesse pubblico".

<sup>39</sup> Cfr. E. PICOZZA, *Lo Stato Partner: le concessioni di beni, di servizi e di servizi pubblici*, in E. PICOZZA e V. RICCIUTO, *Il diritto dell'economia*, cit., p. 126 ss.

<sup>40</sup> Cfr. G. TROPEA, *la discrezionalità amministrativa tra semplificazioni e liberalizzazioni, anche alla luce della legge n. 124/2015*, cit., p. 107 ss.

L'evoluzione dell'istituto autorizzativo meriterebbe una trattazione autonoma<sup>41</sup>. Per tale ragione, è sufficiente sottolineare che essa si è evoluta da provvedimento di carattere costitutivo ad un provvedimento che accerta la presenza di requisiti tecnici<sup>42</sup>, grazie al lungo percorso legislativo passato attraverso le direttive di coordinamento in materia bancaria<sup>43</sup>, arrivato fino alla direttiva 2000/12/CE<sup>44</sup>, testo unico in materia bancaria e creditizia<sup>45</sup> e,

---

<sup>41</sup> Sull'evoluzione dell'istituto autorizzativo, si rinvia a O. RANELLETTI, *Teoria generale delle autorizzazioni e concessioni amministrative*, Roma-Firenze, 1894, A.M. SANDULLI, *Notazioni in tema di provvedimenti autorizzativi*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1957, p. 784 ss., F. MERUSI, *Metamorfosi nell'intervento pubblico nell'economia. Dall'autorizzazione alla riserva di provvedimento inibitorio*, in *Dir. amm.*, 2015, p. 579 ss.; A. NEGRELLI, *Accesso al mercato e autorizzazioni amministrative nazionali*, Milano 2016; R. MORZENTI PELLEGRINI, *Il procedimento amministrativo di autorizzazione nel settore del commercio e delle attività produttive: dalla semplificazione all'unificazione*, in *Foro amm. CDS*, 2003, p. 761 ss.; P. SALVATORE, voce *Autorizzazione*, in *Enc. giur.*, vol. IV, p. 1.

<sup>42</sup> Previsto dal Regio decreto legge 12 marzo 1936, n. 375, *Disposizioni per la difesa del risparmio e per la disciplina della funzione creditizia*, in *Gazz. Uff.* 16 marzo 1936, n. 63.

<sup>43</sup> Direttiva 73/183/CEE del Consiglio, del 28 giugno 1973, per la soppressione delle restrizioni alla libertà di stabilimento e alla libera prestazione dei servizi nel campo delle attività non salariate delle banche e di altri istituti finanziari, in *GUCEE* 1973, serie L194, p. 1 ss., direttiva 77/780/CEE del Consiglio, del 12 dicembre 1977, *relativa al coordinamento delle disposizioni legislative, regolamentari e amministrative riguardanti l'accesso all'attività degli enti creditizi e il suo esercizio*, in *GUCEE* 1977, L322, p. 30 ss., direttiva 89/646/CEE del Consiglio, del 15 dicembre 1989, *relativa al coordinamento delle disposizioni legislative, regolamentari e amministrative riguardanti l'accesso all'attività degli enti creditizi e il suo esercizio e recante modifica della direttiva 77/780/CEE*, in *GUCEE* 1989, serie L 386, p. 1 ss., direttiva 89/299/CEE del Consiglio del 17 aprile 1989 *concernente i fondi propri degli enti creditizi*, in *GUCEE* 1989, serie L 124, p. 16 ss., direttiva 89/647/CEE del Consiglio, del 18 dicembre 1989, *relativa al coefficiente di solvibilità degli enti creditizi*, in *GUCEE* 1989, serie L 386, p. 14 ss., direttiva 92/30/CEE del Consiglio, del 6 aprile 1992, *relativa alla vigilanza su base consolidata degli enti creditizi*, in *GUCEE* 1992, serie L 110, p. 52 ss., direttiva 92/121/CEE del Consiglio, del 21 dicembre 1992, *sulla vigilanza ed il controllo dei grandi fidi degli enti creditizi*, in *GUCEE* 1993, serie L 29, p. 1 ss. Cfr. Specificamente in materia di autorizzazioni bancarie si indicano alcuni contributi autorevoli: G. ALPA e F. CAPRIGLIONE (a cura di), *Diritto bancario comunitario*, Torino, 2002; F. BELLI, *Direttive CEE e riforma del credito. Il decreto n. 481/92: prime riflessioni e materiali*, Milano, 1993; S. AMOROSINO, *sub art. 14*, in F. CAPRIGLIONE (a cura di), *Commentario al testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, Padova, 2001, p. 180 ss.; M. CERA, *Condizioni di accesso all'attività bancaria*, in G. ALPA e F. CAPRIGLIONE (a cura di), *Diritto bancario comunitario*, cit.; R. COSTI, *Potere delle banche e potere normativo della banca d'Italia*, in *Giur. comm.*, 2008, p. 1270 ss.; A. DI MARCO, *Il controllo delle banche nell'UEM: la (problematica) nascita di un sistema integrato di vigilanza prudenziale*, in *Dir. Un. Eur.* 2013, p. 549 ss.

<sup>44</sup> Direttiva 2000/12/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 20 marzo 2000, *relativa all'accesso all'attività degli enti creditizi e al suo esercizio*, in *GUCE* 2000, serie L 126, p. 1 ss., poi modificata dalla direttiva 2000/28/CE del 18 settembre 2000 e dalla direttiva 2001/24/CE del 4 aprile 2001.