



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI NAPOLI FEDERICO II  
FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA

# **INNOVAZIONE E DIRITTO**

## Gli ausili pubblici tra autorità e consenso

Alessandro Auletta

### Abstract

The legislation relating to the subject considered in this article, which concern public incentives to enterprises, is chaotic and fragmented. This makes it difficult to identify general legal categories and produces legal uncertainty in an area that, conversely, would require univocal solutions aimed at ensuring a better competitiveness of the system.

After analyzing both Community and national (constitutional and legislative) law in this field and the constitutional jurisprudence about the protection of the competition, the Author proposes an innovative reconstruction of the legal provisions, assuming a general applicability of Article. 11 of l. 241 to all the different hypotheses of public aid here concerned (grant, soft loan, granting guarantees, etc.).

According to the Author, in fact, the “public law contract” appears to be a general prototype sufficiently flexible and, at the same time, suitable for providing a minimum legal framework in order to solve many application problems, such as the identification of the court which would have jurisdiction, or the issue about the actions that each individual could propose.

**Sommario:** 1. A mo' di introduzione. 2.1. Il quadro normativo europeo. 2.2. Le sovvenzioni di esercizio come forma di finanziamento (a copertura dei c.d. oneri impropri) dei servizi pubblici. 3.1. Il quadro costituzionale: l'art. 41 come norma che regola il rapporto autorità-libertà nella disciplina delle attività economiche. 3.2. La tutela della concorrenza nella giurisprudenza costituzionale. 4. La disciplina generale a livello di fonti primarie (statali) dell'attività di sovvenzionamento: l'art. 12 della l. 241 (ovvero del principio di predeterminazione delle scelte in funzione di auto-limite) e il d.lgs. 123 del 1998. 5. La tutela dell'affidamento in materia di incentivi pubblici. 6.1. La qualificazione dogmatica dei provvedimenti attributivi di vantaggi economici: le diverse proposte ricostruttive. 6.2. Spunti per una qualificazione dogmatica unitaria delle varie forme di incentivazione dell'attività economica privata: il contratto di diritto pubblico a doppia causa. 6.3. Esempificazioni. 6.4. Implicazioni di regime della teoria del contratto di diritto pubblico a doppia causa.

### 1. A mo' di introduzione.

Il tema degli incentivi e dell'attività di agevolazione è estremamente complesso: quello dell'ausilio pubblico alle imprese è infatti un universo variegato, oggetto di una disciplina normativa che, con bisticcio di parole solo apparente, possiamo definire *sistematicamente frammentaria*.

Le leggi di incentivazione si inseriscono spesso – e di recente ancor di più – in provvedimenti di più ampia portata; altre volte in normative di emergenza. Il lessico utilizzato dal legislatore non è omogeneo, e questo rende ancora più difficile l'individuazione di categorie giuridiche di riferimento e, correlativamente, del regime giuridico applicabile alle sovvenzioni.

Uno dei principali scopi della ricerca scientifica in questa materia è infatti, a mio avviso, quello di delineare *uno statuto giuridico (minimo ed) unitario* dell'attività di distribuzione di incentivi. I vantaggi di tale

operazione qualificatoria – che richiede uno sforzo di astrazione notevole, considerato il carattere frastagliato e spesso episodico della normativa – non si esauriscono solo sul piano dogmatico, ma si apprezzano anche sul piano pratico: ad esempio, consentendo l'individuazione di strumenti di tutela più efficaci, ovvero la risoluzione, alla luce dei principi di pienezza ed effettività, della c.d. *questione giurisdizionale*.

Ma su questi aspetti torneremo nel prosieguo.

## **2.1. Il quadro normativo europeo.**

Occorre in prima battuta soffermarsi sulla disciplina comunitaria della materia.

Volendo sintetizzare al massimo, l'art. 87 TCE (oggi 107 TFUE) prevede il divieto in capo agli Stati di erogare, attingendo alle proprie risorse, aiuti alle imprese che possano determinare uno squilibrio del gioco concorrenziale. Divieto rispetto al quale sussistono delle eccezioni che potremmo dire *assolute* – contemplate dal secondo comma dell'art. 87: si pensi alla fattispecie degli aiuti erogati in favore di imprese o cittadini colpiti da calamità naturali – nel senso che la compatibilità dell'aiuto con il diritto comunitario non deriva da un provvedimento delle istituzioni comunitarie, ma direttamente dal Trattato; mentre il terzo comma contempla gli aiuti autorizzabili (pure per categoria), nell'ambito di alcune classi di casi, dalla Commissione (o anche dal Consiglio, ma solo in casi eccezionali: cfr. l'art. 88, comma 2, TCE), secondo lo schema procedimentale che si articola nell'obbligo di notifica ed in quello di *stand still* (divieto di dare corso alla distribuzione dell'incentivo fintanto che la Commissione non si sia pronunciata al riguardo). Tale schema vale in specie per gli *aiuti nuovi*, laddove per quelli *esistenti* la Commissione ha poteri di vigilanza permanente, ragion per cui può eventualmente applicare sanzioni ed ordinare la ripetizione dell'aiuto illegittimamente erogato.

Per quanto attiene al diritto derivato, vanno ricordati i regolamenti nn. 994/98 e 659/99 adottati dal Consiglio sulla base dell'art. 89 del Trattato, che affida appunto a tale organo il potere di stabilire in via generale le condizioni per l'applicazione degli articoli 87 e 88 ed in particolare le condizioni per l'applicazione dell'articolo 88, paragrafo 3, nonché le categorie di aiuti che sono dispensate da tale procedura ivi disciplinata.

Il primo dei citati regolamenti, a sua volta, conferisce alla Commissione il potere di dettare regolamenti di esecuzione finalizzati ad individuare determinati tipi di intervento dello Stato nell'economia: delega che la Commissione ha attuato attraverso l'adozione di alcuni fondamentali regolamenti come quello in tema di aiuti *de minimis* (reg. 2001/69 e ss. mm. e più di recente reg. 360/2012), aiuti alle piccole e medie imprese (reg. 2001/70), aiuti alla formazione (reg. 2001/68 e ss. mm.), aiuti all'occupazione (reg. 2204/2002 e ss. mm.). Si tratta di regolamenti che hanno per lo più recepito e positivizzato orientamenti (non sempre univoci: vedi ad esempio la *querelle* riguardante gli aiuti *minimi*) della stessa Commissione e della Corte di Giustizia.

Il secondo regolamento ha provveduto ad una razionalizzazione dei principi e delle procedure, codificando le regole emerse dalla prassi.

Quanto a quest'ultimo aspetto si è già detto che, con riguardo agli aiuti nuovi, il procedimento di autorizzazione si articola in due momenti: l'obbligo di notifica in capo allo Stato istituyente; l'obbligo di

non dare corso all'incentivo fintanto che sulla sua compatibilità con il diritto europeo della concorrenza non si sia pronunciata la Commissione.

La quale deve pronunciarsi nei sessanta giorni successivi alla notifica: elasso inutilmente tale termine, lo Stato membro potrà dare corso all'agevolazione, fermo restando il potere della Commissione di valutare la compatibilità con il diritto comunitario *sub specie* di aiuto esistente.

A seguito di tale valutazione preliminare, la Commissione può decidere (oltre che di autorizzare l'aiuto: la relativa decisione ha effetto costitutivo, come si diceva) di attivare la procedura in contraddittorio, cui prima si faceva cenno.

Va precisato, peraltro, che la violazione dell'obbligo di *stand still* non determina *tout court* l'incompatibilità dell'aiuto con il diritto comunitario: per quanto la prassi della Commissione fosse orientata in tal senso (dalla violazione dell'obbligo conseguiva *de plano* una valutazione *di merito* circa il carattere anticoncorrenziale, e dunque vietato, dell'aiuto), la Corte di Giustizia ha in più occasioni ribadito che la violazione delle regole procedurali (tra cui quella in esame) non esime la Commissione dal valutare se l'aiuto possa essere autorizzato o meno, sebbene sulla sola base dei dati in proprio possesso<sup>1</sup>. Su ciò si fonda la distinzione tra aiuto *illegale* ed aiuto *incompatibile*. L'art. 13 del regolamento di procedura recepisce tale distinzione ed impone alla Commissione di pervenire, in ogni caso, ad una conclusione sostanziale del procedimento di verifica. La valutazione positiva (normalmente preventiva) costituisce una condizione legale di efficacia del provvedimento istitutivo dell'aiuto<sup>2</sup>, ed ha quindi effetto costitutivo.

Il potere autorizzatorio della Commissione va esercitato nel rispetto dei principi della *contropartita* e della *trasparenza*: alla stregua del primo l'aiuto può essere considerato compatibile solo quando non sia possibile realizzare diversamente l'obiettivo di interesse comunitario in relazione al quale è stata stabilita la deroga; il secondo principio impone che la natura e la portata dell'aiuto rispetto all'assetto concorrenziale del mercato unico debbano essere valutate tenendo conto di tutti gli elementi necessari: consistenza, obiettivo, forma, mezzi finanziari, ragioni di compatibilità.

La valutazione ha natura discrezionale: costituisce notazione comune che nell'esercizio di tale potere la Commissione svolga una funzione in senso lato regolatoria, che si risolve nella dettatura (sebbene indiretta) degli obiettivi di politica industriale ammessi dal diritto comunitario<sup>3</sup>.

La progressiva, ancorché non totale, eclissi del ruolo degli Stati nella definizione delle politiche economiche va poi ricollegato, sotto un profilo più squisitamente economico, ai vincoli derivanti dalla necessità di rispettare il Patto di stabilità<sup>4</sup>. Ed è di stretta attualità il tema dell'obbligo del pareggio di bilancio, che nel nostro paese è stato sanzionato a livello costituzionale, anche se il principio sarà cogente a partire dall'esercizio finanziario 2014<sup>5</sup>.

---

<sup>1</sup> CGCE, 21 marzo 1990, in causa C-142/87, ed in dottrina CAPUTI JAMBRENGHI, *Gli aiuti di Stato nel diritto comunitario vivente*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Comunit.*, 1998, 1259.

<sup>2</sup> In questo senso TESAURO, *Diritto comunitario*, III ed., Padova, 2003, 771.

<sup>3</sup> TESAURO, *op. cit.*, 742; MANZELLA, *Gli ausili finanziari*, in *Trattato di diritto amministrativo*, a cura di CASSESE, Milano, 2003, 3729 e ss., spec. 3740.

<sup>4</sup> GUARINO, *Eurosistema. Analisi e prospettive*, Milano, 2006, spec. 41, e più di recente LUBRANO, *Le sovvenzioni nel diritto amministrativo*, Torino, 2008, spec. 171.

<sup>5</sup> Cfr. gli artt. 81 e 97 Cost., come novellati dalla l. cost. 1 del 2012: si tratta pertanto di un principio che concerne l'azione dei pubblici poteri considerati nel loro complesso.

Con riferimento al tema del recupero di aiuti illegittimamente concessi, si deve fare distinzione tra il regime vigente per gli *aiuti esistenti* (o comunque portati ad esecuzione senza la previa verifica da parte della Commissione) e quello vigente per gli *aiuti nuovi*.

In ordine ai primi la Commissione ha, anzitutto, poteri di monitoraggio: se nell'esercizio di tale potere viene in rilievo il carattere anticomunitario di un aiuto, la Commissione intima allo Stato (o agli Stati) interessato (i) di presentare le proprie osservazioni, dopodiché dispone che l'aiuto sia modificato nel termine all'uopo assegnato. Se lo Stato intimato non si adegua a quanto deciso, la Commissione o qualunque Stato membro interessato possono adire direttamente la Corte di Giustizia, in deroga al procedimento di cui agli artt. 226 e 227 TCE (vedi oggi gli artt. 258 e 259 TFUE), e quindi senza l'attivazione (altrimenti necessaria) della fase precontenziosa. La condanna dello Stato membro obbliga l'impresa beneficiaria a restituire gli aiuti dichiarati incompatibili: dopodiché si porrà la questione di un'eventuale responsabilità dello Stato erogante per aver indotto l'impresa beneficiaria a confidare in buona fede nella stabilità dell'incentivo. Ma di questo – ed in particolare dell'orientamento restrittivo della giurisprudenza comunitaria su tale tematica – si dirà in seguito.

Laddove l'aiuto sia stato in tutto o in parte eseguito si pone il problema del suo recupero: ancorché l'art. 88 TCE non faccia esplicito riferimento a tale potere, sia la Commissione che la Corte di Giustizia hanno ritenuto che esso fosse la logica conseguenza della sua soppressione<sup>6</sup>.

La procedura di recupero dell'aiuto illegittimo trova oggi compiuta disciplina nel regolamento di procedura: nel caso di decisioni negative riguardo agli aiuti illegali, la Commissione adotta una decisione (impugnabile dagli interessati) con cui impone allo Stato membro di porre in essere tutte le misure necessarie a recuperare l'aiuto erogato. La pretesa al recupero dell'aiuto si prescrive in dieci anni. Le modalità concrete del recupero sono disciplinate dal diritto dello Stato membro che ha attribuito la sovvenzione, sempreché non si tratti di un regime che renda impossibile o estremamente gravoso il recupero dell'aiuto<sup>7</sup>.

## **2.2. Le sovvenzioni di esercizio come forma di finanziamento (a copertura dei c.d. oneri impropri) dei servizi pubblici.**

Liminare al tema del divieto di aiuti di Stato è quello del regime delle *sovvenzioni di esercizio* erogate a favore di gestori di un servizio pubblico.

Il servizio pubblico, come ricorda autorevole dottrina<sup>8</sup>, rappresenta una nozione che si pone in antitesi con la concorrenza: l'obbligo di garantire e soddisfare un determinato standard del servizio, sotto il profilo qualitativo e quantitativo, può implicare, ipoteticamente, anche la necessità di una gestione in perdita. Dai noti esempi della linea telefonica portata sulla vetta di una montagna ovvero della presenza (non massiccia come un tempo, ma comunque apprezzabile) delle c.d. cabine telefoniche nell'era degli *smartphones* emerge con chiarezza che quando un'attività - comunque qualificabile come attività economica -, siccome diretta a soddisfare bisogni essenziali della collettività, viene svolta a condizioni diverse da quelle di mercato essa costituisce *servizio pubblico*: se le suddette attività fossero erogate a condizioni di mercato, il servizio telefonico avrebbe un costo diverso, ad esempio, a seconda

<sup>6</sup> Vedi ad esempio CGCE, 1° aprile 2004, in causa C-99/02.

<sup>7</sup> CGCE, 21 marzo 1990, in causa C-142/87; CGCE, 21 settembre 1983, in cause C-205/83 e 215/82.

<sup>8</sup> TESAURO, *Intervento pubblico nell'economia e art. 90, n. 2, Trattato CE*, in *Dir. UE*, 1996, 719.

della densità abitativa della zona dove viene in concreto erogato; allo stesso modo, il biglietto della metropolitana avrebbe un costo diverso a seconda dell'orario della "corsa", in ragione della diversa affluenza di utenti nei vari orari della giornata; svolgere il servizio di trasporto anche in orario notturno può significare svolgere il servizio in perdita, ma questo non esclude l'obbligo di erogare tale prestazione.

Il servizio pubblico, in definitiva, è svolto a favore di tutti i cittadini (*ergo*: deve essere svolto alla stregua di tariffe accessibili a tutti) ed a condizioni diverse da quelle di mercato: il soggetto pubblico - di norma gli enti locali - garantisce l'assolvimento degli obblighi di pubblico servizio, come più sopra rapidamente esemplificati, a prescindere dal fatto che la gestione del servizio sia affidata in concreto a soggetti esterni<sup>9</sup>.

In quest'ultima eventualità (rispetto alla quale si parla di *esternalizzazione*), la titolarità necessariamente pubblica del servizio impone all'amministrazione di intervenire per ripianare le perdite eventualmente conseguenti al sostenimento, da parte del gestore, dei c.d. oneri impropri, cioè di quei costi legati agli obblighi di pubblico servizio: quei costi che un imprenditore non affronterebbe sulla base di una valutazione puramente economica.

Le *sovvenzioni di esercizio* sono appunto volte a *ripianare* le perdite subite dal gestore in conseguenza dell'assolvimento (sganciato da un calcolo economico) degli obblighi di pubblico servizio.

Le sovvenzioni di esercizio possono essere realizzate in diverse forme: erogazioni dirette gravanti sul bilancio statale; conferimento di diritti esclusivi o speciali; ripartizione del costo del servizio tra le imprese operanti nel mercato di riferimento attraverso l'istituzione di un fondo di compensazione (come accade nei casi, peraltro molto diversi tra loro, del servizio telefonico e di quello postale).

Rispetto a tali attribuzioni, si pone la necessità di verificare se esse siano compatibili o meno con il divieto di aiuti di cui all'art. 87 TCE.

La giurisprudenza comunitaria ha espresso sul punto soluzioni diversificate: dapprima orientandosi in senso restrittivo, quando ha ritenuto che la sovvenzione di esercizio dovesse essere *sempre* notificata alla Commissione ed autorizzata<sup>10</sup>; poi, a partire dalla sentenza *Ferring*<sup>11</sup>, sostenendo esattamente il contrario, e cioè che le sovvenzioni di esercizio sono da riguardare non tanto alla luce dell'art. 87 quanto piuttosto alla luce dell'art. 86 (oggi 106 TFUE), secondo comma, a mente del quale si può provvedere anche in deroga alle regole della concorrenza laddove si tratti di assicurare l'adempimento della missione del gestore del servizio pubblico: in altre parole, la tutela della concorrenza può essere messa in secondo piano se ciò sia imposto dallo scopo di realizzare la missione affidata al gestore di un servizio pubblico. Ne discende che la sovvenzione di esercizio non soggiace alla regola della previa notifica, perché si tratta di una modalità che consente al gestore di assolvere agli obblighi di servizio pubblico. Detto altrimenti, l'intervento pubblico non attribuisce all'impresa beneficiaria un *vantaggio economico* ma mira semplicemente a rimetterla nelle stesse condizioni dei propri concorrenti, che non sostengono i citati oneri impropri.

In seguito alla sentenza *Ferring* la giurisprudenza comunitaria è tornata sull'argomento, raffinando – se così possiamo dire – i criteri distintivi tra sovvenzione di esercizio ed aiuto prestato sotto le mentite

---

<sup>9</sup> In tema cfr. LIGUORI, *I servizi pubblici locali*, Torino, 2007.

<sup>10</sup> Trib. I Grado CE, 27 febbraio 1997, in causa T-106/95, sul noto caso *FFSA*.

<sup>11</sup> CGCE, 22 novembre 2001, in causa C-53/00.

spoglie della sovvenzione di esercizio (e quindi, al di là della veste formale, ricadente nell'ambito di applicazione del divieto di cui all'art. 87): in particolare ritenendo che la qualificazione dell'erogazione dovesse avvenire alla stregua del *modello dell'impresa funzionale*. Non è sufficiente *imputare* un costo all'assolvimento degli obblighi di pubblico servizio perché ne discenda la qualificazione in termini di onere improprio, e correlativamente la qualificazione in termini di sovvenzione di esercizio dell'attribuzione patrimoniale fatta dal soggetto pubblico per neutralizzare tale onere, con quanto ne discende in punto di non necessità della previa notifica alla, ed autorizzazione da parte della, Commissione: occorre piuttosto valutare se il costo sostenuto sarebbe stato affrontato da *un'impresa efficiente sotto il profilo economico*; diversamente si potrebbe creare una situazione di dipendenza delle imprese dal soggetto pubblico, chiamato a sostenere anche i costi di una gestione inefficiente. La giurisprudenza *Altmark*<sup>12</sup> ha inteso in effetti porre rimedio a tale eventuale disfunzione. Le condizioni richieste affinché un finanziamento pubblico possa dirsi compensativo di oneri impropri sostenuti dal gestore di un servizio pubblico sono le seguenti: “che l'impresa beneficiaria sia stata effettivamente incaricata dell'adempimento di obblighi di servizio pubblico e detti obblighi siano stati definiti in modo chiaro; che i parametri sulla base dei quali viene calcolata la compensazione siano stati previamente definiti in modo obiettivo e trasparente; che la compensazione non ecceda quanto necessario per coprire tutti o parte dei costi originati dall'adempimento degli obblighi di servizio pubblico, tenendo conto degli introiti relativi agli stessi nonché di un margine di utile ragionevole per il suddetto adempimento; inoltre che quando la scelta dell'impresa da incaricare dell'assolvimento di obblighi di servizio pubblico non venga effettuata nell'ambito di una procedura di appalto pubblico, il livello della necessaria compensazione sia stato determinato sulla base di un'analisi dei costi in cui un'impresa media, gestita in modo efficiente e adeguatamente dotata di mezzi di trasporto al fine di poter soddisfare le esigenze di servizio pubblico richieste, sarebbe incorsa per adempiere tali obblighi, tenendo conto degli introiti ad essi attinenti nonché di un margine di utile ragionevole per il suddetto adempimento”.

Tale giurisprudenza è stata successivamente recepita in un testo normativo, sebbene come si dice di *soft law*, trattandosi di un gruppo di decisioni: il c.d. pacchetto Monti.

In specie, la decisione 2005/842 codifica il criterio dell'automatismo, già enunciato dalla giurisprudenza *Altmark*: una volta che le condizioni summenzionate siano integrate, l'erogazione del finanziamento può avvenire immediatamente, senza obbligo di preventiva notifica alla Commissione.

La Commissione si mostra peraltro consapevole di come l'applicazione delle condizioni prima ricordate non sia risolutiva: è quanto accade laddove l'affidamento del servizio non avvenga tramite gara ma in base ad una scelta discrezionale della p.a. [nella forma della concessione di pubblico servizio, di cui peraltro la Commissione incoraggia l'attribuzione in base a procedure competitive (risoluzione del 27 settembre 2006, 2006/2101), pur non escludendo altre forme].

Si prevede infatti che laddove la scelta della società affidataria del servizio non sia avvenuta tramite gara, il finanziamento deve essere sottoposto al suo vaglio preventivo, mentre l'erogazione in concreto dello stesso è condizionata alla verifica del rispetto dei criteri della *necessità* (la compensazione deve cioè essere necessaria per il funzionamento del servizio di interesse economico generale); della *proporzionalità*

---

<sup>12</sup> CGCE, 24 luglio 2003, in causa C-280/00.

(l'importo della compensazione non deve eccedere quanto necessario a coprire i costi determinati dall'assolvimento degli obblighi di servizio pubblico, tenuto conto anche di un margine di utile ragionevole per l'impresa); dell'*incarico* (occorre che l'impresa sia stata effettivamente incaricata di assolvere a specifici obblighi di servizio pubblico mediante atti ufficiali da cui risultino la durata e la natura di siffatto incarico).

Va segnalata, infine, la recente adozione di un regolamento comunitario (360/2012) in materia di aiuti minimi a favore di imprese incaricate di svolgere (volendo mutuare la terminologia invalsa in ambito europeo) un servizio di interesse economico generale.

Premesso che in generale gli aiuti *de minimis* sono quelli il cui valore massimo è tale da far ritenere che i vantaggi di cui godono le imprese beneficiarie non sono tali da incidere sugli scambi tra Stati membri e/o non falsino o minaccino di falsare la concorrenza – con la conseguenza che tali benefici sono esentati dalla procedura di notifica più sopra descritta –, la Commissione, nei *considerando* del predetto regolamento, evidenzia – sulla base della prassi applicativa – che, laddove l'aiuto sia diretto alle imprese incaricate di un servizio pubblico, una parte dello stesso sarà con buona probabilità destinato a compensare gli oneri aggiuntivi di cui queste imprese sono gravate per adempiere agli obblighi di pubblico servizio. Ne discende – si nota – l'opportunità di prevedere per questa categoria di aiuti (individuati sostanzialmente in ragione del tipo di attività condotta dai relativi beneficiari) un massimale diverso da quello previsto in via generale dal regolamento 1998 del 2006. Massimale che viene fissato nell'importo complessivo di 500.000 euro nell'arco di tre esercizi finanziari (art. 1, comma 2).

L'applicazione del regolamento 360 del 2012 non pregiudica – si legge nel considerando n. 14 – quella del regolamento 1998 del 2006.

Per evitare nondimeno che gli aiuti ottenuti per l'assolvimento degli obblighi di pubblico servizio siano cumulati con altre compensazioni (lucrate in relazione alla medesima attività), con conseguente aggiramento della condizioni imposte dalla giurisprudenza comunitaria, si prevede un divieto di cumulo in relazione a tali altre compensazioni ed a prescindere dalla loro qualificazione in termini di aiuto di Stato compatibile con il diritto comunitario (secondo la giurisprudenza *Altmark* o la decisione 2012/21 della Commissione<sup>13</sup>) o meno (art. 1, comma 8).

Dal predetto divieto di cumulo sono esclusi gli aiuti *de minimis* previsti da altri regolamenti, che potranno essere commasati con le sovvenzioni di esercizio, ma fino al raggiungimento del massimale previsto dall'art. 1, comma 2, del regolamento 360 del 2012 (in tal senso dispone l'art. 1, comma 7).

### **3.1. Il quadro costituzionale: l'art. 41 come norma che regola il rapporto autorità-libertà nella disciplina delle attività economiche.**

Passando all'esame del quadro costituzionale di riferimento, occorre in particolare trattare dell'art. 41 Cost., norma che regola il rapporto autorità-libertà nel campo della disciplina delle attività economiche.

Tale rapporto può definirsi “a geometria variabile”, nel senso che, in ragione di una serie di fattori, esso è talora maggiormente “sbilanciato” verso l'autorità, talaltra verso la libertà.

---

<sup>13</sup> Tale decisione aveva chiarito che le compensazioni di importo limitato a favore di imprese esercenti un servizio di interesse economico generale fossero esentate dall'obbligo della notifica individuale in presenza delle condizioni fissate (relative all'importo massimo e al tipo di servizio venuto in rilievo) dall'art. 2, cui si rinvia.

Nell'attuale momento storico, attraversato da ideologie che si pongono, almeno a livello di enunciazioni di principio, come neo-liberiste – con accenti vari e spesso con diverse imprecisioni –, si punta alla valorizzazione estrema della libertà economica, con corrispondente erosione dello spazio entro cui può muoversi, con gli strumenti che le sono propri, l'autorità, onde incidere sull'inizio e lo svolgimento di attività economiche private.

E si intenderebbe attribuire a tale *ideologia* anche un fondamento costituzionale: è attualmente all'esame del Parlamento un disegno di legge di riforma costituzionale dell'art. 41 Cost., di cui, tuttavia, appare difficile immaginare l'approdo ad un esito positivo.

Ciò nondimeno la futuribile versione della norma in esame ha in sé un valore simbolico abbastanza evidente: al primo comma si vorrebbe affermare il principio per cui sia l'iniziativa che l'attività sono libere, a differenza della formulazione attualmente in vigore che si riferisce alla sola iniziativa economica, e soprattutto quello per cui *è consentito tutto ciò che non è espressamente vietato dalla legge*.

In realtà entrambi i profili evidenziati non introducono, se si va al di là di una lettura *impressionista* della norma, alcuna apprezzabile novità.

Quanto al riferimento della libertà anche all'attività, deve infatti segnalarsi il costante orientamento della Corte Costituzionale, secondo cui – malgrado l'avviso espresso da autorevole dottrina<sup>14</sup> - occorre leggere *congiuntamente* e non *disgiuntamente* il primo ed il terzo comma dell'art. 41 Cost.: può interessare al riguardo l'esame di una pronuncia del 1957 (la n. 29) dove la Corte ha evidenziato che i vincoli all'attività sono allo stesso tempo vincoli all'iniziativa, perché la scelta di un imprenditore se scendere o meno nel campo di una determinata attività è evidentemente condizionata dal quadro normativo complessivamente inteso, e quindi dagli eventuali limiti posti dal legislatore sia all'intrapresa che alla conduzione dell'attività di che trattasi.

Può essere di qualche interesse notare che la Corte era stata chiamata a valutare la legittimità costituzionale della normativa che prevedeva i prezzi amministrati in materia di medicinali: nel ritenere le disposizioni censurate conformi al dettato costituzionale – in quanto lasciare al gioco concorrenziale la determinazione dei prezzi dei farmaci avrebbe potuto implicare il rischio che fossero utilizzate materie prime scadenti, con potenziale pericolo per la salute dei cittadini – il Giudice delle leggi ha negato, in particolare, che vi fosse contrasto con l'art. 41 Cost., siccome non veniva in rilievo una *attività economica*. Accanto a tale (dirimente) argomentazione, la Corte ne svolge un'altra, per così dire, in via ipotetica e subordinata: si osserva, precisamente, che anche laddove si volesse qualificare l'attività (all'epoca non solo di vendita ma anche di preparazione dei farmaci) come economica si dovrebbe pervenire alla stessa conclusione. Se si legge l'art. 41 nel suo complesso si ricava che sia l'iniziativa che l'attività economica possono essere in vario modo condizionate dal legislatore, laddove si tratti di tutelare interessi che, rispetto alla libertà riconosciuta dal primo comma, sono da ritenersi preminenti.

Questo del bilanciamento di interessi è un *modus operandi* che possiamo ancora oggi osservare nella legislazione: si pensi ad esempio a quanto previsto dalla c.d. direttiva Bolkestein e al decreto legislativo di recepimento di tale normativa nel nostro paese (n. 59 del 2009). Si prevede, in specie, che i regimi autorizzatori possono essere istituiti o mantenuti a condizione che vi sia un motivo imperativo di

---

<sup>14</sup> ESPOSITO, *Note esegetiche sull'art. 44 della Costituzione*, in *Riv. Dir. Agr.*, 1949, 157 e ss., spec. 184; MAZZIOTTI, *Il diritto al lavoro*, Roma, 1951, spec. 157.

interesse generale – tra cui sono annoverati la tutela della salute e dell'ambiente (in ciò potrebbe essere individuata la ragione della legittimità della riserva di attività in favore dei farmacisti, ma la questione è assai spinosa e dibattuta, ogni qualvolta si torna a parlare di *liberalizzazioni*) -; diversamente, l'intervento dello Stato (consistente nella preventiva autorizzazione delle attività economiche) *deve essere minimizzato*<sup>15</sup>.

Si deve puntare piuttosto alla valorizzazione di modelli auto-conformativi del tipo d.i.a./s.c.i.a., rimodulando l'intervento pubblico da *preventivo e necessario* a *successivo ed eventuale*. Di ciò è traccia anche nel ddl costituzionale cui prima si faceva riferimento, in quanto il terzo comma intenderebbe disporre la costituzionalizzazione di tali modelli. Ma si è giustamente osservato che alla relativa ideazione ed al progressivo ampliamento dell'ambito applicativo di tali istituti, si è finora proceduto *a Costituzione invariata*, ragion per cui il principio sancito nella futuribile versione del comma terzo dell'art. 41 Cost., non possiede, al di là di un valore meramente *simbolico*, alcuna carica di innovatività<sup>16</sup>.

Occorre piuttosto esaminare il terzo comma dell'art. 41 Cost., nella formulazione attualmente in vigore, perché si tratta di una norma assai dibattuta, e sulla quale fonda in definitiva *l'intervento dello Stato nell'economia*, e per quanto qui interessa la legittimità delle leggi di incentivazione.

Se si concorda con quella dottrina<sup>17</sup> secondo cui l'attività di sovvenzionamento rappresenta una *forma di funzionalizzazione dell'impresa* – nel senso che il legislatore nel prevedere e l'amministrazione nell'attribuire in concreto un incentivo svolgono un'attività di *orientamento* delle attività economiche (attraverso uno strumento della cui autoritatività si dubita: ma su questo aspetto si tornerà) – va da sé che il riferimento costituzionale più immediato va rinvenuto proprio in quella norma che consente al legislatore di prevedere programmi e controlli affinché l'attività economica privata (e pubblica) sia(no) indirizzata(e) e orientata(e) verso la realizzazione di fini sociali.

La distonia, se non addirittura l'antinomia, tra quanto previsto dal primo comma (*l'iniziativa economica privata è libera*) e quanto previsto dal terzo comma dell'art. 41 Cost.<sup>18</sup> riflette, come è noto, il dibattito che si era svolto in seno all'Assemblea Costituente e, in particolare, il confronto tra diverse filosofie (o *ideologie*) dell'intervento dello Stato nell'economia: vi era un'ala che spingeva verso la piena realizzazione dell'istanza liberista, mentre un'altra corrente era maggiormente incline a prevedere una forma massiccia di intervento pubblico, tale da sfociare in una *programmazione dell'attività economica*, secondo un modello che trovava in quegli anni attuazione nei regimi di stampo comunista.

L'art. 41 Cost., nella sua eterogeneità, esprime proprio questa diversità di vedute. Tant'è vero che nel tempo l'elemento ispiratore dell'intervento (o del non intervento) pubblico in economia è stato rinvenuto ora nel primo comma (e nell'istanza liberista ad esso sottesa) ora nel terzo comma (e nell'istanza *lato sensu* dirigista ad esso sottesa).

La norma è stata in una prima fase interpretata in vista della realizzazione di obiettivi solidaristici: è quanto accaduto negli anni '60 e '70 attraverso lo Stato sociale, che, sulla base dell'art. 41, terzo comma,

---

<sup>15</sup> Si richiamano a tali principi anche i più recenti interventi normativi finalizzati alla ripresa economica: d.l. 180 del 2011, conv. in l. 214 del 2011; d.l. 1 del 2012, conv. in l. 27 del 2012.

<sup>16</sup> LIGUORI, *Libertà economiche e poteri amministrativi: la regola del controllo successivo dalla legge alla Costituzione*, in *Diritti lavori mercati*, n. 3/2011.

<sup>17</sup> SERRANI, *Lo Stato finanziatore*, Milano (Franco Angeli Editore), 1971, spec. 209 e ss..

<sup>18</sup> Parla ad esempio di *palese contraddizione* tra i due commi SATTI F., *Principio di legalità e pubblica amministrazione nello Stato democratico*, Padova, 1969, spec. 40 e ss.

aveva posto una serie di normative limitative della libertà di iniziativa economica privata, affinché la stessa fosse diretta alla realizzazione di fini sociali<sup>19</sup>.

Successivamente si è pervenuti ad un'interpretazione *minima* dell'art. 41, terzo comma, indotta dalla "sovrapposizione" del diritto comunitario: addirittura, a seguito dell'intensificazione del processo di integrazione comunitaria, specialmente dopo il trattato di Maastricht, qualcuno ha parlato di un'implicita abrogazione del comma in esame, perché l'obiettivo finale della Comunità Europea prima e dell'Unione poi è quello di realizzare un mercato unico fondato sul valore della concorrenza<sup>20</sup>; ed è di palmare evidenza che un simile obiettivo risulta in parte ostacolato da normative che prevedano forme di incentivi in favore di determinate imprese e non anche di altre: non a caso uno dei principali punti di frizione tra l'attività di sovvenzionamento e il diritto comunitario è la verifica della compatibilità di una legge sugli incentivi con l'art. 87 del Trattato, cioè con quella norma che prevede il divieto di aiuti di Stato.

È comunque possibile (e preferibile) un'interpretazione comunitariamente orientata della norma costituzionale in esame, perché pure il Trattato nelle norme di principio si riferisce a fini sociali: il che è testimoniato dal fatto che la stessa Unione Europea sviluppa politiche di coesione economica e sociale, ereditando un ruolo prima svolto in via principale dagli Stati<sup>21</sup>.

In conclusione, l'art. 41, terzo comma, consente ancora, seppure con una serie di condizionamenti, in parte anche economici, un intervento attivo dello Stato nell'economia, quale l'erogazione di incentivi a favore delle imprese.

### **3.2. La tutela della concorrenza nella giurisprudenza costituzionale.**

Quanto detto a proposito del rapporto tra la libertà di iniziativa economica e il potere dello Stato di imporre, *ab externo*, dei condizionamenti (di varia intensità e tipologia) allo svolgimento dell'attività, affinché sia indirizzata alla realizzazione di fini sociali, e quanto ricordato sul tema del divieto di aiuti di Stato sancito dal diritto comunitario, impone di verificare quale spazio trovi, nella nostra Costituzione, la tutela della concorrenza.

Anzitutto, va ricordato che in una prima fase la Corte Costituzionale ha ritenuto compatibile con il riconoscimento della libertà di iniziativa economica privata qualsiasi misura che abbia carattere *conservativo e cautelativo*, cioè di correzione degli squilibri cui il mercato, se lasciato a sé stesso, può tendere: nelle sentenze in tema di prezzi amministrati<sup>22</sup>, di divieto di importazione e di esportazione<sup>23</sup>, di disciplina dei magazzini a prezzo unico<sup>24</sup> vi è quindi, sebbene allo stato embrionale, un'idea di tutela della concorrenza<sup>25</sup>.

---

<sup>19</sup> Vedi ad esempio la particolare lettura che dell'art. 41 Cost. fornisce SPAGNUOLO VIGORITA V., *L'iniziativa economica privata nel diritto pubblico*, ora in *Opere giuridiche*, I, Napoli, 2001, spec. 70 e ss., il quale evidenzia la necessità di un collegamento sistematico tra tale norma e i principi fondamentali esprimenti la formula politica dello Stato (artt. 1-4 Cost.).

<sup>20</sup> MANETTI, *Poteri neutrali e Costituzione*, Milano, 1994, spec. 23.

<sup>21</sup> SPATTINI, *Poteri pubblici dopo la privatizzazione*, Torino, 2006, spec. 102 e ss..

<sup>22</sup> 8 luglio 1957, n. 103.

<sup>23</sup> 13 aprile 1957, n. 50.

<sup>24</sup> 10 giugno 1969, n. 97.

<sup>25</sup> Sul punto in dottrina vedi RAMAJOLI, *La regolazione amministrativa dell'economia e la pianificazione economica nell'interpretazione dell'art. 41 Cost.*, in *Dir. Amm.*, 2008, 121 e ss..

Nel frattempo la dottrina si era divisa rispetto alla questione se la tutela della concorrenza (come valore in sé) trovasse o meno fondamento e riconoscimento nell'art. 41 Cost.26.

Il dibattito ha ricevuto nuova linfa a seguito della riforma del Titolo V, e segnatamente dell'inclusione, tra le materie di competenza esclusiva del legislatore statale, della tutela della concorrenza.

Si è ritenuto che, mentre l'art. 41 avrebbe riguardo alla concorrenza in senso soggettivo, come libertà di concorrenza riconosciuta al singolo imprenditore (si tratterebbe di un corollario della libertà di iniziativa economica sancita nel primo comma), l'art. 117 Cost., sebbene al limitato fine di distribuire le competenze legislative tra Stato e Regioni, avrebbe riguardo alla concorrenza in senso oggettivo, come bene giuridico tutelato in sé e per sé; ma non manca, come si evidenziava, l'opinione di chi ha ritenuto che la tutela della concorrenza in senso effettivo (cioè oggettivo) costituisca un limite all'esercizio della libertà di iniziativa economica privata già nell'impostazione originaria dell'art. 41 Cost.27: in questa tesi può scorgersi l'insegnamento della Scuola ordoliberal, secondo cui la tutela della concorrenza va vista come difesa di una libertà individuale ed allo stesso tempo come mezzo di promozione del benessere collettivo.

Sta di fatto che, anche dopo la riforma costituzionale, non è ancora ben chiaro in cosa consista la tutela della concorrenza, tanto se vista sotto il profilo soggettivo quanto sotto quello oggettivo: e la giurisprudenza costituzionale non contribuisce, a quanto pare, a far chiarezza su questo punto.

Una delle pronunce più significative sul punto, ancorché – si ritiene – espressiva di un orientamento superato dalla successiva giurisprudenza costituzionale (ma si ha ragione di dubitare dell'esattezza di tale rilievo, come si dirà), resta *Corte Cost., 13 gennaio 2004, n. 14*.

La questione rimessa al vaglio del Giudice delle leggi, al di là della specificità delle normative fatte oggetto di censura nei giudizi *a quibus*, può essere così sintetizzata: se lo Stato, nell'orientare la propria azione allo sviluppo economico, possa servirsi di strumenti di intervento sul mercato ovvero se la propria azione debba esaurirsi nel promuovere ed assecondare le attività delle autonomie, tanto più se l'intervento in esame riguarda ambiti materiali ricompresi nella competenza residuale delle Regioni o nella competenza concorrente Stato-Regioni.

Aderendo a quest'ultima impostazione – rileva la Corte – “lo Stato dovrebbe limitarsi ad erogare fondi o disporre incentivi speciali in favore di Regioni, Province, Città metropolitane e Comuni, i quali sarebbero quindi da considerare come gli effettivi titolari di una delle leve più importanti della politica economica”. Tuttavia, per il Giudice delle leggi “l'aver accorpato, nel medesimo titolo di competenza [del legislatore statale, in via esclusiva, n.d.s.], la moneta, la tutela del risparmio e dei mercati finanziari, il sistema valutario, i sistemi tributario e contabile dello Stato, la perequazione delle risorse e, appunto, la tutela della concorrenza, rende palese che quest'ultima costituisce una delle leve della politica economica nazionale”: ne discende che la tutela della concorrenza non può essere intesa soltanto in senso *statico* ma deve essere intesa anche in senso *dinamico*, il che legittima il legislatore statale ad

---

<sup>26</sup> In termini negativi: FERRI, voce *Concorrenza*, in *Enc. Dir.*, VIII, Milano, 1961; in termini affermativi: GIAMPIETRETTI, *Il principio costituzionale di libera concorrenza: fondamenti, interpretazioni, applicazioni*, in *Diritto e società*, 2004, 439 e ss..

<sup>27</sup> In dottrina, vedi GIAMPIETRETTI, *op. cit.*; in giurisprudenza vedi Corte Cost., 15 maggio 1990, n. 241, dove viene messa in rilievo la necessità di collegare la libertà di cui al primo comma al limite dell'utilità sociale di cui al secondo comma.

adottare misure volte a “ridurre gli squilibri, a favorire le condizioni di un sufficiente sviluppo del mercato e ad instaurare effetti concorrenziali”.

La Corte Costituzionale si mostra consapevole del rischio che l’accezione dinamica appena declinata può comportare una perimetrazione eccessivamente ampia della competenza esclusiva del legislatore statale, con quanto ne consegue in punto di compressione delle competenze riconosciute alle Regioni, cui sono attribuite in via residuale o concorrente materie la cui disciplina incide innegabilmente sullo sviluppo economico.

Ed allora “l’intervento statale si giustifica per la sua rilevanza macroeconomica”: intanto cioè una misura incentivante disposta dal legislatore statale è compatibile con il quadro delle competenze legislative delineato nella Costituzione, nonché con i principi comunitari, in quanto tale misura sia funzionale “quanto ad accessibilità a tutti gli operatori e ad impatto complessivo ad incidere sull’equilibrio economico generale”.

Così stando le cose, l’eventuale giudizio di incostituzionalità non può concernere l’efficacia della misura da un punto di vista macroeconomico, ma solo il se i presupposti e gli strumenti di intervento “siano disposti in una relazione ragionevole e proporzionata rispetto agli obiettivi attesi”. Ne consegue che, laddove siffatta congruità rispetto alla capacità della misura di incidere sull’equilibrio economico generale sia dimostrabile, la competenza legislativa esclusiva dello Stato ai sensi dell’art. 117, comma secondo, lett. e) non potrà essere negata.

Va però considerata attentamente la critica di quanti ritengono che la previsione di incentivi, quantunque di impatto macroeconomico, non può costituire l’oggetto di un’attività promozionale imputata allo Stato e al contempo di un divieto imposto dal diritto comunitario<sup>28</sup>: basti considerare che, secondo il primo comma dell’art. 117, la potestà legislativa dello Stato e delle Regioni va esercitata nel rispetto dei limiti derivanti dal diritto comunitario e che, secondo la giurisprudenza comunitaria, gli interventi statali non vanno distinti “a seconda della loro causa o del loro scopo, ma vanno definiti in funzione dei loro effetti”, poiché “la qualificazione di una misura come aiuto di Stato dipende dalla questione se l’impresa beneficiaria riceva un vantaggio economico che non avrebbe ricevuto in condizioni normali di mercato<sup>29</sup>. L’aiuto, per il Giudice comunitario, rappresenta pertanto di per sé un effetto distorsivo della concorrenza, anche qualora sia eccezionalmente ammesso.

Con la conseguenza che se la misura è qualificabile come aiuto (vietato, sebbene autorizzabile) è quanto meno contraddittorio considerarla una forma di tutela (*rectius*: di promozione) della concorrenza<sup>30</sup>.

La Corte ha confermato l’orientamento esaminato in pronunce successive: in *Corte Cost.*, 6 aprile 2005, n. 134 si legge ad esempio che “l’elemento della dimensione macroeconomica dell’intervento ha[nn]o] la funzione di stimolare la crescita economica e rafforzare la concorrenza sul piano nazionale” e quindi “giustifica l’intervento dello Stato poiché si tratta di interventi finanziari che rientrano nella materia della tutela della concorrenza di cui all’art. 117, comma 2, lett. e) Cost.”. In altra occasione<sup>31</sup>, la

---

<sup>28</sup> PACE, *Gli aiuti di Stato sono forme di tutela della concorrenza?*, in *Giur. Cost.*, 2004, 259 e ss..

<sup>29</sup> CGCE, 12 febbraio 1992, in causa C-48/90 e C-66/90; Trib. I Grado CE, 14 gennaio 2004, in causa T-109/01; CGCE, 2 luglio 1974, in causa C-173/73; CGCE, 13 giugno 2002, in causa C-382/99; Trib. I Grado CE, 13 gennaio 2004, in causa T-158/99.

<sup>30</sup> PACE, *op. cit.*

<sup>31</sup> Sentenza 21 aprile 2005, n. 162.

Corte Costituzionale era chiamata a pronunciarsi sulla legittimità costituzionale della norma (statale) che prevedeva un incremento delle disponibilità del fondo per il concorso nel pagamento di interessi sulle operazioni di credito a favore delle imprese artigiane: il Giudice delle leggi ha fatto salva la predetta disciplina dalla dichiarazione di incostituzionalità sul presupposto che essa non istituisse un nuovo fondo a destinazione vincolata ma si limitasse ad incrementare le disponibilità di un fondo già esistente. Nel giungere a tale conclusione, peraltro, la Corte ha escluso che la normativa fosse riconducibile alla tutela della concorrenza “essendo priva del requisito oggettivo dell’impatto complessivo tenuto conto anche dell’esiguità dei mezzi economici impegnati nel quadro della complessiva manovra disposta con la legge finanziaria del 2004”. La pronuncia quindi conferma, in base all’argomento *a contrario*, che se il predetto requisito (rilievo macroeconomico dell’intervento) risulta integrato la misura incentivante è una delle leve della politica economica del Paese, e la relativa competenza è da attribuire al legislatore statale, trattandosi di un mezzo per promuovere la concorrenza (intesa in senso dinamico)<sup>32</sup>.

Nell’evoluzione più recente della giurisprudenza costituzionale possono nondimeno cogliersi, rispetto al quadro finora sinteticamente tracciato, degli elementi di discontinuità.

Con il passare del tempo, in particolare, la Corte sembra essersi avvicinata ad una nozione *comunitaria* di concorrenza, dacché essa ricomprende: le “misure di tutela in senso proprio, che hanno ad oggetto atti e comportamenti delle imprese che incidono negativamente sull’assetto concorrenziale dei mercati e ne disciplinano le modalità di controllo, eventualmente anche di sanzione”; le disposizioni legislative “di promozione, che mirano ad aprire un mercato e a consolidarne l’apertura, eliminando barriere all’entrata, riducendo o eliminando vincoli al libero esplicarsi della capacità imprenditoriale e della competizione tra imprese”<sup>33</sup>; le disposizioni legislative che “perseguono il fine di assicurare procedure concorsuali di garanzia, mediante la strutturazione di tali procedure in modo da garantire la più ampia apertura al mercato a tutti gli operatori economici”<sup>34</sup>.

Non è peraltro escluso – non risulta dai *dicta* della Corte Costituzionale – che una misura di “impatto complessivo” possa essere inquadrata nell’ambito delle suddette tipologie di intervento: si potrebbe anche ritenere, in altre parole, che la tutela della concorrenza “che riguarda nel loro complesso i rapporti concorrenziali” sul mercato, “non esclude anche interventi promozionali dello Stato”<sup>35</sup>, e che tali interventi possano compendiarsi (per quanto ciò possa apparire contraddittorio) in misure *prima facie* lontane dalla nozione di concorrenza come percepita in ambito comunitario.

Se ne è già visto un esempio con il caso deciso dalla Corte Costituzionale nel 2004, dove *l’aiuto diventa una forma di tutela della concorrenza*. In questa stessa ottica può probabilmente essere letta – pur nella consapevolezza della peculiarità della vicenda controversa (il c.d. caso Alitalia) – *Corte Cost.*, 22 luglio 2010, n. 270. La normativa censurata ha previsto che le operazioni di concentrazione concluse da imprese sottoposte ad amministrazione straordinaria, che operano nel settore dei servizi pubblici essenziali, non necessitano dell’autorizzazione di cui all’art. 10 della l. 287 del 1990 (istitutiva

---

<sup>32</sup> Ma vedi in senso parzialmente contrario *Corte Cost.*, 4 maggio 2005, n. 175, dove si rileva che “il carattere (asseritamente) modesto dal punto di vista finanziario dell’intervento statale non determina di per sé l’estraneità alla suddetta materia [la tutela della concorrenza, n.d.s.], potendo le scelte del legislatore essere censurate in questa materia solo quando i presupposti siano manifestamente irrazionali e gli strumenti di intervento non siano disposti in un relazione ragionevole e proporzionata rispetto agli obiettivi attesi”.

<sup>33</sup> *Corte Cost.*, 14 settembre 2007, n. 430.

<sup>34</sup> *Corte Cost.*, 23 novembre 2007, n. 401.

<sup>35</sup> *Corte Cost.*, 27 luglio 2004, n. 272.

dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato): a dire del Giudice remittente, la norma costituirebbe una legge-provvedimento irragionevole, nella misura in cui ha reso possibile (senza esplicitare le relative ragioni giustificative) che un unico vettore (appunto Alitalia) offrisse servizi di trasporto aereo passeggeri su numerose tratte determinando una forte riduzione della presenza di altri operatori nel mercato di riferimento. La Corte Costituzionale, premesso che la legge provvedimento (di per sé non illegittima) deve osservare il principio di ragionevolezza e non arbitrarietà, da valutarsi secondo i crismi di un sindacato stretto<sup>36</sup>, in relazione al suo specifico contenuto<sup>37</sup>, rileva che la norma è stata censurata nella parte in cui, autorizzando un'operazione di concentrazione in deroga al procedimento previsto dalla normativa *antitrust*, determinerebbe “una compressione della libertà di concorrenza in assenza di ragionevoli giustificazioni”, e quindi si porrebbe in contrasto con gli artt. 3 e 41 Cost..

Dopo avere ricordato i più remoti precedenti in tema – alcuni dei quali additano la concorrenza come “valore basilare della libertà di iniziativa economica funzionale alla protezione degli interessi dei consumatori”<sup>38</sup>, dimostrando di considerare la stessa più come valore da tutelare in sé, per la salvaguardia di interessi collettivi, che non (o comunque prima ancora che) come diritto del singolo imprenditore – il Giudice osserva che, in seguito alla riforma del Titolo V, e quindi della previsione della “tutela della concorrenza” come materia attribuita in via esclusiva al legislatore statale, la nozione è stata intesa nella triplice accezione prima ricordata (v. decisioni 401 e 430 del 2007, cit.); aggiunge tuttavia, e questo sembra costituire un tratto di continuità rispetto alla pregressa giurisprudenza costituzionale, che lo Stato deve attuare anche misure di promozione della concorrenza (conformi alla sua declinazione in senso dinamico), “che [sono] una delle leve economiche dell'economia del paese”.

Proprio nel mentre la Corte mostra di voler prendere le distanze dall'orientamento inaugurato nel 2004, citando i noti precedenti del 2007 ed aderendo ad una nozione (più) comunitaria di concorrenza, richiama la strumentalità di siffatte misure all'equilibrio macroeconomico come possibile indice della loro legittimità costituzionale.

Ora, se quanto osservato fosse esatto, se fosse cioè esatto considerare conforme al dettato costituzionale (ed in specie alla parte in cui si attribuisce alla competenza esclusiva dello Stato la tutela della concorrenza) una misura adottata dal legislatore nazionale che in quanto incide sull'assetto economico generale, può risolversi nell'attribuzione di aiuti alle imprese, la differenza tra quanto ritenuto nel 2004 e quanto ritenuto nel 2010 sta in ciò, che mentre nella prima occasione la legittimità della misura è stata positivamente valutata anche in considerazione dell'accessibilità a tutti gli operatori e dell'impatto complessivo, così non può dirsi con riguardo alla seconda pronuncia.

Anche se si è trattato di fronteggiare una situazione di crisi aziendale tanto grave quanto singolare e particolarissima, ed anche se ciò si è tradotto in una misura di carattere protezionistico, la Corte ha ritenuto non fondata la questione di legittimità costituzionale [sollevata invero, è bene sottolinearlo, con riferimento all'art. 41 Cost., ma ciò non toglie valore, a mio avviso, ai riferimenti espliciti ai propri precedenti riguardo all'art. 117, comma 2, lett. e)] in quanto l'intento del legislatore era quello di “garantire la continuità del trasporto aereo su tutte le rotte nazionali e di evitare la dissoluzione di

---

<sup>36</sup> Corte Cost., 29 ottobre 2002, n. 429.

<sup>37</sup> Corte Cost., 8 maggio 2009, n. 137.

<sup>38</sup> Corte Cost., 15 maggio 1990, n. 241, cit..

un'impresa di grandi dimensioni e la dispersione del valore aziendale, in vista della tutela dei valori occupazionali e di esigenze strategiche dell'economia nazionale (evidenziazione mia)", tali esigenze potendo essere raccordate alle ragioni di utilità sociale ed ai fini sociali di cui all'art. 41 Cost..

Vero è che, nella pronuncia del 2010, sembra (almeno se si guarda ai dedotti parametri del giudizio di costituzionalità) aversi riguardo ad una concorrenza intesa in senso soggettivo, ma è altrettanto vero che la potenziale formazione di un monopolio (quindi un aspetto certamente concernente, in termini antitetici, la concorrenza come valore in sé) è oggetto di specifica attenzione: quando si valorizza la permanenza del potere in capo all'Autorità (privata del suo potere di autorizzazione ex art. 10 della l. 287 del 1990) di sanzionare l'eventuale abuso di posizione dominante; quando si apprezza l'attenzione riservata dal legislatore per i consumatori, attraverso la previsione di misure idonee a garantirne gli interessi; quando si riflette sul potere dell'Autorità di fissare un termine entro il quale le situazioni di monopolio eventualmente determinatesi debbano cessare.

A confermare l'evanescenza dei confini della materia-funzione tutela della concorrenza si possono qui richiamare altre recenti pronunce della Corte Costituzionale, che, sia se lette in parallelo tra loro, che in relazione alla pregressa (e più sopra sintetizzata) giurisprudenza costituzionale, non valgono a fornire chiarimenti all'interprete.

In una prima occasione, il Giudice delle leggi era chiamato a pronunciarsi sulla legittimità costituzionale dell'art. 49, commi 4-*bis* e 4-*ter*, del d.l. 78 del 2010 (conv. in l. 122 del 2010): il comma 4-*bis* ha riscritto l'art. 19 della l. 241 del 1990, in materia di dichiarazioni private sostitutive di provvedimenti abilitativi a carattere vincolato, principiando dalla denominazione dell'istituto, che da dichiarazione di inizio attività diviene segnalazione certificata di inizio attività; il comma 4-*ter* ha invece individuato il titolo di competenza del legislatore statale in ordine alla suddetta disciplina, per un verso, nella tutela della concorrenza e, per altro verso, nella determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili. Tale assunto ha costituito il presupposto logico dell'alinea successivo a mente del quale "le espressioni 'segnalazione certificata di inizio attività e Scia' sostituiscono, rispettivamente, quelle di 'dichiarazione di inizio attività e Dia' ovunque ricorrano, anche come parte di un'espressione più ampia, e la disciplina di cui al comma 4-*bis* sostituisce direttamente, dalla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto, quella della dichiarazione di inizio attività recata da ogni normativa statale e regionale". Alcune Regioni lamentavano l'errata individuazione del titolo di competenza, specialmente con riguardo a quei casi in cui la dichiarazione sostitutiva in funzione legittimante si riferisca a provvedimenti che attengono ad una materia riconducibile ad un diverso titolo di competenza – il governo del territorio ovvero la disciplina (regionale) in materia di commercio e attività produttive – con pregiudizio delle proprie prerogative nella disciplina della materia.

La Corte Costituzionale<sup>39</sup> parte dalla premessa – costantemente ribadita – per cui l'autoqualificazione di una disciplina come rientrante in una determinata materia (tanto se operata dal legislatore nazionale quanto da quello regionale onde fondare la propria competenza al riguardo) non è in alcun modo vincolante nel giudizio di costituzionalità, perché in tale giudizio l'unico parametro di

---

<sup>39</sup> 27 giugno 2012, n. 164.

riferimento è offerto dalle norme costituzionali<sup>40</sup>; ciò chiarito, osserva che la riconduzione della s.c.i.a. alla tutela della concorrenza, operata dall'art. 49, comma 4-*ter*, è, oltre che non vincolante come tale per il giudice costituzionale, “inappropriata” (così testualmente); ed infatti “la disciplina in esame ha un ambito applicativo diretto alla generalità dei cittadini e perciò va oltre la materia della concorrenza, anche se è ben possibile che vi siano dei casi nei quali quella materia venga in rilievo. Ma si tratta, per l'appunto, di fattispecie da verificare in concreto (per esempio in relazione all'esigenza di eliminare barriere all'entrata nel mercato)”. Il Giudice delle leggi, seguendo una logica *fuzzy*, sembra non voler escludere del tutto l'attinenza della disciplina sulla (massima) semplificazione e liberalizzazione di certe attività private alla tutela della concorrenza. Ma, di fatto, la pronuncia ha ritenuto la disciplina censurata in linea con il dettato costituzionale evidenziando che il titolo di competenza (del legislatore statale) fosse da individuare nella lett. m) e non nella lett. e) dell'art. 117, comma 2, Cost., e quindi nella determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili (sorge l'interrogativo: il diritto all'intrapresa dell'attività?) piuttosto che nella tutela della concorrenza.

Al di là delle perplessità che la soluzione attinta alimenta – specie nel punto in cui, a sua volta, la riconduzione della disciplina della semplificazione alla materia di cui alla lett. m) del comma 2 dell'art. 117 non è pacifica, sol che si consideri che in una coeva pronuncia, relativa alla conferenza di servizi<sup>41</sup>, quello stesso titolo di competenza è stato ritenuto non conferente -, val la pena di sottolineare che leggendo la sentenza n. 200 del 2012 della stessa Corte Costituzionale si apprende che “appare corretto inquadrare il principio della liberalizzazione delle attività economiche [principio cui va senz'altro ascritto il modello della d.i.a./s.c.i.a, n.d.s.] nell'ambito della materia statale tutela della concorrenza”, in quanto la “liberalizzazione intesa come razionalizzazione della regolazione costituisce uno degli strumenti di promozione della concorrenza, in grado di produrre effetti virtuosi per il circuito economico”. Tralasciando – perché non strettamente attinente alle questioni qui trattate – il contenuto della decisione della Corte da ultimo citata, sembra utile ricordare che, nella menzionata occasione, le censure delle Regioni ricorrenti hanno riguardato l'art. 3 del d.l. 138 del 2011 che, nel testo modificato in sede di conversione, prevede(va): la cogenza del “principio [come visto già presente nella proposta di modifica dell'art. 41 Cost., n.d.s.] secondo cui l'iniziativa e l'attività economica privata sono libere ed è consentito tutto ciò che non è espressamente vietato dalla legge” imponendo allo Stato ed alle Regioni di adeguarsi entro il termine di un anno (procrastinato fino al 30 settembre 2012); i limiti entro cui tale libertà può estrinsecarsi (che grossomodo coincidono con quelli di cui al secondo comma dell'art. 41, comma 2, oltre alla pleonastica precisazione per cui devono essere altresì rispettati i vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali nonché i principi fondamentali della Costituzione”); l'automatica soppressione (su cui è in specie caduta la scure della dichiarazione di incostituzionalità) delle normative difformi da tale principio una volta scaduto il termine per lo *spontaneo* adeguamento da parte dei legislatori, con “conseguente diretta applicazione degli istituti della segnalazione certificata di inizio attività e dell'autocertificazione con controlli successivi”; la possibilità, nelle more del termine suddetto, di adottare strumenti di semplificazione normativa attraverso regolamenti di delegificazione.

---

<sup>40</sup> Tra le tante, cfr. Corte Cost., 4 dicembre 2009, n. 322.

<sup>41</sup> 11 luglio 2012, n. 179.

Se dunque il legislatore nazionale, nel punto in cui procede alle liberalizzazioni, si muove nell'ambito della materia "tutela della concorrenza" – che ricomprende "non solo l'insieme delle misure antitrust, ma anche azioni di liberalizzazione che mirano ad assicurare e a promuovere la concorrenza nel mercato e per il mercato" –, continua a non essere chiaro: da un lato, perché quelle stesse liberalizzazioni siano state in altra (e coeva) occasione ritenute non attinenti (almeno sul piano generale) alla suddetta materia; dall'altro, perché nelle pronunce più sopra ricordate (dal 2004 al 2010, sebbene con intensità decrescente) gli interventi di tipo *attivo* (previsione di misure incentivanti con impatto macroeconomico) siano parimenti ricondotti al titolo di competenza di cui alla lett. e) del comma 2 dell'art. 117 Cost..

In definitiva, sembra che sotto il vessillo della tutela della concorrenza il legislatore nazionale abbia dato luogo a (e la Corte Costituzionale avallato) processi di liberalizzazione o, all'opposto, alimentato un sistema di intervento attivo nell'economia: abbia cioè realizzato, siccome funzionali alla *tutela della concorrenza*, forme di intervento (o non intervento) nell'economia che sembrano ontologicamente diverse tra loro, essendo rispettivamente riferibili all'idea dello Stato "attore dell'economia" e dello Stato "regolatore e controllore" delle iniziative private.

#### **4. La disciplina generale a livello di fonti primarie (statali) dell'attività di sovvenzionamento: l'art. 12 della l. 241 (ovvero del principio di predeterminazione delle scelte in funzione di auto-limite) e il d.lgs. 123 del 1998.**

Tratteggiato il (non sempre lineare) profilo della cornice comunitaria e costituzionale di riferimento, occorre esaminare come sia disciplinata, a livello di legislazione primaria, l'azione amministrativa volta alla distribuzione di incentivi. Ci si soffermerà per lo più su normative di carattere generale (o generalissimo).

Giova principiare dalla legge sul procedimento amministrativo, che all'art. 12 fissa in materia di "concessione di sovvenzioni, contributi, sussidi e ausili finanziari e [di] attribuzione di vantaggi economici di qualunque genere a persone, enti pubblici e privati" il principio della predeterminazione della regola in funzione di auto-limite: le amministrazioni pubbliche sono tenute a prefissare e pubblicare i criteri distributivi cui si atterranno "nella concreta distribuzione di detti incentivi". La regola è quindi nel senso che devono essere prioritariamente indicati quali sono i vincoli che l'amministrazione si auto-impone nel distribuire queste risorse, mentre nel provvedimento attributivo bisogna evidenziare in che modo tale vincolo ha operato nel caso concreto (così dispone il secondo comma della disposizione in esame).

Due notazioni: l'Adunanza Generale del Consiglio di Stato<sup>42</sup> ha ritenuto che l'art. 12 sia espressivo di un "principio generale in forza del quale l'attività di erogazione dell'amministrazione deve in ogni caso rispondere a referenti oggettivi, e quindi definiti anteriormente al singolo provvedimento, nonché pubblici"; lo *spostamento* della discrezionalità dall'atto puntuale all'atto generale (sulla cui base adottare i provvedimenti attributivi) – che costituisce un profilo osservabile anche nel diritto comunitario (si pensi alla materia della comunicazioni elettroniche) – si ricollega per un verso (come detto) ai principi generali in tema di trasparenza e buona amministrazione (nel punto in cui si intende scongiurare il rischio di

---

<sup>42</sup> 28 settembre 1995, parere 95/95.

comportamenti collusivi tra amministrazione e privati) e per altro verso alla necessità di offrire un (più sicuro) parametro di giudizio al giudice amministrativo<sup>43</sup>.

Altra normativa di carattere generale è quella contenuta nel d.lgs. 123 del 1998, con cui – in un contesto storico caratterizzato dall’acquisita sensibilità verso le esigenze della semplificazione (anzitutto normativa) – è stato portato a compimento il proposito di offrire un quadro disciplinare generale di riferimento alla materia in esame.

I principi cui si ispira tale intervento del legislatore sono: la trasparenza, l’efficienza organizzativa, l’utilizzo di competenze professionali esterne per lo svolgimento di attività istruttorie complesse.

Rileva analizzare in particolare tre profili dell’articolato del d.lgs. 123 del 1998 e cioè: in che termini esso disciplina il rapporto con la normativa comunitaria; quali sono gli schemi procedurali attraverso cui si dipana l’azione amministrativa volta all’attribuzione di sovvenzioni; quali sono i principi qualificanti delle prescrizioni contenute nel decreto.

Quanto al primo profilo, si deve procedere all’esame dell’art. 2, a mente del quale (primo comma) “gli interventi sono disposti in conformità con la normativa dell’Unione europea; il calcolo dell’intensità dell’aiuto, ove consentito, è effettuato in equivalente sovvenzione lorda o netta. In ogni caso tale modalità di calcolo non è applicata ai regimi di aiuto secondo la regola *de minimis* [...]”; mentre il secondo comma affida al Ministro dell’Industria del commercio e dell’artigianato (oggi Ministero dello Sviluppo economico) il compito di modulare – con decreto e nel rispetto della normativa comunitaria – il tasso di rivalutazione.

Il terzo comma della richiamata disposizione disciplina invece l’ipotesi in cui non vi sia disponibilità finanziaria per erogare gli incentivi previsti. In tal caso, “il soggetto competente comunica tempestivamente, con avviso da pubblicare nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana, l’avvenuto esaurimento delle risorse disponibili e restituisce agli istanti le cui richieste non siano state soddisfatte, la documentazione da essi inviata a loro spese. Ove si rendano disponibili ulteriori risorse finanziarie, il soggetto competente comunica la data dalla quale è possibile presentare le relative domande, con avviso da pubblicare nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana, almeno sessanta giorni prima del termine iniziale”.

Non è chiaro se vada o meno attribuito valore pregnante (e cioè se vada intesa come scelta di ordine dogmatico) alla qualificazione della posizione degli interessati all’erogazione dell’incentivo in termini di *diritto finanziariamente condizionato* (“I soggetti interessati hanno diritto agli interventi esclusivamente nei limiti delle disponibilità finanziarie previste dalla legge”).

Vero è che, se la soddisfazione della pretesa sostanziale è condizionata ad interessi pubblici (nella specie di natura finanziaria), sembra difficile qualificarla in termini di diritto soggettivo.

Quanto al profilo dei modelli procedurali, l’art. 3, comma 1, chiarisce che “gli interventi sono attuati con procedimento automatico, valutativo, o negoziale”, ferma restando in ogni caso la possibilità per l’amministrazione di servirsi, qualora l’istruttoria manifesti particolari profili di complessità dal punto di vista tecnico, di soggetti particolarmente qualificati con cui stipula convenzioni da cui sorgono obbligazioni di diritto privato.

---

<sup>43</sup> Come già aveva ritenuto VIRGA P., *Eccesso di potere per mancata prefissione dei parametri di riferimento*, in *Scritti in onore di Giannini*, vol. I, Milano, 1988, 589.

Si darà corso alla procedura automatica (art. 4) laddove “non risulti necessaria, per l’attuazione degli interventi, un’istruttoria di carattere tecnico, economico e finanziario del programma di essa”. Ai fini dell’accesso a tali benefici l’interessato presenta una dichiarazione, secondo schemi e moduli predisposti dall’amministrazione competente (comma 3), e l’amministrazione è chiamata esclusivamente a verificare la completezza e la regolarità formale della stessa, secondo l’ordine di presentazione (comma 4). L’ultimo comma dell’art. 4 prevede la decadenza dall’incentivo “in ogni caso non oltre due anni dalla data della concessione”.

Per la concreta erogazione del beneficio il soggetto ammesso deve invece produrre entro sessanta giorni dalla realizzazione dell’iniziativa “i documenti giustificativi delle spese sostenute, ivi compresi gli estremi identificativi degli eventuali impianti, macchinari o attrezzature acquistate”, asseverando l’inerenza di tali spese alla tipologia di attività incentivata e la relativa congruità sotto il profilo qualitativo attraverso l’allegazione di una perizia giurata di un professionista abilitato.

Entro i sessanta giorni (o il termine superiore previsto dalla normativa antimafia) successivi alla presentazione di siffatta documentazione, e verificatane la completezza e la regolarità, l’amministrazione provvede al pagamento dell’incentivo in unica soluzione.

La previsione di una modalità automatica di distribuzione di incentivi non costituisce a ben vedere una novità: ad esempio, per arginare l’esercizio di poteri ampiamente discrezionali il legislatore aveva fatto ricorso a simili procedimenti con l’art. 1 del d.l. 244 del 1995 (conv. in l. 341 del 1995) che consente la concessione di un credito fiscale dietro la presentazione da parte dell’impresa di un modulo che attesti che sono soddisfatti determinati requisiti di ordine soggettivo ed oggettivo. La suddetta misura incentivante, inizialmente rivolta alle attività stabilite nelle aree depresse del Paese, è stata estesa all’intero territorio nazionale (art. 8, commi 2 e 5, l. 266 del 1997, in tema di incentivi automatici).

Interessa altresì notare che la disciplina dei patti territoriali e dei contratti d’area prevede la possibilità di accedere ad incentivi automatici: in specie, si vedano i punti 2.10.1 b) e 3.7.1. b) della delibera CIPE del 21 marzo 1997 (Disciplina della programmazione negoziata) che rinviano ai modelli procedurali ed istruttori previsti dalla l. 488 del 1992, mentre, per quanto più specificamente attiene all’attività istruttoria, si rimanda a quanto previsto dal d.m. 527 del 1995: in particolare, gli adempimenti tecnici ed amministrativi per l’istruttoria delle domande di agevolazione possono essere affidati, mediante apposita convenzione (il cui contenuto minimo è disciplinato dall’art. 1, comma 4, del citato decreto ministeriale), a “banche concessionarie”, individuate con delibera CIPE e decreto ministeriale tra quelle che dispongano di una struttura tecnico-organizzativa adeguata alla prestazione del servizio, che a loro volta possono servirsi di “istituti collaboratori” ferma restando la propria esclusiva responsabilità nei confronti del Ministero<sup>44</sup>.

L’esigenza sottesa al modello della procedura automatica risponde alla, ed anzi realizza nel più alto grado di intensità la, istanza sottesa all’art. 12 della l. 241: in questo caso, peraltro, la discrezionalità è consumata a monte in atti di tipo propriamente normativo.

La procedura valutativa (art. 5) può a sua volta avere luogo secondo due distinte modalità: a graduatoria ed a sportello.

---

<sup>44</sup> Sulla programmazione negoziata vedi CONTIERI, *La programmazione negoziata. La consensualità per lo sviluppo*, Napoli, 2000.

Nel primo caso, “sono regolati partitamente nel bando di gara i contenuti, le risorse disponibili, i termini iniziali e finali, per la presentazione delle domande” (comma 2).

Diversamente da quanto accade nella procedura automatica, dove l'unico limite è dato dalla indisponibilità di risorse finanziarie sufficienti, nel procedimento valutativo a graduatoria la scelta del beneficiario avviene “mediante valutazione comparata, nell'ambito di specifiche graduatorie, sulla base di idonei parametri oggettivi di valutazione” (vedi ancora il comma 2).

Laddove peraltro l'istruttoria comprenda anche una valutazione sulla validità economica tecnica e finanziaria dell'iniziativa, la stessa viene svolta avendo particolare riguardo “alla redditività, alle prospettive di mercato e al piano finanziario per la copertura del fabbisogno finanziario derivante dalla gestione, nonché la sua coerenza con gli obiettivi di sviluppo aziendale” (comma 5).

Nel secondo caso, “è prevista l'istruttoria delle agevolazioni secondo l'ordine cronologico di presentazione delle domande, nonché la definizione di soglie e condizioni minime, anche di natura quantitativa, connesse alla finalità dell'intervento e alle tipologie delle iniziative, per l'ammissibilità dell'attività istruttoria”.

In caso di insufficienza delle risorse finanziarie la distribuzione degli incentivi avviene secondo un criterio preferenziale di ordine cronologico.

La procedura negoziale – ampiamente presente anche nelle normative regionali: vedi ad esempio il *contratto di programma regionale* di cui all'art. 2 della L.R. Campania n. 12 del 2007 - “si applica agli interventi di sviluppo territoriale o settoriale, anche se realizzati da una sola impresa o da un gruppo di imprese nell'ambito di forme della programmazione concertata” (art. 6).

Come è stato evidenziato, la linea d'ombra che separa la procedura valutativa da quella negoziale è molto labile, tanto che è legittimo dubitare dell'opportunità di una categorizzazione a sé: non risulta infatti chiaro “in cosa gli ‘interventi di sviluppo territoriale e settoriale’ si differenzino, in termini qualitativi almeno, dai ‘progetti e programmi organici e complessi’ presupposto [...] per l'applicazione della procedura valutativa”<sup>45</sup>.

Pone poi particolari dubbi interpretativi l'inciso per cui la distribuzione del beneficio deve avvenire secondo tale modulo procedimentale “anche” in relazione agli interventi di sviluppo realizzati da una sola impresa nel contesto di qualche forma di programmazione negoziale.

Si è da taluno ritenuto che l'utilizzo della congiunzione “anche” denoti la volontà di configurare gli istituti della programmazione negoziata quale ambito secondario e non principale del procedimento disciplinato dall'art. 6: diversamente, “gli unici appigli cui ci si deve rivolgere per giustificare questa distinzione sono quelli che prevedono, nell'ambito delle fasi di concessione e di erogazione, momenti di flessibilizzazione dell'azione amministrativa”<sup>46</sup>.

Difatti, i commi 4 e 5 della norma in esame prevedono, rispettivamente, la possibilità di sostituire il provvedimento con un contratto, e quella di definire le modalità dell'erogazione tenendo conto degli specifici obiettivi di ciascun progetto.

In verità, una simile lettura “svalutativa”, specie riguardo alla disposizione del quarto comma, non sembra pienamente condivisibile.

---

<sup>45</sup> MANZELLA, *Il decreto legislativo n. 123/98 nel contesto delle modifiche alla legislazione di ausilio all'iniziativa economica*, in *Riv. Giur. Mezzogiorno*, 1998, 887 e ss., spec. 911.

<sup>46</sup> ID., *loc. ult. cit.*

L'utilizzo della congiunzione "anche" sta a significare, piuttosto, che il procedimento di erogazione dell'incentivo può svolgersi (e concludersi) secondo moduli negoziali, rispetto ai quali è prevista in generale la possibilità di sostituire "l'atto di concessione" con un "contratto", in *tutti* gli interventi di sviluppo territoriale e settoriale, *non solo* quando siffatti interventi si svolgano nell'ambito degli strumenti della programmazione negoziale propriamente detta (contratti d'area, patti territoriali, ecc.).

Sembra quindi che la previsione contempli, in un contesto temporale in cui l'accordo sostitutivo è ancora uno strumento tipico, e con riguardo specifico alla categoria di interventi contemplati dall'art. 6 (di cui peraltro si evidenzia la confondibilità, senz'altro sotto il profilo qualitativo, con gli interventi che necessitano della procedura valutativa), la possibilità di *sostituire* l'atto di concessione con un *contratto*: la terminologia è di certo perfettibile, ma si può ragionevolmente sostenere che non si tratti di un contratto *accessivo* alla concessione (secondo lo schema binario della concessione-contratto), ma *sostitutivo* della stessa, con il limite della conformità a quanto previsto nel bando. In questo senso si è peraltro orientata autorevole dottrina<sup>47</sup>.

Ai fini della ricostruzione dogmatica che si intende in seguito proporre (vedi in specie parr. 6.2 e ss.), la menzione di tale norma non va certo sopravvalutata, considerata la particolarità degli interventi cui il modulo negoziale si applica; eppure la disposizione chiaramente dimostra la sussumibilità del rapporto di sovvenzione in uno schema bilaterale e consensuale, avvicicabile, siccome la causa (o secondo altra impostazione l'oggetto) del contratto è il potere di attribuire il beneficio (sia pure sulla base di criteri prefissati) e non già la mera prestazione di esso, al modello del contratto di diritto pubblico (che a sua volta, secondo la ricostruzione preferibile, è lo schema di riferimento per l'interpretazione dell'art. 11 della l. 241 del 1990).

L'art. 7 del d.lgs. 123 del 1998 contiene invece un catalogo degli strumenti di sovvenzione: credito d'imposta, bonus fiscale, concessione di garanzia, contributo in conto capitale, contributo in conto interessi, finanziamento agevolato.

Senza alcuna pretesa di esaustività (anche perché il catalogo appena illustrato non sembra costituire un *numerus clausus*), deve dirsi qualcosa a proposito delle modalità di erogazione dell'incentivo a seconda di quale sia lo schema di riferimento:

- se si tratta di un contributo in conto capitale, esso viene messo a disposizione presso la banca convenzionata e i pagamenti avvengono o a stato di avanzamento dei lavori ovvero anticipatamente, ma a condizione che sia prestata idonea garanzia bancaria (fideiussione o polizza assicurativa);
- per gli strumenti fiscali (bonus e credito d'imposta, quest'ultimo molto utilizzato negli ultimi tempi dal legislatore) si rinvia alla l. 317 del 1991 ed al d.lgs. 241 del 1997 per il credito d'imposta, al d.m. 90 del 1996 ed alla l. 413 del 1991 per il bonus fiscale; alla l. 266 del 1997 per le garanzie sui prestiti (c.d. legge Bersani);
- quanto al finanziamento agevolato, la misura del beneficio è data dalla differenza tra il tasso di riferimento ed il tasso effettivamente applicato, nel contesto di un piano di rimborso liberamente definibile dal soggetto competente alla concessione;

---

<sup>47</sup> GRECO, *Accordi amministrativi. Tra provvedimento e contratto*, Torino, 2003, spec. 156 in nota.

- il contributo in conto interesse viene erogato in quote corrispondenti alle rate di ammortamento del mutuo e può essere convertito scontando al valore attuale, al momento dell'erogazione, il beneficio derivante dalla quota di interessi.

Si prevede inoltre (ultimo comma) l'istituzione presso ogni amministrazione statale competente di un Fondo per gli interventi agevolativi alle imprese, nel quale affluiscono le risorse finanziarie stanziare per l'attuazione degli interventi di competenza dell'amministrazione medesima. La previsione ha il fine di individuare dei centri di responsabilità finanziaria ed agevolare il controllo dei flussi finanziari; essa è speculare a quella contenuta nell'art. 19, n. 5 del d.lgs. 112 del 1998 che prevede la creazione di un unico fondo regionale, amministrato secondo le norme proprie di ciascuna Regione, dove confluiscono i fondi stanziati e ripartiti a livello statale.

Vanno poi analizzate le disposizioni in tema di ispezioni e controlli, nonché di revoca e sanzioni.

L'esigenza di predisporre un sistema di controlli efficace (che è presupposto per un sistema sanzionatorio effettivo) risultava particolarmente avvertita, essendo opinione comune che il finanziamento pubblico in Italia abbia generato una sorta di dipendenza da parte delle imprese non contribuendo viceversa ad aumentare la redditività delle stesse.

Al riguardo sono eloquenti le parole dello storico Catronovo: "all'atto pratico il sistema degli incentivi concessi dallo Stato come semplice sportello pagatore per ridurre i costi di produzione e assicurare condizioni particolarmente favorevoli per il fattore capitale, non riuscì a mettere in moto un reale processo di espansione industriale e di reale crescita dell'occupazione", laddove nel Mezzogiorno d'Italia tale sistema si era risolto "in una sequela di misure di tipo prevalentemente erogatorio, 'a pioggia' o 'a fondo perduto', che avevano finito col frantumare e polverizzare la spesa pubblica a seconda degli interessi e del grado di pressione politica delle diverse zone e dei diversi collegi elettorali"<sup>48</sup>.

Il legislatore delegato del 1998 ha quindi tenuto in considerazione questo atteggiamento diffuso di diffidenza, se non vera e propria *disillusione*, da parte del *cittadino comune* circa l'efficienza funzionale ed organizzativa del sistema di incentivi pubblici all'economia, sotto diversi profili:

- ha previsto all'art. 11 il principio della diretta responsabilità dell'amministrazione concedente in relazione alla verifica dello stato di attuazione della misura di sostegno;
- ha previsto che la valutazione avvenga alla luce di "indicatori predeterminati sulla base degli obiettivi e delle modalità di intervento";
- ha previsto che i criteri di monitoraggio e valutazione degli interventi siano predisposti dal Presidente del Consiglio dei Ministri, con il consenso del Consiglio dei Ministri, su proposta del Ministro per l'industria (oggi dello Sviluppo economico), e ciò garantisce un'uniformità di criteri di valutazione tra le diverse amministrazioni statali;
- anche laddove l'amministrazione non abbia provveduto a fissare termini e modalità dei controlli di propria competenza, la stessa "può disporre in qualsiasi momento ispezioni, anche a campione, sui programmi e le spese oggetto di intervento, allo scopo di verificare lo stato di attuazione, il rispetto degli obblighi previsti dal provvedimento di concessione e la veridicità

---

<sup>48</sup> *Storia economica d'Italia*, Torino, 1994, 433. L'espressione "incentivi a pioggia", ampiamente usata, è di IPSEN, *Offentiliche Subventionierung Privater*, Berlino-Colonia, 1956, spec. 14.

delle dichiarazioni e informazioni prodotte dall'impresa beneficiaria, nonché l'attività degli eventuali soggetti esterni coinvolti nel procedimento e la regolarità di quest'ultimo" (art. 8, comma 1);

- quanto alla revoca dei benefici ed alle sanzioni, vanno analizzate le norme contenute nell'art. 9, che in primo luogo prevede che laddove sia riscontrata la carenza dei requisiti soggettivi ed oggettivi, per fatto imputabile al richiedente, ovvero in caso di irregolarità o incompletezza non sanabile della domanda, "il soggetto competente procede alla revoca degli interventi", disponendo anche il pagamento di una sanzione amministrativa pecuniaria il cui ammontare oscilla dal doppio al quadruplo dell'importo della sovvenzione indebitamente fruita. La revoca è disposta anche qualora i beni acquistati con l'incentivo siano stati alienati ceduti o distratti nei cinque anni successivi alla concessione ovvero prima che abbia termine il progetto ammesso all'intervento. Interessa notare, sempre quanto al contenuto dei poteri sanzionatori, che il legislatore non ha contemplato la sospensione della sovvenzione. La dottrina ha evidenziato che la funzione di tale misura è quella di compulsare l'impresa, cioè di sollecitarla all'adempimento, non estromettendola definitivamente dal circuito del finanziamento, e facendo quindi prevalere la finalità dell'incentivazione su quella punitiva<sup>49</sup>. Siffatta omissione, sempre che non si sia trattato di un *lapsus calami*, "può forse collegarsi alla preferenza verso criteri di automatismo che caratterizzano le più recenti scelte ordinamentali in materia, secondo cui dall'inadempimento scaturisce l'immediata revoca del beneficio accordato"<sup>50</sup>;

- il legislatore si preoccupa inoltre di predisporre meccanismi di controllo dell'efficienza allocativa degli ausili a livello macroeconomico. In continuità con la previsione dell'art. 1 della l. 266 del 1997, infatti, gli artt. 10 e 11 prevedono il principio della programmazione degli interventi su base triennale (art. 10), mentre le coordinate secondo le quali orientare siffatta programmazione sono: lo sviluppo tendenziale dell'apparato produttivo; lo sviluppo del sistema tecnologico; le esigenze di riequilibrio territoriale. Si intende quindi (nuovamente) superare una visione frammentata dell'ausilio finanziario alle imprese, e ciò al fine evidente di "evitare lo sviluppo di una legislazione di ausilio incapace di 'seguire' l'evoluzione della domanda proveniente dalle imprese e sclerotizzata attorno a procedure e strumenti inadatti ai nuovi contesti nei quali si svolge l'attività di queste ultime"<sup>51</sup>. Sono previsti anche specifici obblighi informativi in capo alle amministrazioni (art. 11, comma 4): su questa stessa linea si collocano le previsioni del d.p.r. 118 del 2000 che prevede l'obbligo in capo alle amministrazioni pubbliche di istituire un albo dei soggetti, comprese le persone fisiche, cui sono erogati in ogni esercizio finanziario contributi, sovvenzioni o altre provvidente, nonché quello di aggiornarlo annualmente.

## 5. La tutela dell'affidamento in materia di incentivi pubblici.

---

<sup>49</sup> GALASSO, voce *Finanziamenti pubblici*, in *Nov.ss.mo Dig. It.*, Appendice, vol. III, Torino, 1982, 774 e ss..

<sup>50</sup> MANZELLA, *op. ult. cit.*, 916.

<sup>51</sup> MANZELLA, *op. ult. cit.*, 918.

Il tema della tutela dell'affidamento rileva in materia di incentivi pubblici in due ipotesi: quando vi sia contraddittorietà tra i criteri di massima e l'atto applicativo; quando, dopo aver erogato il finanziamento, l'amministrazione lo ritiri ritenendo illegittima la relativa concessione.

Con riguardo al tema della revoca (o dell'annullamento d'ufficio) delle sovvenzioni, occorre sottolineare, da subito, che lo spazio operativo riconosciuto dalla giurisprudenza al principio della tutela dell'affidamento è molto esiguo: anche se conviene procedere ad una disamina *scomposta* a seconda che si tratti di aiuti nazionali ovvero di aiuti erogati direttamente dall'Unione europea.

Con riferimento al primo ordine di casi, è infatti consolidata la massima secondo cui "il beneficiario di un aiuto di Stato può fare legittimo affidamento sulla regolarità del beneficio solo se concesso nel rispetto della normativa comunitaria, atteso che qualunque operatore economico è normalmente in grado di compiere tale verifica, con la conseguenza che se l'erogazione è avvenuta in mancanza dei presupposti e senza le modalità prescritte dalla Commissione Ce non è configurabile alcun legittimo affidamento in ordine alla regolarità della misura e l'Autorità nazionale è obbligata a procedere al recupero delle somme indebitamente erogate"<sup>52</sup>.

Se quindi per un verso si riconosce in astratto la configurabilità di una posizione di affidamento meritevole di protezione, per altro verso si nega sistematicamente, con una sorta di presunzione assoluta di conoscenza del carattere illegittimo dell'aiuto, che ricorrano in concreto i presupposti per la sua tutela<sup>53</sup>. Una sia pur limitata tutela dell'affidamento è possibile quando la falsa credenza della legittimità dell'aiuto sia indotta da un atto o da un comportamento della Commissione<sup>54</sup>.

La giurisprudenza comunitaria ha invece un atteggiamento completamente diverso – cioè *possibilista* in relazione alla tutelabilità dell'affidamento – allorché venga in rilievo un incentivo erogato direttamente dalle istituzioni europee. Si osserva, in specie, che "il diritto comunitario non osta in linea di principio a che una normativa nazionale consenta di escludere la ripetizione di aiuti comunitari indebitamente versati prendendo in considerazione criteri come il venir meno dell'arricchimento allorché il destinatario abbia già trasferito, al momento in cui l'aiuto è stato concesso, il relativo vantaggio patrimoniale pagando il prezzo indicativo previsto dal diritto comunitario e un eventuale rimedio nei confronti dei fornitori sarebbe privo di qualsiasi utilità, *a condizione che sia preliminarmente accertata la buona fede del destinatario e che le condizioni previste siano le medesime di quelle prescritte per il recupero di aiuti finanziari prettamente nazionali*" (evidenziazione mia)<sup>55</sup>.

Con riguardo all'altra questione (contraddittorietà tra criteri di massima ed atto applicativo e relative conseguenze), conviene partire dall'orientamento tradizionale, onde verificare se sia possibile (ed utile) una lettura della vicenda che valorizzi (al di là delle regole della funzione strettamente intese) quelle della buona fede.

Sia la dottrina che la giurisprudenza ritengono, sostanzialmente all'unisono, che è configurabile il vizio dell'eccesso di potere in caso di contraddizione con precedenti manifestazioni di volontà o con

---

<sup>52</sup> Nell'ambito della giurisprudenza comunitaria cfr. CGCE, 20 marzo 1997, in causa C-24/95, nonché, più di recente, Trib. I grado CE, 9 settembre 2009, n. 227 in cause T-227-299/01, T-266 e 270/01; nell'ambito della giurisprudenza nazionale cfr. T.A.R. Sicilia, Palermo, Sez. II, 9 marzo 2011, n. 416; T.A.R. Sardegna, Cagliari, Sez. I, 19 gennaio 2011, n. 41; T.A.R. Lombardia, Milano, Sez. III, 19 novembre 2009, n. 5059; T.A.R. Lazio, Sez. II, 11 gennaio 2005, n. 167.

<sup>53</sup> Cfr. GRECO, *Sovvenzioni e tutela dell'affidamento*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 2000, 375 e ss..

<sup>54</sup> Vedi al riguardo Trib. Trib. I grado CE, 9 settembre 2009, n. 227 in cause T-227-299/01, T-266 e 270/01, già citata, e, nell'ambito della giurisprudenza nazionale Corte Conti, Sez. Contr., 6 luglio 1994, n. 43.

<sup>55</sup> CGCE, 16 luglio 1998, n. 298, in causa C-298/96.

precedenti atti istruttori, in difetto di idonea motivazione sul punto; è del pari affetto da eccesso di potere per contraddittorietà “il provvedimento che presenti contraddizioni o incongruenze rispetto a precedenti valutazioni della stessa amministrazione o quando sussistano più manifestazioni di volontà dello stesso ente che si pongano in contrasto tra loro”<sup>56</sup>.

È poi rilevante quella giurisprudenza secondo cui la regola posta dall’art. 12 della l. 241 è volta “non soltanto alla garanzia della *par condicio* tra i possibili destinatari delle sovvenzioni ma anche a tutela dell’affidamento dei richiedenti i benefici in questione”: ne segue “l’illegittimità dell’amministrazione che ha, inizialmente, ingenerato nel privato la convinzione di poter contare sui benefici economici promessi, e successivamente, con molto ritardo, abbia opposto preclusioni ed impedimenti non preventivabili dall’interessato”<sup>57</sup>. Non sembra essere riconosciuto autonomo spazio al principio della tutela dell’affidamento: la posizione del privato è tutelata attraverso il sindacato sull’eccesso di potere, che porta all’annullamento del provvedimento lesivo.

Si tratta però di una tutela che, da sola, può non essere sufficiente a ristorare l’interessato del pregiudizio subito.

Senza giungere a ritenere, come fa una parte della dottrina<sup>58</sup>, che le figure sintomatiche dell’eccesso di potere possano essere ricondotte *tout court* alla violazione delle clausole generali di correttezza e buona fede, con la conseguente trasposizione nel diritto amministrativo di una norma di comportamento, tale da *elevare* (così testualmente) l’interesse legittimo a diritto soggettivo, si può ritenere, con Pollice<sup>59</sup>, che l’inosservanza dei criteri prefissati dall’amministrazione non è soltanto l’indizio di un eccesso di potere ma integra immediatamente e direttamente una violazione del principio di affidamento che regola il rapporto amministrativo. Se è quindi corretto ipotizzare che le regole della funzione (ed il sindacato giudiziale funzionale al loro ripristino) siano *integrate* (non *sostituite*) da regole di *buona fede procedimentale*, si può pensare ad una tutela risarcitoria, normalmente accessoria a quella di annullamento (ma ipoteticamente anche autonoma, nei limiti assai angusti consentiti dall’art. 30, comma 3, del Codice del processo amministrativo), strutturata sul modello della responsabilità precontrattuale ex artt. 1337 e 1338 c.c.: sono però note le difficoltà connesse alla ricostruzione delle garanzie procedurali (tra cui la coerenza tra criteri di massima ed atto applicativo) come *bene finale* piuttosto che come *bene strumentale*. Ecco perché da parte nostra si continua a pensare alla *centralità* dell’azione di annullamento ed alla sua funzione *demolitorio-conformativa*: la giurisdizione amministrativa non può essere intesa come diretta ad erogare una tutela meramente *compensativa*<sup>60</sup>.

Tuttavia, volendo ritenere che la regola della buona fede reciproca in ambito procedimentale sia diretta a tutelare un bene che rileva *in sé e per sé* (il diritto alla correttezza dell’azione amministrativa, che significa anche coerenza, essendo il *divieto di venire contra factum proprium* un corollario del canone di buona fede), si potrebbe portare alle estreme conseguenze il discorso sulla tutela dell’affidamento, giungendo a toccare territori finora non esplorati dalla giurisprudenza. E ciò tanto più se, come si dirà,

---

<sup>56</sup> Vedi tra le tante Cons. St., Sez. V, 31 dicembre 2007, n. 6800; ma non mancano pronunce che circondano di qualche cautela il ridetto principio: vedi ad es. T.A.R. Sardegna, Cagliari, Sez. I, 26 gennaio 2010, n. 85; Cons. St., Sez. V, 6 ottobre 2009, n. 6094. In dottrina, cfr. VIRGA P., *op. cit.*

<sup>57</sup> Cons. St., Sez. III, parere 30 luglio 2009, n. 5191.

<sup>58</sup> CUDIA, *Funzione amministrativa e soggettività della tutela. Dall’eccesso di potere alle regole sul rapporto*, Milano, 2008.

<sup>59</sup> *La predeterminazione delle decisioni amministrative. Gradualità e trasparenza nell’esercizio del potere discrezionale*, Napoli, 1997, spec. 71.

<sup>60</sup> In questo senso, da ultimo, *L’incertezza dell’identità del Codice del processo amministrativo persiste pur dopo i correttivi*, in *www.giustamm.it*, cui sia consentito rinviare.

si giunga alla ricostruzione delle fattispecie di finanziamento pubblico secondo il modello disciplinato dall'art. 11 della l. 241, che nel riferirsi ai principi codicistici in tema di obbligazioni e contratti senz'altro vi ricomprende gli obblighi di buona fede e correttezza reciproci.

Si potrebbe per esempio immaginare una responsabilità dell'amministrazione che eroghi e successivamente revochi una sovvenzione nei confronti delle imprese che hanno intessuto rapporti con l'impresa ausiliata confidando nella solidità della relativa situazione patrimoniale. Si potrebbe, in particolare, richiamare la giurisprudenza civile in tema di abusiva concessione del credito: in questo caso il danno deriva direttamente dalla concessione, per così dire, incauta del credito, cioè della sua elargizione a vantaggio di un'impresa decotta o che comunque non gode di una buona situazione patrimoniale, e che quindi riuscirà per effetto della detta concessione soltanto a *prolungare la sua agonia*, creando al contempo danni ai creditori che confidano viceversa nel fatto che la banca abbia erogato credito a chi fornisca garanzie di un fruttuoso utilizzo della somma mutuata. Le Sezioni Unite<sup>61</sup> hanno ritenuto configurabile una responsabilità a carico della banca, che può esser fatta valere dai creditori dell'impresa finanziata (discussa, ma prevalentemente risolta in senso positivo, resta la questione se sia legittimato anche il curatore fallimentare), pur se deve farsi distinzione tra creditori antecedenti e successivi all'abusivo sovvenimento dell'impresa (poiché i secondi possono dolersi soltanto dell'eventuale incapacienza e non anche, come i primi, della partecipazione al concorso dei creditori successivi), mentre la prova deve investire quello che sarebbe stato il comportamento del terzo contraente che ha subito il danno dall'insolvenza se tale insolvenza fosse stata a lui immediatamente conoscibile: in particolare, sotto il profilo del nesso di causalità, il *thema probandum* verterà sulla dimostrazione (anche sulla base di presunzioni) di quelle che sarebbero potute essere le conseguenze di un diverso comportamento della banca.

Ora, può ritenersi, *mutatis mutandis*, che l'amministrazione erogatrice della sovvenzione, che tale provvidenza abbia poi revocato, possa essere chiamata a rispondere dei danni patrimoniali patiti dai terzi (cioè dai soggetti diversi dall'impresa sovvenzionata, e ad essa legati da rapporti di credito/debito) per avere confidato *nella stabilità* dell'attribuzione patrimoniale. Se è vero infatti che sussiste la responsabilità precontrattuale della p.a. nei confronti del beneficiario dell'atto revocato anche quando la revoca sia legittima<sup>62</sup>, sembra ragionevole pensare che laddove le vicende della rimozione dell'atto attributivo del beneficio evidenzino un atteggiamento particolarmente incauto dell'amministrazione che lo ha erogato sia configurabile una responsabilità non solo riguardo all'impresa sovvenzionata (per lesione dell'affidamento riposto nella stabilità del provvedimento) ma anche riguardo ai creditori di tale impresa, che potrebbero trovarsi esposti a delle conseguenze dannose non riconducibili ad un atteggiamento colposo dell'impresa debitrice e quindi difficilmente ristorabili. Ci si rende conto delle conseguenze potenzialmente dirompenti di un simile schema argomentativo: vero è però che si arriverebbe così a responsabilizzare le amministrazioni rispetto alla concessione di incentivi, magari determinando un'inversione di rotta rispetto ad un malcostume fortemente radicato che vede nell'ausilio pubblico all'economia uno strumento di propaganda politica<sup>63</sup>; vero è inoltre che –

---

<sup>61</sup> Sentenza 28 marzo 2006, n. 7029.

<sup>62</sup> In questo senso vedi di recente Cons. St., Sez. VI, 5 settembre 2011, n. 5002.

<sup>63</sup> In questo senso vedi già PERICU, *Le sovvenzioni come strumento dell'azione amministrativa*, II, Milano, 1970, spec. 10.

tornando a considerazioni più propriamente giuridiche – nella nostra giurisprudenza<sup>64</sup> si ammette la titolarità di una pretesa risarcitoria in capo ai risparmiatori nei confronti della Consob, per omessa vigilanza (vedi l'art. 8 del d.lgs. 179 del 2007 che ha istituito un fondo di garanzia per provvedere - così testualmente - "all'indennizzo [...] dei danni causati" dall'omessa vigilanza): si ammette quindi una forma di responsabilità per così dire *diffusa* che investe anche soggetti riguardati soltanto in via indiretta dall'esercizio del potere.

Indicazioni nel senso dell'ammissibilità della domanda risarcitoria da parte dell'impresa beneficiaria dell'aiuto (nonché da parte dei suoi concorrenti, che per effetto della concessione illegittima della sovvenzione sono stati costretti a cessare la propria attività) sembrano provenire dalla giurisprudenza comunitaria in tema di sospensione o annullamento dell'aiuto da parte della Commissione per mancato rispetto, da parte dello Stato membro, delle regole procedurali<sup>65</sup>.

### **6.1. La qualificazione dogmatica dei provvedimenti attributivi di vantaggi economici: le diverse proposte ricostruttive.**

Il tema della qualificazione dogmatica dei provvedimenti attributivi di vantaggi economici (ovvero delle fattispecie agevolative genericamente intese: con ricomprensione, dunque, di modelli più schiettamente privatistici, tipo il mutuo agevolato) è assai complesso.

Conviene principiare da un esame di carattere più generale riguardo al se possano essere qualificati in termini autoritativi i provvedimenti di carattere ampliativo ed i provvedimenti di carattere vincolato.

Quanto a questi ultimi si può infatti ritenere che la spendita a monte della discrezionalità, alla luce della regola generale posta dall'art. 12 della l. 241, faccia residuare, a valle, nell'atto che attribuisce in concreto il beneficio, al più profili di discrezionalità tecnica. Si tratterebbe in altri termini di una *discrezionalità a consumazione anticipata*<sup>66</sup>, per quanto altra parte della dottrina<sup>67</sup> abbia evidenziato che residuano dei margini direttamente attinenti alla ponderazione dell'interesse pubblico anche in sede di *scelte conclusive*.

Il punto reca con sé un ulteriore risvolto, o se si vuole una ulteriore complicazione, che riguarda il riparto di giurisdizione, in quanto è noto che, secondo alcuni Autori e la giurisprudenza della Cassazione, le attività di carattere vincolato<sup>68</sup> sono fronteggiate da diritti soggettivi<sup>69</sup>.

Sul punto si tornerà più approfonditamente in seguito.

Per adesso si può dire che le opzioni per uscire dall'*empasse* sono due, segnatamente: valorizzare l'intuizione della dottrina<sup>70</sup> che (sebbene ad altri fini) ipotizza, nell'ambito degli interessi legittimi (specie pretensivi), la sottodistinzione tra interessi finali e strumentali, cosicché la posizione giuridica sostanziale del privato sarebbe di interesse legittimo (e non di diritto soggettivo) anche laddove la

<sup>64</sup> Pure se si controverte ancora sulla spettanza della relativa giurisdizione: v. Cass. S.U., 2 maggio 2003, n. 6719.

<sup>65</sup> Si vedano ad esempio le conclusioni dell'Avvocato generale Tesouro nella causa C-142/87 - *Regno del Belgio c. Commissione* - CGCE, 21 marzo 1990.

<sup>66</sup> POLICE, *op. cit.*, spec. 268.

<sup>67</sup> SANDULLI A., *La proporzionalità dell'azione amministrativa*, Padova, 1998, spec. 398, in nota.

<sup>68</sup> Che non sarebbero espressione di *vero* potere: LEDDA, *Potere, tecnica e sindacato giudiziario sull'amministrazione pubblica*, in *Dir. Proc. Amm.*, 1983, 376 e ss..

<sup>69</sup> Vedi ORSI BATTAGLINI, *Attività vincolate e situazioni soggettive* in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 1988, 52 e ss., nonché ID., *Autorizzazione amministrativa*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, II, Torino, 1987, *ad vocem*.

<sup>70</sup> GRECO, *Argomenti di diritto amministrativo*, Milano, 2008, 213, in nota.

pretesa al conseguimento del bene della vita non sia mediata dall'esercizio della discrezionalità, considerato che in determinati casi – ad esempio quando, come nella specie, vi è un contingentamento delle utilità distribuibili - anche i poteri vincolati sono infungibili ai fini della costituzione dell'effetto<sup>71</sup>; ovvero (che è quanto si farà appresso) utilizzare una ricostruzione della fattispecie in termini sostanziali che consenta di ritenere le relative controversie attratte nella giurisdizione esclusiva del Giudice amministrativo.

Come si è detto il provvedimento attributivo del beneficio è dunque, secondo la ricostruzione preferibile, un provvedimento vincolato: esso costituisce pur tuttavia l'espressione di un potere, sebbene nella sua accezione per così dire debole, di elemento (meramente) formale, ma pur tuttavia essenziale, della fattispecie legale ai fini della produzione dell'effetto: anche se i criteri di spettanza del beneficio siano predeterminati a monte, la manifestazione di volontà della p.a., ancorché a carattere vincolato, è pur tuttavia ineliminabile ai fini del perfezionamento della fattispecie.

Si può conclusivamente sostenere che, con riguardo alla materia trattata, l'attività di attribuzione in concreto delle *utilità* sembra essere espressione di un potere autoritativo, sebbene si tratti di un'autoritatività per così dire *semi-piena*.

C'è poi, come si anticipava, un ulteriore nodo da sciogliere: se i provvedimenti di carattere ampliativo possano essere considerati espressione di potere, e quindi siano qualificabili come atti autoritativi.

La questione – come quella esaminata in precedenza del resto - rileva anzitutto sul piano dell'individuazione della disciplina giuridica applicabile, prima ancora che su quello della individuazione del giudice avente giurisdizione. Ed infatti, per quanto attiene al primo profilo, occorre ricordare che il comma 1-*bis* dell'art. 1 della l. 241, introdotto dalla novella del 2005, prevede che agli atti non autoritativi (categoria cui è complementare quella degli atti autoritativi) si applichi, ove non diversamente disposto, il diritto privato.

Il carattere autoritativo dei provvedimenti ampliativi potrebbe essere negato ove si aderisse alla posizione di quella nota dottrina secondo cui il consenso dell'interessato esclude *ipso facto* il carattere imperativo del provvedimento, a prescindere dal ruolo giocato dal consenso stesso rispetto al provvedimento e dal momento del procedimento in cui esso (consenso) si inserisce<sup>72</sup>. In senso contrario, è stato peraltro fondatamente osservato che, laddove vi siano dei terzi titolari di una posizione giuridica qualificata, rispetto ad essi il rifiuto della concessione è determinato dal rilascio dello stesso atto ad altri: deriva perciò dalla scelta in concreto discrezionalmente operata dall'amministrazione. In altri termini, "il problema del carattere autoritativo o meno della concessione può essere risolto soltanto precisando il carattere medesimo: se esso è ravvisato nella sottrazione non concordata di utilità a terzi, tale carattere può essere riconosciuto soltanto nei casi in cui tale sottrazione si verifica; se viceversa il carattere autoritativo si basa sullo stesso potere di scelta dell'Amministrazione, il cui esercizio necessariamente, o quanto meno di norma, comporta, insieme al rilascio ad uno degli

---

<sup>71</sup> SCOCA F.G., *La teoria del provvedimento dalla sua formulazione alla legge sul procedimento*, in *Dir. Amm.*, 1995, 1 e ss..

<sup>72</sup> SORACE, *Promemoria per una voce 'atto amministrativo'*, in *Scritti in onore di M.S. Giannini*, cit., vol. III, 769, nonché SORACE, MARZUOLI, *Concessioni amministrative*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, III, Torino, 1989. Vedi ancor prima il lavoro di D'ALBERTI, *Le concessioni amministrative: aspetti della contrattualità delle pubbliche amministrazioni*, Napoli, 1981.

interessati, il rifiuto (o la sottrazione) della *utilitas* a tutti gli altri (attuali o anche potenziali aspiranti), tale carattere ritorna ad essere proprio di ogni concessione”<sup>73</sup>.

Nell’ambito dell’attività di incentivazione, in un contesto cioè particolarmente caratterizzato dalla scarsità delle risorse, l’amministrazione deve effettuare delle scelte discrezionali nell’attribuire un certo vantaggio economico a taluno oppure a talaltro dei richiedenti.

Vero è che, come impone l’art. 12 della l. 241 del 1990, la discrezionalità in questo caso è *a consumazione anticipata*, viene cioè spesa nelle fasi pregresse del procedimento; ma pur sempre di discrezionalità (e quindi di scelta comparativa tra interessi) si tratta.

La cifra caratteristica dell’autoritatività dei provvedimenti accrescitivi (ed in specie di quelli attributivi di vantaggi economici) va pertanto individuata in ciò, che la lesione non si produce nella sfera del destinatario dell’atto ma in quella del terzo che aspira all’ottenimento della medesima utilità. Ecco perché si è autorevolmente parlato di autoritatività *minore o riflessa*<sup>74</sup>.

L’idea per cui l’autoritatività sia una caratteristica peculiare dei soli provvedimenti restrittivi (facendo difetto a quelli favorevoli che, in quanto richiesti dall’amministrato, producono in capo a quest’ultimo – diversamente da quanto accade in capo ai terzi – modificazioni concordate della sfera giuridica) è contestabile anche alla luce di un’altra considerazione. L’art. 20 della l. 241 del 1990, nella versione novellata dalla l. 80 del 2005, nel generalizzare i casi di silenzio assenso – cui si applica il regime proprio dei provvedimenti in punto di tutela ed autotutela – vi ha ricompreso, salve alcune (rilevanti) eccezioni, tutti i casi di provvedimenti ampliativi ad istanza di parte: in sostanza, ammesso e (per le ragioni dette) non concesso che i provvedimenti ampliativi non siano autoritativi *per natura* – e quindi non ricompresi nella prima delle suindicate condizioni, ossia l’essere atti di natura non autoritativa – essi sarebbero comunque assoggettati ad un regime pubblicistico in forza di una specifica disposizione di legge (appunto l’art. 20) – sicché non sarebbe rispettata la seconda condizione per l’applicabilità del comma 1-*bis*: “salvo che la legge disponga diversamente”<sup>75</sup>.

Abbiamo quindi chiarito che, guardando ai principi generali, l’attività di distribuzione degli incentivi può essere qualificata in termini autoritativi, ancorché si espliciti attraverso l’adozione di provvedimenti ampliativi e (almeno quando le utilità sono contingentate) attraverso la (necessaria) adozione di provvedimenti vincolati (tali sono i provvedimenti attributivi della sovvenzione se si aderisce alla particolare lettura che abbiamo offerto dell’art. 12 in punto di conseguenze della consumazione anticipata della discrezionalità).

Tenendo conto di quanto detto è adesso opportuno guardare più specificamente alle posizioni espresse dalla dottrina che si è occupata *ex professo* del tema delle sovvenzioni, ed in specie alle diverse tesi che sono state formulate in ordine all’inquadramento dogmatico della fattispecie.

In termini sintetici, si può dire che il confronto della dottrina si connota per l’antitesi tra una tesi di natura contrattualistica ed una di natura provvedimentale, mentre in una posizione mediana si pone la tesi dualistica della concessione contratto.

---

<sup>73</sup> SCOCA F.G., *La teoria del provvedimento*, cit., spec. 26-27.

<sup>74</sup> SPAGNUOLO VIGORITA V., *Problemi giuridici dell’ausilio finanziario pubblico ai privati*, ora in *Opere giuridiche*, I, Napoli, 2001, 348 e ss., spec. 350.

<sup>75</sup> GRECO, *Argomenti*, cit., spec. 172.

Secondo la tesi contrattualistica, o privatistica, che trova il suo massimo sostenitore in Donatello Serrani<sup>76</sup>, l'ausilio pubblico costituisce una forma di *funzionalizzazione dell'impresa*, essendo diretto ad individuare tra le varie *utilizzazioni possibili* dell'impresa quelle che, in un certo momento, sono conformi agli interessi della collettività. In altri termini i modelli autoritativi di etero-determinazione delle finalità delle imprese private (si pensi a quanto previsto in epoca fascista dalla dichiarazione VII della Carta del Lavoro, che funzionalizzava il complesso fenomeno dell'impresa privata al conseguimento dell'interesse della Nazione) risultano - sulla base di una meticolosa analisi della normativa - essere stati sopravanzati da quelli non autoritativi "che al posto di imporre al privato imprenditore certi comportamenti, hanno la caratteristica di rendere questi appetibili mediante la concessione di benefici".

Posto che le ragioni che militano a favore della preferenza accordata a tali modelli vanno ricercate, essenzialmente, nella dinamicità della *realtà-impresa*, che non tollera di essere ingessata in schemi rigidi come quelli di carattere autoritario, le forme attraverso cui può svolgersi la suddetta (e non autoritativa) funzionalizzazione dell'impresa sono:

- la stimolazione dell'ingresso delle imprese sul mercato, prevedendo degli incentivi in relazione all'avvio di attività di impresa. Va da sé che l'interesse dello Stato non è in questo caso quello della venuta in essere di una qualsiasi impresa ma di una determinata tipologia di impresa (per caratteristiche, dimensioni, oggetto dell'attività produttiva, localizzazione, caratteristiche soggettive dell'imprenditore, come nel caso degli incentivi all'imprenditoria giovanile o femminile);
- gli incentivi riguardo ad una particolare forma di conduzione dell'impresa, come gli incentivi alla costituzione di imprese cooperative;
- gli incentivi che operano sulle dimensioni, sulle modalità o addirittura sugli elementi del processo produttivo, ovvero sulla sua localizzazione;
- gli incentivi che attengono alla collocazione del prodotto sul mercato (nei limiti in cui ciò non venga in contrasto con il principio comunitario della libera circolazione delle merci).

La natura del rapporto che si instaura tra amministrazione che conferisce il beneficio e l'imprenditore che se ne avvantaggia è quella di un rapporto di collaborazione dove sono presenti in capo alle parti, ed in relazione di corrispettività, obblighi e diritti che "non hanno nulla di autoritativo anche se certamente esistono a monte e a valle di esso momenti pubblici che talvolta di tramutano in momenti autoritativi"<sup>77</sup>.

Va precisato che questa esemplificazione si riferisce specificamente a quelle che Serrani chiamava sovvenzioni *di risultato*, che si contrappongono alle sovvenzioni *di mero sostentamento*. Diverso è, nell'uno e nell'altro caso, il modo di atteggiarsi dell'interesse pubblico rispetto a quello privato all'incameramento dell'ausilio: mentre nelle sovvenzioni c.d. di sostentamento (un cui esempio cospicuo è costituito dai sussidi ai soggetti indigenti o ai soggetti colpiti da particolari calamità naturali) l'interesse pubblico rimane per così dire in secondo piano rispetto a quello privato a lucrare l'attribuzione patrimoniale, o meglio quello si risolve in questo, negli ausili c.d. di risultato la concessione del beneficio trova la sua ragion d'essere in un comportamento presente o futuro del beneficiario

---

<sup>76</sup> *Lo Stato finanziatore*, cit., 209 e ss.

<sup>77</sup> SERRANI, *op. cit.*, 220.

Guardando specificamente alle sovvenzioni di risultato, la ricostruzione del rapporto di in termini (non già provvedimentali, ma) convenzionali, dove ciascuna delle parti ha di mira la realizzazione del proprio interesse – ferma restando la non utilizzabilità dello schema della donazione, attesa la mancanza dell'*animus donandi*, ovvero della spontaneità dell'attribuzione, che nel nostro caso, se ricorrono i presupposti soggettivi ed oggettivi, è *dovuta* -, pone peraltro la questione della selezione delle tecniche di tutela, specie riguardo, come già detto, alla tutela del c.d. terzo.

Nell'ambito di una ricostruzione privatistica della fattispecie, si è ipotizzato il ricorso alla tutela offerta dall'art. 2598 c.c., in tema di concorrenza sleale<sup>78</sup>.

La tesi non sembra condivisibile: non si può ignorare quanto la giurisprudenza civile afferma interpretando la norma appena richiamata. Si ritiene, in particolare, che “la violazione di norme di diritto pubblico (penali, amministrative o fiscali) nell'esercizio dell'impresa non costituisce automaticamente violazione dell'obbligo della correttezza professionale né importa una consequenziale qualificazione dell'attività come illecita, senza che per questo possa escludersi la tutela concorrenziale o quella dei segni distintivi o di privativa industriale, dovendosi, di contro, accertare di volta in volta se la violazione della norma amministrativa o pubblicistica abbia anche generato distorsione del mercato o attività concorrenziale illecita, dannosa per l'altrui azienda<sup>79</sup>. Inoltre la prevalente giurisprudenza di merito sostiene che, ai fini della configurabilità dell'atto di concorrenza sleale, *non è sufficiente* il solo fatto che l'azione sia oggettivamente e soggettivamente tale da arrecare un vantaggio all'agente ed un pregiudizio al concorrente, perché, così opinando, *ogni atto di concorrenza intenzionale ed efficiente* sarebbe sempre illecito e impedirebbe la libera iniziativa economica<sup>80</sup>.

Considerando il quadro appena delineato, non si può dire, sulla base della norma del Codice civile, che la condotta dell'imprenditore che abbia lucrato un incentivo senza conoscere il vizio dell'atto attributivo sia qualificabile come atto di concorrenza sleale, perché anche quando vi è l'intenzionalità del comportamento – sostiene la giurisprudenza - non è detto che si configuri un illecito. È necessario un *quid pluris*, vale a dire l'*animus nocendi*<sup>81</sup>.

Al di là della difficoltà di applicare l'art. 2598 c.c., vi è che *la fuga verso il diritto privato* comporta delle perdite in termini prima di garanzie procedimentali, cioè nell'esercizio della funzione, e poi di garanzie giurisdizionali come la possibilità di sindacare la congruenza del fine concretamente perseguito rispetto a quello individuato dalla legge attributiva del potere<sup>82</sup>. E non sembra, come rileva Greco<sup>83</sup>, che per quante acrobazie si possano fare dal punto di vista interpretativo, le clausole di buona fede e correttezza

---

<sup>78</sup> Come peraltro già aveva fatto, nel contesto di una ricostruzione pubblicistica, e giungendo al risultato che l'applicazione di questa norma determinerebbe un ammanco in termini di tutela del terzo, PERICU, *Le sovvenzioni come strumento dell'azione amministrativa*, I, Milano, 1967, 260 e ss..

<sup>79</sup> Trib. Palermo, 4 gennaio 2010; Cass. civ., 4 aprile 1970, n. 914; Trib. Genova, 20 marzo 1976; in senso contrario, sebbene con qualche cautela, Cass. civ. Sez. I, 17 luglio 2008, n. 19720.

<sup>80</sup> Cfr. Trib. Torino, Sez. IX, 13 giugno 2011; vedi anche Trib. Milano, 17 marzo 2011; Corte App. Torino, Sez. I, 23 settembre 2010, n. 1367; ma vedi anche Cass. civ., Sez. I, 2 aprile 2007 n. 8215.

<sup>81</sup> Cass. civ., Sez. I, 11 agosto 2000, n. 10684; Id., 30 luglio 1996, n. 6887; Id., 20 giugno 1996, n. 5718; cfr. inoltre Trib. Roma, 31 marzo 2000.

<sup>82</sup> Per questo motivo una parte della dottrina ha teorizzato, su di un piano generale, la costruzione dualistica, come ricorda PERICU, *Note in tema di diritto privato*, ora in *Scritti giuridici*, Milano, 2009, 101 e ss..

<sup>83</sup> *L'azione amministrativa secondo il diritto privato: principi*, in *La disciplina generale dell'azione amministrativa. Saggi ordinati in sistema*, a cura di CERULLI IRELLI, Napoli, 2006, 79.

possano garantire quello stesso controllo funzionale che, invece, il giudice amministrativo può assicurare attraverso il sindacato sull'eccesso di potere.

Per altra impostazione dottrinale, riferibile essenzialmente a Pericu<sup>84</sup>, la sovvenzione è un provvedimento amministrativo tipico (cioè distinto ed autonomo da altre, per quanto simili, figure provvedimentali), che si caratterizza per il suo particolare effetto giuridico prevalente, consistente nell'attribuzione gratuita, senza obbligo di restituzione, di una somma di denaro o di altro bene economicamente valutabile: tutti i provvedimenti che producono come conseguenza giuridica peculiare e caratterizzante quella appena descritta sono da qualificare come *sovvenzioni*.

La sovvenzione, così isolata, si distingue, a dire dell'illustre Autore, sia da altre fattispecie provvedimentali<sup>85</sup> - che pur tuttavia presentano dei tratti simili - che da modelli misti, come il mutuo agevolato.

Quanto al primo profilo, si osserva che le sovvenzioni differiscono: dalle concessioni in quanto, mentre le situazioni giuridiche soggettive che derivano dalla concessione ineriscono a beni sottoposti ad una particolare disciplina, "le sovvenzioni, al contrario, rappresentano strumenti di disposizione che non attengono a beni riservati ma ad utilità che possono essere di proprietà di qualsiasi soggetto (ad esempio il denaro) e che appartengono pertanto al patrimonio disponibile della pubblica amministrazione"<sup>86</sup>. L'esistenza della riserva spiega il perché il trasferimento della titolarità di una certa situazione giuridica soggettiva sia, nelle concessioni, temporanea e precaria, diversamente da quanto accade di norma per le sovvenzioni (almeno quanto ai contributi già erogati); dalle ammissioni, in quanto "mentre le sovvenzioni, come d'altronde le concessioni, sono atti di alienazione di diritti della pubblica amministrazione (a seconda dei casi su beni riservati o meno, n.d.s.), le ammissioni non hanno tale caratteristica. Il soggetto, con l'emanazione di un atto di ammissione, non trasferisce e neppure costituisce sulla base di una sua precedente situazione soggettiva un diritto soggettivo nel destinatario [...], ma si limita a creare situazioni giuridiche soggettive favorevoli che non hanno riscontro in precedenti diritti di cui sia titolare la pubblica amministrazione"<sup>87</sup>; dagli accertamenti, la cui distinzione rispetto alle sovvenzioni si rinviene in ciò, che "i primi sono manifestazioni di conoscenza, le seconde manifestazioni di volontà"<sup>88</sup>; dalle autorizzazioni perché in esse non si rinviene "alcun effetto che si risolva nella rimozione di vincoli posti dall'ordinamento al libero esercizio di situazioni soggettive statiche. Manca nelle sovvenzioni quella capacità ablativa di divieti che caratterizza gli atti di autorizzazione"<sup>89</sup>; dalle dispense, che si connotano per un effetto peculiare (che quindi manca nelle sovvenzioni) rinvenibile "nella caducazione in casi particolari di situazioni soggettive di doverosità con contenuto positivo, cioè di doveri o obblighi di dare o di fare"<sup>90</sup>.

---

<sup>84</sup> PERICU, *Le sovvenzioni come strumento dell'azione amministrativa*, I, cit.; *Le sovvenzioni come strumento dell'azione amministrativa*, II, cit.. Ma dello stesso A., vedi anche *La politica dei concorsi, contributi e finanziamenti quali incentivi economici nel quadro normativo vigente*, ora in *Scritti scelti*, Milano, 2009, 491 e ss.; nonché PERICU, CROCI, *Sovvenzioni*, in *Enc. Dir.*, Milano, 1990, XLIII, 243 e ss..

<sup>85</sup> Nega invece l'autonomia dogmatica della sovvenzione, senza disconoscere peraltro il carattere provvedimentale della fattispecie, D'ALBERGO, *Sulla struttura delle sovvenzioni*, in *Foro amm.*, 1975, 341 e ss..

<sup>86</sup> PERICU, *Le sovvenzioni*, I, cit., 192.

<sup>87</sup> ID., *op. ult. cit.*, 205.

<sup>88</sup> ID., *op. ult. cit.*, 209.

<sup>89</sup> ID., *op. ult. cit.*, 211.

<sup>90</sup> ID., *op. ult. cit.*, 212.

Quanto al secondo profilo – criteri utili a distinguere la sovvenzione da fattispecie similari sotto il profilo della finalità economica ma differenti dal punto di vista della qualificazione giuridica, e quindi della disciplina applicabile, come il mutuo agevolato -, si nota che il mutuo agevolato si connota per la possibilità di individuare due momenti: il primo, caratterizzato da un atto di natura provvedimentoale (l'ammissione al contributo – normalmente in conto interessi), che coinvolge *l'ente pubblico e l'imprenditore finanziato*, il secondo caratterizzato da un rapporto schiettamente contrattuale che lega *l'istituto di credito autorizzato e l'imprenditore*<sup>91</sup>. Dalla combinazione di tali profili sorge una fattispecie composita, distinguibile secondo i più dal mutuo ordinario sol che si consideri l'interesse specifico di una delle parti (specie di una di esse) a che sia adempiuta l'obbligazione di scopo<sup>92</sup>. Da ciò discende, sotto il profilo strutturale, che all'obbligazione restitutoria si aggiunge un'obbligazione di *facere* non contemplata nello schema generale del mutuo, che non può essere ritenuta accessoria rispetto alla prima; ne discende ulteriormente (per quanto il punto sia controverso nella dottrina e nella giurisprudenza civilistiche) la *consensualità* del mutuo di scopo, a fronte della realtà del mutuo ordinario. Ad ogni modo siamo evidentemente distanti dalla fattispecie *tipica* della sovvenzione, come delineata da Pericu, anche considerando l'eterogeneità, sotto il profilo soggettivo, della fattispecie del mutuo agevolato, che vede coinvolti, a seconda del *momento* che si prenda in considerazione, soggetti differenti: l'ente pubblico e il privato quando viene in rilievo l'ammissione al beneficio (e quindi l'obbligo di dare corso all'agevolazione se vi sono i presupposti predeterminati in generale) e l'assunzione di un'obbligazione di *facere* (leggi: assunzione dell'impegno a destinare la somma ricevuta ad una finalità ritenuta dall'amministrazione, sulla base della legge, di interesse pubblico); il privato e la banca (almeno nel caso in cui questa provveda ad erogare il mutuo con fondi propri, diversamente configurandosi, semplicemente, un mandato a far credito) nella fase di erogazione (e restituzione) del finanziamento.

Nel prosieguo si dirà perché, a nostro avviso, il descritto carattere binario della fattispecie del mutuo agevolato, nonché l'eterogeneità della compagine soggettiva che caratterizza i diversi segmenti di essa, non sono necessariamente preclusivi rispetto ad una costruzione unitaria che coinvolga, pur tenendo conto delle rispettive differenze, le varie forme di agevolazione, sia che si esauriscano *tout court* in un'attribuzione patrimoniale senza obbligo di restituzione (ma con obbligo di destinazione) della somma, fatta sulla base di un provvedimento, sia che vengano in rilievo degli schemi misti, ove accanto al rapporto di agevolazione propriamente detto (di natura pubblicistica perché origina dall'ammissione al credito) si collochi, strettamente collegato al primo, un rapporto di finanziamento di natura privatistica (peraltro intercorrente tra soggetti privati).

Per adesso rileviamo che la tesi di Pericu è condivisibile, ma *parziale*: parziale perché fornisce l'inquadramento dogmatico di una sola delle modalità possibili attraverso cui dare corso ad un'agevolazione, laddove invece è forse possibile rinvenire uno schema regolatorio minimo ed unitario che coinvolga, nel senso che si dirà, fattispecie tra loro diverse sotto il profilo strutturale, sebbene accomunate dall'essere, sotto il profilo effettuale, funzionali alla realizzazione di una medesima *causa economica*.

---

<sup>91</sup> VINTI, *Mutuo di scopo: rapporto di credito e rapporto di agevolazione*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 1987, 962 e ss..

<sup>92</sup> Ed infatti Cass. S.U., 10 giugno 1981, n. 3752 riconduce il mutuo agevolato a favore della piccola e media industria e dell'artigianato contemplato dalla l. 623 del 1959 (di recente abrogata: d.l. 83 del 2012) al paradigma del mutuo di scopo.

Concludiamo la panoramica sulle diverse tesi proposte riguardo all'inquadramento dogmatico degli ausili pubblici richiamando quella che, rifacendosi alla dottrina tedesca, utilizza lo schema dualistico della concessione-contratto: il provvedimento amministrativo<sup>93</sup> viene "doppiato" da un contratto di diritto privato, in cui sono regolati i reciproci impegni delle parti.

In particolare, si è osservato che l'utilizzo di uno schema qualificatorio di questo tipo consentirebbe di evidenziare come la differenza tra le diverse forme di incentivazione sia *di genere* e non *di specie*<sup>94</sup>, riguardando non tanto la particolarità del provvedimento attributivo del vantaggio economico, quanto il contenuto degli impegni convenzionali assunti dal privato: sul quale può gravare l'obbligo, posto in relazione di corrispettività rispetto all'elargizione di denaro pubblico, di compiere una certa attività, senza l'impegno di restituire la somma ricevuta; come pure l'obbligazione tipica del mutuatario (posto che l'accesso al credito è avvenuto a condizioni di favore rispetto a quelle di mercato, in considerazione del particolare settore in cui l'imprenditore opera o opererà); ovvero ancora l'obbligazione restitutoria laddove sia chiamato in via di rivalsa a rispondere dell'adempimento da parte del soggetto pubblico nel caso in cui questi sia stato richiesto del pagamento (normalmente in via sussidiaria) in qualità di garante.

La questione dell'ammissibilità di tale ricostruzione, nel caso che specificamente interessa (ma le considerazioni che seguono sono di rilievo generale), deve essere impostata, ad avviso della dottrina citata, sulla base della disciplina costituzionale dell'attività amministrativa di diritto privato. In particolare, considerato che in ordine all'attività di diritto privato non potrebbe essere assicurato, in sede di tutela giurisdizionale, il rispetto dell'imparzialità dell'amministrazione, tale *vulnus* deve essere colmato individuando una fattispecie provvedimentale (seppure "doppiata" da un contratto di diritto privato), rispetto alla quale rivolgere le censure fondate sull'eccesso di potere. Al riguardo, l'esempio proposto da Merusi è il seguente: se il rifiuto di un ente creditizio di erogare un mutuo, motivato sulla base delle condizioni finanziarie del richiedente, ma in realtà determinato da motivi di discriminazione politica, viene configurato come provvedimento amministrativo, sarà possibile censurarlo, sotto il profilo dell'eccesso di potere, innanzi al giudice amministrativo, nel mentre se viene ricostruito in termini privatistici, come rifiuto di una proposta di contratto, "non v'è per il privato alcuna tutela giurisdizionale"<sup>95</sup>.

La soluzione allora consiste "nell'individuare per ogni atto di diritto privato di un procedimento di diritto amministrativo che ne costituisce il presupposto di validità, e pertanto il termine di mediazione con la disciplina legislativa"<sup>96</sup>. Il momento del collegamento tra legge, da una parte, e provvedimento (e contratto), dall'altra, può peraltro trovare la sua collocazione in un atto generale di natura programmatica come "quelle deliberazioni di carattere generale, che assumono la natura di atti amministrativi appunto generali, e che consentono una mediazione tra scopo dell'ente e risultato dell'attività, identificando e rendendo rilevante il momento del modo dell'attività", così come riteneva quasi cinquant'anni or sono Benvenuti<sup>97</sup>, e come oggi espressamente sancito dall'art. 12 della l. 241 del 1990.

---

<sup>93</sup> Qualificato come concessione: vedi al riguardo SPAGNUOLO VIGORITA V., *Problemi giuridici*, cit., 364 e ss..

<sup>94</sup> SPAGNUOLO VIGORITA V., *Problemi*, cit., *passim*; MERUSI, *Disciplina e organizzazione dei finanziamenti pubblici nelle leggi per il Mezzogiorno*, Roma, 1968.

<sup>95</sup> MERUSI, *op. cit.*, 57.

<sup>96</sup> MERUSI, *loc. ult. cit.*

<sup>97</sup> *Limiti pubblicistici ai finanziamenti di medio credito*, in *Riv. Soc.*, 1960, 817.

Possono ora essere brevemente messi in luce gli aspetti maggiormente condivisibili e quelli discutibili che contiene ciascuna delle tesi esposte, per verificare se sia possibile, in qualche modo, una loro sintesi che faccia complessivamente prevalere i primi rispetto ai secondi.

La tesi privatistica, pur presentando il pregio di introdurre elementi di flessibilità nella disciplina del rapporto che non sarebbero ottenibili applicando puramente e semplicemente lo schema del provvedimento amministrativo, non spiega adeguatamente, per esempio, quale tutela debbano ottenere i terzi ed innanzi a quale giudice; i momenti di consensualità che vengono in rilievo, innestandosi su una matrice autoritativa, non possono trovare collocazione in strumenti di *puro diritto privato*, perché la piena fungibilità tra atti di marca pubblicistica ed atti di marca privatistica opera solo con riguardo agli atti non autoritativi (arg. ex art. 1, comma 1-*bis*, l. 241 del 1990): e si è detto che le sovvenzioni, pur quando le si consideri come atti conclusivi di procedimenti vincolati (in quanto la discrezionalità è stata spesa a monte), sono provvedimenti autoritativi.

La tesi pubblicistica, per come formulata dal suo massimo sostenitore, non consente, come già detto, di ricomprendere in un unico schema dogmatico, e quindi sotto un unico regime disciplinare (quanto meno minimo), le varie ed eterogenee forme di finanziamento pubblico, mentre sembra più utile una classificazione funzionale (piuttosto che tipologica), in quanto solo dalla prima pare possano essere derivate delle conseguenze *precettive*, e non meramente *descrittive*.

La tesi dualistica sembra fornire uno schema qualificatorio più flessibile (e quindi adattabile all'eterogeneità tipologica, *di specie*, delle varie forme di finanziamento pubblico), tant'è vero che è stata di recente riproposta dalla dottrina, sulle orme dei Maestri che l'avevano sostenuta anni or sono<sup>98</sup>.

Epperò: si deve ancora oggi ritenere che sia necessario il ricorso al modello dualistico per evitare la “fuga nel diritto privato” e “l’abbandono” dell’insieme di regole che garantiscono il rispetto dei diritti fondamentali? Si deve cioè in altri termini ritenere che si debba isolare, sia pure da un punto di vista meramente logico<sup>99</sup>, l’esercizio del potere, soggetto al noto controllo finalistico da parte del giudice amministrativo, e l’autonomia privata, che in quanto aderisce ad una scelta provvedimentoale già effettuata a monte ha in questo caso una funzione meramente esecutiva?<sup>100</sup>

La risposta, alla luce dell’esame dell’ordinamento positivo, deve essere negativa.

Ed infatti se la soluzione alle predette problematiche fornita dalla teoria del doppio grado era in qualche modo necessitata dalla vigenza del dogma di indisponibilità dell’oggetto pubblico, per modo che tutti i profili relativi alle esigenze di ordine pubblicistico dovessero esaurirsi in un provvedimento amministrativo unilaterale, cui accedeva, in posizione strumentale e specificativa, un contratto di diritto comune, la “caduta” di tale dogma<sup>101</sup> dovrebbe implicare il superamento del descritto schema binario, dal momento che il provvedimento amministrativo e l’accordo ex art. 11 hanno lo stesso oggetto, ossia il potere.

Il potere cioè può essere oggetto di negoziato, non nel senso (del tutto ovvio) che “i pubblici funzionari non debbano ‘vendere al miglior prezzo’ l’esercizio dei propri compiti d’ufficio”<sup>102</sup>, bensì

---

<sup>98</sup> Cfr. ANTONIAZZI, *Obbligazioni pubbliche e giurisdizione amministrativa*, Torino, 2010.

<sup>99</sup> Su questo solo piano talora esauendosi la distinzione tra provvedimento e contratto: GULLO, *Provvedimento e contratto nelle concessioni amministrative*, Padova, 1965, spec. 346.

<sup>100</sup> PERICU, *L’attività consensuale della pubblica amministrazione*, ora in *Scritti scelti*, cit., 704 e ss..

<sup>101</sup> Su cui vedi, con dovizia di particolari, anche di carattere comparatistico, GRECO, *Accordi amministrativi*, cit., 77 e ss..

<sup>102</sup> PERICU, *L’attività consensuale*, cit., 723.

nel senso che il meccanismo della partecipazione (implicante il necessario ingresso e la necessaria presa in considerazione – che però non significa necessaria soddisfazione - degli interessi riguardati dall'esercizio del potere) viene portato “alle estreme conseguenze”, sfociando in una forma di cogestione (per quanto attenuata) del potere<sup>103</sup>. Autorità e consenso non sono (più), in definitiva, entità antinomiche<sup>104</sup>. Le ragioni che avevano ispirato la costruzione dualistica (anche in tema di sovvenzioni<sup>105</sup>), e cioè scongiurare la c.d. *fuga nel diritto privato*, garantendo viceversa l'imparzialità dell'amministrazione anche qualora questa si servisse di strumenti privatistici attraverso la *mediazione* dell'atto amministrativo preliminare<sup>106</sup>, è venuta sostanzialmente a mancare: piuttosto tale teoria pare essere invece divenuta “principalmente tecnica di governo del riparto di giurisdizioni, la cesura tra momento procedimentale pubblicistico e fase negoziale privatistica fungendo da spartiacque tra lo spazio di intervento del giudice amministrativo e quello del giudice ordinario”<sup>107</sup> com'è avvenuto, fino al recente passato, in materia di contratti pubblici<sup>108</sup>.

Se quindi si reputa che le fattispecie di ausilio pubblico siano pur sempre connotate da un carattere *autoritativo* (sebbene si tratti di un'autoritatività riflessa), ma che dalle stesse non esuli – in specie se si guarda ai rapporti tra le parti, piuttosto che a quello con i terzi – un momento di *consenso*, e più specificamente di *corrispettività degli impegni assunti consensualmente*, e se si ritiene – in linea con la dottrina prevalente - che gli accordi disciplinati dall'art. 11 della l. 241 abbiano natura essenzialmente pubblicistica, per quanto siano caratterizzati da una struttura *contrattuale* che pone in relazione sinallagmatica le *prestazioni* delle parti e che giustifica l'applicazione in via suppletiva dei *principi del Codice civile in materia di obbligazioni e contratti*, sembra possibile ipotizzare la sussumibilità di tali fattispecie sotto la menzionata disposizione.

## **6.2. Spunti per una qualificazione dogmatica unitaria delle varie forme di incentivazione dell'attività economica privata: il contratto di diritto pubblico a doppia causa.**

La proposta di utilizzare lo schema regolatorio fornito dall'art. 11 della l. 241 impone peraltro una premessa di metodo.

Come si anticipava il variegato universo degli ausili pubblici alle imprese viene razionalizzato talora facendo ricorso a delle classificazioni tipologiche, talaltra a delle classificazioni di tipo funzionale: le prime, a me pare, esauriscono la loro utilità su di un piano puramente *descrittivo*, mentre le seconde (ed in specie quella formulata da Spagnuolo Vigorita) hanno una valenza *prescrittiva*, nel senso che consentono di individuare uno schema unitario che ricomprende le diverse forme di finanziamento pubblico.

Prima di passare all'esame della classificazione funzionale (o meglio propriamente causale) teorizzata da Spagnuolo Vigorita (che sarà utile ai fini della ricostruzione dogmatica che qui si vuole ipotizzare), vanno brevemente esaminate, per dovere di completezza, le classificazioni fondate su criteri tipologici.

---

<sup>103</sup> CASTIELLO, *Gli accordi integrativi e sostitutivi*, cit., 165-166.

<sup>104</sup> COCA F.G., *Autorità e consenso*, in *Dir. Amm.*, 2002, 431 e ss.; FALCON, *Le convenzioni*, Milano, 1984, spec. 216.

<sup>105</sup> IPSEN, *Offentiliche*, cit..

<sup>106</sup> PERICU, *Note*, cit., 101.

<sup>107</sup> COMPORTI, *Il sindacato del giudice sulle obbligazioni pubbliche*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2010, 369 e ss., spec. 385.

<sup>108</sup> Sul tema sia consentito rinviare a LIGUORI, AULETTA, *La Plenaria, il “dialogo” tra le giurisdizioni e la motivazione che non c'è*, in *www.giustamm.it*.

In alcuni casi il criterio discretivo viene individuato tenendo in considerazione il tipo di attività riguardato dall'intervento; altre volte tenendo in considerazione l'impatto generale (e se del caso trasversale) o settoriale dell'intervento stesso. Si distingue quindi tra: misure dirette alla crescita del tessuto industriale nel suo complesso; misure di carattere settoriale; incentivi c.d. orizzontali.

Per altra dottrina<sup>109</sup>, che si ispira ad un criterio teleologico, la *summa divisio* è quella tra aiuti difensivi, diretti a preservare le capacità produttive dell'industria in un momento di congiuntura negativa, e aiuti offensivi, diretti alla ristrutturazione e alla riconversione produttiva.

Spagnuolo Vigorita, sebbene tenendo conto delle specificità che presentano le varie tipologie di ausilio (anzitutto riguardo al se rivestano una forma pubblicistica o privatistica), individua invece il *trait d'union* tra le varie macrocategorie nella *causa economica* dell'intervento dello Stato: “si deve riconoscere carattere interventistico in senso proprio alle misure che si propongono come scopo tipico [al di là della forma che assumono, n.d.s.] la *manovra politico-economica* dei settori o zone considerate, in questi agendo (come può dirsi) nell'interesse dell'economia”<sup>110</sup>. A ben vedere tale ricostruzione è apprezzata anche da chi, come Pericu, ha ritenuto, seguendo un approccio di tipo *strutturale*, di dover *isolare* il provvedimento tipico di sovvenzione dalle altre forme di ausilio pubblico alle imprese: “incentivazione economica è termine generico con il quale, nel linguaggio comune, si designano figure giuridiche assai diverse tra loro, sia sotto il profilo strutturale che quello causale, accomunate soltanto *dall'identità della funzione economica svolta* (evidenziazione mia) consistente nel determinare da parte della pubblica amministrazione un beneficio economico per un soggetto terzo”<sup>111</sup>. Per quanto da altri Autori si osservi che le varie misure di incentivazione presentano un “*ventaglio funzionale praticamente illimitato*”<sup>112</sup>, cosicché il ridetto criterio della causa economica si presenterebbe vago ed indefinito, si ritiene di aderire alla teoria di Spagnuolo Vigorita perché sembra la sola in grado di consentire l'individuazione di un filo conduttore tra modelli pubblicistici e modelli privatistici e, nell'ambito di ogni singolo modello, tra le diverse forme di incentivazione.

La ricostruzione che fa ruotare intorno alla *causa economica* l'individuazione di ciò che può considerarsi intervento pubblico è particolarmente utile, d'altro canto, ai fini della nostra proposta ricostruttiva. Occorre, d'altronde, tenere nel debito conto le specificità delle varie fattispecie.

Il modello che consente di realizzare tale duplice esigenza – rinvenire un *trait d'union* sotto il profilo funzionale tra le diverse forme di ausilio nella considerazione, nondimeno, delle rispettive peculiarità – è a nostro avviso quello del *contratto di diritto pubblico a doppia causa*: diretto, cioè, per un verso a realizzare la *causa del potere* (o pubblicistica), e cioè l'interesse pubblico per il cui conseguimento tale potere è esercitato – il che influenza la disciplina del tratto di rapporto ispirato a logiche pubblicistiche -, e per altro verso la *causa negoziale* (o privatistica) – che viceversa consente di individuare tra i principi del Codice civile in materia di obbligazioni e contratti (da applicare in via suppletiva) quelli che, meglio di altri, si adattano al *tipo* concretamente posto in essere: causa di scambio, di garanzia, di mutuo, transattiva, associativa, ecc.. Si potrà in particolare ritenere che la *causa pubblicistica* sia la ricordata *causa*

---

<sup>109</sup> GIANNINI M.S., *Diritto pubblico dell'economia*, Bologna, 1995, spec. 246.

<sup>110</sup> *Attività economica privata e potere amministrativo*, ora in *Opere giuridiche*, II, Napoli, 2011, 1 e ss., spec. 65.

<sup>111</sup> *La politica dei concorsi, contributi e finanziamenti quali incentivi economici nel quadro normativo vigente*, cit., spec. 491.

<sup>112</sup> GIANNINI M.S., *Diritto amministrativo*, Milano, 1988, spec. 691-692; dubbi sulla classificazione causale proposta da Spagnuolo Vigorita sono avanzati anche da CASSESE, *Recensione a Spagnuolo Vigorita, Attività economica privata e potere amministrato e Id., Problemi giuridici dell'ausilio finanziario pubblico a privati*, in *Riv. Dir. Comm.*, 1964, 487.

*economica*, laddove la *causa privatistica* servirà ad adattare la disciplina della fattispecie considerata – specie per quanto attiene al momento di esecuzione del rapporto – alle sue effettive modalità di svolgimento: la disciplina di tale contratto di diritto pubblico è da rinvenire nell’art. 11 della l. 241, per le ragioni che saranno appresso precisate.

Occorre però svolgere un rilievo preliminare: il riferimento alla doppia causa – modello utilizzato in passato dalla giurisprudenza civile per descrivere, sotto il profilo causale, il contratto preliminare in rapporto al contratto definitivo – non deve essere enfatizzato. Non bisogna in particolare pensare che tra i due momenti (quello pubblicistico relativo alla causa economica e quello privatistico riportabile di volta in volta alla causa di scambio, di garanzia, associativa, di attribuzione a titolo gratuito, ecc.) vi sia una netta cesura: viceversa, come pare particolarmente evidente nel caso del mutuo agevolato, i due piani interferiscono tra loro sotto il profilo effettuale, tanto che il venir meno della causa economica produce la *normalizzazione* del mutuo, nel senso che si dirà.

La ricostruzione proposta, peraltro, può essere utilizzata anche laddove si ritenga, sulla scia di autorevole dottrina, che il potere pubblico (e di riflesso l’interesse che l’esercizio di quel potere costantemente orienta dal punto di vista teleologico) costituisca l’oggetto (e non la causa) dell’accordo, mentre la nozione di causa viene richiamata per individuare la disciplina giuridica applicabile alla fase esecutiva del rapporto<sup>113</sup>.

Si deve infatti ricordare che la più recente dottrina<sup>114</sup> ha contestato l’impostazione teorica fatta propria dagli Autori dell’inizio del Novecento, i quali a loro volta erano intrisi degli insegnamenti della Scuola pandettistica, ritenuti applicabili anche nella ricostruzione dogmatica del provvedimento amministrativo.

Epperò si può osservare che l’elemento causale inteso come interesse pubblico primario al cui soddisfacimento risulta indirizzata l’azione amministrativa si atteggia diversamente nelle fattispecie in cui il potere è oggetto di negoziato tra p.a. e privato: in questo caso infatti occorre conciliare la discrezionalità – intesa come “carattere finalisticamente vincolato, in modo giuridicamente ed esternamente rilevante, delle determinazioni amministrative”<sup>115</sup> – con l’adempimento, che esprime “quell’esigenza di stabilità che il modulo contrattuale è chiamato a garantire<sup>116</sup>: l’autorità ed il consenso.

Se dunque si continua a parlare della *causa economica* dell’accordo come *causa del potere* o pubblicistica è perché nel caso delle fattispecie consensuali il *ritorno allo schema causale* (messo giustamente da parte nella teorica del provvedimento unilaterale) consente di spiegare efficacemente la ragione giuridica della *reciproca impegnatività* dell’accordo. Vero è inoltre che la dottrina civilistica ha abbandonato definitivamente la ricostruzione “bettiana” della causa come funzione economico-sociale del contratto<sup>117</sup> per aderire alla teoria della *causa in concreto*: la causa è “la ragione pratica del contratto, cioè l’interesse che l’operazione contrattuale è diretta a soddisfare”<sup>118</sup>. Ora, sintetizzando le acquisizioni

---

<sup>113</sup> GRECO, *Accordi*, cit., spec. 144.

<sup>114</sup> Per tutti vedi VILLATA, RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, Torino, 2006, spec. 224 e ss..

<sup>115</sup> FALCON, *Le convenzioni*, cit., spec. 231.

<sup>116</sup> IMMORDINO, *Legge sul procedimento amministrativo, accordi e contratto di diritto pubblico*, in *Dir. Amm.*, 1997, 103 e ss., spec. 114.

<sup>117</sup> BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, rist. II ed., Napoli, 1994, 170 e ss.

<sup>118</sup> BIANCA, *Diritto civile*, III, Milano, 2000, 447.

della dottrina civilistica e di quella amministrativistica in ordine alla nozione di causa del contratto (rispettivamente di diritto privato o pubblico), si può ben affermare che l'accordo di cui all'art. 11 (normotipo del contratto di diritto pubblico) abbia una *doppia causa*, poiché come già detto in esso convivono aspetti che più marcatamente attengono all'esercizio, sebbene in forma consensuale, del potere (che rimane pur sempre potere) ed aspetti che riportano alla dinamica (specie dal punto di vista delle reciproche prestazioni) del contratto a prestazioni corrispettive.

L'aspetto realmente caratterizzante è dato, in definitiva, dalla negoziazione del potere: per realizzare una finalità di stampo pubblicistico (che abbiamo voluto chiamare causa economica riprendendo l'insegnamento di Spagnuolo Vigorita) l'amministrazione attinge non già allo strumentario del provvedimento unilaterale, ma cerca la *collaborazione* del privato, concordando con questi un programma di intervento – cui corrisponde un particolare assetto di interessi – che sia “voluta” (nell'accezione che tale termine esprime in materia contrattuale) dallo stesso privato. Il riferimento ai diversi schemi negoziali di diritto privato che vengono in rilievo nella fase attuativa del rapporto di sovvenzione serve solo a descrivere le (e selezionare la disciplina applicabile alle) modalità concrete secondo cui tale intervento – a sua volta attuativo di una particolare politica economica, e quindi di rilievo pubblicistico – si compirà.

In conclusione, l'intervento pubblico nell'economia (la causa economica) descrive *il perché* – sostenere una certa produzione ovvero incentivare la ripresa economica di un'area depressa –, nel mentre il ricorso (a seconda dei casi) all'attribuzione patrimoniale senza obbligo di restituzione, con impegno del privato a utilizzare il beneficio per una certa finalità, alla *causa mutui*, o ancora allo scopo di garanzia – e cioè a quella che abbiamo voluto chiamare causa privatistica – descrive *il come*.

La formula sintetica che potremmo utilizzare è: unità della funzione e della disciplina – *il perché* – pur nella necessaria considerazione delle peculiarità rispetto al *come* il rapporto di agevolazione si svolge in concreto.

### **6.3. Esempificazioni.**

Esposto per sommi capi il contenuto della nostra proposta ricostruttiva occorre sottoporla al vaglio di un esame più attento, verificando in primo luogo come essa *funziona* in relazione alle diverse forme di ausilio pubblico.

Nello specifico, laddove vi sia una sovvenzione in senso stretto (ossia nel senso fatto palese dagli studi di Pericu), cioè un provvedimento unilaterale ed autoritativo (sebbene si tratti di un'autoritatività “minore o riflessa”), lo schema di riferimento sarà quello dell'accordo procedimentale.

Vero è che l'art. 11 della l. 241 prevede che l'accordo debba concernere il contenuto discrezionale del provvedimento, mentre sappiamo che in virtù della regola posta dall'art. 12 la discrezionalità nelle fattispecie di attribuzione di incentivi si esaurisce a monte in sede di determinazione dei criteri, residuando a valle (e cioè nell'atto applicativo, ossia nella sovvenzione propriamente detta) al più profili di natura tecnico-discrezionale. Si potrebbe quindi obiettare che nel caso in esame non vi sia un “contenuto discrezionale del provvedimento” da negoziare.

Una simile critica non sembra peraltro dirimente: in primo luogo, perché la giurisprudenza amministrativa sembra ammettere l'utilizzabilità degli accordi di cui all'art. 11 anche laddove il potere

negoziato sia di carattere vincolato<sup>119</sup>; in secondo luogo perché la dottrina civilistica ha abbandonato da tempo l'idea che il contratto sia sempre e comunque il "luogo" dove si incontrano in posizione paritaria e con eguale "peso" le volontà dei contraenti: anche nel diritto civile, infatti, "volere il contratto" può significare accettare (o meno) un regolamento di interessi interamente predisposto dalla controparte, il che per lo più accade quando vi è una rilevante disparità riguardo al rispettivo "potere contrattuale"<sup>120</sup>.

Trasponendo quest'ordine di considerazioni al caso che ci interessa – fatti logicamente i dovuti adattamenti –, si potrebbe ritenere che la volontà contrattuale del privato si esaurisca nell'accettazione del regolamento di interessi interamente prefigurato a monte dall'amministrazione allorché determina i criteri di attribuzione dell'incentivo.

Ancora, si potrebbe invocare lo schema delineato nell'art. 1333 c.c. (contratto con obbligazioni a carico del solo proponente) che autorevole dottrina considera norma per così dire complementare rispetto all'art. 1321 c.c. (dove invece campeggia il riferimento alla necessità dell'accordo), nel senso che in questo caso il contratto rappresenta "manifestazione di autonomia del dichiarante, neutra rispetto alla necessità di una ulteriore accettazione"<sup>121</sup>; ovvero, più verosimilmente<sup>122</sup>, quello della promessa al pubblico (artt. 1987 e ss.).

Il punto merita una breve digressione. Si discute della natura unilaterale o contrattuale di tale ultimo negozio, da cui scaturisce – va ricordato – l'obbligo per il promittente di effettuare una determinata prestazione patrimoniale a favore di chi si trovi in una certa situazione ovvero compia una certa attività: in specie, chi sostiene la natura contrattuale della promessa assegna alla comunicazione di cui all'art. 1989, comma 2, c.c. il valore di accettazione<sup>123</sup>; mentre da altra dottrina si nota che in questo modo sarebbe esclusa la rilevanza della volontà e della consapevolezza del terzo: non a caso l'art. 1987 parla di azione e non di prestazione<sup>124</sup>.

Comunque si voglia intendere la natura giuridica della promessa al pubblico, si ammette generalmente la possibilità che la stessa si inserisca in un meccanismo contrattuale più complesso, come accade nel caso di chi prometta di stipulare un contratto d'appalto a chi presenterà il miglior progetto edilizio.

Tale modulo sembra attagliarsi bene alla fattispecie che ci interessa: l'amministrazione sceglie *ex ante* le condizioni ricorrendo le quali si impegna ad erogare una somma di denaro, ma una volta che sia stata verificata la concreta ricorrenza di queste sorge (automaticamente ovvero in forza di una successiva manifestazione di volontà delle parti: a seconda che si intenda la promessa come produttiva di una *obbligazione* de praestando, ovvero, nelle fattispecie più complesse, come quella esaminata, di una *obbligazione* de contrahendo) un rapporto di natura contrattuale avente ad oggetto, da un lato, l'attribuzione patrimoniale da parte dell'amministrazione, dall'altro, l'esecuzione di un *facere* specifico da parte del sovvenzionato. La *datio* ed il *facere* che costituiscono oggetto delle rispettive obbligazioni della

<sup>119</sup> Cons. St., Sez. VI, 5 febbraio 2002, n. 2636; Cons. St., Sez. IV, 10 dicembre 2007, n. 6344.

<sup>120</sup> Cfr. in tema ALPA, *Il futuro del contratto. Brevi cenni di una ricerca bibliografica*, in *Giur. it.*, 1984, IV e IRTI, *Scambi senza accordo*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 1998, I, 347 e ss..

<sup>121</sup> SACCO, DE NOVA, *Il contratto*, in Trattato di diritto civile (diretto da SACCO), Torino, 1993.

<sup>122</sup> Considerato che la fattispecie si connota, pur nelle sue diverse varianti, per la sussistenza di un'obbligazione di scopo in capo al sovvenzionato.

<sup>123</sup> SBISÀ, *Promessa al pubblico*, in *Dig. disc. privatistiche*, Torino, 1997, *ad vocem*.

<sup>124</sup> DI MAJO, *Promessa unilaterale* (dir. civ.), in *Enc. Dir.*, XXXVII, Milano, 1988.

p.a. e del privato sono posti *in relazione di corrispettività*, con quanto ne consegue in punto di qualificazione della decadenza dal beneficio in termini di atto (di natura non autoritativa) di gestione del rapporto obbligatorio (relativo al profilo adempimento/inadempimento)<sup>125</sup>. Il potere può tuttavia riemergere nella fase di esecuzione del rapporto, allorché l'amministrazione ravvisi ragioni (sopravvenute) di interesse pubblico che le impongano di recedere unilateralmente dall'accordo. Considerata la commistione del momento *dell'autorità* e di quello *del consenso* (e di aspetti disciplinatori propri del diritto pubblico e del diritto comune), la qualificazione della fattispecie in termini di accordo procedimentale – perché è pur sempre il provvedimento recettivo del contenuto dell'accordo a costituire concretamente gli effetti obbligatori – sembra corretta.

Va data contezza di un caso in cui la fattispecie in esame (sovvenzione in senso proprio) può essere riguardata alla stregua di un accordo (non procedimentale, ma) sostitutivo ex art. 11 l. 241. L'art. 6, comma 4, del d.lgs. 123 del 1998 – nell'ambito della norma rivolta a disciplinare la procedura negoziata per l'attribuzione di incentivi all'attività produttiva – stabilisce che "l'atto di concessione di intervento può essere sostituito da un contratto conforme a quanto previsto nel bando". Una volta individuato il richiedente cui il beneficio spetta (a seguito dell'istruttoria disciplinata dal comma 3, che rinvia alle "corrispondenti" norme in tema di procedura valutativa), la pubblica amministrazione, che ha già consumato la propria discrezionalità nella prescrizione del bando, può (malgrado ciò: a dimostrazione del fatto che è possibile stipulare accordi anche laddove si tratti di atti vincolati, come ritiene la giurisprudenza amministrativa) sostituire il provvedimento unilaterale con un "contratto".

Vero è che il legislatore non rinvia né esplicitamente né implicitamente (ad esempio attraverso l'utilizzo dell'espressione "accordo", in luogo di "contratto") all'art. 11 della l. 241: ma tale osservazione, per quanto colga l'improprietà linguistica del legislatore, non è di per sé idonea ad escludere che il modello di riferimento sia quello del contratto di diritto pubblico. In molti casi la dottrina ha qualificato – specie prima che la l. 15 del 2005 "detipicizzasse" l'accordo sostitutivo – in tal senso delle fattispecie (concessioni di pubblico servizio, contratti di servizio, accordi bonari sostitutivi del provvedimento di espropriazione, che una remota ma avanguardistica giurisprudenza della Cassazione definiva come "negozio di diritto pubblico"<sup>126</sup>) rispetto alle quali pure mancava il richiamo all'art. 11. E comunque l'art. 6, comma 4, d.lgs. 123 del 1998 rappresenta per avveduta dottrina una di quelle poche ipotesi *tipiche* di accordo sostitutivo anteriormente alla riforma del 2005<sup>127</sup>.

A suffragio di quanto detto (compatibilità ontologica tra la sovvenzione e lo schema dell'accordo sostitutivo), si possono richiamare i casi in cui l'erogazione di sovvenzioni si iscriva in una fattispecie più complessa, che viene qualificata in termini di accordo ex art. 11 con quanto ne consegue anche dal punto di vista della giurisdizione. A titolo meramente esemplificativo, si ricordino le ipotesi: delle sovvenzioni di esercizio erogate a favore del concessionario di un pubblico servizio<sup>128</sup>; ovvero quella

---

<sup>125</sup> Profilo, questo, messo in evidenza dalla Cassazione: vedi in termini perspicui Cass. S.U., 10 maggio 2001, n. 183 e, in dottrina, da PAOLANTONIO, *Articolo 1, comma 1-bis. Principi generale dell'azione amministrativa*, in PAOLANTONIO, POLICE, ZITO (a cura di), *La pubblica amministrazione e la sua azione. Saggi critici sulla l. n. 241/1990 riformata dalle leggi n. 15/2005 e 80/2005*, Torino, 2005, 77 e ss., spec. 106.

<sup>126</sup> Cass. S.U., 21 febbraio 1969, n. 583.

<sup>127</sup> GRECO, *Accordi*, cit., 156, in nota; ma vedi *contra* ANTONIAZZI, *op. cit.*, 50, che ritiene che la norma riporti allo schema dualistico della concessione-contratto.

<sup>128</sup> Cass. S.U., 9 marzo 2005, n. 5056; in termini, Cass. S.U., 4 febbraio 2005, n. 2201; 25 novembre 1995, n. 12207; 15 novembre 1994, n. 9594.

(dell'attribuzione o della revoca di, o alla decadenza da) incentivi erogati nel contesto di un patto territoriale o di altre figure della programmazione negoziata<sup>129</sup>.

Anche le fattispecie del credito agevolato e della concessione di garanzia pubblica possono essere qualificate ricorrendo alla costruzione del contratto di diritto pubblico a doppia causa.

Ferma restando la strumentalità del credito agevolato e della concessione di garanzie pubbliche (e discorso analogo può essere condotto riguardo alla *causa societatis*) alla realizzazione della *manovra politico-economia dei settori o zone considerate*, lo schema sarà adattabile alle concrete modalità secondo cui le parti convengono di dare esecuzione al rapporto, così venendo in rilievo a seconda dei casi – e su di un piano subordinato a quello della causa pubblicistica ed in un certo qual modo condizionato alla sua permanenza – la causa caratteristica del contratto di finanziamento o di garanzia posto in essere.

Riteniamo utile analizzare specificamente in questa sede il (solo) caso del credito agevolato, per la sua forte potenzialità esplicativa: ma il ragionamento che qui di seguito verrà condotto è utilizzabile, *mutatis mutandis*, alla fattispecie della concessione di garanzia pubblica.

Può parlarsi di credito agevolato con riguardo alle ipotesi in cui l'imprenditore accede al credito a condizioni più vantaggiose – normalmente dovute all'accollo, da parte del soggetto pubblico, di una quota-parte dell'obbligazione di interessi – impegnandosi però, a titolo di corrispettivo per tale condizione agevolata, a destinare la somma presa a mutuo per una finalità ritenuta dall'amministrazione (sulla base della legge) di interesse pubblico.

Sono quindi individuabili due segmenti: il rapporto di agevolazione e quello di credito. Essi sono reciprocamente interrelati e non vanno considerati atomisticamente ma come momenti distinti di una fattispecie convenzionale unitaria. Non osta alla configurabilità di tale modello unitario la (più sopra rilevata) eterogeneità della compagine soggettiva di tale *rapporto globale*, perché se è innegabile che il rapporto di agevolazione intercorre tra il soggetto pubblico - che si accolla una quota-parte dell'obbligazione di interessi in relazione ad un credito *inter alios* – e l'imprenditore sovvenzionato, mentre il soggetto pubblico resta sostanzialmente estraneo al rapporto di credito – viceversa intercorrente tra la banca ed il privato -, è altrettanto vero che il diritto civile conosce degli schemi unificanti – adattabili al caso in esame in virtù del richiamo ai principi civilistici operato dall'art. 11 – come quello della delegazione neutra (stando all'impostazione che vi intravede un negozio unico e trilaterale), che trova nella tedesca *Anweisung* (§ 783 BGB) il più vicino modello regolatorio. La caratteristica precipua della delegazione neutra è che essa, diversamente da quanto accade per la delegazione passiva e per quella attiva, non interviene su obbligazioni sottostanti da estinguere<sup>130</sup>. L'esempio proposto da autorevole dottrina<sup>131</sup> per spiegare il funzionamento della delegazione neutra è quanto mai utile per verificare l'applicabilità di tale schema – fatti, *ca va sans dire*, gli opportuni adattamenti – al rapporto che si instaura tra ente finanziatore, istituto di credito e privato finanziato: A vuole aiutare C, suo figlio, dandogli un capitale di centomila euro per intraprendere un'attività imprenditoriale, ma non dispone attualmente della somma; A incarica allora B, il quale, facendo credito ad A, corrisponde 100 a C. Nel caso di specie, B diviene creditore di A (delegante), sebbene erogando il

<sup>129</sup> Cass. S.U., 23 marzo 2009, n. 6960; Cass. S.U., 8 luglio 2008, n. 18630.

<sup>130</sup> Si ricordi che il giureconsulto romano Celso (D. 24.1.3.12) individuava la causa della delegazione nella *celeritas coniungendarum actionum inter se*.

<sup>131</sup> BIANCA, *Diritto civile*, IV, Milano 2007, 632; vedi in tema anche Cass. civ., 11 luglio 1969, n. 2549.

credito a C, mentre A, a sua volta, è creditore di C (delegatario). L'operazione è quindi servita a creare due nuovi (cioè non preesistenti) rapporti di credito/debito.

Adattando tale esemplificazione al caso che ci interessa: lo Stato (o l'altro soggetto pubblico) che intende incentivare una certa attività imprenditoriale, ma non dispone per intero dei fondi all'uopo necessari, delega una banca (rispetto alla quale non sussiste alcun rapporto pregresso di credito/debito per la medesima causa) a concedere credito ad un'impresa a condizioni di particolare favore (per esempio in relazione al tasso di interessi praticato); lo Stato (o altro ente pubblico) si impegna a tenere indenne la banca dal *peso economico* dell'operazione (per la parte rappresentata dalla condizione particolarmente vantaggiosa per il mutuatario); l'imprenditore assume verso l'ente pubblico che ha "ordinato" il finanziamento una particolare obbligazione di scopo (destinare la somma mutuata ad un determinato utilizzo, ad esempio all'acquisto di un nuovo macchinario) e verso l'istituto di credito l'obbligazione restitutoria della somma avuta in prestito, con deduzione del *quantum* (che costituisce l'in sé dell'agevolazione) di cui il soggetto pubblico s'è accollato il pagamento.

Orbene, i due momenti di questo rapporto unitario – uno più strettamente attinente alla *causa economica* l'altro alla *causa privatistica* – sono, come si diceva, fortemente interrelati tra loro, tanto che i sopravvenuti motivi di interesse pubblico che dovessero indurre l'amministrazione a revocare l'ammissione al beneficio – così ponendo nel nulla il rapporto di agevolazione – non possono non ripercuotersi sul rapporto di credito, che potrebbe sì continuare a sussistere ma solo in quanto "scremato" dai profili pubblicistici indotti dalla sua originaria accessorietà alla realizzazione di una causa economica: ciò che evidentemente continua a spiegare effetti non è il rapporto primigenio, ma un rapporto novato, dal quale esula l'obbligazione di scopo. Anzi, si può dire che la liberazione dall'obbligazione di scopo trova il suo contrappeso nell'estinzione in capo al soggetto pubblico dell'obbligazione di corrispondere una parte degli interessi, obbligazione che rende il mutuo (per l'appunto) *agevolato* rispetto a quello normalmente concesso dagli istituti di credito. Se quindi nella fase esecutiva è preponderante il momento dell'*adempimento* (e cioè del consenso) è altresì evidente che il momento dell'*autorità* (cioè del potere) sussiste non solo nella fase genetica del rapporto, ma anche (eventualmente) nel momento esecutivo potendo condizionare la sopravvivenza del rapporto di credito, almeno nei termini in cui (cioè con le finalità ulteriori con cui) era originariamente concepito, secondo lo schema caratteristico del contratto di diritto pubblico<sup>132</sup>, misto di *autorità* e *consenso*.

#### **6.4. Implicazioni di regime della teoria del contratto di diritto pubblico a doppia causa.**

Vanno ora chiarite le implicazioni "di regime" della costruzione qui proposta.

Anzitutto, il passaggio dallo schema dualistico a quello convenzionale (contratto di diritto pubblico) ha, in sé e per sé considerato, l'utilità di razionalizzare lo statuto regolatorio delle fattispecie che vi rientrano, dotandole di un minimo di disciplina comune di origine legislativa e non giurisprudenziale<sup>133</sup>. E questa utilità è tanto più apprezzabile laddove ci si misuri con una materia che abbiamo detto essere caratterizzata da un quadro normativo frastagliato e difficilmente riconducibile ad unità.

---

<sup>132</sup> Vedi GRECO, *Accordi*, cit., 239 e ss..

<sup>133</sup> Come chiarisce GRECO, *Accordi*, cit., 163.

Non vi è dubbio, comunque, che l'implicazione di regime più rilevante della teoria del contratto pubblico a doppia causa sia quella che attiene alla c.d. conseguenza giurisdizionale.

L'orientamento granitico delle Sezioni Unite quanto al riparto di giurisdizione nella materia di che trattasi può essere così sintetizzato: *se si ha riguardo alla fase anteriore all'erogazione del contributo*, e lo stesso è riconosciuto direttamente dalla legge senza alcun margine di valutazione discrezionale in capo alla p.a., ovvero l'amministrazione abbia già definito a chi esso vada attribuito, la giurisdizione spetta al g.o.; mentre spetta al g.a. laddove, residuando un margine di valutazione alla p.a., la posizione del privato sia da qualificare in termini di interesse legittimo; *se si ha riguardo alla fase successiva all'erogazione del contributo*, la giurisdizione spetta al g.a. se lo scioglimento del rapporto trova la sua motivazione in (sopravvenute?) ragioni di interesse pubblico; mentre spetta al g.o. se la controversia riguardi la fase d'attuazione del rapporto stesso, vale a dire il profilo dell'*adempimento/inadempimento* delle reciproche *prestazioni* da parte dell'amministrazione e del privato sovvenzionato<sup>134</sup>.

Tale giurisprudenza è criticabile per due ordini di ragioni: per un verso, dalla relativa lettura non si comprende bene – complice il sistematico mancato riferimento all'art. 12 della l. 241 – se la fattispecie (che costituisce la regola) in cui l'atto attributivo faccia pedissequa applicazione dei criteri distributivi predeterminati a monte vada qualificata in termini di procedimento a risultato certo (cioè vincolato); per altro verso è tutta da dimostrare (per le ragioni sopra esposte) l'affermazione per cui la posizione giuridica soggettiva del privato sia, allorché la legge riconosca senza l'intermediazione di un potere discrezionale della p.a. la spettanza di un beneficio, di diritto soggettivo.

A fronte di tale incertezze l'attribuzione di tutta la materia al Giudice amministrativo in funzione di giudice esclusivo sembra quella più affidabile, sotto il profilo della certezza e della prevenzione di conflitti di giurisdizione, nonché sotto il profilo della concentrazione e quindi dell'effettività della tutela<sup>135</sup>.

Ciò chiarito dal punto di vista dell'individuazione del Giudice avente giurisdizione, possiamo passare ad esaminare, brevemente, le tecniche di tutela attingibili dal privato.

Su tale aspetto va segnalato un progressivo affinamento della giurisprudenza.

Se in un primo momento il g.a. ha ritenuto che la controparte privata di un accordo ex art. 11 potesse servirsi dell'azione avverso il silenzio in caso di inerzia, dell'azione di annullamento in caso di atto difforme dal contenuto dell'accordo (nei casi di accordo procedimentale), dell'azione risarcitoria consequenziale alle prime due, mentre non era ammessa la tutela di accertamento (dell'inadempimento) se non con riguardo a casi specifici, né l'azione di cui all'art. 2932 c.c.<sup>136</sup>; la posizione espressa più di

---

<sup>134</sup> Cass. S.U., 9 gennaio 2007, n. 117; Id., 25 luglio 2006, n. 16896; Id., 10 marzo 2003, n. 5617; 22 luglio 2002, n. 10689; di recente, con segnato riguardo alla questione delle quote latte, vedi Cass. S.U., 12 ottobre 2011, n. 20929.

<sup>135</sup> Sulla scorta di queste ragioni – e richiamandosi ad una giurisprudenza pregressa rimasta minoritaria - Cons. St., Sez. VI, 28 gennaio 2013, n. 517/o., in *www.giustamm.it*, con mio commento *Ausili pubblici: qualche spunto riflessivo per fornire una diversa soluzione alla questione del riparto di giurisdizione (a margine di Cons. St., Sez. VI, 28 gennaio 2013, n. 517/o.)* [cui sia consentito rinviare per più ampi riferimenti giurisprudenziali], ha chiesto alla Plenaria di fornire una soluzione alternativa al consolidato orientamento pretorio sul riparto di giurisdizione in materia di incentivi pubblici, con segnato riguardo a quelle controversie che originano dalla revoca/decadenza di un contributo già riconosciuto come spettante con un provvedimento di natura autoritativa.

<sup>136</sup> Cons. St., Sez. VI, 15 maggio 2002, n. 2636.

recente è diversa, in quanto all'assoggettamento delle controversie in materia di accordi alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo deve accompagnarsi "una tutela della situazione giuridica sottesa, che possa definirsi piena"<sup>137</sup>. Questo perché "l'art. 11 accresce la pienezza di tutela avanti al giudice amministrativo non solo estendendo la *vocatio in ius*, ma anche ammettendo il ricorso ai rimedi contrattuali, previsti nel codice civile, nel processo amministrativo"<sup>138</sup>, come ad esempio l'azione di adempimento<sup>139</sup>.

Le soluzioni sperimentate con riferimento agli accordi di cui all'art. 11 – come spesso è accaduto nello sviluppo del processo amministrativo allorché ha mutuato, utilizzando come banco di prova la giurisdizione esclusiva sui diritti, istituti del diritto civile, specie processuale – trovano in qualche modo compiuto sviluppo nei più recenti arresti della giurisprudenza<sup>140</sup>, che operando sovente *praeter codicem*, ha strutturato il processo amministrativo - oggi da intendersi, almeno tendenzialmente, come giudizio sul rapporto e non solo sull'atto - intorno al principio (ancora in via di consolidamento) dell'atipicità delle azioni a tutela della situazione soggettiva dedotta nel processo (l'interesse legittimo), sulla falsariga del principio chiovendiano<sup>141</sup>, per cui il processo (anche quello amministrativo) deve dare a chi spetta tutto quello e proprio quello che si ha il *diritto* di conseguire secondo l'ordinamento giuridico<sup>142</sup>.

A fronte della mancata adozione del provvedimento concordato si potrebbe immaginare una tutela costitutiva del tipo di quella offerta dall'art. 2932 c.c. per la fattispecie del mancato adempimento dell'obbligazione *de contrahendo* assunta con un contratto preliminare; laddove nel caso in cui l'atto produttivo degli effetti sia quello bilaterale (accordo sostitutivo) occorre riconoscere la spettanza dei rimedi contrattuali, atteso il carattere corrispettivo delle prestazioni su cui verte l'accordo (da un lato il versamento di quanto dovuto, dall'altro l'obbligo di destinare la somma ad una certa finalità, indipendentemente dalla sussistenza di un'obbligazione restitutoria, che si affianca eventualmente a quella di scopo): e quindi dell'azione di risoluzione, specie di quella per inadempimento (in particolare, da parte della p.a., considerato il carattere incoercibile dell'obbligazione di *facere* che grava sul sovvenzionato, la cui colpa va valutata secondo il metro utilizzato in diritto civile per le obbligazioni di risultato<sup>143</sup>; ma fruibile anche dal privato) e di quella di adempimento - anche all'adozione del provvedimento attributivo, laddove non sia emanato o sia illegittimamente negato – da parte del privato<sup>144</sup>.

---

<sup>137</sup> Cons. St., IV Sez., 4 maggio 2010, n. 2568.

<sup>138</sup> Cfr. ancora Cons. St., IV Sez., 4 maggio 2010, n. 2568.

<sup>139</sup> Riconosce l'esperibilità dell'azione di cui all'art. 2932 c.c., pur senza prendere partito circa la natura privatistica o pubblicistica degli accordi Cons. St., Ad. Plen., 28 maggio 2012, n. 28.

<sup>140</sup> Vedi in particolare Cons. St., Ad. Plen., 23 marzo 2011, n. 3 e 31 luglio 2011, n. 15.

<sup>141</sup> CHOVEDA, *Principi di diritto processuale civile*, Napoli, 1912, rist. 1965, 81.

<sup>142</sup> Qualche spunto critico su questi sviluppi può leggersi nel mio *L'incertezza dell'identità del Codice del processo amministrativo persiste*, cit., cui sia consentito rinviare ancora una volta.

<sup>143</sup> Sul punto cfr. BIANCA, *Diritto civile*, V, Milano, 1994, 27 e ss..

<sup>144</sup> Tale ultimo assunto è (ulteriormente) confortato dalla recente modifica dell'art. 34, comma 1, lett. c) del Codice del processo amministrativo, che ha introdotto nell'ordinamento l'azione di condanna c.d. pubblicistica. Su tali aspetti sia consentito rinviare, anche per altri riferimenti, al mio *L'incertezza dell'identità del Codice del processo amministrativo persiste anche dopo i c.d. correttivi: alcune brevi osservazioni*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it).